

Jussi Syrjänen

OIKEUDELLISEN RATKAISUN PERUSTEISTA

Oikeudellisen ratkaisun perusteista



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 285

Jussi Syrjänen

Oikeudellisen ratkaisun perusteista

Yliopistollinen väitöskirja, joka Lapin yliopiston
oikeustieteiden tiedekunnan suostumuksella
esitetään julkisesti tarkastettavaksi
Esko ja Asko -salissa perjantaina 19.9.2008 kello 12.

MIT DEUTSCHER ZUSAMMENFASSUNG

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 978-951-855-501-1

© 2008 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Jussi Syrjänen

ISSN 0356-7206

ISBN 978-951-855-279-9

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2008

Janelle ja Helenalle

Kun sormi osoittaa kuuta, vain hölmö katsoo sormea.
(Kiinalainen sananlasku)

Esipuhe

Toisin kuin oikeudellisessa kirjallisuudessa aiemmin on esitetty, totean käsitykseni olevan, että tutkimustyö tuottaa tekijälleen etupäässä harmaita hiuksia, hiusten lähtöä, stressiä, ja psykosomaattisina oireina muun muassa päänsärkyä, selkäsärkyä, jännetuppitulehdusta, sekä kamppailua jatkuvan sisäisen epävarmuuden ja riittämättömyyden tunteen kanssa (vrt. Kevät Nousiainen, Prosessin herruus s. I). Tutkimustyöstä selviäminen edellyttää siten tekijältään jatkuvaa ponnistelua itsensä kehittämiseksi sekä toimivimpien selviytymisstrategioiden ja menestyksekkäämpien työskentelytapojen luomiseksi. Tutkimuksen tekeminen on näistä syistä myös mitä parhainta elämänkoulua, ja siksi sen harjoittaminen on mitä suositeltavinta toimintaa reippaalle ja tervehenkiselle nuorisolle.

Jo maisterintutkintoa suorittaessani määrittelin opiskelun niin, että: ”Opiskelu tarkoittaa työn tekemistä muutoksen aikaansaamiseksi omassa itsessä”. Sama pätee myös jatko-opiskeluun. Onneksi väitöskirjan kirjoittaminen on pitkä prosessi, joten sen aikana hitaampikin ehtii oppimaan niistä opetuksista, joita elämä matkan aikana tarjoaa. Paljon olen oppinut, ja isojakin muutoksia on tapahtunut, mutta onpa tullut aikalailla harjoitelluksikin. Paljon on myös jäänyt oppimatta. Niinpä rakennustyön on jatkuttava, sillä haluan vielä tulla viisaan opettajani Elämän arvoiseksi oppipojaksi.

Nyt on tullut kiitoksen aika. Haluan kiittää läheisiä tutkijakollegoitani monista tärkeistä ja mielenkiintoisista keskusteluista, kannustuksesta ja myötäelämisestä. Eipä ole iloakaan elämästämme puuttunut. Työnohjaajaani Aulis Aarniota kiitän nuoren tutkijan luotsaamisesta läpi alkutaipaleen karikoiden. Lämpimän kiitoksen osoitan Juha Karhulle tuesta ja kannustavista sanoista. Kiitän myös Raimo Siltalaa käsikirjoitustani koskevista, ajattelun aihetta antaneista kommentteista. Suuren kiitoksen haluan esittää Risto Kankaalle väitöskirjakäsikirjoituksen ja erityisesti sen systeemiteoriaa koskevien osien kommentoinnista. Kolehmaisena Esaa kiitän järjen puhumisesta, ja Anssi Sinnemäkeä loistavasti tehdystä kustannustoimittajan työstä. Ganz herzlich möchte ich mich auch bei Herrn Professor Werner Krawietz bedanken, der meine Arbeit während meines Studiums an der Universität Münster hilfreich untergestützt und mich inspiriert hat.

Olen suuren kiitoksen velkaa OMY-tutkijakoululle, jonka tuella sain sommitella tutkimusideaani tärkeät ensimmäiset neljä vuotta. Tahdon kiittää myös Suomen Kulttuurirahastoa, Jenny ja Antti Wihurin rahastoa, Suomalaista Lakimiesyhdistystä sekä Olga ja Kaarle Oskari Laitisen säätiötä tärkeästä taloudellisesta tuesta, jota ilman tämän väitöskirjan kirjoittaminen ei olisi ollut mahdollista. Suurkiitos kuuluu myös Kansainvälisen talousoikeuden instituutille

(KATTI:lle) sekä Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan yksityisoikeuden laitokselle, joiden siipien armaassa suojassa tätä tutkimusta pääosin pohdin ja kirjoitin.

On myös toivomusten aika. Toivon tiedeyhteisömme selviytyvän ja nopeasti toipuvan kaikista ministeriö- ja keskushallintojohtoisista yliopiston kehittämissankkeista. Olkoot tulevat vuodet tiedeyhteisölle suotuisampia, ja ajattelun sekä yhteiskunnallisesti merkittävän tutkimustyön kehittämislle hedelmällisempiä. Lisäksi toivon, että kaiken oikeusteoreettisen tutkimuksen takana olisi aina rakkaus. Rakkaus vähintäänkin dogman rakentamisen ja purkamisen jatkuvaan liikkeeseen, ja rakkaus toimivien ongelmanratkaisujen kehittämiseen.

Katiskalahressa juuri juhannuksen alla

Syrjäs-Jussi

Sisällys

LÄHTEET.....	XV
I TUTKIMUKSEN LÄHTÖKOHDISTA	1
1 JOHDANTO	3
2 NÄKÖKULMA METODIIN	10
3 KYSYMYKSEN ASETTUMINEN	15
4 AIKAKAUSISTA JA AJATTELUTAVOISTA	21
4.1 Postmodernista	22
4.2 Näkökulmia postmoderniin tapaan tarkastella todellisuutta ..	25
4.2.1 Modernin yksilökäsityksen kritiikki	35
4.2.2 Valtiokeskeisyyden ja suvereenin kritiikkiä.....	39
4.3 Johtopäätöksiä	45
5 UUTTA VAI VANHAA	48
6 IDENTITEETEISTÄ.....	52
II OIKEUDELLISEN RATKAISUN PAIKKA	
YHTEISKUNNASSA	57
1 JOHDANTO	58
2 LAINALAISUUSPERIAATTEEN SYNTYHISTORIASTA JA	
HISTORIAALLISUUDESTA	62
3 LAILLISUUSPERIAATTEEN SISÄISESTÄ RISTIRIIDASTA JA	
SEN ILMENTÄMÄSTÄ VINOUMASTA	68
4 VALLAN KOLMIJAKO.....	70
4.1 Montesquieu'laisesta perusideasta	70
4.2 Vallanjako osana modernin oikeuden ”syvärakennetta”	72
4.3 Vallanjaon perustelut muutoksessa	81
4.4 Transparenssi vallanjaon perusteluna.....	88
4.5 Suuntaa vallanjaon reformulaatiolle.....	92
5 TUOMARIVALTION UHKAKUVASTA	95
6 DEMOKRATIA OIKEUDELLISEN RATKAISUN	
SIDONNAISUUKSIEN MÄÄRITTÄMISESSÄ	99
6.1 Johdanto demokratia-keskusteluun	99
6.2 Demokratiasta lakiin sitoutumisen perusteluna	100

6.2.1	Demokraattinen kontrolli ja tahdonmuodostus lakiin sitoutumisen perusteluna	102
6.2.2	Dworkinin demokriakritiikki	104
6.2.3	Deliberatiivisesta demokriasta	107
6.2.4	Deliberatiivisen demokriakäsityksen ongelmista....	109
6.3	Ympäristöoikeudellisesta demokriakritiikistä	112
6.4	Representatiivinen demokriatia	114
6.5	Ankersmitin ehdotus	117
6.6	Johtopäätöksiä Ankersmitin demokriatia-analyysistä	123
6.7	Demokratian ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan suhteesta ...	127
7	OIKEUDEN JA YHTEISKUNNAN VUOROVAIKUTUS LAILLISUUSPERIAATTEEN PERUSTELUNA	131
7.1	Oikeudellinen ratkaisutoiminta ja julkisuus	132
8	INTRESSIPUNNINTA – PARLAMENTISSA VAI OIKEUDELLISESSA RATKAISUSSA	136
9	OIKEUS YHTEISKUNNASSA	140
9.1	Lain suhteesta oikeudelliseen ratkaisuun	142
9.2	Laillisuusperiaatteesta luopuminen?	144
9.3	Valtion vai yhteiskunnan oikeus?	146
III	OIKEUSLÄHDEOPEISTA	149
1	OIKEUSLÄHDEOPIN TEHTÄVISTÄ	150
2	OIKEUSLÄHDEOPPIEN ÄÄRIPÄÄT	153
3	STAATTIS-DYNAAMISISTA OIKEUSLÄHDEOPEISTA	155
3.1	Pecenikin oikeuslähdeopin kritiikki	156
3.1.1	Yleistä	156
3.1.2	Auktoriteettiperustelujen ja asiaperustelujen suhde oikeudellisessa ratkaisussa.....	156
3.1.3	Oikeuslähteen käsitteestä	159
3.1.4	Kolme oikeuslähteiden hierarkkista kategoriaa	162
3.1.5	Oikeuslähdekategorioiden tarkempi sisältö ja kriteerit	163
3.1.6	Must-, should- ja may-kategorioiden arviointia adekvaatin kompleksiteetin organisoijana	165
3.1.7	Oikeuslähdeopin sääntöjen tehtävästä ja prima facie -luonteisuudesta	167
3.1.8	Lopuksi	168
3.2	Vad är rätt?	169
3.2.1	Oikeuslähdekategorioista	170
3.2.2	Prima facie	173

3.3	Aarnion oikeuslähdeopin tarkastelua	175
3.3.1	Oikeuslähteet Aarnion mukaan	175
3.3.2	Prima facie -jaottelu ja sen arviointi	176
3.3.3	Tutkijan ja tuomarin oikeuslähdeopeista	180
3.3.4	Optimaalisen tulkinnan oikeuslähdeoppi	182
3.3.5	Loppuarviota	184
3.4	Uusi oikeuslähdeoppi	186
3.4.1	Oikeuslähdekategoriat perusteluineen	187
3.5	Siltalan oikeuslähdeopista	190
3.5.1	Oikeuslähteiden painoarvojen määräytymisestä	190
3.5.2	Institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen arvoperusta ...	192
3.5.3	Oikeuslähdeopin institutionaaliset oikeuttamisperusteet	195
3.5.4	Arviointia	197
3.5.5	Dynaamisuus Siltalan oikeuslähdeopissa	200
3.5.6	Deskriptiivistä ja autenttista?	203
3.5.7	Lopuksi	204
4	JATKOKEHITTELYÄ	206
4.1	Oikeuslähdeoppien polysentria	206
4.2	Tyyppi osana oikeuslähdeoppia	208
4.2.1	Oikeuslähdetyyppin kehittälyä	210
4.3	Oikeuslähteiden merkityksestä	211
IV	OIKEUDELLISESTI RAKENTEISTUVA RATKAISU	213
1	JOHDANTO	214
2	RATKAISUN OIKEELLISUUDEN VAATIMUKSESTA	219
2.1	Oikeellisuusvaatimuksen ja oikeellisuuskriteerien ongelmallisuudesta	219
2.2	Oikeellisuusharkintaa ohjaavien vaatimusten konstruoimisen maksiimi	223
2.3	Positivistisista oikeellisuuden kriteereistä	227
3	TUOMIOISTUINTEN JA PARLAMENTIN VÄLISESTÄ SUHTEESTA	230
3.1	Oikeudellinen ratkaisu oikeuden reproduktiossa	232
4	OIKEUDEN AIKA	236
4.1	Täsmentäviä huomioita ratkaisuteoriaa varten	240
5	RATKAISUTILANTEEN ITSERAJOITUKSEN RAKENTEISTUMISESTA	245
5.1	Analogia	245
5.2	Oikeussysteemin tarkastelu itsereferenttinä systeeminä	246

5.3	Itserreferenssijatuksen tarkentaminen.....	251
5.4	Huomioita.....	257
5.5	Itserajoituksen rakenteistumisesta.....	258
5.5.1	Lisähuomioita	261
5.5.1.1	Ratkaisumaksiimin ymmärtäminen	263
5.5.1.2	Ajateltu vai konkreettinen toiseus?	269
5.6	Vastuu, valta ja kontrolli.....	270
5.7	Lopuksi.....	273
6	VOIMASSAOLO KESKUKSESTA PERIFERIAAN.....	278
ZUSAMMENFASSUNG		287
ASIAHAKEMISTO		291
HENKILÖHAKEMISTO		295

Lähteet

Aarnio, Aulis

- Mitä lain oppi on? Tammi: Helsinki 1978.
- Oikeussäännösten tulkinnasta. Helsingin yliopiston monistuspalvelu: Helsinki 1982
- Laintulkinnan teoria. WSOY: Helsinki 1989.
- Oikeussäännösten systematisointi ja tulkinta s. 35–56 teoksessa Juha Häyhä (toim.), Minun metodini. WSLT: Helsinki 1997.
- Oikeusvaltio – tuomarivaltio? s. 1–12 teoksessa Aulis Aarnio – Timo Uusitupa (toim.), Oikeusvaltio. Talentum: Helsinki 2002.
- Uusi varallisuus oikeus vai vanha? Lakimies 2002 s. 515–534.
- Tulkinnan taito. WSOY: Helsinki 2006.

Alanen, Aatos

- Eräitä laintulkintaopillisia näkökohtia. Lakimies 1926 s. 97–113.

Alchourrón, Carlos E. – Bulygin, Eugenio

- Normative Systems. Springer-Verlag: Wien 1971.

Ankersmit, Frank R.

- Representational Democracy: An Aesthetic Approach to Conflict and Compromise. Common Knowledge, Volume 8 Issue 1, Winter 2002 s. 24–46. Duke University Press 2002.

Austin, John

- The Province of Jurisprudence Determined. Cambridge University Press: Cambridge 1995.

Backman, Eero

- Oikeustiede yhteiskuntatieteenä. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1992.

Bauman, Zygmunt

- Aikalaiskeskustelun postmoderni luotain (haastattattelu). Haastattelijoina Riikka Jokinen ja Tuomo Kokkonen. Filosofinen aikakauslehti Niin & Näin 3/1997.

Bergholtz, Gunnar

- Ratio et Auctoritas. Juridiska Förening i Lund: Lund 1987.

Brennan, Geoffrey

- Globalisation and Varieties of Democracy s. 21–33 teoksessa Ruth Zimmerling (toim.), Globalisation and Democracy. The Tampere Club Series, vol 1, Tampere University Press 2005.

Brusiin, Otto

- Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Suomalainen Lakimiesten Yhdistys: Helsinki 1938.

Bull, Thomas

- Om domstolarnas roll i demokratin – fågel, fisk eller mittemellan? – Del II. Juridisk Tidskrift nr. 4 2000–2001 s. 26–47. Stockholm 2000.

Bühler, Theodor

- Rechtsquellentypen, Rechtsquellenlehre (Band 2). Schulthess Verlag: Zürich 1980.
- Faktische Rechtsquellen teoksessa *Recht und Rechtsdurchsetzung*, Festschrift für Hans Ulrich zum 65. Geburtstag s. 153–163. Schulthess Verlag: Zürich 1994.

Cappelletti, Mauro

- *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Clarendon Press: Oxford 1989.

Dryzek, John S.

- Discursive democracy vs. liberal constitutionalism s. 78–89 teoksessa Michaels Saward (toim.), *Democratic Innovation*. Routledge: London 2000.

Durkheim, Émile

- *Sosiologian metodisäännöt*. Tammi: Helsinki 1982.

Dworkin, Ronald

- *Law's Empire*. Hart Publishing: Oxford 1998.
- *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press: Massachusetts 1977.

Ervasti, Kaijus

- Empirisk forskning, rättsvetenskap och rättens dynamiska element. JFT 2000:6 s. 567–586.
- Käräjaoikeuksien sovintomenettely. Empiirinen tutkimus sovinnon edistämisestä riitaprosessissa. Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos: Helsinki 2004.

Eskola, Antti

- *Sosiologian tutkimusmenetelmät 2*. WSOY: Porvoo – Helsinki 1967.

Fishkin, James S. – Luskin, Robert C.

- The quest for deliberative democracy s. 17–28. teoksessa Michaels Saward (toim.), *Democratic Innovation* Routledge, London 2000.

Foucault, Michel

- *Seksuaalisuuden historia*. Gaudeamus: Helsinki 1998.

Graae, Markku

- Ongelmasta innovaatioon. *Aristos* 2/2001 s. 11–20. Taitoakatemia taitokulttuurijulkaisu XI vuosikerta. Helsinki 2005.

Gripp-Hagelstange, Helga

- Niklas Luhmann: eine Erkenntnistheoretische Einführung. 2. painos. Wilhelm Fink Verlag: München 1997.

Haarscher, Guy

- Oikeuden aika ja totalitaarinen kokemus. *Niin & Näin* 2/2005 s. 96–101.

Habermas, Jürgen

- *Faktizität und Geltung*. Toinen painos. Suhrkamp: Frankfurt am Main 1992.

Hayek, Friedrich A.

- *Kohtalokas ylimieli*. Art House: Helsinki 1998.

Heinonen, Olavi

- Korkeimman oikeuden rooli muuttuvassa ympäristössä. Lakimies 3/1991 s. 229–240.

Heiskala, Risto

- Kohti keinotekoista yhteiskuntaa. Gaudeamus: Helsinki 1996.

Hidén, Mikael – Saraviita, Ilkka

- Valtiosääntöoikeuden pääpiirteet. 5. täydennetty painos. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1989.

Holmström, Barry

- Domstolar och demokrati. Den tredje statsmaktens politiska roll i England, Frankrike och Tyskland. Acta Universitatis Upsaliensis: Uppsala 1998.

Husa, Jaakko

- Perusoikeudet ja vallanjako – suomalaisen perusoikeuskeskustelun sokea piste. Oikeus 2003:1 s. 4–25

Häkkinen, Kaisa

- Nykysuomen etymologinen sanakirja. WSOY: Helsinki 2004.

Häyhä, Juha

- Johdanto s. 15–34 teoksessa Juha Häyhä (toim.), Minun metodini. WSLT: Helsinki 1997.
- Tieto tavarana – siviilioikeus tietoyhteiskunnassa. Oikeus 2000:1 s. 36–64.

Jyränki, Antero

- Lakien laki. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1989
- Valta ja vapaus. 2. uudistettu painos. Lakimiesliiton kustannus / Kauppakaari: Helsinki 1998.
- Montesquieu: miksi lakeja ja mitä lakien takana s. 153–168 teoksessa Jarkko Tontti – Kaisa Mäkelä – Heta Gylling (toim.), Filosofien oikeus I.. Suomalainen Lakimiesyhdistys: Helsinki 2001.
- Oikeusvaltio ja demokratia s. 13–38 teoksessa Aulis Aarnio – Timo Uusitupa (toim.), Oikeusvaltio. Talentum: Helsinki 2002.

Kalela, Jorma

- Historiantutkimus ja historia. Gaudeamus: Helsinki 2000.

Kaltenborn, Markus

- Gibt es einen numerus clausus der Rechtsquellen? Rechtstheorie 2003 Heft 4 s. 459–486.

Kangas, Risto

- Yhteiskunta. Toinen korjattu painos. Tutkijaliitto: Helsinki 2006.

Karhu, Juha

- Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi. Lakimies 2003/5 s. 789–807.
- Tilannekohtainen oikeudellinen harkinta ja oikeuslähdeoppi s. 25–38 teoksessa Jyrki Tala – Kauko Wikström (toim.), Oikeus – kulttuuria ja teoriaa, Hannu Tolosen juhlaKirja. Turun yliopisto: Turku 2005.

LÄHTEET

Kelsen, Hans

- Puhdas oikeusoppi. Toinen, kokonaan uudistettu painos. WSOY: Porvoo – Helsinki 1968.

Kivivuori, Antti

- Tuomarivaltio Suomesta? Oikeus 1985:1 s. 42–50.

Klami, Hannu-Tapani

- Finalistinen oikeusteoria. Turun yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja, sarja A: Turku 1979.
- Ihmisen säännöt: tutkimus oikeuden olemuksesta, synnystä ja toiminnasta. Turun yliopiston julkaisuja, sarja C: Turku 1983.

Kneer, Georg – Nassehi, Armin

- Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme. 3. painos. Wilhelm Fink Verlag: München 1997.

Koskenniemi, Martti

- Oikeuspositivismin kuoleutuminen. Teoksessa Allan Rosas (toim.), Oikeus, Demokratia, Informaatio. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1993.
- Kirja-arvostelu Kaarlo Tuorin teoksesta Oikeuden ratio ja voluntas. Lakimies 1/2008 s. 119–127.

Kulla, Heikki

- Tuomarivaltiota ja sen torjumisesta s. 83–93 teoksessa Martti Kairinen – Leena Kartio – Ari Saarnilehto (toim.), Juhlajulkaisu Allan Huttunen 1928 – 5/ 11 – 1988. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja: Turku 1988.

Kyllönen, Simo

- Ympäristöongelmat ja demokraattinen legitimitetti. Oikeus 4/2006 s. 595–610.

Lindroos-Hovinheimo, Susanna

- Rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen vaikutus tulkintaan. Oikeus 3/2006 s. 364–380.
- Oikeus ja vastuu toisesta – näköala oikeuden ja etiikan suhteeseen. Oikeus 3/2007 s.283–301.

Lyotard, Jean-François

- Tieto postmodernissa yhteiskunnassa. Vastapaino: Tampere 1985.

Luhmann, Niklas

- Soziale Systeme. Suhrkamp: Frankfurt am Main 1984.
- Ökologische kommunikation. Westdeutscher Verlag: Opladen 1986.
- Die soziologische Beobachtung des Rechts. Alfred Mezner Verlag: Frankfurt am Main 1986.
- Rechtssoziologie. 3. Auflage. Westdeutscher Verlag: Opladen 1987.
- Closure and Openness. On reality in the world of law s. 321–356 teoksessa Gunther Teubner (ed.), Autopoietic Law: a new approach to law and society. De Gruyter: Berlin 1988.
- Soziologische Aufklärung 5: Konstruktivistische Perspektiven. Westdeutscher Verlag. Opladen 1990.
- Das Recht der Gesellschaft. 2. Auflage. Suhrkamp: Frankfurt am Main 1997.
- Ausdifferenzierung des Rechts. Suhrkamp: Frankfurt am Main 1999.

MacCormick, Neil – Weinberger, Ota

- An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism. D. Reidel Publishing Company. Dordrecht 1986.

Makkonen, Kaarle

- Luentoja yleisestä oikeustieteestä. Helsingin yliopiston monistuspalvelu: Helsinki 1979.

Maturana Humberto R. – Varela Francisco J.

- Der Baum der Erkenntnis. Goldman Verlag: München 1987.

Mohnhaupt, Heinz

- Zur Geschichte des Rechtsstaats in Deutschland. Acta Facultatis Politico-iuridicae Universitatis Budapestinensis XXXIV 1993/94 s. 39–60. Budapest 1993.

Müller, Friedrich

- Juristische Methodik. Dunker & Humblot: Berlin 1997.

Mäenpää, Olli

- Hallintoprosessioikeus. WSOY: Helsinki 2007.

Neumann, Ulfrid

- Wandlungen der Rechtsquellenlehre in der neueren Rechtstheorie s. 83–90 teoksessa Lothar Philipps ja Roland Wittman (Hrsg.), Rechtsentstehung und Rechtskultur, Heinrich Scholler zum 60. Geburtstag. Decker&Müller:Heidelberg 1991.

Niemi, Matti Ilmari

- Ajattelun kouluista ja ajatuksia kouluista. Oikeustiede – Jurisprudentia 2000 s. 135–231.

Niiniluoto, Ilkka

- Johdatus tieteen filosofiaan. Otava: Helsinki 1980.

Nousiainen, Kevät

- Prosessin herruus. Suomalainen Lakimiesyhdistys: Helsinki 1993.

Paasto, Päivi

- Varallisuus oikeuden keskeiskäsitteistä modernin oikeuden rakennepiirteinä s. 153–170 teoksessa Jyrki Tala – Kauko Wikström (toim.), Oikeus – kulttuuria ja teoriaa, Hannu Tolosen juh-lakirja. Turun yliopisto: Turku 2005.

Pawlowski, Hans-Martin

- Einführung in die Juristische Methodenlehre. 2. neuarbeitete Auflage. C. F. Müller Verlag: Heidelberg 2000.

Peczenik, Alexander

- On Law and Reason. Kluwer: Dordrecht 1989.
- Vad är rätt? Fritzes: Stockholm 1995.
- The Binding Force of Precedent s. 461–479 teoksessa Neil MacCormick – Robert S. Summers (eds.), Interpreting Precedents. Ashgate: Vermont 1997.

Pulkkinen, Tuija

- Postmoderni politiikan filosofia. Gaudeamus: Helsinki 1998.
- ”Identiteetti ja ei-identiteetti”. Ajatus 56 (1999) s. 213–236.
- Hannah Arendt ja identiteetti – modernia vai postmodernia ajattelua? Tiede ja edistys 1/2002 s. 1–15.
- Sukupuolen genealogiaa eli ristiinpukeutuminen ja postmoderni filosofia. Ajatus 50 (1994) s. 169–185.

Pöyhönen, Juha

- Oikeustieteen ajanmukaisuus. Lakimies 3/1997 s. 357–375.

Rentto, Juha-Pekka

- Lainopin ajatuskulkuja. Lakimies 6/1991 s. 717–745.

Roos, Ole

- Tuomiovallasta. Oikeus 1992:3 s. 236–241.

Ross, Alf

- Om ret og retfærdighed. 3. oplag. Arnold Busck: København 1971.

Rättilä, Tiina.

- Deliberation as public use of reason – or, what public? whose reason? s. 40–52 teoksessa Michael Saward (ed.), Democratic Innovation – Deliberation, representation and association. Routledge: Lontoo 2000.

Saarenpää, Ahti

- Sääntö, peukalosääntö, rutiini. Oikeustiede – Jurisprudentia 1984 s. 267–330.

Saraviita, Ilkka

- Perusoikeusuudistuksen näkymiä. Lakimies 5/1991 s. 471–487.

Sartori, Giovanni

- The Theory of Democracy Revisited. Chatham House Publishers, Inc. New Jersey 1987.

Saward, Michael

- Less than meets the eye: democratic legitimacy and deliberative theory s. 66–77 teoksessa Michael Saward (ed.), Democratic Innovation – Deliberation, representation and association. Routledge: Lontoo 2000.

Schmitt, Carl

- Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis. Verlag von Otto Liebmann: Berlin 1912.

Shapiro, Martin

- Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review. Prentice-Hall: Englewood Cliffs, New Jersey 1966.

Siltala, Raimo

- Oikeustieteen tieteenteoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys: Helsinki 2003.
- Oikeudellinen tulkintateoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys: Helsinki 2004.

de Sousa Santos, Boaventura

- Toward a New Legal Common Sense – Law Globalisation and Emancipation. 2nd ed. Butterworths: London 2002.

Stone Sweet, Alec

- Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe. Oxford University Press: Oxford 2000.

Syrjänen, Jussi

- Kaivattua ja tarpeellista keskustelua oikeuslähdeopista. Lakimies 1/2004 s. 121–125.

Tala, Jyrki

- Katsaus oikeudellisen sääntelyn uusiin muotoihin s. 185–204 teoksessa Eero Backman –Heikki Kulla – Jyrki Tala (toim.), Oikeussosiologiaa ja kriminologiaa. Juhlajulkaisu Ahti Laitinen. Turun yliopisto: Turku 2006.

Taxell, Lars Erik

- Rätt och demokrati. Acta Academiæ Aboensis: Åbo 1976.

Timonen, Pekka

- Ennakkotapaukset ja niiden merkitys oikeuslähteenä. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 1987.
- Tutkijan ja tuomarin oikeuslähdeoppi. Lakimies 5/1989 s. 666–688.

Tolonen, Hannu

- Oikeuslähdeoppi. WSLT: Helsinki 2003.
- Oikeuden tasot ja toiminnot. Oikeus 4/2000 s. 509–523.

Tolonen, Juha

- Valtio ja Oikeus. Åbo akademis förlag: Åbo 1989.
- Oikeustiede tieteenä s. 279–297 teoksessa Juha Häyhä (toim.), Minun metodini. WSLT: Helsinki 1997.
- Oikeusvaltio ja oikeustiede s. 27–38 teoksessa Aulis Aarnio – Timo Uusitupa (toim.), Oikeusvaltio. Talentum: Helsinki 2002.

Tontti, Jarkko

- Kirja-arvostelu François Ostin teoksesta Le Temps du droit. Lakimies 6/2000 s. 1023–1027

Tuori, Kaarlo

- Oikeus, valta ja demokratia. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1990.
- Modernin oikeuden legitimititeettiperiaatetta etsimässä. Teoksessa Kaarlo Tuori – Jaana Matikainen (toim.), Yhteiskuntasopimuksesta yhteisöön. Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitoksen julkaisu D 10: Helsinki 1990.
- Post-Modern Law? s. 39–49 teoksessa Thomas Wilhelmsson – Samuli Hurri (eds.), From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law. Ashgate: Ashgate 1999.
- Kriittinen oikeuspositivismi. WSLT: Helsinki 2000.
- Tuomarit ja tuomioistuimet suomalaisessa oikeuskulttuurissa. Lakimies 7–8/2000 s.1049–1059
- Tuomarivaltio – uhka vai myytti? Lakimies 6/2003 s. 915–943

LÄHTEET

- Vallanjako – vaiettu oppi. Lakimies 7–8/2005 s.1021–1049
- Oikeuden traditiot. Niin & Näin 2/2005 s. 77–86
- Liberaalista poliittisesta julkisuudesta deliberatiiviseen demokratiaan. Niin & Näin 4/2005 s. 97–103
- Käsitteiden sotatiedettä: Carl Schmitt Weimarissa s. 253–270 teoksessa Jyrki Tala – Kauko Wikström (toim.), Oikeus – kulttuuria ja teoriaa, Hannu Tolosen juhlaKirja. Turun yliopisto: Turku 2005.
- Oikeuden ratio ja voluntas. WSOYpro: Helsinki 2007.

Vattimo, Gianni

- Läpinäkyvä yhteiskunta. Gaudeamus. Helsinki 1991

Vermeule, Adrian

- Judging under Uncertainty. Harvard University Press: London 2006.

Virolainen, Jyrki

- Lainkäyttö. Lakimiesliiton kustannus: Helsinki 1995.

Vähämäki, Jussi

- Nihilismi kutsumuksena; Gianni Vattimo ja hermeneutiikka yhteisenä kielenä. Niin & Näin 3/1995 s. 32–37.

Wennerström, Erik O.

- The Rule of Law and the European Union. Iustus Förlag: Uppsala 2007.

Wihuri, Antti-Juhani

- Auditorion käsitteestä ja auditoriosidonnaisesta argumentaatiosta. Oikeustiede –Jurisprudentia 1990 s. 339–403.

Wilhelmsson, Thomas

- Systemien hajoaminen ja pienet kertomukset s. 337–350 teoksessa Thomas Wilhelmsson et al.: Pieniä kertomuksia hyvinvointivaltion siviilioikeudesta. WSLT: Helsinki 2000.
- Senmodern ansvarsrätt. Kauppakaari: Helsinki 2001
- (Media)julkinen oikeudenkäynti moraalikeskustelun tilana. Oikeus 2002:3 s. 252–264.

Muut lähteet

- KKO 1989:15
- Komiteamietintö 1997:13
- <<http://www.urova.fi/home/ytk/yhtkunt/kvsuht/muut/>> 12.03.2003

I

Tutkimuksen lähtökohdista

1 Johdanto

Yhteiskunta muuttuu, ja yhteiskuntaa koskevan teorian täytyy muuttua sen mukana. Mikään teoreettinen malli ei muuttuvassa yhteiskunnassa toivottavasti tyydytä kovin pitkää aikaa. Paraatiesimerkki onnistuneesta pyrkimyksestä oikeudellisen ajattelun muuttamiseen Suomessa on Simo Zittingin, Aulis Aarnion ja muiden analyttisen oikeustieteen edustajien 1960-luvulla kehittänyt analyttinen tutkimussuuntaus. Aarnio toteaa teoksessa ”Minun metodini” (s. 42) seuraavasti: ”1930-luvun käsitteillä ja niiden mahdollistamilla kysymyksillä ei voitu hallita 1960-luvun todellisuutta. Oli ja on osattava kysyä ajan ehdoilla ja, jos se taito hallitaan, oikeustiede kykenee vastaamaan yhteiskunnasta nousevaan haasteeseen.” Jarkko Tontti puolestaan kirjoittaa, että ”tarvitaan tilaa kysyä uusia kysymyksiä, mahdollisuuksia luoda radikaaleja uusia ennakkotapauksia ja luovia uusia tulkintoja, joilla avataan uusia horisontteja tulevaisuuteen. Kriitikki on kuitenkin aina päättymätön tehtävä. Eilisen kriittinen positio on usein tämän päivän konservatiivisuutta.”¹

Juha Karhun (ent. Pöyhönen) mukaan myös ”tieteen uudistuminen ja ajan tasalla pysyminen liittyy tieteen kykyyn tuottaa uusia, aikaisempaa parempia oivalluksia kohteistaan ja menetelmistään. Tiede on hyvässä kunnossa silloin kun näitä oivalluksia jatkuvasti on sellainen ylimäärä, että niistä voidaan seuloa keskeisimmät yleisemmiksi tieteellisiksi lähtökohdiksi.”² Tällöin hänen mukaansa on ”kysymys siitä, pystyykö oikeustiede tieteenä seuraamaan aikaansa, olemaan ajan tasalla. Tällöin olisi arvioitava, tarkastellaanko oikeustieteessä oman aikamme ajankohtaisia ongelmia ja ovatko metodit kunnossa ajatellen niitä mahdollisuuksia, joita oikeustutkimuksella ylipäänsä on saavuttaa merkityksellistä tietoa.”³ Tässä tutkimuksessa huomio kiinnitetään siihen, ovatko oikeudelliset käsitteet ja ajatusmallit kunnossa, jotta haasteet myöhäismodernissa yhteiskunnassa pystytään ottamaan vastaan. Juuri ilmestyneessä kirjassaan ”Oikeuden ratio ja voluntas” myös Tuori pitää tärkeänä oikeudellisten käsitteiden ajankäytävyydestä huolehtimista, ja taistelua oikeudellisten käsitteiden ”muumioitumistendenssiä” vastaan.⁴ Positivistisen oikeusajattelun kritiikin lisäksi tässä

¹ Tontti, LM 6/2000 s. 1026.

² Tämä ajatus vastaa Niklas Luhmannin teoriaa sosiaalisten systeemien evoluution mekanismeista. Evoluutio tapahtuu hänen mukaansa kolmen tekijän yhteisvaikutuksessa. Ensinnäkin vaaditaan vaihtoehtojen ylimäärän tuottamista, joka puolestaan tuottaa valintojen mahdollisuuden. Toiseksi vaaditaan tarvittavien vaihtoehtojen valintaa ja muiden vaihtoehtojen hylkäämistä. Kolmanneksi tarvitaan valittujen vaihtoehtojen varjelua ja stabilointia jatkuvan kontingenssin ja korkean kompleksiteetin oloissa (Rechtssoziologie s. 139).

³ Pöyhönen, LM 3/1997 s. 357.

⁴ Tuori, Oikeuden ratio ja voluntas s. 33 ja 145-148. Lisäksi s. 282 oikeuden yhteiskunnallisten taustateorioiden kritiikin tarpeesta.

tutkimuksessa hahmotetaan myös systeemiteoriaan pohjautuvaa oikeudellisen ratkaisun mallia. Kuten Aulis Aarnio toteaa, ”tieteellä on paitsi kuvaileva ja selittävä myös kriittinen eli ideaalimalleja rakentava funktio.”⁵

Tässä tutkimuksessa on kyse oikeudellisen ratkaisun ehdoista ja mahdollisuuksista, tai toisin ilmaistuna oikeudellisen ratkaisun perusteista. Vaikka paradigmaattinen oikeusteoria voi pitää lähtökohtana oikeudellisen ratkaisun tarkastelussa ratkaisun suhdetta voimassaolevaan oikeuteen, tätä ei kuitenkaan ole voitu hyväksyä tämän tutkimuksen tekemisessä lähtökohdaksi, vaan lähtökohdat on haettava kauempaa. Tarkoituksena on osallistua oikeudellisen ajattelun kehittämiseen ja aktivoida keskustelua oikeudellisesta ratkaisutoiminnasta, sen mahdollisuuksista, sidonnaisuuksista ja päämääristä. Siten sen sijaan, että haluaisin antaa lukijalle valmiiksi pureskeltua tietoa oikeudesta, tahtoisin herättää halun ja innostuksen ajatella oikeuteen liittyviä ongelmia, herättää kysymyksiä ja mieluiten herättää kysymään, herättää halua kritiikkiin ja herättää innostusta ennen kaikkea rakentavaan ongelmanratkaisuun. Tieteen yhtenä keskeisenä tehtävänä on ajatustottumusten ja itsestäänselvyyksien testaaminen⁶. Emile Durkheimin mukaan kaiken tieteen tehtävänä on tehdä keksintöjä, ja jokainen keksintö on enemmän taikka vähemmän häiritsevää.⁷ Matti Ilmari Niemien mukaan oikeusfilosofit eivät aina omaksu vain esittäjän ja kuvaajan roolia, vaan myös kriitikon ja tiennäyttäjän roolin. Oikeusfilosofian tietoinen tavoite on ollut vaikuttaa oikeudelliseen ajatteluun ja päättelyyn⁸.

Tätä tutkimusta ei ole kirjoitettu pitäen ensisijassa silmällä oikeuskäytännön välittömiä tarpeita. Tarkoituksenani ei siten niinkään ole vaikuttaa nykyhetken käytännön oikeudelliseen ratkaisutoimintaan kuin osallistua oikeusteorian keinoin keskusteluun oikeudellisen ratkaisutoiminnan kehittämisestä. Tämän vuoksi tutkimuksessa ei ole tarkasteltu oikeudellisen ratkaisutoiminnan nykyisiä käytäntöjä. Kuten Neil McCormick ja Ota Weinberger toteavat, oikeuden rakenneteorioita kritisoidaan usein siitä, että niissä ei jalkauduta oikeuden konkretian tasolle. Kritiikki on heidän mukaansa kuitenkin yleensä aiheetonta, sillä rakenneteorioiden tarkoituksena on kehittää oikeudellisen materiaalin organisoinnin periaatteita ja jättää konkreettinen käsittely oikeusdogmatiikalle⁹. Tämä tutkimus on tarkoitettu puheenvuoroksi siihen keskusteluun, jossa teoreettisesti muotoillaan oikeudellisen ratkaisun sidonnaisuuksia ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan premissejä, sillä juuri tämän osan oikeudellista keskustelua näen kaipaavan uutta pontta ja piristystä. Toivon tämän kirjan pohjalta avautuvan myös luontevaa keskustelua oikeusteorian ja yhteiskuntatieteiden välillä. Kirja on oikeusteoreetikoiden lisäksi tarkoitettu myös muille oikeustieteen tut-

⁵ Aarnio, Tulkin taito s. 82.

⁶ Tästä muun muassa Juha Häyhä, Johdanto teoksessa *Minun metodini* s. 22.

⁷ Durkheim. Sosiologian metodisäännöt s. 13.

⁸ Niemi, Ajattelun kouluista ja ajatuksia kouluista s. 141.

⁹ McCormick – Weinberger, *An Institutional Theory of Law* s. 21.

kijoille ja opettajille, ja mikä tärkeää, myös opiskelijoille. Uskon yliopiston mahdollisuuksiin oikeudellisen ajattelun kehittämisessä.

Oppimisesta voidaan puhua uuden oppimisen ja poisoppimisen merkityksissä. Molemmat oppimisen muodot ovat tärkeitä ja vaikeita prosesseja. Tämän oppinnäytetyön voi lukea osaraporttina tekijänsä oikeusteoreettisesta uuden oppimisen ja ennen kaikkea poisoppimisen prosessista. Samalla tavalla toivon tämän tutkimuksen kannustavan ja tukevan yksittäisten oikeusajattelijoiden poisoppimisen prosesseja. Uskon olevan niin, että hyvässä opetuksessa ideana ei ole kaataa mahdollisimman paljon tietoa oppijoiden tyhjään astiaan, tai että hyvän opetuksen mittarina voisi käyttää sitä, kuinka paljon tietoa kannun pohjalle on kertynyt. Opetuksen tehtävänä on pikemminkin auttaa kuulijaa tai lukijaa tämän omissa tiedon muodostusprosesseissa eteenpäin siten, että oppija saa välineitä luovaan ja itsenäiseen ajatteluun, sekä välineitä ja kannustusta oivallusten synnyttämiseen. Hyvä opetus pyrkii auttamaan sellaisten olosuhteiden synnyttämisessä, joissa oivalluksia syntyy. Samalla tavalla ymmärrän oikeusteoreettisen tutkielman tehtävän. Tutkimuksen ensisijaisena tai ainoana tehtävänä ei tarvitse olla uuden opettaminen, vaan mieluummin luoviin oivalluksiin ja siten keskusteluun haastaminen ja kannustaminen. Lukija voi tätä kirjaa lukiessaan ehkä oppia jotakin uutta, mutta toisaalta kirjan vähintään yhtä tärkeä tavoite on rohkaista oppimista pois vakiintuneiden ajattelumallien ja käsitteiden käyttämisestä, sikäli kuin se on tarpeen, ja toisaalta yleisemminkin tukea oikeudellisen ajattelun kehittämistä ja korostaa *oppimisvalmiuden* merkitystä luovan ajattelun keskeisenä elementtinä. Lisäksi toivon systeemiteoriaan pohjautuvan oikeudellisen ratkaisuteorian inspiroivan ja rikastuttavan oikeusteorian perinteisten kysymystenasettelujen ja vastausten kirjoa uusilla vivahteilla ja painotuksilla.

Kriittisen ja innovatiivisen tutkimusotteen ja asenteen toivoisi yleistyvän myös oikeudellista ratkaisua käsittelevissä teorioissa. Oikeusteoreetikkoihin toivoisi tarttuvan jotakin siitä mentaliteetista, innosta, tarmokkuudesta ja luovuudesta, jolla tietokoneohjelmien tekijät ja uusien käyttöjärjestelmien kehittäjät pyrkivät ideoimaan ja toteuttamaan käytännön tarpeisiin paremmin sopivia malleja. Ehkäpä uskallusta oikeudellisten innovaatioiden tekemiseen edistäisi se, jos oikeudellisen teorian perään voisi lisätä numeerisen tunnuksen samalla tavalla kuin tietokoneohjelmiinkin. Kun esimerkiksi Linus Torvalds julkaisi Linuxin ensimmäisen version, tämä ohjelmaversio sai peräänsä numerosarjan 0.01. Nämä numerot viestivät asiaa tunteville siitä, että kyseessä on jokin hahmolla oleva ohjelma, jonka julkaiseminen on tässä nykyvaiheessaan jo mielekäästä, mutta ohjelma on tarkoitettu *käyttöön otettavaksi* vasta kun se saa peräänsä numeroyhdistelmän 1.0. Kriittis-innovatiiviselle tutkimukselle saattaisi olla tilausta juuri nyt. Esimerkiksi Boaventura de Sousa Santosin mukaan nykyajan globalisoituminen on johtanut sellaiseen rakenteellisten korjaavien mekanismien romahtamiseen, mikä avaa laajat mahdollisuudet sosiaalisille kokei-

luille ja todellisille historiallisille valinnoille¹⁰. Kokeiluilla ja innovatiivisuudellakin täytyy kuitenkin olla rajansa. Jean Jacques Rousseau piti yhtenä merkinä aikansa kulttuurin rappeutumisesta sitä, että tieteen ja taiteen yhteiskunnallinen tehtävä oli osoittaa tiettyjen ihmisten lahjakkuutta, ei olla hyödyllistä ihmisille yleensä¹¹.

Tuorin mukaan hänen kirjassaan ”Kriittinen oikeuspositivismi” on kyse tutkimusohjelmasta. Tuori toteaa myös, että hänen tutkimuksensa tarkoituksena on antaa välineitä modernia oikeutta koskevaan tutkimukseen eikä suinkaan korvata tällaista tutkimusta.¹² Nyt käsillä oleva tutkimus on myös ymmärrettävissä tämänkaltaiseksi oikeudelliselle ajattelulle välineitä tarjoavaksi tutkimusohjelmaksi. Kysymyksessä on teorian muotoon kirjoitetusta *tutkimusohjelmasta* (0.01), jonka tarkoituksena on osaltaan luoda edellytyksiä oikeudellisen ajattelun edelleen kehittämiseksi. Eräässä mielessä kyse on myös ohjelmajulistuksesta ja kutsusta liittyä oikeudellisten ajattelumallien purkamisen ja rakentamisen jatkuvaan liikkeeseen. Ohjelmajulistuksena nyt käsillä oleva tutkimus voidaan yhtäältä ymmärtää lähtökohtana ”starting point”, mutta myös lähtökohtana ”Ausgangspunkt”. Saksan lähtökohtaa tarkoittava sana ”Ausgangspunkt” tarkoittaa sanatarkasti käännettynä *uloskäyntikohtaa*. Olisi suuri ilo, jos tämä tutkimus tai systeemiteoria yleensäkin pystyisi osaltaan toimimaan ajattelullisena uloskäyntinä tuleville tutkimuksille. Kaiken kaikkiaan tämän kirjan tarkoituksena on herättää keskustelua siitä, millaista käsitystä oikeudesta ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan sidonnaisuuksista myöhäismodernissa yhteiskunnassa tarvitaan. Kyse on siitä, millaisin käsitevälinein katsotaan parhaaksi pyrkiä ottamaan haltuun oikeudellisen ratkaisun ongelmat.

Tutkimuksen viimeisessä luvussa muokataan *Niklas Luhmannin* systeemiteoriaa oikeusteorian tarkoituksiin sopivammaksi, ja siten pyrkimyksenä on si-
lottaa tietä systeemiteorian hyödyntämiselle myös tulevaisu-
tutkimuksissa. Luhmann suorastaan provosoi oikeusteoriaa kriittiseen refleksioon nykyisiä oikeuskäsityksiä vastaan. Hänen mukaansa ”nykypäivän yhteiskunnassa ’vanha-eurooppalaiset’ vastaukset, jotka tukeutuvat oikeuden tai ihmisen luontoon, oikeuslähteiden olettamiseen tai oikeudenmukaisuuden periaatteeseen ovat epäuskottavia. Näin on oikeusteoria asetettu sen kysymyksen eteen, miten voidaan formuloida oikeus itsereferentiksi, itseään reprodusoivaksi suhteeksi, joka ei tukeudu kyseisiin oletuksiin tai lähtökohtiin.”¹³ Olisi kuitenkin onnekas sattuma, jos systeemiteoreettinen näkökulma, joka lähinnä sattumalta muodostui oman tutkimukseni lähtökohdaksi, tarjoaisi parhaan näkökulman nykyajan oi-

¹⁰ Sousa Santos, *Toward A New Legal Common Sense* s. 174.

¹¹ Tästä Juha Tolonen, *Valtio ja oikeus* s. 53.

¹² Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi* s. 32 ja 344.

¹³ Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts* s. 9.

keuden ongelmiin. Kyse onkin vain yhdestä mahdollisesta näkökulmasta oikeudelliseen ratkaisuun.

Käsitteet ja niiden avulla muodostetut ajatukset ovat aina vajavaisia yrityksiä ymmärtää tai tehdä jotakin asiaa ymmärrettäväksi, ja siksi niitä täytyy jatkuvasti kyseenalaistaa ja kehittää edelleen. Oman teorian rakentamisen teoreettisena lähtökohtana – ”Ausgangspunkt” – olen käyttänyt koko tutkimusprosessin ajan Niklas Luhmannin kehittelemää sosiaalisia systeemejä käsittelevää teoriaa. Luhmann kirjoittajana on varsin vaikeasti lähestyttävä, eikä vähiten siitä syystä, että hän on pyrkinyt ottamaan etäisyyttä normaalista kielenkäytöstä ja kehittänyt erityistä systeemiteoreettista ilmaisutapaa. Tästä on ollut seurauksena esimerkiksi se, että vaikka Luhmann kirjoittaakin saksaksi, on kuitenkin katsottu tarpeelliseksi kirjoittaa Luhmann–Saksa sanakirja, jossa on saksaksi selitetty 500 keskeistä Luhmannin käyttämää käsitettä. Lisäksi Luhmannin toivomuksena ja tavoitteena on, että hänen kirjoituksiaan ei ymmärretä liian helposti. Yhteiskunta on hänen mukaansa liian monimutkainen yksinkertaisesti kuvattavaksi ja helposti ymmärrettäväksi.

Kun tutkimuksessa hyödynnetään Luhmannin kehittelemää käsitteistöä konstruoidessa oikeudellisen ratkaisun ehtoja ja mahdollisuuksia, suomenkielinen kirjoittaja joutuu vaikean tehtävän eteen. Luhmannin käyttämille käsitteille on osin mahdotonta löytää onnistuneita suomenkielisiä vastineita. Tehtävää vaikeuttaa se, että systeemiteoria käsitteineen ja ajattelumalleineen on varsin vähän tunnettua. Miten siis pysyä uskollisena systeemiteoreettiselle esittämistavalle siten, että teksti olisi kuitenkin lukijoiden ymmärrettävissä? Tässä mielessä systeemiteoreettiset osat kirjaani eivät todennäköisesti ole haaste vain kirjoittajalle vaan myös lukijalle, vaikka olenkin tehnyt parhaani saadakseni tekstin muotoiltua selkokieliseen asuun. Olenkin joutunut tekemään kompromisseja sekä systeemiteoreettisen esittämistavan että ymmärrettävyyden vaatimusten suuntaan. Olen pyrkinyt välttämään sitä virhettä, mistä Tuori varoittaa. Kommentoimassaan Habermasin ”Strukturwandel der Öffentlichkeit” -kirjan suomennosta Tuori toteaa kyseisen teoksen linjauksena olleen vierasperäisten ilmausten välttäminen. Tässä pyrkimyksessään kääntäjä on hänen mukaansa kuitenkin mennyt liian pitkälle siitä syystä, että suomenkieliset ilmaukset eivät yksinkertaisesti aina tavoita vierasperäisten termien erityistä merkityssisältöä ja saattavat viedä harhaankin.¹⁴ Olisi myös erikoista, jos tämän kirjan lukeneelle henkilölle ei syntyisi minkäänlaista tuttuuden tunnetta hänen mahdollisesti myöhemmin tutustuessaan Luhmannin systeemiteoreettisiin kirjoituksiin. Vielä yksi syy, miksi en ole ollut halukas poistamaan tekstistä vierasperäisiä systeemiteoreettisia ilmauksia on se, että en halua päästää lukijaa vaipumaan täydelliseen tuttuuden tunteeseen. Oikeusteorian yhtenä tehtävänä on estää oikeutta tulemasta liian tutuksi. Oikeudellinen ajattelu ei saa uinahtaa tuttuuden tuntee-

¹⁴ Tuori, Niin&Näin 4/2005 s. 103.

seen, vaan yhteiskunnan muutoksen ja oikeudellisen ajattelun muutoksen suhteen on pysyttävä hereillä.

Parhaimmillaan hyvin toimiva tiedeyhteisö voisi pystyä samankaltaiseen ”open source”-projektiin, jonka avulla Linux-käyttöjärjestelmää on kehitetty eteenpäin. Open source -projektin ideana on se, että pohjaksi kirjoitettua jäsenystä voi kuka tahansa käyttää omissa kehittelyissään ja muuntaa sen osia taroituksiinsa sopivaksi. Kerran kirjoitettu perusjäsenitys voisi tarjota ikään kuin peruskoodin ja käsitteet oikeudellisen ajattelun ongelmien uudelleen koodaamista ja käsittelyä varten. Niinpä esimerkiksi tässä tutkimuksessa esitetyt käsitteet voisi kehittää eteenpäin moneenkin suuntaan. Tähän haluan nuoria tutkijoita innostaa Linus Torvaldsin esimerkillä. Torvalds alkoi kehittää Linux-käyttöjärjestelmää Minix-käyttöjärjestelmään tukeutuen. Jossain vaiheessa kuitenkin Torvalds luopui liittynästä Minixiin ja kirjoitti tämän osan uudelleen, eli korvasi Minixin itse kehittämällään ohjelmalla. Tällä tavalla voisi vastaavasti tehdä esimerkiksi mille tahansa osalle tähän tutkimukseen valitsemiani teoreettisia elementtejä. Esimerkiksi Luhmannin systeemiteorian voisi tarvittaessa korvata jollakin muulla teorialla. Kuten vaikeiden matemaattisten ongelmien ratkaisuissa ensimmäinen onnistunut versio on yleensä vielä kömpelö, elegantimmat ratkaisut tulevat seuraavissa versioissa. ”Open source”-projekti on kuitenkin haastava tapa tehdä tutkimusta, sillä kriitikoiden on kritiikin ja dekonstruktion lisäksi nähtävä aina myös uuden konstruoinnin ja edelleen rakentamisen vaiva.

Tämän tutkimuksen ajatuksellisista liittynöistä totean lopuksi sen, että systeemiteorian lisäksi olen saanut vaikutteita muun muassa Thomas Wilhelmssonin, Matti Ilmari Niemen ja Juha Karhun teksteistä siinä määrin kuin kyse on ratkaisutilanteen avaamisesta tilanneherkkyyden ja dynaamisuuden suuntaan. Tutkimuksessa on selvä yhteys myös brusiinlaiseen eetokseen. Otto Brusiinin mukaan tuomari voi ensin arvella lakitekstin soveltuvan ratkaisun premissiksi, mutta lähemmässä tarkastelussa tuomari huomaakin, että lain käyttäminen premissinä johtaisi vallitsevan oikeusvakaumuksen vastaiseen tulokseen. Brusiin kirjoittaa, että *laki* on tuomarille *vain apukeino* hänen etsiessään kunakin ajankohtana voimassaolevaa oikeutta. Oikeusnormi perustuu Brusiinin mukaan aina sosiaaliseen tarpeeseen ja kohtuuden tajuun, eikä ratkaisujen ”loogiskielellinen aines” saa milloinkaan muodostua itsetarkoitukseksi, vaan keskeistä on ymmärtää se, että ratkaisut vaikuttavat aina toisten ihmisten kohtaloon¹⁵. Brusiinin keskeisin käsite oikeudellisen ratkaisun selittämisessä on ”yhteisössä vallitseva oikeusvakaumus”¹⁶. Yhteisössä vallitsevaan oikeusvakaumukseen perustuu Brusiinin mukaan niin voimassa olevan oikeusnormin, säädännäisten ja

¹⁵ Brusiin, Tuomarin harkinta normin puuttuessa s. 45 ja 65-66.

¹⁶ Vastaavanlainen elementti löytyy myös Aarniolta auditorion hyväksyttävyyssvaatimuksen muodossa ja Siltalalla formuloituna yhteisöllisen hyväksynnän vaatimukseksi.

tavanomaisten oikeusnormien kuin oikeusperiaatteidenkin voimassaolo. Myös tuomarin on Brusiinin mukaan tehtävä ratkaisu aina vallitsevan oikeusvakaumuksen ehdoilla, paitsi jos yleinen oikeustaju on alkanut horjua, silloin tuomarin tulee ohjata sitä ”mitä huolellisimman oikeusyhteisön etuun nojaavan harkintansa mukaan”¹⁷.

Brusiinin tuomarin tehtävänä on todeta, vastaavatko yksittäiset lait vallitsevaa oikeusvakaumusta, ja vaikka tuomari pääsääntöisesti onkin sidottu vallitsevaan oikeusvakaumukseen, on tuomarilla kuitenkin myös oikeus ja velvollisuus pyrkiä ohjaamaan vallitsevaa oikeusvakaumusta, jos oikeusvakaumus on hänen näkemyksensä mukaan horjunut. Brusiin ei kuitenkaan tee oikeudellisesta ratkaisusta makukysymystä tai jätä ratkaisutoimintaa tuomareiden henkilökohtaisten arvostusten varaan. Brusiinin mukaan nimittäin virkasyytteen uhka, tuomion perustelemispakko, virkatoiminnassa noudatettavat muodollisuudet ja tuomaria velvoittava kategorinen imperatiivi vähentävät mielivallan vaaraa aukkotapauksissa. Näiden lisäksi ratkaisevimpana takeena mielivaltaa vastaan Brusiin kuitenkin pitää ”tuomarin luonteeseen ja ammattikasvatukseen nojautuvaa oikeusjärjestyksen kokonaisuuden huomioimista yhteiskunnallisten realiteettien tarkan tuntemisen pohjalta”¹⁸. Brusiin toteaa myös, että ”Jos lähdemme siitä, että oikeudellinen ajattelu on yhteiskunnan alati jatkuvaa pitkäjännitteistä organisoimista, ymmärrämme, miksi tuo ajattelu on teleologista, järjestellisten tarkoitusten toteuttamiseen tähtäävää.”¹⁹

Otto Brusiin siis avasi mahdollisuuden oikeudellisessa ratkaisussa harkita lain soveltuvuutta käsiteltävän asian perusteluna. Tuomarin huolena ei ollut vain säännön soveltaminen, vaan ensisijassa *onnistunut ongelmanratkaisu*. Ratkaisu ei Brusiinin mukaan suinkaan ollut sidottu etukäteen asetettuun oikeuteen. Tuomarin tuli kontrolloida lakien asianmukaisuutta vallitsevan oikeusvakaumuksen ehdoilla. Tosin vallitseva oikeusvakaumus saattoi myös olla ”horjunut” siinä määrin, että tuomarin piti ottaa vastuu myös yleisen oikeustajun ohjaamisesta. Brusiinilla siis korostui voimakkaasti oikeudellisen ratkaisutoiminnan yhteiskunnallisuus. Tuomari oli Brusiinilla yhteiskunnallisen normatiivisen rakenteen kehittäjä ja yhteiskunnallisen vastuun kantaja. Ratkaisu oli kuitenkin tehtävä oikeuden ehdoilla. Tätä varten Brusiin kehitteli välineistöä tuomarin mielivaltaan perustuvan ratkaisunteen estämiseksi. Samankaltainen yhteiskunnallinen eetos näkyy myös tässä tutkimuksessa.

Viimeiseksi muutama sananen tutkimuksen tyylistä. Tämän tutkimuksen kirjoitustyyliä voi kuvata vertaamalla sitä taiteen tyyliuunnista barokin ja minimalismin väliseen eroon. Siinä missä barokki pyrkii runsaaseen ja koristeelliseen ilmaisuun, niin minimalismi puolestaan keskittyy muutamaa siveltemen

¹⁷ Brusiin, Tuomarin harkinta normin puuttuessa s. 6 ja 252.

¹⁸ Brusiin, Tuomarin harkinta normin puuttuessa s. 101.

¹⁹ Brusiin, Tuomarin harkinta normin puuttuessa s. 5.

vetoihin, joilla pyritään pelkistetyksi esittämään se, mikä on keskeistä tai välttämätöntä. Vastaavasti oikeustieteellisissä tutkimuksissa vallitseva tyyli näyttäisi olevan kuljettaa lukijaa runsaaseen ja monipolvisen keskusteluun tarkasteltavasta teemasta. Tässä tutkimuksessa olen kuitenkin pääsääntöisesti pyrkinyt ottamaan mukaan vain sen, mikä on tarpeen ajatuksen eteenpäin viemiseksi ja argumentin esittämiseksi. Kun olen löytänyt jonkin edustavan näkemyksen käsittelemästäni teemasta, tätä on pidetty riittävänä perustana asian jatkokäsittelylle. Kun ongelma tai kysymyksen asettelu on saatu näkyville, tämän jälkeen en ole enää katsonut tarpeelliseksi luoda kattavaa katsausta asiasta käytyyn keskusteluun, vaan olen pysynyt minimalistisessa esittämisen tavassa. Tämä niukkuus on ollut keskeisenä tavoitteena myös tutkimusteemojen osalta. Lopullisesta versiosta moni mielenkiintoinen teema jäi pois tai vähälle käsittelylle sen vuoksi, että en katsonut argumentin kehittelyn tätä vaativan.

2 Näkökulma metodiin

Tässä jaksossa esitän näkökulman ja fragmentin oikeusteoreettisen (oikeustieteen) tutkimuksen metodista. Ilkka Niiniluodon mukaan tieteen metodit ovat keinoja tieteen päämäärien ja tavoitteiden saavuttamiseksi. Tieteellisen tutkimuksen päämääristä ei puolestaan ole annettavissa kaiken kattavaa ja yleispätevää määritelmää, joten tieteellisessä metodikeskustelussa on otettava huomioon se, että eri tieteet poikkeavat toisistaan tutkimustavoiltaan ja tutkimusintresseiltään²⁰. Kun hyväksytään se, että tutkimusintressit vaikuttavat tutkimuksen metodiin, yhdytään siihen Juha Häyhän esittämään kritiikkiin, että metodi voitaisiin erottaa tiedon sisällöstä, kohteesta, tiedon tuottajasta ja tiedon vastaanottajista²¹. Metodista voidaan Niiniluodon mukaan puhua esimerkiksi siinä modernissa merkityksessä, jossa se liittyy tieteellisen tutkimusprosessin tapoihin tai keinoihin, joita uuden tieteellisen tiedon etsinnässä ja perustelemissa voidaan soveltaa²².

Niiniluodon mukaan totuuden etsimisessä on kyse siitä, että pyritään löytämään hypoteeseja, jotka voidaan hyväksyä osaksi tieteellisen tiedon kokonaisuutta. Tietynä hetkenä hyväksytyjen hypoteesien joukossa tapahtuu kuitenkin jatkuvasti muutoksia kun uusia hypoteeseja hyväksytään, ja vanhoja hypoteeseja hylätään tai korjataan uuden tutkimusmateriaalin valossa. Hyväksytyt hypoteesit vaikuttavat Niiniluodon mukaan myös siihen, mitkä uudet hypoteesit katsotaan kilpailukykyisiksi jollakin hetkellä²³. Tällä tavalla tieteellinen tieto ja sen tekemisen ehdot ovat traditiosidonnaisuudessaankin jatkuvan muutoksen alaisia. Vaikka Niiniluodon käsityksen mukaan tieteellisten hypoteesien hyväksyttävyys näyttää kontrolloituvan tiedon koherenssiteorian mukaisesti, niin koherenssikriteerin taustalle jää kuitenkin vielä tutkimustulosten hyväksyttävyyden sosiaalinen tai kommunikatiivinen dimensio.

Kun hypoteesien hyväksyminen ja hylkääminen on tieteellisessä kommunikaatiossa toteutuva asia, on syytä erikseen tarkastella tätä tieteen kriteerien ja niiden muotoutumisen yhteisöllistä piirrettä. Kun hypoteesien hyväksymistä ja hylkäämistä tarkastelee dynaamisena yhteisöllisenä käytäntönä ja jatkuvasti meneillään olevana prosessina, on perusteltua käyttää hypoteesin onnistuneisuuden mittarina tiedesysteemin kommunikaatiossa saavutettavaa hyväksyttävyyttä. Tällöin tieteellistä metodologiaa käyttäen ei synny objektiivista tietoa todellisuudesta, vaan tieteellisessä keskustelussa esitetyt vaatimukset vaikuttavat sii-

²⁰ Niiniluoto, Johdatus tieteen filosofiaan s. 60.

²¹ Häyhä, Johdanto teokseen Minun metodini s. 23-24.

²² Niiniluoto, Johdatus tieteen filosofiaan s. 78.

²³ Niiniluoto, Johdatus tieteen filosofiaan s. 65-66.

hen millaisia tutkimustuloksia saadaan aikaiseksi. Esimerkiksi tieteellinen tieto oikeudesta on tiedeyhteisön konstruktio. Tällöin tieteellisen tutkimuksen metodi ei määräydy yksin tutkimuksen kohteen erityispiirteistä käsin, vaan tiedon tuottamisen ja perustelemisen keinot ja tavat ovat riippuvaisia myös tiedesysteemin kommunikaatiossa reprodusoituvista vaatimuksista.

Oikeustieteen metodin voi tulkita nominalistisesti siten, että metodi on yhteisnimitys niille vaatimuksille ja sitoumuksille, jotka asettavat ehtoja tutkimuksen tulosten konstruomiselle (tiedon etsimiselle) ja konstruktioiden perustelemiselle. Tällöin sisäänkäyntinä oikeustieteen metodikysymyksen tarkasteluun voidaan käyttää analogiaa Niklas Luhmannin ajatukselle, joka liittyy tekstin tulkinnallisiin merkityksiin. Tekstin tulkinta voi Luhmannin mukaan löytää tekstistä vain sen, mitä pystytään kommunikaatiossa argumentatiivisesti käyttämään eli satunnaiset tekstin tulkinnat eivät ole oikeussysteemissä mahdollisia (liittymiskelpoisia).²⁴ Analogisesti tämän kanssa voidaan väittää, että samalla tavalla oikeustiede pystyy esittämään vain sellaisia tulkintoja oikeudesta, jotka se pystyy argumentoimaan. Se puolestaan, mitä pystytään argumentoimaan, vaihtelee yhteiskunnan ja ajatustottumusten muuttuessa. Hyvä argumentaatio voi edelleen osaltaan vaikuttaa ajattelutapojen muutokseen. Kun mahdollisten tulkintojen etsiminen tällä tavalla sidotaan siihen, mitä pystytään argumentoimaan, niin tulkinnan etsimisen konteksti (context of discovery) ja ratkaisun perustelemisen konteksti (context of justification) eivät ole eri asioita. Tässä ajattelumallissa oikeustieteellisten argumentaation hyväksymiskriteerien tuntemista voi ajatella oikeustieteen metodin tuntemisena.

Aulis Aarnio, joka suomalaisessa oikeustieteessä on nostanut keskustelun oikeudellisesta argumentaatiosta tärkeään asemaan, lähtee siitä, että oikeudellisen tulkintalauseen todistamisessa on kyse nimenomaan argumentoinnista²⁵. Myös Tuorin mukaan normatiivinen oikeustiede on metodiselta perusluonteeltaan argumentaatiota, ja sen metodit ovat praktisen argumentaation metodeja²⁶. Tässä suhteessa se, mitä Jorma Kalela kirjoittaa historiantutkimuksen metodista, on sovellettavissa myös oikeustieteeseen. Jorma Kalela on kehittänyt historiantutkimuksen metodologiaa osin Aristoteleen retoriikkaa koskevien ajatusten pohjalta. Kalela on kehittyssään keskittynyt retoriikan teoriasta otettuihin käsitteisiin ethos, pathos ja logos. Ethos ja pathos viittaavat tutkijan ja yleisön väliseen suhteeseen, kun taas logos viittaa esityksen sisältöön. Nämä käsitteet tarjoavat kolme eri näkökulmaa tieteellisten esitysten tarkasteluun. Ethos viittaa kaikkiin niihin esityksen piirteisiin, joilla on merkitystä kirjoittajan uskottavuudelle ja luotettavuudelle. Oikeustieteessä voisi ajatella kirjoittajan uskottavuuteen vaikuttavan esimerkiksi sellaisten tekijöiden, kuten mihin oikeudelli-

²⁴ Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* s. 364.

²⁵ Näin Aarnio, muun muassa *Mitä lainoppi on?* s. 131-132.

²⁶ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi* s. 33.

sen tutkimuksen traditioista tai suuntauksista hänen tutkimuksensa perustuu ja kuinka syväluotaavasti tai pinnallisesti hän on näistä oikeudellisen ajattelun traditioista kirjoittanut. Kalelan mukaan ethoksella on myös sosiaalinen puolensa, eli se, että tunnustetun aseman tiedeyhteisössä tai jopa kansainvälisessä tiedeyhteisössä saavuttanut tutkija voi ottaa suurempia ”vapauksia” kuin esimerkiksi lopputyötään kirjoittava opiskelija. Pathosta kuvaa Kalelan mukaan se uhkapeli, jota historian tutkija (tai muu tieteen tekijä) pelaa yleisönsä tietämyksellä, ajatustottumuksilla ja asenteilla. Tärkeintä on varmistaa se, että lukijat ottavat tutkijan esityksen vakavasti. Vakuuttavuuden esteiden poistamisessa ei riitä tulkinnan looginen perusteleminen, vaan teksti on lisäksi oltava yleisön ymmärrettävissä. Tällöin esimerkiksi omaa aihepiiriäni ajatellen nykyhetkiseen suomalaiseen oikeustieteelliseen keskusteluun ei voi ajatellakaan tuotavaksi esimerkiksi puhtaasti systeemiteoreettisilla käsitteillä ja ajattelumalleilla opeoivaa tutkimusta. Systeemiteoria on nimittäin tieteellisessä keskustelussamme vielä varsin vieras asia. Lisäksi Kalelan mukaan on kiinnitettävä huomiota hyväksyttävyyteen liittyviin seikkoihin. Tutkimustulosten hedelmällisyyden ja niiden sanoman ohella vakuuttavuuteen vaikuttavat muun muassa tekstin sävy ja sen yksittäiset ilmaisut. Ethos ja pathos määrittelevät yhdessä sen retorisen kontekstin, jossa tutkija työskentelee. Logos viittaa Kalelan teoriassa ajatusluomukseen, eli tutkijan esityksen tiedolliseen ja loogiseen sisältöön. Tutkijan tekstissä ei hänen mukaansa ole ”paljasta”, ”puhdasta” tai ”pelkkää” asiasisältöä. Tekstinä on jokaisella logoksella oma ethoksensa ja pathoksensa. Tutkijan uskottavuus ja yleisön käsitykset tulevat heti kuvaan mukaan, kun tutkija ryhtyy kirjoittamaan logosta tekstiksi. Siten tutkija ja yleisö ovat väistämättä mukana kaikessa, mitä tutkija esittää.²⁷ Tällöin ethoksen ja pathoksen huomioon ottaminen liittyvät jo hypoteesin, tulkinnan tai tiedon muodostamiseen, eivätkä vain saavutettujen tulosten perusteleamiseen.

Niiniluoto toteaa, että käsitys metodologisten sääntöjen olemassaolosta ei sinänsä sisällä oletusta siitä, missä määrin tieteellistä tutkimustoimintaa voidaan tarkastella ”sääntöjen seuraamisena”²⁸. On selvää, että tutkimuksen tekemisessä on pyrittävä täyttämään riittävässä määrin tiedesysteemissä muotoutuneet odotukset. Tutkimuskeinojen ja -tapojen tulee siis vastata sitä, mitä tutkimustradition mukaan tutkimukselta odotetaan. Toisaalta suhde tieteellisessä kommunikaatiossa reprodusoituvan odotusrakenteen (”sääntöjen”) ja yksittäisten tutkimusten välillä ei kuitenkaan ole yksisuuntainen vaan vuorovaikutteinen. Esimerkiksi vaikka oikeusdogmaattista tutkimusta voidaankin pitää ”metodologisia sääntöjä” seuraavana tutkimuksena, tämä ei kuitenkaan voi olla koko kuva oikeustieteellisen tiedon tuottamisesta. Se, miten yksittäisissä tutkimuksissa loppujenlopuksi asetetaan suhteessa tiedesysteemissä kommunikoituihin vaati-

²⁷ Kalela, *Historiantutkimus ja historia* s. 212-215.

²⁸ Niiniluoto, *Johdatus tieteen filosofiaan* s. 80.

muksiin, vahvistaa sitä odotusrakennetta, jonka suhteen yksittäisiä tutkimuksia reflektoidaan, tai vaikuttaa sen uudistumiseen. Näin ollen jokaista tutkimusta voi ajatella yksittäisenä aktina oikeudellisen tutkimuksen metodin reproduktiossa.

Tutkimuksen tekemistä ohjaava odotusrakenne ei synny tyhjästä, eikä se ole vain tieteen sisäisen kommunikaation määrittämä asia. Tämän odotusrakenteen muotoutumisella on yhteys laajempaan kontekstiin. Oikeutta käsittelevää tutkimusta ohjaava odotusrakenne on yhteydessä muun muassa yhteiskuntateorioihin sekä käsityksiin siitä, millaisessa kehitysvaiheessa yhteiskunta kulloinkin on, tai käsityksiin siitä, millaiseksi yhteiskunnan pitäisi muuttua. Tämä odotusrakenne sääntelee muun muassa sitä, millaisiin lähtökohtaoletuksiin tutkimuksessa voidaan sitoutua. Esimerkiksi oletus tutkijayhteisön odotusrakenteesta ja tutkijayhteisön toleranssirajoista vaikuttaa siihen, voidaanko tutkimusta tehtäessä pitää järkevänä tai edes mahdollisena siirtymistä liberalistisen poliittisen filosofian yksilö-, vapaus- ja valtakäsityksistä postmoderneihin käsityksiin yksilöstä tai vallasta (näistä käsityksistä tarkemmin jaksossa 4.2.1). Nämä valinnat puolestaan vaikuttavat siihen, mitä oikeudesta ajatellaan ja kirjoitetaan.

Myös tutkimuksen aihepiiri ja tutkimuksen aiheen määrittely vaikuttavat taksaisin siihen, millaista ”metodia”, siis millaisia keinoja ja tapoja tutkimustulosten tuottamisen ja niiden perustelemisessa voidaan ja pitää käyttää. Tutkimusaiheen valinta, tarkentaminen ja rajaaminen määrittävät siis sitä, millaiset ehdot tutkimustulosten konstruointia rajoittavat. Tarkoitan tällä sitä, että tapa tuottaa tutkimustuloksia oikeudellisen ratkaisun sidonnaisuuksista ja tapa perustella näitä tutkimustuloksia kulkevat modernissa oikeustieteellisessä keskustelussa tiettyjen käsitteiden ja ajattelumallien kautta. Toisaalta nämä käsitteet ja niiden välisten suhteiden tarkentaminen toisiinsa saattavat olla myös tutkimustulos tai osa sitä. Näillä käsitteillä on siten tutkimuksessa kaksoisrooli. Oikeudellisesta ratkaisusta ei voi nykypäivänä kirjoittaa asettumatta samalla suhteeseen esimerkiksi sellaisiin oikeudellista ratkaisua määrittäviin tekijöihin kuten demokratiaperiaate, vallankäytön yhteiskunnallinen avoimuus ja kontrolloitavuus, valtiotavallan kolmijako ja kansan suvereenius²⁹. Oikeudelliseen ratkaisuun kohdistuu myöhäismodernissa yhteiskunnassa väistämättä myös sellaisia vaatimuksia kuten ennakoitavuus, korrektius ja hyväksyttävyys. Odotus yllä lueteltujen tekijöiden ja vaatimusten huomioon ottamisesta ohjaa sitä, mitä tutkimuksessa voi esittää ja millä perusteilla. Näiden tutkimusaiheesta johtuvien vaatimusten

²⁹ Olen ollut havaitsevinani muutosta näiden teemojen suhteen, joita vaaditaan käsiteltäväksi oikeudellisen ratkaisun yhteydessä. Esimerkiksi vaikka oikeusteoriassa silloin tällöin edelleen puhutaan yhteiskunnallisesta suvereenista, se ei näytä kuitenkaan enää esiintyvän välttämättömänä tai edes tarpeellisenä premissinä niissä argumentaatioketjuissa, joissa perustellaan oikeudellisen ratkaisun sidonnaisuuksia tai mahdollisuuksia.

avulla voidaan myös arvioida kysymyksenasettelun ja tutkimustulosten mielekkyyttä ja relevanssia.

Keinona ja tapana saavuttaa tutkimustuloksia sekä tutkimustulosten kontrollina voidaan käyttää niitä teoreettisia sitoumuksia, jotka tutkimuksessa on nimienomaisesti eksplikoitu ja sellaisia sitoumuksia, joita ei erityisesti mainita mutta jotka tutkimuksesta ilmenevät. Esimerkiksi systeemiteoria tuo mukanaan vaatimuksen sosiaalisen ymmärtämisestä kommunikaationa ja selittämisestä sui generis ilmiönä, jolle yksilöt ovat systeemiympäristöä. Tällainen lähtökohta rajaa tietyt – muutoin sinänsä mahdolliset – vastausmahdollisuudet pois. Oikeudellisen ratkaisun sidonnaisuuksia ei systeemiteoreettisessa mallissa voi selittää esimerkiksi tuomarin ideologian perusteella, jos ei ole valmis siirtämään systeemitoiminnan keskeistä selittävää ja vaikuttavaa tekijää systeemin ulkopuolelle.

Siinä määrin kuin tutkimukseni kuuluu tiedonintressiltään kriittiseen tai emansipatoriseen yhteiskuntateoreettiseen tutkimukseen, on selvää, että kysymyksenasettelujen, kritiikin ja ratkaisuehdotusten perusteluina käytetään yhteiskunnan ja oikeuden toimintakykyisyyteen ja niiden ylläpitämiseen liittyviä vaatimuksia. Tällöin tavoitteena on sellaisten käsitteiden ja ajattelumallien kehittäminen, joiden avulla toivotaan pystyttävän paremmin vastaamaan myöhäismodernin yhteiskunnan oikeudelliselle ratkaisutoiminnalle asettamiin haasteisiin. Tästä perspektiivistä tarkastellaan myös kriittisesti sellaisia yhteiskuntafilosofisia ja oikeudellisia käsitteitä tai ajatustapoja sekä sellaisia tapoja esittää yhteiskunta, joiden varaan ajatus modernista positiivisesta oikeudesta on rakentunut.

3 Kysymyksen asettuminen

Oikeudellista ratkaisua käsittelevän teorian tehtävä voidaan ymmärtää monella eri tavalla. Paradigmaattisessa oikeusteoreettisessa tutkimuksessa voitaisiin esimerkiksi lähteä tutkimaan oikeudellisen ratkaisun suhdetta voimassaolevaan oikeuteen tai jotakin muuta oikeudelliseen ratkaisuun liittyvää osakysymystä. Tässä tutkimuksessa näkökulma oikeudellisen ratkaisun ongelmaan on valittu toisin. Lähtökohdaksi on valittu se, että *myöhäismodernissa* yhteiskunnassa tarvitaan sellaista yhteiskunnallista konfliktinratkaisuinstituutiota, jossa konfliktin ratkaisee konfliktin osapuolista erillinen kolmas taho ja jonka päätökset ovat tarvittaessa pakkotäytäntöönpantavissa valtion väkivaltamonopolin avulla. Tällaisen ratkaisutoiminnan tehtävänä ei pelkästään ole konfliktien ratkaiseminen, vaan lisäksi yhteiskunnallisen valintoja ohjaavan infrastruktuurin reproduktio, jolloin sillä on myös yhteiskuntaa stabiloiva ja ohjaava funktio³⁰. Kyseinen konfliktinratkaisutoiminta hoitaa siten näin määrittyvää monitahoista yhteiskunnallista *palvelutehtävää*. Yhteiskunnallisissa (itsekorjaavissa) selektioprosesseissa ovat historiallisen evoluution tuloksena tuomioistuimet valikoituneet yhteiskunnassa institutionalisoituneiksi konfliktin ratkaisijoiksi, ja koodi oikeus/ei-oikeus on valikoitunut siksi havainto-operaatioissa käytettäväksi peruserotteluksi, jonka kautta ratkaisutoiminnan sidonnaisuudet (autopoieettisissa prosesseissa itsekorjaavasti) identifioidaan ja reprodusoidaan. Tämän vuoksi puheena olevaa konfliktinratkaisua kutsutaan oikeudelliseksi ratkaisuksi. On tärkeä huomata, että tässä vaiheessa kysymyksen asettelua ei voida vielä lähteä tarkastelemaan esimerkiksi oikeudellisen ratkaisutoiminnan suhdetta voimassaolevaan oikeuteen. Nyt ei nimittäin vielä ole lainkaan pohdittu sitä, millaisia käsitteitä oikeudellisen ratkaisun ongelman jäsentämisessä ja ratkaisemisessa olisi ylipäätään syytä käyttää. Esimerkiksi käsite ”voimassaolo” saatetaan ottaa mukaan oikeudellisen ratkaisutoiminnan tarkasteluun tai se saatetaan jättää pois. Käytettävien käsitteiden valinta on tarkoituksenmukaisuuskysymys, jota ohjaa käsitys oikeuden yhteiskunnallisista tehtävistä. Oikeudella ei ajatella nyt olevan mitään sellaista olemusta tai ydintä, jonka vuoksi oikeudesta puhuttaessa olisi käytettävä joitakin tiettyjä käsitteitä. Ongelma onkin siinä, millä tavalla, siis millaisin käsittein ja ajattelumallein oikeudelliseksi nimitetty konfliktinratkaisutoiminta saadaan kulloinkin organisoitua yhteiskunnallisessa kommuni-

³⁰ Myös Tuorilta löytyy tätä teemaa koskeva kiteytys (Ideologiakriittikistä kriittiseen positivismiin, teoksessa *Häyhä* (toim.), *Minun metodini* s. 329): ”Ehkä oikeus voi olla myös ikään kuin yhteiskunnan normatiivisen keskustelun institutionaalinen tiivistymä, väline yhteiskunnan itsehallinnassa ja samalla sen normatiivisten perusteiden selkeyttämisessä?” Juuri näin näen asian olevan.

kaatiossa formuloitavia vaatimuksia mahdollisimman hyvin vastaavaksi. Konfliktinratkaisuinstituutio on siis pyrittävä ymmärtämään siten, että se pystyisi kunakin aikana hoitamaan yhteiskunnalliset tehtävänsä mahdollisimman hyvin.

Niinpä oikeudellisen ratkaisuteoriankin tehtävänä on tämän ajattelumallin mukaisesti pohtia sitä, millainen ratkaisutoiminta kulloinkin vastaa mahdollisimman hyvin yhteiskunnan tarpeita ja millaisia vaatimuksia oikeudelliseen ratkaisutoimintaan on tämän vuoksi kohdistettava. Tällöin ratkaisevaa on se, millaiseen teoreettiseen kehikkoon, siis millaiseen vaatimusten, käsitteiden ja ajattelutapojen verkostoon oikeudellinen ratkaisu asetetaan. Kun tutkimuksen tavoitteena on kehitellä ajatuksellista ja käsitteellistä välineistöä, jotta oikeudellinen ratkaisutoiminta pystyisi mahdollisimman hyvin vastaamaan modernin yhteiskunnan haasteisiin, on tällä käytännöllisellä otteella myös metodisia vaikutuksia. Oikeudellisen ratkaisun teorian ei tämän tavoitteen vuoksi tarvitse ottaa mitään ajattelutapaa tai käsitettä annettuna, vaan ne ovat aina korvattavissa ongelmanratkaisukyvyyn kehittämisen ehdoilla³¹. Tällaista päämäärähakuista ongelmanratkaisukyvyyn kehittämistavoitetta voi yleisemminkin pitää yhteiskuntaa tutkivien tieteiden tavoitteena. Esimerkiksi Ilkka Niiniluoto näyttää yhtyvän Antti Eskolan kantaan siitä, että yhdessä muiden sosiaalisten systeemien kanssa tieteen tehtäviin kuuluu voimavarojen hankkiminen yhteiskunnan toimintakyvyyn ylläpitämiseksi, minkä lisäksi sen tehtävän on päämäärien saavuttamisen edesauttaminen sekä yhteisön jatkuvuuden ylläpitäminen ja kiinteydestä huolehtiminen³². Niiniluodon mukaan tieteellä on tavallista suurempi autonomia omien tehtäviensä toteuttamisessa ja suoritustasonsa vaalimisessa. Tämä johtuu hänen mukaansa siitä, että tiede voi palvella yhteiskunnallista tehtäväänsä vain mikäli sillä on edellytykset uuden tieteellisen tiedon tuottamiseen. Tieteen primäärin tehtävän – uuden tiedon tuottamisen – toteuttamista ehkäisevät toimenpiteet ovat vahingollisia myös tieteen yhteiskunnallisen funktion kannalta. Tieteellisen tutkimuksen autonomian tulee Niiniluodon mukaan toteutua muun muassa tutkimusongelman muotoilun, metodien sekä peruskäsitteiden valinnan osalta³³.

³¹ Sama johtopäätös seuraa myös tässä tutkimuksessa omaksutusta konstruktivistisesta ja postmodernista identiteettikäsitteestä. Nyt ei siis pyritä moderniin tapaan paljastamaan asian aitoa ydintä (ja sitä määrittäviä käsitteitä), joka saadaan esille riisumalla pois vääristävät tai näkemistä haittaavat kerrokset. Identiteetti muodostetaan sitä vastoin pukemalla tarkasteltavalle asialle tietty identiteetti, eli *kertomalla* asia tietynlaiseksi valikoituja käsitteitä käyttäen. Identiteetistä tarkemmin jaksossa 6. Tässä tutkimuksessa tehtävän identiteetin pukemisen tai sen yrityksen tarkoituksena on antaa esimerkki siitä, miten oikeuteen itsestään selvästi liitetyistä elementeistä voidaan mahdollisesti myös luopua.

³² Niiniluoto, Johdatus tieteen filosofiaan s. 62 ja Eskola, Sosiologian tutkimusmenetelmät 2 (1967) s. 318-320.

³³ Niiniluoto, Johdatus tieteen filosofiaan s. 62.

Ongelmanratkaisukyvyyn kehittämiseen tähtäävän tutkimuksen on lupa pysyä uskollisena päämäärälleen. Kaikki kysymyksenasettelut, käsitevalinnat ja ajattelumallit on valikoitava ja muokattava ongelmanjäsenänsuorituksen ja ratkaisukyvyn kehittämistä silmällä pitäen. Myös tutkimuksen kriittisyys ja normatiivisuus ponnistavat tältä pragmaattiselta perustalta. Tällainen periaatteellinen metodinen ja sisällöllinen vapaus kohtaa kuitenkin pidäkkeitä yhteiskuntatodellisuudesta ja sitä selittävistä oikeudellisista ja muista yhteiskuntaa koskevista teorioista. Näitä pidäkkeitä ei kuitenkaan tarvitse ottaa annettuna, vaan myös ne voivat olla kritiikin ja muutospyrkimysten kohteena. Aivan kuten avomerellä seilaavan laivan pohjalautoja ei voi ilman tuhoisia seurauksia yrittää kaikkia vaihtaa saman aikaisesti, samoin modernia yhteiskuntaa selittävien teorioiden sivuuttaminen ei ole mahdollista innovatiivisimmassakaan tutkimuksessa. Yhteiskuntaa ja oikeutta selittävistä teorioista tulee kuitenkin ottaa mukaan vain sellaiset elementit, joiden katsotaan parhaiten palvelevan oikeudellisen ratkaisun ongelman ratkaisemista myöhäismodernissa yhteiskunnassa. Tässä tutkimuksessa tehdään ehdotus siitä, millä tavalla puheena olevan konfliktinratkaisutoiminnan sidonnaisuuksien kannalta keskeinen ongelma ja keskeiset vaatimukset on formuloitava, ja ehdotus siitä, millaisin käsittein ja ajattelumallein tähän ongelmaan tulisi pyrkiä vastaamaan. Tutkimuksen II-luvussa otan tässä tarkoituksessa tarkasteluun muun muassa demokratiaperiaatteen ja ajatuksen vallan kolmijaosta. Kolmannessa luvussa tarkastelen nykyisten oikeuslähdeoppien ongelmallisuutta, ja esitän suuntaviivat dynaamisempien oikeuslähdeoppien konstruomiselle. Neljännessä luvussa luonnostelen systeemiteoreettisen ajattelun pohjalta ajatuksellisia ja käsitteellisiä välineitä oikeudellisen ratkaisun ongelmien hallinnoimiseen. Seuraavassa kuitenkin vielä jatketaan oikeudelliseen ratkaisuun kohdistuvien keskeisten vaatimusten konstruointia.

Mitä oikeudelliselta ratkaisulta ja ratkaisutoiminnalta on vaadittava? Oikeudellisen ratkaisun sidonnaisuuksista, ehdoista ja mahdollisuuksista puhuttaessa pidän lähtökohtaisena vaatimuksena sitä, että modernissa yhteiskunnassa oikeudellisen ratkaisutoiminnan on *oltava avointa* suhteessa tarkoituksenmukaisuuskysymyksiin, ja yhteiskunnallisiin arvoihin, sekä moraaliin. Lyhyesti sanoen ratkaisuilta vaaditaan sisällöllistä onnistuneisuutta. Tämä on tärkeä vaatimus yhteiskunnallisia vaatimuksia hyvin vastaavan oikeudellisen ratkaisutoiminnan kannalta. Mitä huonommin institutionalisoitunut konfliktinratkaisutoiminta vastaa yhteiskunnassa kommunikoituja vaatimuksia ja odotuksia, sitä välttämättömämpää on *oikeuden säilyttämiseksi konfliktinratkaisuinstituutiona* turvautua eettiseltä kannalta arveluttavaan määrään väkivallan uhkaa tai mielihedonmanipulaatiota. Toisaalta, mitä huonommin oikeudelliseksi Nimetty³⁴ kon-

³⁴ Tässä termi ”Nimeäminen” on kirjoitettu isolla alkukirjaimella, koska on haluttu osoittaa termiä käytettävän tavallisuudesta hieman poikkeavassa Georg Spencer Brownin ja Luhmannin tarkoittamassa merkityksessä. Tästä tarkemmin IV-luvun jaksossa 2.

fliktinratkaisu onnistuu yhteiskunnallisiin odotuksiin vastaamisessa, sitä suu-remmalla todennäköisyydellä konfliktinratkaisu alkaa siirtyä oikeuden ulkopuolelle (tarkemmin näistä teemoista viimeisen luvun jakso 5.3). Ratkaisutoimintaan kohdistuu näin ollen *avoimuuden vaatimus*, jonka mukaan esimerkiksi yhteiskunnallisen toiminnan ja toimijoiden tavoitteita, yhteiskunnallisia arvoja ja moraalialia on pidettävä tärkeinä perusteluina ratkaistaessa yksittäisiä konflikteja.

Ratkaisutoiminnan avoimuus suhteessa eri yhteiskunnassa kommunikoituihin vaatimuksiin on kuitenkin mahdollinen vain tietyissä rajoissa. Ensinnäkin informaation käsittelykyvyn ja ongelmanratkaisukyvyn rajallisuudesta johtuen suurta osaa kaikista yhteiskunnallisista tarkoituksenmukaisuusvaatimuksista ja arvostuksista ei voi tietyinä hetkenä pitää oikeudellisen reproduktion kannalta relevanttina. Toiseksi, jos ristiriitaisia vaatimuksia pidettäisiin yhtä aikaa relevantteina eikä vaatimuksia pystyttäisi laittamaan tärkeysjärjestykseen, päätöksentekokyky lamaantuisi. Ratkaisutoiminta joutuisi kaaokseen, jos esimerkiksi lainsäädännön ilmentämiä arvovalintoja ei otettaisi vakavasti, vaan lainsäädäntöprosessissa tehdyt valinnat ja kompromissit eri päämäärien, arvojen ja intressien välillä otettaisiin yksittäisissä ratkaisuihin uudelleen avoimen punninnan kohteeksi. Oikeudellisten ratkaisujen suhde yhteiskunnassa formuloituihin vaatimuksiin on näin ajatellen väistämättä selektiivinen. Koska avoimuudesta huolimatta ratkaisuihin joudutaan siten sulkemaan osa vaatimuksista ratkaisua pro argumentteina tukevien premissien ja jopa koko ratkaisuharkinnan ulkopuolelle, ovat avoimuuden ja suljettuisuuden vaatimukset ratkaisutoiminnassa yhtä aikaa relevantteja, ja ne on pystyttävä kombinoimaan ratkaisuihin keskenään.

On esitettävissä useita perusteluja sille, miksi oikeudellista ratkaisua ei voi tehdä ad hoc perustein. Esimerkiksi jotta konfliktin osapuolten olisi mielekasta tuoda ongelmansa oikeudellisessa menettelyssä ratkaistavaksi, on ratkaisun lopputuloksia ja premissinvalintaa jollakin tarkkuudella pystyttävä ennakoimaan ja niiden oikeellisuutta arvioimaan. Satunnaisuuksien ja mielivallan välttämisen puolesta puhuu myös se seikka, että ratkaisut ovat tarvittaessa pantavissa täytäntöön valtion väkivaltamonopolia hyväksi käyttäen ja että ratkaisutoiminnalla on yhteiskunnallisia toimintoja ohjaava vaikutus: Yhteiskunnan kannalta ja yhteiskunnallisen palvelutehtävän toteuttamisen kannalta ei ole yhden-keväää se, mihin tarkoituksiin valtion väkivaltamonopolia käytetään ja mihin suuntiin toimintaa pyritään ohjaamaan. Satunnaisuuksien välttäminen on tärkeää myös oikeudellisen ratkaisutoiminnan omien jatkuvuusedellytysten kannalta. Silloin kun yhteiskunnassa pidetään välttämättömänä muista yhteiskunnallisista osasysteemeistä eriytynyttä (nykyisin *oikeudelliseksi* Nimettyä) konfliktinratkaisusysteemiä, silloin on myös välttämätöntä, että institutionalisoitunut konfliktinratkaisutoiminta erottuu koodinsa ja sitä myötä myös päätöksentekoehtojensa – systeemiteoreettisesti ilmaisten reproduktion ehtojensa – puolesta muista yhteiskunnan eriytyneistä funktiosysteemeistä kuten esimerkiksi

politiikasta, uskonnosta ja taloudesta. Tätä eroa on konfliktinratkaisuehtojen reproduktiossa pidettävä myös jatkuvasti yllä. Koska systeemi tai ratkaisutoiminta voi identifioitua itseksensä vain toistamisen ja jatkuvuuden kautta, *niin tietyn asteinen pysyvyys ja staattisuus on välttämätöntä myös ratkaisutoiminnan identiteetin säilymisen* ja toiminnan jatkumisen kannalta (systeemin identiteetistä tarkemmin tämän luvun jaksossa 6). Näin myös systeemitoiminnan jatkuvuusmahdollisuuksien ylläpitäminen edellyttää tietyn asteista staattisuutta ratkaisupremissien valintojen suhteen. Tämä tarkoittaa toisin sanoen jatkuvuusvaatimusta myös sen suhteen, miten selektiivisyys avoimuuden ja suljettuisuuden suhteen toteutetaan ratkaisusta toiseen. Ratkaisujen on aina pystyttävä osoittamaan yhteytensä aikaisempiin ratkaisuihin siten, että ennakoitavuuden ja kontrolloitavuuden tarve ja mahdollisuus oikeudelliseksi identifioitumiseen tulee tyydytettyä. Näin oikeudelliseen ratkaisuntekoon liittyy välttämättä toistuvuuden ja staattisuuden elementti.

Ei kuitenkaan riitä se, että oikeudellinen ratkaisutoiminta on ennakoitavaa ja staattista. Sisällöllisesti onnistuneiden ratkaisujen tekeminen edellyttää dynaamisuutta yhteiskunnallisten tilanteiden, arvostusten ja tilanteita jäsentävien teorioiden muuttuessa. Muuttuneessa tilanteessa ei ”hyvien” ratkaisujen tekemiseen enää riitä aikaisemmissa ratkaisuissa tehtyjen valintojen ja rajanvetojen toistaminen. Siten yksittäisissä ratkaisuissa on oltava mahdollisuus suhtautua valikoivasti myös aikaisemmissa oikeudellisissa ratkaisuissa tehtyihin valintoihin. Toistamisesta on siirryttävä jatkuvuuteen ja samasta samankaltaisuuteen. Toisaalta dynaamisuuselementin läsnäolo oikeuden reproduktiossa on seurausta myös vajavaisesta kyvystä *etukäteen* formuloida jokaiseen esille tulevaan tilanteeseen sopivia ratkaisupremissejä³⁵. Ilman dynaamisuuselementtiä avoimuusvaatimus jää vajavaiseksi.³⁶ Vaikka dynaamisuusvaatimuksen merkitystä onkin syytä korostaa, niin sitä ei kuitenkaan ole syytä ylikorostaa, vaan on pyrittävä tavoittelemaan jonkinlaista tasapainoilua staattisuuden ja dynaamisuuden vaatimusten välillä. Tästä ajatuksesta lähtee esimerkiksi myös Ronald Dworkin teoksessaan ”Law’s Empire” (esimerkiksi s. 147).

Oikeudelliseen ratkaisuun kohdistuvia *keskeisiä vaatimuksia* voidaan yllä kuvatulla tavalla tarkastella avoimuuden ja suljettuisuuden sekä staattisuuden ja dynaamisuuden välisen dialektiikan kautta. Tästä dialektisesta vuorovaikutuksesta, jonka vaikutuksessa oikeudellinen ratkaisu on, aiheutuu myös oikeudellisen ratkaisun keskeinen ongelma:

³⁵ Ks. dynaamisuuden ongelmallisesta asemasta suomalaisessa oikeusajattelussa Häyhä, Tieto tavaranä – siviilioikeus tietoyhteiskunnassa, Oikeus 2000:1 s. 38.

³⁶ Vaatimuksia oikeuden dynamiikan paremmasta huomioonottamisesta ovat viimeaikoina esittäneet muun muassa Wilhelmsson, Senmodern ansvarsätt s. 194-195 ja Ervasti, Empirisk forskning, rättsvetenskap och rättens dynamiska element s. 577-578 ja 584.

Millaisiin perusteisiin voidaan tukeutua ja millaiset tekijät ovat ratkaisevia tehtäessä yksittäisissä ratkaisuissa valintoja eri yhteiskunnallisten arvojen, päämäärien ja intressien relevanssin suhteen ja niiden keskinäisten painoarvojen välillä? Yksi tämän ongelman alaluokka tai erityistapaus on se, millä perustein voidaan päättää siitä, voidaanko nykyhetkessä ratkaisutilanteessa pysyttää tai muuttaa aikaisemmissa oikeuden aktualisoinneissa kuten lainsäätämisaktissa tai ennakkoratkaisussa tehdyt valinnat arvojen, päämäärien ja intressipunnintojen suhteen.

Tässä tutkimuksessa hahmotetaan ehdotusta siitä, millaisin käsittein, ajattelumallein ja jatkokysymyksenasetteluin tähän ongelmaan tulisi pyrkiä vastaamaan. Tämä tehtävä on haastava, sillä ongelmanratkaisukyvyyn kehittämisen ehdoilla edettäessä periaatteessa millään käsitteellä tai ajattelumallilla ei ole etuoikeutta tulla käytetyksi näiden ongelmien ratkaisemisessa. Käsitteiden valinta on kontingenttia, eli valinnat voisi tehdä myös toisin. Kyseessä on siis pyrkimys valintatilanteen rakenteistamiseen oikeudellisessa ratkaisussa siten, että oikeudellinen ratkaisutoiminta pystyy toteuttamaan sen osaksi muodostuneen yhteiskunnallisen palvelutehtävän mahdollisimman hyvin. Kuten tieteenkin, myös oikeudellisen ratkaisutoiminnan tehtävänä on osaltaan vaikuttaa yhteiskunnan hyvinvoinnin edistämiseen. Oikeudellisessa ratkaisussa on aina kyse myös vastuun kantamisesta oikeudellisen ja yhteiskunnallisen toiminnan onnistumisesta. Sitoutuminen tällaiseen pragmaattiseen päämäärään ei kuitenkaan voi merkitä sellaista vapautumista perinteisistä käsitevalinnoista, että oikeudellisen ratkaisun ehdoista ja mahdollisuuksista voisi kirjoittaa ikään kuin käsitteellisesti puhtaalta pöydältä tai käsitteellisessä tyhjiössä. Oikeudellisen ratkaisun määrittämisessä käytetyt käsitteet liittyvät laajempaan käsitteiden ja ajattelumallien verkostoon. Muuttunutkin kuvaus oikeudellisesta ratkaisusta on voitava sovitaa osaksi laajempaa käsiteverkostoa, ja toisaalta muutokset tässä laajassa käsitteiden verkostossa mahdollistavat myös uudenlaiset tavat ymmärtää oikeudellista ratkaisua. Mutta ovatko oikeudellisen ratkaisutoiminnan ehtojen ja mahdollisuuksien määrittämisessä käytetyt käsitteet ja ajattelumallit sittenkään valinnaisia asioita, ja jos ovat, niin missä määrin?

4 Aikakausista ja ajattelutavoista

Tietty lähtökohta ja siihen sopivat käsitteet mahdollistavat tietynlaiset kysymykset. Paljolti käsitteistä riippuu se, millaisia kysymyksiä voidaan tehdä, ja millaisia vastauksia voidaan antaa. Foucault (arkeologisen kautensa ajattelussa) käyttää *epistemen* ja *historisen apriorin* käsitteitä joilla hän tarkoittaa käsitteellistä verkostoa, joka määrittää sitä, mitä voidaan sanoa, ajatella tai tehdä tiettyinä aikakautena. Vastaavalla tavalla vaikuttavat Tuorin mukaan myös oikeudelliset fundamentaalikategoriat, joita ei tiettyinä historiallisena aikakautena voida syrjäyttää, sillä ne mahdollistavat oikeudellisen puheen ja oikeudellisen ajattelun, ja ylipäättään mahdollistavat oikeudellisten ilmiöiden tunnistamisen. Tällaiset modernin oikeuden fundamentaalikategoriat luovat tilan modernille oikeusajattelulle, argumentaatiolle ja sääntelylle. Samalla ne Tuorin mukaan myös sulkevat tämän tilan radikaalisti vaihtoehtoiselta oikeudelliselta ajattelulta, argumentoinnilta ja sääntelyltä. Tällä tavalla vaikuttavaan modernin oikeuden syvärakenteeseen voidaan Tuorin mukaan lukea muun muassa fundamentaalisina oikeudellisina periaatteina oikeuksien systeemi ja oikeusvaltioperiaatteet.³⁷

Tuori on kirjoittanut mielestäni hyvän kiteytyksen modernin oikeusajattelun epistemen ja fundamentaalikategorioiden ja niiden taustapremissien synnystä ja määrittymisestä uuden ajan alussa. Tuorin mukaan keskiaikais-feodaalisten yhteiskunnallisten rakenteiden hajoaminen 1600-1700 luvun Euroopassa tuotti sen yhteiskunnallisen ja kulttuurisen tilan, jota on tapana kutsua moderniksi. Moderniin johtaneen kulttuurisen murroksen ytimenä oli yhtenäisen ja hierarkkisen keskiaikaisen maailmankuvan murentuminen. Tässä maailmankuvassa niin ihmisellä, poliittisella yhteisöllä kuin ulkoisella luonnollakin oli oma paikkansa ja oma luonnollinen hyvänsä, teloksensa, osana kosmista ja jumalallista järjestystä. Juuri tämän keskiaikaisen maailmankuvan hajoaminen vapautti *vapaan, tasa-arvoisen ja rationaalisen yksilön* ennalta annetun teloksensa, yhteisönsä ja kaikenkattavan objektiivisen järjestyksen kahleista. Tämän jälkeen myöskään *ihmisen hyvä* ei enää ollut objektiivisen järjestyksen tiedostamisen, vaan vapaan yksilön subjektiivisen valinnan asia. Tämä yksilön vapautus ei kuitenkaan ollut täydellinen, sillä yksilön vapautta rajoitti nyt keskitetty ja suvereeni pakkovaltaa käyttävä valtio, joka myös syntyi saman yhteiskunnallisen murroksen tuloksena. Poliittisen yhteisön ”objektivoituminen” valtioksi ilmeni oikeuden kohdalla positivoitumisena: tavanomaisen, moraalisten ja uskonnollisten normien kanssa yhteen kietoutuneen oikeuden syrjäytymisenä säädetty-

³⁷ Tuori, Post-Modern Law? s. 42-43.

jen lakien tieltä. Keskitetty suvereeni valtio positiivisen oikeuden lähteenä asetti ongelman, sillä valtiosta tuli selittämisen ja justifioinnin kohde. Toisaalta se jolle ja jonka avulla selittämisen ja justifioimisen oli määrä tapahtua oli vapaa, tasa-arvoinen ja rationaalinen yksilö. Hyväksitysten ja arvojen pluralismin vuoksi muodostui puolestaan se ongelma, mistä positiivisten lakien legitimiydelle voitiin löytää subjektiiviset arvovalinnat ylittävä ja tässä mielessä objektiivinen mittapuu.³⁸

Tuorin mukaan kulttuuriamme syvällisimmin ja pysyvimmin muovanneet yksilön vapauden, tasa-arvon ja rationaalisuuden uudelleenarvioinnit ovat pysytelleet uuden ajan alkuun ajoittuvan maailmankuvan murroksen piirtämissä rajoissa. Niinpä hänen mukaansa esimerkiksi yksilön vapaus ja arvojen pluralismi ovat sellaisia keskiaikaisen maailmankuvan hajoamisen meille perintönä jättämiä kulttuurisia faktoja, joita mikään vakavasti otettava yritys ratkaista positiivisen oikeuden sitovuuden ja legitimiisyyden ongelmat ei tänä päivänä voi sivuuttaa.³⁹ Lars D. Erikssonin tunnettua sananpartta käyttäakseni on syytä kysyä, onko *todellakin* näin? Entäpä, jos nämä uudelta ajalta perintönä saadut kulttuuriset faktat ovat arvopluralismia lukuun ottamatta jo falsifioituneet tai ainakin muuttuneet epämääräisiksi yhteiskuntatodellisuudessa tai ne on kyseenalaistettu yhteiskuntatodellisuutta selittävässä teorioissa? Onko episteme taustaoletuksineen oikeudesta puhuttaessa ja sitä identifioitaessa enää ennallaan?

4.1 POSTMODERNISTA

”Siitä, että tietyllä aikakaudella olisi tarve uuden omaksumiseen, on erotettava kysymys siitä, onko muutokselle olemassa myös ’sosiaalinen tilaus’ eli muutokseen tarvittavaa voimaa.”

Raimo Siltala toteaa, että ”koska oikeuteen ei ole olemassa näkökulmaa ei-mistään, on tutkijan syytä olla perillä omista teoreettisista ja yleisimmin tutkimuksellisista sitoumuksistaan”⁴⁰. Moderniin ajatteluun on kohdistettu kritiikkiä suunnasta, jota sanotaan postmoderniksi. Tämä kritiikki on yksi tapa tehdä näkyväksi modernin ajattelun ongelmia ja tarkastella, onko *moderni* yhteiskuntaa ja yhteiskunnan järjestystä selittävänä tarinana Nietzschen termin sanoakseni tullut turhaksi, liioitelluksi tai jopa valheelliseksi. Tässä luvussa esitän muutamia sellaisia lyhyitä poimintoja postmodernin esittämästä kritiikistä ja postmo-

³⁸ Tuori, Modernin oikeuden legitimeettiperiaatetta etsimässä s. 3–6. Tämä Tuorin käyttämä otsikko antaa aiheen seuraavaan huomautukseen. Tässä tutkimuksessa ei olla etsimässä modernin oikeuden legitimeettiperiaatetta, vaan modernin tai pikemminkin myöhäismodernin oikeuden kysymyksenasettelua ja käsitteverkostoa.

³⁹ Tuori, Modernin oikeuden legitimeettiperiaatetta etsimässä s. 7.

⁴⁰ Siltala, Oikeudellinen tulkintateoria s. 620, 622.

dernin esittämistä vaihtoehtoista, joita voi ajatella kritiikkinä myös modernia oikeusajattelua ja sen käyttämää käsitteistöä vastaan.

Mistä puhutaan silloin kun puhutaan postmodernista? Onko ylipäättään mielekästä puhua postmodernista, onko moderni todella jo ohitse, vai onko kyseessä kenties sittenkin vasta myöhäismoderni? Mitä nämä käsitteet tarkoittavat? Etenen tähän teemaan pikkuruisen johdannon kautta kysymällä, millainen eläin on looppi. Vastaus kuuluu, että se on täysin erilainen eläin kuin antilooppi. Toisin on kuitenkin laita minun näkemykseni mukaan modernin ja postmodernin välisessä suhteessa. Postmoderni ei ole kaikkea muuta, mitä moderni on, postmodernissa ei siis ole kysymys ”antimodernista”⁴¹. Zygmunt Baumanin mukaan postmoderni on vain yksi niistä monista käsitteistä, joita voi käyttää halutessaan kiinnittää huomionsa yhteiskuntamme perustavanlaatuisen erilaisuuteen suhteessa yhteiskuntaan muutama sata tai vain viisikymmentä vuotta sitten. Se, kutsummeko nykyistä yhteiskuntaa postmoderniksi vai joksikin muuksi, on toissijainen kysymys. Bauman ei näe termillä ”postmoderni” mitään oleellista eroa Anthony Giddensin *myöhäismoderniin*, Ulrich Beckin *refleksii-viseen moderniin* tai Georges Balandierin termiin ”surmodernité”. Näiden kaikkien ilmausten yhteisenä ideana on Baumanin mukaan ilmaista sitä, että meidän aikamme eroaa niin perustavalla tavalla modernista ajasta, että aikaamme tulee tulkita sen omista lähtökohdista käsin, tulee muun muassa tehdä ero tiettyihin modernille ajattelulle ominaisiin väärinkäsityksiin ja illuusioihin.⁴² Itse asiassa modernista ajattelusta etäisyyttä ottavassa tutkimuksessa ei postmodernin tarkkaan määrittelemiseen ole syytä ryhtyä, sillä pyrkimys käsitteen ”postmoderni” määrittämiseen on sinänsä hyvin moderni. Ainakin näin olisi siinä tapauksessa, että pyrittäisiin määrittelemään käsitteelle jokin *oikea* sisältö tai *ydin*, mitä yleisesti pidetään nimenomaan moderniin ajatteluun kuuluvana piirteenä.

Termiä ”postmoderni” käytetään usein tietyn ajanjakson ja sen ominaispiirteiden kuvaamisessa ja toisaalta ilmaisemaan tietynlaista ajattelutapaa. Molempiin tapoihin käyttää tätä termiä liittyy kuitenkin ongelmia. Käyttipä käsitettä ”postmoderni” tai ”myöhäismoderni” ja näkeepä niiden keskeisiksi piirteiksi sitten mitä tahansa, tutkijan on oltava varovainen tällaisten *aikakausia* kuvaavien käsitteiden kanssa. Jorma Kalelan mukaan aikakausi voidaan nimittäin helposti ymmärtää ontologiseksi todellisuuden rakenneosaksi ja tutkimuskohteen ennalta annetuksi reunaehdoksi, johon tutkijan tulokset eivät vaikuta⁴³. Näkemykseni mukaan *aikakausi* on itse asiassa vain eri yhteiskunnallisten ilmiöiden yhdistelmäksi konstruoitu kokonaisuus, jolle on annettu jokin nimi, kuten esi-

⁴¹ Vrt. kuit. esimerkiksi Tuori, *Post-Modern Law?* s. 39–40. Hänen mukaansa postmoderni on suhteessa moderniin kvalitatiivisesti erilainen ja kvalitatiivisesti uusi.

⁴² Zygmunt Baumanin haastattelu, *Niin&Näin* 3/1997 s. 45.

⁴³ Kalela, *Historiantutkimus ja historia* s. 129.

merkiksi ”moderni” tai ”postmoderni”. Aikakauden määritelmä on usein muodostunut muun muassa seuraavanlaisista elementeistä: yhteiskunnalliset valtasuhteet, elinkeinorakenne, omistussuhteet, ihmiskäsitys, ideologiat sekä ajalle tyypillinen todellisuuskäsitys. ”Moderni” ja ”postmoderni” ovat siis vain nimityksiä tällaiselle yhteiskunnallisten tekijöiden yhdistelmälle eli konstellaatiolle. Sellaisenaan tämä konstellaatio on vain staattinen pysäytyskuva jatkuvasti muuttuvasta yhteiskuntatodellisuudesta. Tietyn aikakauden määritelmän täytyy olla myös voimakas pelkistys kaikista kyseiselle ajalle ominaisista piirteistä. Siksi tietyn aikakauden määritelmä on kontingentti siten, että ne elementit, joista sen katsotaan muodostuvan voitaisiin konstruoida toisinkin⁴⁴.

Tutkijan pitääkin olla aina varuillaan sen seikan suhteen, että syy- ja seuraussuhteet ovat tutkimuksessa kohdallaan. Jonkin muutoksen perusteleminen esimerkiksi ”moderniin” tai ”postmoderniin” yhteiskuntaan siirtymisellä on ongelmallista. Tällaista perustelua voidaan kyllä tutkimuksessa käyttää, mutta silloin täytyy olla valmius myös määritellä tarkemmin ne tekijät, jotka käsitteen ”moderni” tai ”postmoderni” käyttäminen korvaa. Jos siis aikakautta käytetään jonkin muutoksen perustelemiseen tai selittämiseen, on syytä huolehtia siitä, että *varsinaiset* syy ja seuraussuhteet eivät katoa näkyvistä. Esimerkiksi ”postmoderni aikakausi” ei itsessään aiheuta mitään, vaan aiheuttajana on jokin asia tai ilmiö tai asioiden ja ilmiöiden yhdistelmä, jota kutsutaan postmoderniksi.

Myöskin erilaisia *ajattelutapoja* tarkoitettaessa modernin ja postmodernin erosta puhumiseen on syytä suhtautua varovaisesti. Ajattelutapoja ilmaisevina käsitteinä käsitteet ”moderni” ja ”postmoderni” ovat epätarkkoja ja pikemminkin asioiden päälle liimattuja etikettejä, ja täsmällisessä keskustelussa tulee olla valmiita niiden poistamiseen, jotta saadaan näkyviin se mistä tosiasiaa puhutaan. Loppujen lopuksi ei ole suurta merkitystä sillä, nimitetäänkö jokin ajattelu moderniksi vai postmoderniksi, oleellista on tunnistaa ajattelutapojen lähtökohdista, todellisuuskäsityksistä, kysymyksen asettamisen tavasta, käsitteistä ja tyylistäkin johtuvia eroavaisuuksia. Voi kiistää mielekkyyden eron tekemiselle modernin ja postmodernin välille, mutta ei voi kieltää mielekkyyttä erotella erilaisia näkökulmia, ajattelutapoja ja painotuseroja toisistaan. Niinpä alla oleva postmodernin ja modernin ajattelun vertaaminen on syytä lukea nämä lähtökohdat mielessä pitäen.

⁴⁴ Ks. myös Tuori, *Post-Modern Law?* s. 39-40. Tuorin mukaan modernit ja postmodernit tulkinnot vallitsevasta kulttuurista ovat sellaisia, jotka korostavat kulttuurin tiettyjä piirteitä ja vähättelevät toisia. Sellaisenaan nämä tulkinnat eivät ole vain viattomia deskriptioita siitä kuinka asiat oikeasti ovat, vaan niillä on tarkoitus vaikuttaa siihen, miten asioiden oikeasti pitäisi olla.

4.2 NÄKÖKULMIA POSTMODERNIIN TAPAAN TARKASTELLA TODELLISUUTTA

Lyotardin mukaan tiede on alusta pitäen asettunut vastustamaan kertomuksia, sillä tieteen kriteerien valossa niitä voidaan pitää vain taruina tai opettavaisina satuina. Traditionaaliset kertomukset eroavat tieteellisistä kertomuksista siinä, että traditionaalisten kertomusten legitimaatiota ei kysytä, vaan traditionaaliset kertomukset vahvistavat itse itseään omalla välittämiskäytännöllään perusteluihin ja todisteiden esittämiseen turvautumatta. Verrattuna tieteellisiin diskursseihin traditionaaliset kertomukset näyttävät koostuvan mielipiteistä, tavoista, auktoriteetista, ennakkoluuloista, tietämättömyydestä ja ideologioista. Tieteelliset teorialtaan eivät kuitenkaan välttämättä ole vastakohta tällaisille kertomuksille. Tieteessäkin totutut ajattelutavat, ideologiat ja auktoriteetit eivät ole vailla merkitystä. Tieteen mahdollisuudet erottua traditionaalisista tarinoista perustuu viimekädessä siihen, pystyykö tiede legitimoimaan omat pelisääntönsä *tieteellisesti kestäväällä* tavalla. Tieteen pelisääntöjä legitimoivat diskurssit voidaan Lyotardin mukaan myös laskea niihin suuriin kertomuksiin, jotka postmoderni asettaa kyseenalaisiksi.⁴⁵ Niinpä Lyotardin mukaan jos osoittautuu, että tieteen legitimointiin tarkoitettu diskurssi itse kuuluu tieteen kritisoidulle ”vulgaarien” kertomusten esitieteelliselle alueelle, tuo tiede vajoaa alimmalle mahdolliselle ideologian ja vallan välineen tasolle⁴⁶. Vaikka tiedettä ei näin jyrkästi kritisoidisikaan, voi tieteen ja traditionaalisten kertomusten välistä eroa ajatella pikemminkin aste-erona kuin kvalitatiivisena erona.

Tästä näkökulmasta katsottuna yhteiskuntatieteisiin voi kohdistaa postmodernia kritiikkiä siinä määrin, kuin ne yrittävät edelleen olla jotakin muuta kuin vain tarinoita ja kertomuksia, aivan kuin tieteen formuloimat kertomukset totuudesta voisivat olla jotakin muuta kuin tieteen näkökulmasta kerrottuja hyvin (?) perusteltuja tarinoita yhteiskunnasta ja sen ilmiöistä. Esimerkiksi tarina oikeudesta voimassaolevien normien kokonaisuutena ja tarina oikeudellisesta ratkaisusta voimassaolevien normien noudattamisena eivät voi olla uskottavampia kertomuksia kuin premissinsäkään. Vaikka tällainen kertomus oikeudesta voidaan lukea yhdeksi modernin suurista kertomuksista, ei itse asiassa ole niin tärkeätä, ovatko tarinat suuria, keskikokoisia tai pikkuruisia. Keskeistä on ymmärtää näiden todellisuuskäsitysten kertomuksellisuus ja kontingenttius. Näin aja-

⁴⁵ Lyotard, Tieto postmodernissa yhteiskunnassa s. 7, 45-46, 66.

⁴⁶ Lyotard, Tieto postmodernissa yhteiskunnassa s. 62. Risto Heiskalan mukaan erityispiirre, joka tekee tieteen diskursseista suuria kertomuksia, on se, että ne kätkevät näkyvistä kertomuksellisen luonteensa. Ne väittävät olevansa kirjaimellisia totuuksia ja suhtautuvat tästä lähtökohdasta paikallisiin kertomuksiin ideologiana, joka on kitkettävä pois tai ainakin rajattava ulos sel-laisilta vakavan puheen foorumeilta kuin tieteellisistä seminaareista ja valtiollisista päätöksente-koelimitystä. Heiskala, Kohti keinotekoista yhteiskuntaa s. 147.

tellen esimerkiksi oikeusajattelussa ei lähtökohtaisesti ole lainkaan käsitteitä, joita on oikeuden kuvauksessa pakko käyttää, vaan kukin käsite otetaan käyttöön vain silloin kun tarinassa sitä tarvitaan, ja jos sitä ei tarvita, se voidaan myös korvata.

Yksi postmoderniksi luokiteltava tapa ymmärtää tiede on sellainen, jonka mukaan tiede on bourdieulaisittain ilmaistuna vallan käyttöä puettaessa tieteen käsittein ja tarinoin todellisuus milloin tämän, milloin tuon näköiseksi, ja tarvittaessa tätä ”todellisen näköistä” voidaan kutsua myös totuudeksi. Totuuden määrittelymisen valta on usein vaikeasti paikannettavissa olevaa, ja siitä huolimatta sen ilmentymiä on esimerkiksi oikeussysteemeissä selkeästi osoitettavissa. Valta, jota tarkoitan, on oikeudellisessa kommunikaatiossa syntyntä ja ylläpidettyä käsitystä siitä, mitä oikeus on ja mikä oikeudessa on mahdollista. Dogmiksi ymmärretty kuvaus siitä, miten asia on, ei kuitenkaan ole ainoa ilmentymä tätä käsitystä ylläpitävän kommunikaation ”vallankäytöstä”. Käsitykseen siitä, miten asia on, liittyy myös valtaa, joka ilmenee ”käsitteiden herruutena”. Käsitteillä on tärkeä merkitys sen suhteen, miten oikeuteen ja sen ongelmiin voidaan tarttua. Käytetyistä käsitteistä riippuu se, miten todellisuus, ongelmat ja ongelman ratkaisut ovat hahmotettavissa.

Tiede voikin tällöin näyttäytyä (valta)kamppailuna erilaisten todellisuuskäsitysten ja argumentaatioketjujen välillä. Ja kuten Kaarlo Tuori esittää, tiede voi olla myös kamppailua käsitteistä, joilla asioista puhutaan⁴⁷. Tieteen metodien ja argumentaation avulla pyritään osoittamaan tutkimustulokset vallankäytön aktina oikeutetuksi. Samaa päämäärää palvelee myös pakolliseksi muodostunut viittaaminen toisiin tutkimuksiin, jonka avulla pyritään valloittamaan voittamisen kannalta strategisesti tärkeät asemat, ja samalla osoitetaan keitä tunnustettuja auktoriteetteja tutkimuksessa konstruoidun todellisuuskäsityksen takana seisoo, ja toisaalta millaista todellisuuskuvaa vastaan hyökätään. Ei olekaan lainkaan kummallista, että postmodernin ajattelun ajatellaan jossakin mielessä merkitsevä koko ”todellisuuden periaatteen” eroosiota. Eihän ole mielekästä kysyä, onko jokin vallankäytön akti totta. Pikemminkin kyse on tieteen tuottamien tulosten oikeuttamisesta argumentaation avulla. Yhteiskuntatieteissä *totuus* voikin postmodernissa tulkinnassa näyttäytyä voitosta kertovana seppeleenä voittajan kulmilla, jota totuuteen uskova tutkimuksen tekijä voi väittää kantavansa.⁴⁸

Gianni Vattimolle puolestaan postmoderni merkitsee sitä, että yhteiskunta jossa elämme, on kaiken kattavan kommunikaation yhteiskunta ja mediayhteiskunta⁴⁹. Hänen mukaansa medially on keskeinen rooli postmodernin yhteiskun-

⁴⁷ Tuori, Käsitteiden sotatiedettä, etenkin s. 263 ja 267.

⁴⁸ Olisi nähdäkseni kuitenkin ongelmallista ajatella, että tieteellisissä tutkimuksissa olisi vain ja ainoastaan kyse valtapeleistä. Valtapeli on pikemminkin aspekti, joka tutkimuksen tekemiseen liittyy.

⁴⁹ Vattimo, Läpinäkyvä yhteiskunta s. 13.

nan syntymisessä. Moderni media on tuottanut maailmankuvien elementtien yleisen räjähdysen ja moninkertaistumisen, minkä seurauksena yhteiskunta elää pluralisaatiossa, joka tekee mahdolliseksi maailman ja historian käsittämisen yhdestä yhtenäisestä näkökulmasta⁵⁰. Todellisuutta eri puolilta käsittelevän informaation lisääntymisen ja intensivoitumisen mahdollisuus tekee yhä vaikeammin käsitettäväksi ajatuksen yhdestä todellisuudesta. Todellisuus on Vattimon mukaan pikemminkin tulos monien kuvien kohtaamisesta, tulkinnoista ja re-konstruktioista, joita tiedotusvälineet levittävät ilman minkäänlaisia ”keskuksen” ohjausta.⁵¹

Tiedotusvälineiden yhteiskunnassa ilmaantuu uusi vapauden ihanne, joka pohjautuu oskillaatiolle, pluraalisuudelle ja loppujen lopuksi koko ”todellisuuden periaatteen” eroosiolle. Se tulee sellaisen vapauden ihanteen tilalle, joka perustuu ajatukselle täysin avautuneesta itsetietoisuudesta ja asioiden todellisen olotilan tuntevan olion täydellisestä tietoisuudesta. Tällöin on mahdollista tulla tietoiseksi siitä, että täydellinen vapaus ei ole metafysiikan aina uneksimaa todellisuuden välttämättömän rakenteen tuntemista ja siihen sopeutumista. Vattimon mukaan jo Nietzsche on osoittanut, että kuva tietyn perustan pohjalta rationaalisesti järjestetystä todellisuudesta on vain ”rauhottava” myytti, ja se on luonteenomainen vielä alkeelliselle ja barbaariselle ihmiskunnalle. Tosi-asiassa kuitenkin metafysiikka voidaan nähdä vain väkivaltaisena tapana reagoida hädän ja väkivallan tilanteeseen sen pyrkiessä todellisuuden haltuunottoon ”yhdellä iskulla” (vrt. Luhmann: yhteiskunta ei saa tulla helposti ymmärretyksi). Metafysiikka ymmärtää tai teeskentelee ymmärtävänsä ensimmäisen periaatteen, josta kaikki riippuu ja joka näin ollen antaa kuvitteellisen vaikutelman tapahtumien hallinnasta.⁵²

Vattimon mukaan on niin, että jos kuvien moninkertaistumisen myötä ”todellisuuden taju” katoaa, niin kyseessä ei kenties ole kovinkaan suuresta menetyksestä. Tieteellis-teknisten mitattavien ja manipuloitavien esineiden maailma eli metafysiikan mukaan todellinen maailma on muuttunut kauppatavaroiden, kuvien ja joukkotiedotuksen mielikuvitukselliseksi maailmaksi. Kuitenkaan ei ole selvää, että tällaista maailmaa vastaan olisi asetettava nostalgia tukevaan, yhtenäiseen, tasapainoiseen ja ”autoritaariseen” todellisuuteen. Sellaisella nostalgialla on nimittäin jatkuva vaara muuttua neuroottiseksi näkemykseksi yrittäessämme ennallistaa lapsuutemme maailman, jossa tutut auktoriteetit olivat samanaikaisesti sekä uhkaavia että rauhoittavia⁵³.

Mitä sitten on Vattimon mukaan se vapautuminen, mitä todellisuuden merkityksen katoaminen ja joukkotiedotuksen maailmassa tapahtuvan todellisuuspe-

⁵⁰ Vattimo, *Läpinäkyvä yhteiskunta* s. 17.

⁵¹ Vattimo, *Läpinäkyvä yhteiskunta* s. 18-19.

⁵² Vattimo, *Läpinäkyvä yhteiskunta* s. 18-19.

⁵³ Vattimo, *Läpinäkyvä yhteiskunta* s. 19.

riaatteen ilmiselvä murentuminen aiheuttavat? Kyse on ennen kaikkea erityisten *paikallisten* elementtien vapauttamisesta. Kun yhtenäisen näkökulman ajatuksesta luovutaan, tällöin yhteiskunta muuttuu ”paikallisten” rationaliteettien ja etnisten, seksuaalisten, uskonnollisten, kulttuuristen tai esteettisten vähemmistöjen moneudeksi. Niitä ei enää vaienneta ja alisteta kaikkea omituisuutta ja kaikkea hetkittäistä yksilöllisyyttä vahingoittavalla ajatuksella yhdestä todella toteutettavasta ihmisyyden muodosta, jona nähdäkseni voitaisiin ehkä pitää esimerkiksi käsitystä vapaasta, tasa-arvoisesta ja rationaalisesta ihmisestä. Tällainen erilaisuuteen vapautuminen tuo Vattimon mukaan myös tietyn kodittomuuden tai vieraantumisen vaikutelman. Yksittäiset ajattelutavat ja näkökulmat eivät löydä enää suurta yhteenkuuluvuuden tunnetta ympäriltään, vaan ajattelua vaivaa akuutti tietoisuus kaikkien ajatusmallien ja arvomaailmojen historiallisuudesta, satunnaisuudesta ja rajallisuudesta. Kuitenkin nämä eroavaisuudet ovat pikemminkin ”murre-eroja” kuin erillisiä ”kieliä”.⁵⁴

Eläminen moninaisuuksien maailmassa merkitsee kokemusta vapaudesta jatkuvana värähtelynä (oskillaationa) mukaan kuulumisen tunteen ja kodittomuuden tunteen välillä. Tällainen vapaus on kuitenkin ongelmallista vapautta, sillä meidän on jopa vaikea ymmärtää oskillaatiota vapaudeksi. Nostalginen kaipuu suljettuihin horisontteihin, jotka ovat saman aikaisesti rauhoittavia ja uhkaavia, juurrutetaan meihin aina uudestaan ja uudestaan sekä yksilöinä että yhteiskuntina. Tällöin on tärkeää pyrkiä osoittamaan, että olemisen ei tarvitse enää välttämättä olla metafysiikan tarjoamaa vankkaa, pysyvää ja tasapainoista vaan että oleminen on pikemminkin tekemisissä tapahtuman, sopimuksen, vuoropuhelun ja tulkinnan kanssa. Tämän yrittäminen on Vattimon mukaan tärkeää, jotta voisi tulla mahdolliseksi oskillaation käsittäminen postmodernin maailman mahdollisuutena uuteen (kenties lopultakin) inhimilliseen olemisen tapaan⁵⁵.

Tällainen tulkinta yhteiskuntatodellisuudesta ilman ohjaavaa valtakeskusta asettaa myös kyseenalaiseksi käsitykset esimerkiksi yhteiskunnallisista suve-reeneista. Herää myös kysymys siitä, mitkä ovat valtion mahdollisuudet yhteiskunnan ohjaamiseen tai oikeudellisen ratkaisutoiminnan ohjaamiseen. Polysentria tarkoittaa puolestaan oikeudellisen ratkaisutoiminnan osalta nähdäkseni sitä, että oikeudellista ratkaisutoimintaa ei ajatella pystyttävän ohjaamaan mistään keskuksesta esimerkiksi lainsäädännöstä käsin, vaan ratkaisun sidonnaisuuksien määräytyminen on vattimolaisittain ilmaisten desentralisoitunut monimutkaiseksi erilaisten tekijöiden verkostoksi ratkaisun sidonnaisuuksien ollessa tulos monien kuvien kohtaamisesta, tulkinnoista ja re-konstruktioista. Tällaista käsitystä oikeudellisesta ratkaisutoiminnasta luonnostelen viimeisessä luvussa.

⁵⁴ Vattimo, *Läpinäkyvä yhteiskunta* s. 19-22.

⁵⁵ Vattimo, *Läpinäkyvä yhteiskunta* s. 19-22.

Eikö Vattimon metafysiikan kritiikki kohdistu myös kelseniläiseen pyrkimykseen oikeuden viimekätisten kriteerien postuloimisesta? Tällöin oikeudellisen viimekätisiä kriteerejä voitaisiin ajatella pyrkimyksenä jonkinlaisen ensimmäisen periaatteen ymmärtämiseksi, josta kaikki riippuu ja joka näin ollen antaa kuvitteellisen vaikutelman tapahtumien hallinnasta. Viimekätiset kriteerit voitaisiin myös tulkita Vattimon tarkoittamana nostalgisena kaipuuna suljettuihin horisontteihin. Vastaavasti esimerkiksi Luhmannin systeemiteoreettinen ”postontologiseen epistemologiaan”⁵⁶ pohjautuva käsitys oikeussysteemin olemisesta tekemisestä ja käsitys identiteettien kontingenssista ja kertomuksellisuudesta olisi hyvä esimerkki Vattimon tarkoittamasta olemisesta ilman metafysiikan tarjoamaa pysyvyyttä ja tasapainoa.

Myös Zygmunt Bauman näkee postmodernin siirtymisenä varmuudesta epävarmuuteen. Postmodernille on hänen mukaansa keskeistä havainto siitä, että elämää hallitseva yksilöllinen ja yhteiskunnallinen epävarmuus on inhimillisen toiminnan tuottamaa. Hän toteaa, että nyt ollaan jo luovuttu siitä modernista harhasta, että satunnaisuus, kontingenssi, tapahtumien ennakoimattomuus ja niistä johtuvat vaikeudet olisivat vain kehityksen tielle osuneita väliaikaisia häiriöitä. Nyt ei siis enää uskota, että epävarmuudesta voisi päästä eroon lisäämällä tietoa, sillä epävarmuus on varmuuden puolesta käydyn kamppailun sivutuote. Postmodernille ajalle on hänen mukaansa tyypillistä, että tietoisuus epävarmuudesta on pysyvää, ambivalenssi on tullut jäädäkseen eikä päätöksentekoa ole mahdollista irrottaa riskeistä. Ero moderniin on siinä, että vaikka aikaisemminkin oltiin epätietoisia maailman tai yksilön tulevaisuudesta, niin epävarmuutta lievensi moderni usko siihen, että epävarmuus ja riskit katoavat kunhan vain ratkaisemme vielä yhden arvoituksen. Baumanin mukaan postmoderni on ensimmäistä kertaa historiassa tuonut keskusteluun tietoisuuden siitä, että meidän on kehitettävä taitojamme, jotta oppisimme elämään jo arkipäiväisiksi tulneiden ambivalenssin ja epävarmuuden kanssa.⁵⁷

Näkemykseni mukaan esimerkiksi oikeusteorian alalla epävarmuuden hyväksymisen on näyttävä oikeudellista ratkaisutoimintaa selittävässä teorioissa, joissa oikeudellisen ratkaisutoiminnan epävarmuutta ei enää saa pyrkiä kätkeämään varmuuden kuoren alle. Ratkaisun sidonnaisuuksista, oikeusvarmuudesta tai oikeusturvasta ja ennakoitavuudesta on alettava puhua toisenlaisin painotuksin. Yksittäistapausten erityispiirteiden huomioiminen edellyttää tätä. Siten myös oikeudellisen ratkaisun teoriassa on hyväksyttävä kaiken yhteiskunnallisen toiminnan tapahtuvan epävarmuuden olosuhteissa, ja teorioissa on pyrittävä luomaan malleja siitä, miten tämä epävarmuus voidaan kääntää positiiviseksi asiaksi ja kuinka epävarmuuden kanssa voidaan tulla toimeen.

⁵⁶ Ks. tästä tarkemmin tämän jakson loppuosasta, sekä IV-luvun jaksoa 5.2, missä olen lyhyesti kirjoittanut Luhmannin havainnon tekemistä koskevasta käsityksestä.

⁵⁷ Zygmunt Baumanin haastattelu, Niin&Näin 3/1997 s. 45.

Modernin ajattelutapaan liittyy näkemys todellisuuden hallittavuudesta ja ohjailtavuudesta. Tämä näkyy oikeuskäsityksissä muun muassa siten, että suvereenin antamalla abstrakteilla oikeusnormeilla ajatellaan voitavan hallita oikeudellista ratkaisutoimintaa. Abstraktit normit ohjaavat oikeudellisen ratkaisun samalla myös ennakoitavaksi, objektiiviseksi ja kansalaisia yhdenvertaisesti kohtelevaksi. Tällaisen muodollisen oikeuden avulla ajatellaan saatavan yksilöiden väliset ja yhteiskunnalliset konfliktit ja oikeudellinen vallankäyttö hallintaan. Monosentrisen valtiollisen oikeuden avulla ajatellaan voitavan hallita ja ohjata yhteiskunnan moninaisuutta. Kuitenkin, mitä enemmän yhteiskunnallinen ja oikeudellinen muutos ovat menossa desentralisoituneeseen globaalin ja lokaalin kehityksen suuntaan, sitä vähemmän mahdollisilta keskusvaltaan tukeutuvat hallittavuuden ja ohjailtavuuden tavoitteet alkavat näyttää. Tällaisessa tilanteessa myös ajatus ennakoitavuuden ja varmuuden dominanssista suhteessa tarkoituksenmukaisuuteen ja aineelliseen oikeudenmukaisuuteen näyttää epäuskottavalta. Siten tarvitaan uusia käsitteitä ja ajattelutapoja oikeudellisen ratkaisutoiminnan sidonnaisuuksien adekvaatiksi kuvaamiseksi. Niinpä esimerkiksi oikeusvarmuuden sijasta voitaisiin puhua responsiivisuuden vaatimuksesta ja tähän liittyen kontingenssin hallittavuudesta ja kompleksiteetin adekvaattisuudesta oikeudellisissa ratkaisuissa. Kuten Thomas Wilhelmsson toteaa: ”käsitys oikeudesta, joka ei anna tilaa kaaokselle ja ambivalenssille, joutuu kriisiin maailmassa, joka on menettänyt uskonsa mahdollisuuksiin rakentaa yhteiskunta rationaalisesti ja yleisesti hyväksytyn eettisen systeemin pohjalta”⁵⁸.

Kun yllä mainittujen ajattelijoiden kautta postmodernia on luonnehdittu lähinnä aikakautena, on seuraavaksi syytä ilmentää postmodernia vielä ajattelumallina. Käsitettä ”postmoderni” on nimittäin mahdollista käyttää myös kuvaamaan *ajattelun tapaa* ilman välttämätöntä yhteyttä yhteiskunnan ja sen tilan muutoksiin. Postmoderni voidaan nähdä ajattelutapana ja näkökulmana, joka tosin yleensä on saanut inspiraationsa yhteiskunnassa tapahtuneista muutoksista, mutta näkökulmana ja tapana asettaa kysymyksiä ja konstruoida vastauksia postmoderni ei siten ole riippuvainen siitä, voidaanko yhteiskunnan väitetty muutos verifioida vai ei. Tässä merkityksessä postmoderniin voidaan myös liittää pyrkimys modernin käsitteistä ja käsitteellisistä verkostoista eli moderneista ontologioista luopumiseen esimerkiksi Niklas Luhmannin ja Tuija Pulkkinen tavoin. Pulkkinen on tuotannossaan keskittynyt sellaisten käsitteiden postmoderniin kritiikkiin ja reformulaatioon kuten ”identiteetti”, ”subjekti”, ”valta”. Luhmann puolestaan on keskittynyt kritiikin sijasta kehittämään liberalistisen käsiteontologian tilalle laajaa systeemitoteuttista käsitteverkostoa yhteiskunnan toiminnan kuvauksessa käytettäväksi.

⁵⁸ Wilhelmsson, Systeemien hajoaminen ja pienet kertomukset s. 340.

Vaikka Luhmann ehtikin kehittää varsin mittavan modernin ontologioista irtautuneen käsitteellisen verkoston, on hänenkin saavutuksensa ymmärrettävä vain jonkinlaiseksi ”postmoderniksi” pelinavaukseksi. Toisaalta jos halutaan kunnioittaa Luhmannin omaa käsitystä, jonka mukaan hänen teoriansa ei ole postmodernia, on hänen teoriansa kuvattavissa pikemminkin ”non-liberalistiseksi pelinavaukseksi”⁵⁹. Luhmann luopuu teoriassaan yhteiskunnan selittämisestä yksilöiden ja näiden muodostaman joukon kautta, samalla hän luopuu selaisista moderneista käsitteistä kuten ”kansalaisyhteiskunta” tai ”kansanvalta”⁶⁰. Toisaalta Luhmann puhuu myös yhteiskunnallisesta suvereenista, vaikka hän on epäilemättä omaksunut ajatuksen Carl Schmittin ”käsitteiden sotatieteestä” ja vallannut tämän käsitteen systeemiteoriaan sopivaksi elementiksi määrittelemällä sen aikaisemmasta poikkeavalla tavalla, jossa ei näy enää jälkiä hierarkkisesti ylimmästä tai absoluuttisesta vallankäytöstä. Myös Luhmannin käsitteenmuodostus noudattaa postmoderniksi luonnehdittavaa mallia. Luhmann ei nimittäin pyri tyhjentävästi määrittelemään käsitteitä, vaan muodostaa käsitteistä kompleksisia käsitteitä tai verkostoja, joissa käsitteet viittaavat toinen toisiinsa ja saavat tällä tavalla täsmennyksensä.

Luhmann ei kuitenkaan tyydy vain modernin käsitteiden korvaamiseen ja uusien kehittämiseen, lisäksi Luhmannin teoriassa merkittävässä roolissa on hänen kehittämiensä ”tietoteoria”, jota hän kutsuu postontologiseksi epistemologiaksi⁶¹. Tämä merkitsee Luhmannilla tärkeää irtiottoa Luhmannin termin ilmaistuna ”vanhaeurooppalaisesta” ajattelusta. Luhmannin mukaan teoria autopoieettisesta suljetuudesta korvaa Kantin premissit. Autopoieettisten systeemien ei täydy olla itselleen transparentteja, eivätkä ne löydä itsestään mitään sellaista, jota voisi pitää tietoisuuden kiistämättömänä faktana ja jota voisi soveltaa epistemologisena a priorina. A priorisen oletus korvautuu havaitsevan systeemin itsereferentillä rekursiivisuudella⁶². Luhmannin mukaan ”systeemiteorian edustamaa tietoteoreettista positiota voi kuvata to-

⁵⁹ Se, että Luhmann pitää teoriaansa modernina eikä postmodernina johtaa näkemykseni mukaan juurensa yllä kuvaamaani mahdollisuuteen ymmärtää tietty *aikakausi* eri tavoin. Luhmann konstruoi nykyisen aikakauden omalla tavallaan, joka eroaa postmoderneiksi sanotuista aikakautemme kuvauksista. Luhmann näkee, että nykyisessä modernissa yhteiskuntavaiheessa on vielä jäänneitä niin arkaaisesta kuin stratifikatorisestakin yhteiskuntamuodosta, eikä hänen mukaansa moderni funktionaalisesti eriytynyt yhteiskunta ole vielä täysin toteutunut.

⁶⁰ Risto Kangas on käsitellyt kirjassaan Yhteiskunta (s. 79) kansalaisyhteiskunnan käsitteeseen kohdistettua kritiikkiä: Georg Kneerin kritiikin mukaan ”kansalaisyhteiskunta evää taloudelta, valtiolta, oikeudelta ja tieteeltä jne. niiden ohjaustoimenpiteiden omalakisesta rakenteistumisen ja yrittää hallita niitä yhteiskunnallisesta keskuksista käsin... Kansalaisyhteiskunnan käsite näyttää näin kaiken kaikkiaan irtaantuvan kovin kauaksi yhteiskunnallisesta todellisuudesta...” Luhmann puolestaan on todennut, että ”tämän käsitteen [kansalaisyhteiskunta] nykyisessä historialliseen rekonstruktion perustavassa uudelleen käyttöönnotossa on niin selkeitä haaveilun piirteitä, että on kysyttävä, mitä sen kautta oikein suljetaan pois, ja vastaus on: todellisuus.”

⁶¹ Luhmann, Closure and Openness: On Reality in the World of Law s. 348.

⁶² Luhmann, Closure and Openness: On Reality in the World of Law s. 336.

dellisuuden de-ontologisoinniksi (De-ontologisierung der Realität). Tämä ei tarkoita sitä, että realiteetti kielletäisiin, sillä silloin ei olisi mitään mikä ope-roisi, mitään mikä havainnoisi, eikä mitään mitä erotteluilla voisi tavoittaa. Systeemitteoria vain riitauttaa tietoteoreettisen relevanssin ontologiselta taval-ta kuvata realiteetti.”⁶³

Luhmann toteaa, että ontologinen ajattelu ei ole välttämätön tietoteorian perustana. Tätä ajatusta seuraten Luhmann luopuu myös sosiaalisia systeeme-jä käsittelevässä teoriassaan ontologisesta osa–kokonaisuus-ajattelusta, ja tämä erottelu korvautuu erottelulla systeemin ja ympäristön välillä. Sosiaali-sia systeemejä käsittelevässä teoriassa tämä merkitsee sitä, että systeemien ei ajatella enää muodostuvan tietystä määrästä osia ja niiden välisiä suhteita. Systeemit muodostuvat pikemminkin operatiivisista systeemi–ympäristö-erotteluista, jotka rekonstruoivat osasysteemien ja ympäristön välisen yksey-den.⁶⁴ Luhmannilla todellisuus sellaisena kuin se havaitsijalle ilmenee on vain havaitsijan selektio maailman kompleksiteetista. Havainnossa tapahtuu maa-ilman kompleksiteetin rajoittaminen ymmärrettävään ja käsiteltävään muo-toon. Koska tässä kompleksiteetin rajaamisessa on kyse havaitsijan selektios-ta, voitaisiin kompleksiteetin rajaaminen eli todellisuuden hahmottaminen tehdä myös toisinkin. Tästä aiheutuu todellisuuskäsitysten sirpaloituminen, polysentria.

Toisin kuin Luhmann, Pulkkinen keskittyy myös modernin käsiteontologioi-den *kritiikkiin*. Pulkkinen vetää rajaa modernin ja postmodernin välille vielä hieman modernin tuntuisella tavalla määrittellessään sitä, mitä postmoderni on. Määrittelyä onkin ymmärrettävästi vaikea välttää silloin kun haluaa osoittaa eroja modernin ja postmodernin välillä. Luhmann jättää tämän erottelun täs-mentämättä ja määrittelemättä omissa tutkimuksissaan, mikä nähdäkseni osal-taan on aiheuttanut Luhmannin teoriaa koskevia väärinkäsityksiä *liian moder-nin* lukutavan vuoksi. Pulkkinen mukaan modernille on ominaista kiinnittymi-nen esimerkiksi *sellaisiin* perusta–pinta-erotteluihin kuten oikea–tehty, todelli-suus–tulkinta, oleminen–esittäminen. Postmoderni puolestaan kiistää sen mer-kityksen, jonka moderni antaa tämänäyppisille erotteluille. Se kiinnittää kriit-tisen katseen modernille tyyppilliseen kolmeen ajattelumalliin: perustan arvosta-miseen pintaa enemmän, pinnan ilmiöiden selittämiseen perustasta käsin ja ul-koisen selittämisen sisäisellä. Pulkkinen mukaan on tärkeää huomata, että tämä ei tarkoita sitä, että moderni antaisi enemmän arvoa ilmiöiden perustalle ja postmoderni pinnalle ja pinnalliselle, mikä on yleinen väärinkäsitys. Idea on siinä, että postmoderni vastustaa sitä painokkuutta, jolla moderni tekee nämä erottelut. Postmoderni siirtää paikaltaan sen painoarvon, jonka moderni antaa syvä–pinnallinen-tyyppisille vastakkainasetteluille. Voisi sanoa, että postmo-

⁶³ Luhmann, Soziologische Aufklärung 5 s. 37.

⁶⁴ Luhmann, Soziale Systeme s. 22.

derni ei anna näiden perusta–pinta-tyyppisten erottelujen osapuolien väliselle viivalle samaa merkitystä kuin moderni⁶⁵.

Pulkkisen mukaan postmoderni asettuu vastustamaan sellaista modernin sisäpuolen ja ulkopuolen dikotomiaa, jossa ulkopuoli ajatellaan selitettäväksi sisäpuolella ja jossa sisäinen on perustavampi ja ulkoinen pinnallisempi⁶⁶. Tämä on hyvä muistaa myös Luhmannia luettaessa, jotta ei virheellisesti tulkittaisi käsitteiden ”itsereferenssi” ja ”autopoiesi” korostavan systeemin itsenäisyyttä, irrallisuutta ja autonomiaa ja jotta ei tulkittaisi Luhmannin käsitteen ”itsereferenssi” tarkoittavan systeemin toiminnassa jotakin perustavampaa ja ominaisempaa verrattuna siihen, mitä käsitteellä ”Fremdreferenz” selitetään ja otetaan haltuun systeemin toimintaa kuvatessa. Kun Luhmannin systeemiteoriassa ihminen siirtyy yhteiskunnallisten systeemien systeemiympäristöksi tai lainsäädäntö oikeussysteemin keskustasta periferiaan, tarkoitus ei kuitenkaan ole vähätellä niitä, vaan päinvastoin niitä pidetään edelleen systeemin toiminnan kannalta välttämättöminä tekijöinä, vaikkakin ne ovat nyt eri roolissa kuin aiemmin.

Tuija Pulkkisen mukaan moderni ajattelu asettaa itselleen tehtäväksi paljastaa asioiden ympäriltä epäaidot kerrokset siinä uskossa, että niiden alta löytyy oikea ja todellinen ydin. Moderni on pyrkimystä perustaan ja ytimeen siinä uskossa, että riisuminen tuottaa tulokseksi alkuperäisen tai aidon elementin⁶⁷. Postmoderni puolestaan dekonstruoi alkuperäisen ja valmiiksi olevan identiteetin. Postmoderni kiistää olioiden alkuperäisen ykseyden ja kiinnittää huomion siihen, miten kaikki identiteetit ovat kontingenteja ja rakentuneita⁶⁸. Oikeustieteen alalta hyväksi esimerkiksi modernista ajattelijasta kelpaa tässä suhteessa Hans Kelsen. Kelsenin moderni eetos paljastuu jo hänen tehtävänasettelussaan. Kelsen tahtoo vapauttaa oikeustieteen kaikista sille *vieraista* aineksista. Kelsen tahtoo välttää ”metodisynkretismiä”, joka hämärtää oikeustieteen olemuksen ja hävittää ne rajat, jotka tutkimuskohteen luonne asettaa oikeustieteelle.⁶⁹ Kelsenille oikeuden tai oikeustieteen identiteetit eivät ole kontingenteja tai performatiivisesti rakentuneita, vaan oikeustieteellä on aito identiteetti, jota ei voida

⁶⁵ Pulkkinen, Postmoderni politiikan filosofia s. 49. Vaikka Pulkkinen puhuukin syvä–pinta-dimensiosta nimenomaan identiteetin muodostumisen ja identiteetin eksplikoimisen yhteydessä, voisi tätä ajattelua hyödyntää esim. Tuorin tasomallin luennassa, sillä Tuorin tasottelut ymmärtää usein turhankin konkreettisinä. Näin ollen –Tuorin metaforassa pysyäkseen – syvän ja pinnan eroa ei ole syytä kieltää, mutta niitä ei myöskään tarvitse nähdä toisistaan erillisinä ilmiöinä, vaan mahdollisesti saman ilmiön eri aspekteina. Pulkkisen kritiikki ei siten ole esteenä esittää Tuorin tavoin oikeutta eri tasoihin jakautuneena ilmiönä.

⁶⁶ Pulkkinen, Postmoderni politiikan filosofia s. 50.

⁶⁷ Pulkkinen, Sukupuolen genalogiaa eli ristiinpukeutuminen ja postmoderni filosofia s. 170, sekä Pulkkinen, Postmoderni politiikan filosofia s. 163.

⁶⁸ Pulkkinen, Identiteetti ja ei-identiteetti – Alkuperästä ja ykseydestä moneuteen ja toistoon identiteettipolitiikassa. Ajatus 56 (1999) s. 222.

⁶⁹ Kelsen, Puhdas oikeusoppi s. 1.

vakavassa mielessä asettaa kyseenalaiseksi. Kelsenin mukaan esimerkiksi ”Tätä puhtautta tarkoittavaa metodista postulaattia ei voida panna vakavassa mielessä kysymyksenalaiseksi, jos oikeustiedettä ollenkaan väitetään olevan. Epäillä voitaisiin vain, missä määrin postulaatti on täytettävissä.”⁷⁰ Kelsen toteaa myös, että ”Oikeustiede pyrkii käsittämään tutkimuskohteensa ’oikeudellisesti’, siis oikeuden näkökulmasta käsin. Mutta jonkin käsittäminen oikeudellisesti *ei voi merkitä muuta* [korostus tässä] kuin jonkin käsittämistä oikeutena, mikä merkitsee: oikeusnormina tai oikeusnormin sisältönä, oikeusnormin määräämänä”⁷¹. Kantilaisittain Kelsen toteaa myös, että sein–sollen-erottelua ei voi selittää vaan se on järjelle annettu, kun taas vastaavasti postmodernissa kaikki erottelut ovat kontingenteja ja ei-a-priorisia.

Kelsenin ajattelu eroaa esimerkiksi Luhmannin postmodernista epistemologiasta, joka palauttaa tietämisen ehdot havaitsevan systeemin omiin rakenteisiin, mikä puolestaan perustelee polysentrisen todellisuuden havainnoinnin eli eri systeemit hahmottavat todellisuuden eri tavalla vailla vaadetta todellisuuden oikeaan tulkintaan. Näin todellisuus näyttäytyy kontingenttina ja mahdollisesti ristiriitaistenkin identiteetti- ja todellisuuskäsitysten joukkona, eikä mikään paikka tai näkökulma, josta havainnoidaan, ole annettu, vaan kontingentisti muotoutunut ja jatkuvasti muotoutuva. Lisäksi Kelsenin mukaan ”Yhteiskunta-teoreetikko ei moraali- tai oikeusteoreetikkona ole mikään sosiaalinen auktoriteetti. Hänen tehtävänä ei ole säännöstellä ihmisten yhteiskuntaa, vaan tuntea, ymmärtää ihmisten yhteiskuntaa.” Tällaisen ajattelun osalta Kelsenin ero postmoderniin on huomattava. Kelsenin mukaan tiede on objektiivista tosioiden havainnointia: ”Teoriana se [puhdas oikeusoppi] tavoittelee pelkkää tietoa kohteestaan. Se koettaa vastata kysymykseen, mitä ja millaista oikeus on... se on oikeustiedettä, ei oikeuspolitiikkaa.”⁷² Postmodernissa ajattelussa tieteen diskurssit nähdään puolestaan yhtenä yhteiskunnan (valta)diskursseista, jotka osaltaan myös muotoavat sitä, mitä pidetään olevana, mahdollisena, mahdottomana tai normaalina tai poikkeavana.

Yllä esitellyssä modernin ja postmodernin erilaisessa tavassa ymmärtää identiteetti ei suinkaan ole kysymys vain viattomasta tai mitättömästä erosta tai tieteenteoreettisesta pikku nyanssista. Esimerkiksi vallitsevan oikeusteorian peruskäsitteiden ja ajattelumallien kritiikki tai muuttaminen voi olla ylivoimainen tehtävä silloin, jos ajatellaan oikeuden aidon ytimen näkyvän silloin kun katsotaan oikein, mutta jos katsotaan väärin, todellinen ydin katoaa näkyvistä. Kaikki kritiikki tai muutos voi näyttäytyä väärinymmärryksenä tai harhaoppina. Jos esimerkiksi Kelsenin tavoin oikeuden aidoksi ytimeksi ajatellaan oikeus, joka

⁷⁰ Kelsen, Puhdas oikeusoppi s. VII.

⁷¹ Kelsen, Puhdas oikeusoppi s. 79.

⁷² Kelsen, Puhdas oikeusoppi s. 1. On huomattava, että vain modernissa ajattelussa pystytään tekemään näin selkeä ja dikotominen ero tieteen ja politiikan (sisäpuolen ja ulkopuolen) välille.

on muodostunut oikeusnormeista ja ajatellaan oikeudellisen toiminnan olevan oikeusnormeihin sidottua, eikö tämä johda väistämättä jonkinasteiseen paradigmaattiseen ja jossain määrin myös metodologiseen monismiin ja suvaitsemattomuuteen erilaisia tarkastelutapoja kohtaan tai kielteisyyteen toisenlaisten tarkastelutapojen mahdollisuutta kohtaan?

On myös niin, että aidon ytimen olettavassa oikeudellisessa tutkimuksessa voidaan aina lähteä oikeusnormeista ja oikeusnormien sääntelemästä toiminnasta tutkimuksen lähtökohtana ilman, että tätä valintaa täytyisi perustella. Perusteluketjun voi myös mukavasti päättää oikeuden ytimenä oleviin oikeusnormeihin. Ei esimerkiksi tarvitse tarkastella sitä, millaisia käsitteitä edellytetään ja millaista käsitystä yhteiskuntatodellisuudesta edellytetään, jotta oikeus voidaan ymmärtää normeina. Toiseksi ei myöskään tarvitse pohtia sitä, millaisten yhteiskunnassa esiintyvien ongelmien ratkaisemista palvelee oikeuden ajattelemisen normeina tai mitkä ovat tällaisen (ongelmanratkaisun ja) oikeuskäsityksen vaihtoehdot. Ei myöskään tarvitse esittää kysymystä siitä, onko normilähtöinen oikeuden ymmärtämisen tapa nyky-yhteiskunnassa onnistunut ratkaisu. Näin ei myöskään lähdetä etsimään vaihtoehtoisia oikeuden tarkastelutapoja tutkimusongelmien ehdoilla.

4.2.1 Modernin yksilökäsityksen kritiikki

Kuten yllä todettiin, keskiaikaisen maailmankuvan murroksessa syntynyt käsitys yksilöstä ja valtiosta ja näiden välisestä suhteesta on keskeinen modernin oikeusajattelun muotoutumiseen ja kehitykseen vaikuttaneita tekijöitä. Yksilön ja valtion välisen suhteen tarkastelu ei kuitenkaan ole mikään juridinen innovaatio, vaan oikeudellinen ajattelu seuraa näiden teemojen osalta modernia yhteiskuntafilosofiaa. Tältäkin osalta moderni *oikeuskäsitys* on rakentunut modernin poliittisen teorian sisälle ja poliittisen teorian muodostamalle käsitteelliselle ja ajatukselliselle perustalle. Tarkastelemalla sitä, millaisten ennako-oletusten ja käsitteellisen kehikon varaan moderni poliittinen teoria rakentuu tarkastellaan siis myös modernin oikeudellisen ajattelun perusteita ja premissejä.

Tuija Pulkkinen on kirjassaan ”Postmodernin politiikan filosofia” tarkastellut kriittisesti modernin politiikan filosofian lähtökohtia, peruskäsitteitä ja ajattelumalleja. Otan Pulkkinen käsittelemiä mielenkiintoisia teemoja tarkasteluun vain siltä osin, kuin on tarpeellista modernin oikeusajattelun perusteiden kontingenssin osoittamiseksi. Pulkkinen mukaan moderni politiikan teoria asettaa tavanomaisesti vastakkain hegeliläis-marxilaisen perinteen ja liberaalin anglo-amerikkalaisen perinteen sillä perusteella, miten ne suhtautuvat yksityiseen toimintaan ja sen valtiolliseen sääntelyyn. Kyseessä on kaksi erilaista poliittista ontologiaa, jotka hallitsevat ideaalityyppeinä malleina modernia poliittista

ajattelua⁷³. *Postmodernille teorialle* on Pulkkinen mukaan keskeistä liberaalisten ja hegeliläis-marxilaisten utopioiden hylkääminen. Pulkkinen mukaan postmodernin teorian voidaan ajatella olevan taistelua epäoikeudenmukaisuuksia vastaan tässä ja nyt, ilman sitoutumista utopiaan tai minkäänlaiseen lopulliseen ratkaisuun⁷⁴.

Liberaali poliittinen teoria rakentuu käsiteontologialle, jonka perusoletus on yksilöllinen toimija. Hegeliläis-marxilaisen teorian ontologiaan taas kuuluu transsendentaalinen yhteisöllinen subjekti eli yleistaho. Nämä molemmat perinteet sitoutuvat sellaiseen subjektifilosofiaan, joka postmodernin ajattelun tulisi Pulkkinen mukaan asettaa kyseenalaiseksi. Postmoderni voi kyseenalaistaa molemmat perinteet kieltäytymällä sekä ajattelemasta yhteisöä yhtenä yhtenäisenä toimijana että pitämästä transsendentaalista vapaata yksilöyttä poliittisen peruselementtinä⁷⁵.

Kun liberaalin ontologian alkupisteeksi mainitaan yksilösubjekti, on Pulkkinen mukaan tärkeää tarkentaa, että kyseessä ei ole empiirinen yksilöllinen tietoisuus, vaan transsendentaalinen subjektius. Liberaalin teorian poliittinen tila rakentuu peruselementeistä, joita kutsutaan transsendentaalisesti yksittäisiksi yksilöllisiksi toimijoiksi. Ne ovat transsendentaalisia, koska ne eivät ole reaali-maailman yksilöitä vaan teoreettisia olioita, jotka on muodostettu riisumalla pois suurin osa reaali-maailman yksilön ominaisuuksista ja jättämällä jäljelle vain välttämättömät piirteet. Transsendentaalisen yksilön oletetaan olevan vail-la sukupuolta, vailla ikää, ilman rotumääryityksiä ja niin edelleen, eikä sillä ole kenenkään aktuaalisen yksilön henkilökohtaisia piirteitä. Niin sopimuskertomusten kuin utilitaarisen kalkyylinkin päähenkilöillä on vain ”intressinsä ja kyky valita”. Nämä ovat transsendentaalisen yksilön perusominaisuudet. Liberaalin poliittisen teorian sisällä kaikki rakentuu transsendentaalisista yksilöistä: toimijoista, joilla on intressi ja jotka valitsevat. Muut käsitteet kuten yhteisö, yhteiskunta, politiikka, valtio ja kansalaisyhteiskunta seuraavat loogisesti yksilön käsitettä. Ne rakentuvat transsendentaalisista yksilöistä ja heidän valinnoistaan.⁷⁶

Siinä missä tavanomainen näkemys olettaa henkilön ytimen ja pohtii, mitkä piirteet ovat hänen alkuperäisesti omiaan ja mitkä satunnaisia, genealoginen ja performatiivinen lähestymistapa ei pidä mitään henkilön ominaisuuksia sisäisesti alkuperäisinä. Kaikki piirteet, jotka tekevät yksilöstä yksilön – moraalikyky ja moraalisten uskomusten sisältö mukaan lukien – ovat vallan tuotteita. Subjekti, toimija, itse tai minä (tai se mikä kunakin hetkenä toimii) rakentuu prosessissa tiettyjen valtojen tuotteena, ja tämä rakentuminen ei koskaan tule

⁷³ Pulkkinen, *Postmoderni politiikan filosofia* s. 17 ja 22. Ontologialla Pulkkinen tarkoittaa näiden ajattelutapojen käsitteitä ja käsitteellisiä verkostoja.

⁷⁴ Pulkkinen, *Postmoderni politiikan filosofia* s. 38.

⁷⁵ Pulkkinen, *Postmoderni politiikan filosofia* s. 9 ja 84.

⁷⁶ Pulkkinen, *Postmoderni politiikan filosofia* s. 10 ja 144.

valmiiksi. Tässä mielessä valta, jota tarkoitetaan, ei ole valtaa, jonka kohteena toimija on, vaan valtaa, joka tekee toimijan mahdolliseksi toimijana.⁷⁷ Poliittisessa arvioimisessa ei ole kyse vallan vastustamisesta, vallasta vapauttamisesta tai vallan saamisesta. Siinä on kyse arvioinnista vallan olosuhteissa ja olosuhteiden muuttamisesta arvostelmia tekemällä. Jokainen arvostelma saa aikaan muutoksen. Arvostelman jälkeen tilanne ei ole sama kuin ennen sitä. Arvostelma tehdään vallan olosuhteissa, mutta sen tekee myös toimija, joka on vallan tai mielestäni paremminkin valtojen tuotos⁷⁸.

Postmoderni kyseenalaistaa myös toimijan yksilöllisyyden autonomisena olentona, humanismin abstrakti ”ihminen” kyseenalaistetaan. Foucault’n genealogiseen ajatteluun kuuluva radikaali rakentuneisuuden ajatus asettaa kyseenalaiseksi ja kiistää alkuperäisen ytimellisen minän ajatuksen mutta säilyttää samanaikaisesti ajatuksen toimijuudesta ja kyvystä arvioida⁷⁹. Pulkkinen ajattelulle keskeistä onkin modernin perustahakuisuuden kieltäminen. Modernin identiteetin sijasta Pulkkinen identiteettikäsitys temporalisoi ja perspektivoi kaiken identtiseksi väitetyn ja identiteetti on olemisen sijaan tekemistä. Pulkkinen tarkastelee kaikkia identiteettejä toistavien tekojen seurauksina vailla perustaa, alkua, ydintä tai alkuperää.

Miten tällainen käsitys yksilöllisestä toimijasta on sovellettavissa käsitykseen poliittisesta arvioimisesta? Pulkkinen hylkää kaksi modernin vaihtoehtoa: arvioiva subjekti käsitettynä yhteisöllisenä subjektina ja arvioiva subjekti käsitettynä transsendentaalisena ydinsubjektina. Sen sijaan toimijuus tulisi ymmärtää genealogisen kuvauksen mukaisesti subjektuutena, joka jatkuvasti rakentuu ja performatiivisesti tehdään valtojen risteyskohdassa. Tässä hylätään kaksi arvioimisen alueen kvasitranssendentaalia: yhteisösubjektin ihanteellinen arvio

⁷⁷ Pulkkinen, Postmoderni politiikan filosofia s. 219-220.

⁷⁸ Pulkkinen, Postmoderni politiikan filosofia s. 209. Myös arvostelman tekemistä oikeudellisessa ratkaisussa, lainsäädännössä ja oikeustieteen kannanotoissa voidaan tarkastella tällaisen foucault’laisen valtakäsityksen valossa. Foucault’n mukaan ei ole olemassa valtaa, joka esiintyisi ilman päämääriä ja tavoitteita. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että valta olisi seurausta yksilösubjektin valinnasta tai päätöksestä. On turha etsiä esikuntaa, joka komentaa sen rationaalisuutta. Mikään hallitseva kasti tai valtion koneistoja pyörittävä ryhmä tai ketkään tärkeimpiä taloudellisia päätöksiä tekevät henkilöt eivät johda yhteiskunnassa toimivaa (ja sen toimimaan saavaa) valtaverkoston kokonaisuutta. Vallan rationaalisuus on usein selvästi julkituotujen taktiikoiden rationaalisuutta... ja toinen toisiinsa kytkeytyen, toisiaan apuun kutsuen ja puolustautuen, kannatuspohjansa ja ehtonsa toisaalta hakien nämä taktiikat muodostavat lopulta kattavia koneistoja. Hänen mukaansa valtaa käytetään lukemattomista eri pisteistä käsin eriarvoisten, liikkuvien suhteiden pelissä. Missä tahansa valtasuhteita esiintyykin, niiden rooli on välttämättä tuottava. Valta on ymmärrettävä ennen kaikkea toiminta-alueensa järjestystä sisäisesti konstituovien voimasuhteiden moninaisuudeksi. Valta on peliä, joka kamppailujen ja loputtomien ristiriitojen kautta muuttaa, vahvistaa ja kääntää voimasuhteita vastakkaisikseen (Foucault, Seksuaalisuuden historia s. 69-71). Kun oikeudellinen vallankäyttö ymmärretään tällä tavalla, niin Luhmannin systeemiteoria tarjoaa erinomaiset työvälineet määrittämään ratkaisutoiminnan sidonnaisuuksia tällaisessa kehikossa.

⁷⁹ Pulkkinen, Postmoderni politiikan filosofia s. 53-54.

ja puhtaan yksilön ei-determinoitu valinta. Genealogian kuvaus olettaa näin paikkaan ja tilanteeseen kiinnittyneen subjektin. Kun subjektin muodostuminen subjektiksi jo itsessään sisältää valtaa ja kun ulkoista vaikutusta ei ole mahdollista ajatella subjektin ”ulkopuolisena”, niin valta on jo aina valmiiksi läsnä subjektin poliittisen arvostelman (judgement) paikkana. Subjekti on Pulkkinen teoriassa poliittisen arvostelman subjektina kokonaisuudessaan rakentunut, ja se on rakentuneisuutensa pakottama toimiessaan tänä hetkenä.⁸⁰

Kun postmodernin politiikan teoria ymmärtää valinnan tekemisen olevan vallan determinoimaa, postmodernia on kritisoitu toisaalta determinismistä ja toisaalta relativismista. Determinismia pelkäävät epäilevät, että moraalisubjekti ja moraalinen arviointi on mahdotonta silloin jos ei ole olemassa mitään koherenttia ja vastuullista subjektia, joka tekisi moraalisia päätöksiä. Miten tehdä päätöksiä moraalin alueella silloin jos subjekti on ympäristön determinoima ja sosiaalisesti rakentunut, eikä siksi ole autonominen moraalinen toimija? Relativismiin tai nihilismiin sortumista pelkäävät puolestaan epäilevät, että jos yksilöt nähdään kulttuurien tuotteina ja jos hyväksytään ja kunnioitetaan eri arvojärjestelmiä, niin moraalisia ja poliittisia arvioita ei enää voi yleispätevästi tehdä. Nämä ongelmat Pulkkinen kuitenkin kiistää. Kuten todettua, se että yksilö on vallan tuotosta ei tarkoita sitä, että hän menettäisi vastuullisen moraalikykynsä. Jos ajatellaan vastuullisen moraalin katovavan subjektin determinoitumisen myötä, niin autonomisen ja determinoituna olemisen ero ymmärretään varsin dikotomisesti, ja ajatellaan, että yksilön puhdas arvostelma sijaitsee minän ytimessä ja kaikki ulkopuolelta tuleva vain saastuttaa sitä. Pulkkinen mukaan tässä liberaalin teorian transsendentaalinen yksilö ja kantilainen autonominen subjekti kohtaavat toisensa. Näiden näkemysten mukaan on tärkeää, että on olemassa aito henkilökohtainen arvostelma, joka on erotettavissa kaikista näkemyksistä, joihin on vaikutettu ulkoapäin. Pelkona on, että mikä tahansa kävisi päinsä ja moraalit kadotettaisiin kokonaan silloin, jos ei olisi mahdollista erottaa aitoa arvostelmaa sellaisista, johon on vaikutettu.⁸¹

Pulkkinen mukaan kuitenkin on selvää, että sellaisen aidon arvostelman tavoittaminen, mihin ei ole vaikuttanut mikään valta, ei ole uskottavaa. Valintoihin vaikuttaa muun muassa lapsen kasvatuksessa käytetty valta ja koulutukseen liittyvä valta. Mahdollista ei myöskään ole erottaa aitoa itseä ja autonomista valintatilannetta niistä vaikutuksista, jotka perustuvat henkilön kasvamiseen mieheksi tai naiseksi tai kasvamiseen tietyn kulttuurin tai etnisen ryhmän jäsenenä. Pulkkinen toteaa, että arvostelmaa tehtäessä henkilö voi kyllä harkita tällaisten ulkoisten tekijöiden vaikutusta valintaansa, mutta loppujen lopuksi tällais-

⁸⁰ Pulkkinen, *Postmoderni politiikan filosofia* s. 219-220, 231. Viitataan tässä tutkimuksessa nimenomaan Tuija Pulkkinen kehittämään geneologia-käsitykseen. Pulkkinen on tosin kehittänyt geneologia-ajatustaan Foucault’n käsitteen pohjalta, mutta tässä tutkimuksessa ei ole tarpeen syventyä Pulkkinen ja Foucault’n ajattelun eroavaisuuksien ja yhteneväisyyksien tarkasteluun.

⁸¹ Pulkkinen, *Postmoderni politiikan filosofia* s. 234-236.

ten tekijöiden vaikutukset menevät kuitenkin yli yksilön kyvyn reflektoida niitä.⁸²

Relativismisyytöksiä kohtaan puolustautuessaan Pulkkinen kohdistaa kritiikkinsä universalismin ideaan. Universalistisen kritiikin mukaan silloin, jos ei ole mahdollista universaalisesti päteviin arvioihin, arvioiminen voidaan yhtä hyvin lopettaa, sillä ei ole mielekästä enää edes esittää arvioita, jos ne ovat kaikki saman arvoisia. Pulkkinen pitää kuitenkin juuri universaaleiksi väitettyjä arviointia vaarallisina, sillä tällaiseen näkemykseen perustuvat arvoinnit uhkaavat erilaisuuden kunnioittamista ja johtavat muun muassa jonkin asteiseen etnoterroriin. Kulttuurisesti ankuroitunut universalisoiminen antaa usein luvun alistaa. Kulttuurisen moninaisuuden hyväksyminen ei puolestaan tee mahdolliseksi poliittista arviota tietyssä ajassa ja paikassa. Arvoinnin moraalista ja poliittista arvoa ei vähennä tietoisuus siitä, että sen on tehnyt vallan oloissa rakenteistunut henkilö. Se, että kielletään arvostelmien universaalisuus ei kuitenkaan estä sitä, etteivät esimerkiksi länsimaiset ihmiset voisi arvostella muita kulttuureja ja niiden yksittäisiä tapoja. Sen muistaminen, että arvio perustuu arvioitsijan asemaan nykyaikaisen länsimaisen kulttuurin jäsenenä, ja tietoisuus siitä, että hänen kulttuurinsa on hegemonisessa asemassa toisiin nähden, ei tee arviosta huonompaa arviota, eikä se estä arvioimasta. Postmoderni näkemys vie länsimaisen arvostelman esittäjältä ainoastaan oikeuden kutsua oman kulttuurinsa käytäntöä universaalisesti kaikkein edistyneimmäksi. Kulttuurisia rajoja ylittävien arviointien tekeminen on myös tärkeää sen vuoksi, että mikään kulttuuri ei ole pysyvä ja erillinen yksikkönsä, vaan niiden arvojärjestelmät ovat jatkuvassa muutoksessa, ja yksittäisten ihmisten tekemät poliittiset arvostelmat ovat tähän muutokseen vaikuttavia tekijöitä. Olennaista on Pulkkinen mukaan ymmärtää, että arvioissaan yksilöt sekä ovat arvojärjestelmien määräämiä että määräävät arvojärjestelmiä.⁸³

4.2.2 Valtioeskeisyyden ja suvereenin kritiikkiä

Oikeudelliset ajattelumallit ovat historian kuluessa seuranneet toisiaan siten, että uloskäynti jostakin on samalla aina ollut sisäänkäynti johonkin toiseen. Keivät Nousiainen toteaa, että kun luonnonoikeusteoriasta siirryttiin uudella ajalla positivismiin, siirryttiin myös valtiollisen oikeuden ylivaltaan. Juristit alkoivat pitää oikeutta valtion asettamana ja toisaalta valtio nähtiin lakien kokonaisuutena. Valtio ja oikeus alettiin ymmärtää yhdeksi ja samaksi.⁸⁴ Hänen mukaansa valtion ja oikeuden yhteys nähdään edelleen modernin oikeuden tunnusmerkki-

⁸² Pulkkinen, Postmoderni politiikan filosofia s. 236.

⁸³ Pulkkinen, Postmoderni politiikan filosofia s. 236-238.

⁸⁴ Nousiainen, Prosessin herruus s. 36.

nä siten, että moderni oikeus on positiivista, suvereenin valtiovallan usein kodifikaation muodossa asettamaa oikeutta. Oikeus liittyy suvereeniin valtioon, joka takaa kansalaisilleen yksilöllisen toimintavapauden. Näiden modernin oikeuden piirteiden kautta puolestaan määrittäyty tuomiovallan asema yhteiskunnassa. Moderni valtiolta ja oikeus määrittävät toisiaan vastavuoroisesti, sillä moderni oikeus on suvereenin valtiovallan asettamaa oikeutta, ja valta säättää oikeutta on juuri suvereenin valtion keskeinen tunnusmerkki.⁸⁵

Kevät Nousiaisen mukaan moderni oikeustiede on myös korostanut valtion suvereniteettia, oikeuden universaalia luonnetta ja kansallisvaltion oikeutusta. Vastaavasti oikeuden historia on suosinut sellaisia historiallisia tulkintoja, jotka nostavat esiin keskittyneen valtiovallan, yleisten kansalaisoikeuksien ja kansallisen itsemääräämisoikeuden rekonstruointiin soveltuvia menneisyyden instituutioita ja toimintatapoja. Oikeusrauha tulkitaan suvereenin valtiovallan tuotteeksi, oikeudenmukaisuus kansalaisyhteiskunnassa toteutuvan vapauden seurannaiseksi⁸⁶. Nousiainen toteaa kuitenkin olevan mahdollista, että omana aikamme kansallisvaltiota ja sen instituutioita keskiönään pitävän rekonstruoinnin perspektiivi on osaksi väistymässä kansainvälisen integraation edetessä. Kansallisvaltio ja kansallinen oikeusjärjestys ovat modernissa muodostaneet poliittisen ja taloudellisen toiminnan kehikon. Myöhäismodernissa tämän kehikon seinämät ovat murtumassa, ja vastaavasti kansallisvaltioon liittyvä tähtäysaukko menneeseen on käymässä ahtaaksi. Hän toteaa lisäksi, että oikeuden ja valtion keskinäissuhde, joka on modernissa oikeudessa niin keskeinen, on omana aikamme muuttumassa vain yhdeksi oikeutta määrittäväksi suhteeksi. Nykyisessä läntisessä maailmassa ylikansallinen ja paikallinen sääntely näyttäisivät kumpikin saavan paljon aikaisempaa suuremman painon. Samalla keskeiset yhteiskuntaa hahmottavat modernit käsitteet – kuten valtio ja kansalaisyhteiskunta, julkinen ja yksityinen – menettävät merkitystään tai määritelmään olennaisesti uudella tavalla⁸⁷.

Nousiaisen mukaan valtiollisen oikeuden vakiintumisen kannalta oli tärkeää se, että keskiajalla syrjäytyi yksi roomalaisen oikeuden kantavista periaatteista, nimittäin se, että oikeutta ei liitettykään enää henkilöön, vaan oikeus alettiin käsitellä alueellisena oikeutena.⁸⁸ Näkemykseni mukaan myöhäismodernina aikana eletään jälleen murrosvaihetta oikeuden paikantamisen suhteen, sillä oikeus ei kiinnity enää sen paremmin kansallisvaltion alueeseen kuin valtion keskus-

⁸⁵ Nousiainen, Prosessin herruus s. 31-32.

⁸⁶ Nousiainen, Prosessin herruus s. 7. MacCormickin mukaan modernissa ajattelussa valtio on esitetty vahvana vaihtoehtona valtion sisäiselle ja valtioiden väliselle anarkialle. Suvereenin valtion absoluuttinen valta on ollut perustava doktriini sekä poliittiselle teorialle että käytännölle. (Questioning Sovereignty s. 124)

⁸⁷ Nousiainen, Prosessin herruus s. 57, ks. myös yllä Luhmannin ja Kneerin kansalaisyhteiskunnan käsitteeseen kohdistamaa kritiikkiä (alaviitteessä 61).

⁸⁸ Nousiainen, Prosessin herruus s. 35.

valtaankaan. Myös Thomas Wilhelmsson toteaa, että myöhäismodernina aikana monoliittinen valtiollinen oikeus korvautuu tai täydentyy erilaisten pienryhmien ja alakulttuurien ”oikeudella”; uudet julkiset ja yksityiset, paikalliset ja kansainväliset ”lainsäätäjät” astuvat areenalle. Perustetaan uusia, erikoistuneita viranomaisia ja tuomioistuimia ja lain soveltamistapa suhteellistuu ja tulee riippumaan siitä, missä elimessä soveltaminen tapahtuu⁸⁹.

Kansallisvaltion merkityksen vähenemisestä oikeuden alalla voi mainita esimerkkeinä ihmisoikeuksien lisääntyvän merkityksen oikeudellisessa ajattelussa sekä valtioiden lisääntyvä sitoutuminen erilaisiin kansainvälisiin sopimuksiin. Kansainvälisen vuorovaikutuksen lisääntyminen on ollut havaittavissa myös muiden yhteiskunnallisten toimijoiden kuin valtioiden välillä. Tästä voidaan mainita esimerkkeinä talouden eri osa-alueiden kansainvälisillä foorumeilla formuloidut ja näillä aloilla sitovana pidetyt standardijärjestelmät ja muut menettelytapaohjeet. Jyrki Tala mainitsee esimerkkeinä tällaisista standardisoinneista ISO:n, ILO:n ja CEN:n laatimat standardit.⁹⁰ Esimerkkinä oikeuden alalla tapahtuneesta desentralisaatiosta voi mainita myös muunlaisen itsesääntelyn lisääntymisen. Jyrki Talan mukaan itsesääntelystä on kyse, kun tietty elinkeinoala, ammattiryhmä, tai esimerkiksi tiedeyhteisö tai urheilujärjestö sääntelee jäsentensä toimintaa. Itsesääntely koskee hänen mukaansa useimmiten myös sellaisia asiaryhmiä tai toimintoja, joilla on merkitystä kyseisen alan ulkopuolisten toimijoiden kannalta.⁹¹ Itsesääntelyksi voidaan Tuorin mukaan väljästi määritellä normin asettamista, josta huolehtivat tai johon ainakin osallistuvat alan omat organisaatiot. Esimerkkeinä tällaisesta itsesääntelystä voi mainita vaikkapa Suomen Pankkiyhdistyksen määritelmät hyvästä pankkitavasta tai pörssin toiminnasta vastaavan osakeyhtiön hyväksymät pörssin säännöt⁹².

Se, mikä nyky-yhteiskunnassa on *aikakautena* minun näkemykseni mukaan myöhäismoderniksi luonnehdittavaa, on polysentria eli kansallisvaltion ohelle syntynyt ja eri dimensioissa toteutunut globalisaatio ja lokalisaatio ja jopa virtualisaatio. Muun muassa internet on edistänyt kulttuurista ja jossain määrin taloudellisenkin globalisaatiota ja toisaalta ihmisten uudenlaista identifioitumista alakulttuureiksi kansallisvaltion rajoista riippumatta, jopa paikasta ja paikalli-

⁸⁹ Wilhelmsson, Systemien Hajoaminen ja pienet kertomukset s. 339.

⁹⁰ Tala, Katsaus oikeudellisen sääntelyn uusiin muotoihin s. 191-193.

⁹¹ Tala, Katsaus oikeudellisen sääntelyn uusiin muotoihin s. 187. Saksalaisen oikeuden ja yhteiskunnan erityispiirteinä voi mainita sairausvakuutukseen liittyvän itsesääntelyn. Saksassa ei ole yleistä Suomen systeemiin verrattavaa sairausvakuutusjärjestelmää. Saksan sairausvakuutusjärjestelmä perustuu yksityisiin sairausvakuutuskassoihin, joiden jäseninä on noin 90% Saksan väestöstä. Tämän järjestelmän puitteissa keskeinen normin antaja on lääkärin ja sairaskassojen yhteinen lautakunta (Bundesausschuss), joka päättää muun muassa siitä, mitkä lääkkeet ja mitkä tutkimus- ja hoitometodit kuuluvat sairausvakuutuksen piiriin. Tästä aiheesta ks. Kaltenborn, Gibt es einen numerus clausus der Rechtsquellen? s. 479-483.

⁹² Tuori, Oikeuden ratio ja voluntas s. 287.

suudesta riippumatta eli virtuaalisesti. Näin kansallisuusaate ja valtioideologia ovat heikentyneet.⁹³ Tällaisessa tilanteessa yksi mahdollisuus tulkita yhteiskunnan toimintaa on nähdä yhteiskunnallisten toiminnan ehtojen reprodusoituvan globaalin ja lokaalin eli *glokaalin* yhteiskunnan osasysteemeissä ja osasysteemien muodostamassa vuorovaikutusten verkostossa. Sosiaaliset systeemit, hallinto ja yksittäiset aktoritkin toimivat tässä monimutkaisessa kommunikaatio-suhteiden verkostossa suhteuttaen toimintansa tähän verkostoon ja reprodusoiivat sitä samalla omilla valinnoillaan. Tällaisen mekanismin mukaisesti muotoutuu sekä lainsäädäntö lainsäädäntömenettelyssä että oikeudelliset ratkaisut ratkaisumenettelyssä.

Tällöin esimerkiksi käsite ”valtiosuvereeni” tai ”suvereeni valta” eivät ole välttämättä mielekkäitä eivätkä edes tarpeellisia selitettäessä oikeudellisen ratkaisun sidonnaisuuksia⁹⁴. Luopuminen käsitteistä ”valtiosuvereeni” tai ”kansansuvereeni” on paikallaan nykyaikaisessa *oikeudellisen ratkaisun teoriassa*, kun ajatus yhteiskunnallisesta suvereenista on muutenkin menettänyt uskottavuutensa⁹⁵. Oikeudellisen ratkaisutoiminnan suhde suvereeniin valtaan on oikeudellisessa ajattelussa ymmärretty monella eri tavalla. Toisinaan on ajateltu suvereenin asettavan rajoituksia oikeudelle, toisinaan oikeuden on ajateltu asettavan rajoituksia suvereenille, ja toisinaan oikeutta on pidetty suvereenina. Enää en kuitenkaan näe tarvetta reflektoida oikeuden ja suvereenin välisiä suhteita. Kuvaannollisesti ilmaisten enää ei lainkaan tarvitse ajatella oikeutta sen ”eläintarhan” yhtenä asukkaana, missä myös *suvereeni* asustaa. Foucault’n mukaan vallan termein tehty analyysi ei saa olettaa lähtökohdakseen valtion suvereeniutta, lain muotoa tai herruutuksen kaikenkattavaa ykseyttä, vaan ne ovat hänen mukaansa vasta lopputuloksia⁹⁶. Haluan korostaa sitä, että lain keskei-

⁹³ Globalisaation, lokalisaation eli itsesääntelyn ja virtualisaation aiheuttamista ongelmista kansallisvaltiota keskiössään pitävälle oikeudelliselle ajattelulle ks. Tuori, Oikeuden ratio ja voluntas s. 283-299.

⁹⁴ Vallankäytön suvereenisuudella ei tarvitse tarkoittaa sitä, että vallankäyttö olisi täysin rajoittamatonta. Esimerkiksi jo John Lockella esiintyy käsitys suvereenin vallankäytön rajoittamisesta (ks. tästä Jyränki, Lakien laki s. 39-43). On kuitenkin omituista ajatella sellaista vallankäyttöä nimenomaan *suvereenina vallankäyttönä*, joka joutuu jatkuvasti sopeutumaan erilaisiin lokaaleihin ja globaaleihin vaatimuksiin. Eikö lapsioikeudesta tuttu *myötämääräamisen* käsite olisi tässä yhteydessä paljon osuvampi?

⁹⁵ Esimerkiksi valtiollinen vallankäyttö (tai EU:n vallankäyttö) ja päätöksenteko ei voi olla suvereenia suhteessa niihin välttämättömyyksiin, joita toimivan yhteiskunnallisen infrastruktuurin ylläpitäminen ja jatkuva kehittäminen vaatii. Suvereeni valta ei myöskään pysty määrittämään sitä, millaista infrastruktuuria yhteiskunnallisten toimintojen ylläpitäminen ja kehittäminen vaativat, vaan kaiken vallankäytön on pikemminkin sopeuduttava yhteiskuntatodellisuuteen. Ympäristöongelmien ja taloudellisen vuorovaikutuksen globaalisuus vie pohjan pois kaikelta suvereenilta vallankäytöltä. Esimerkiksi John S. Dryzek kritisoi Habermasin teoriaa sillä perusteella, että siinä ei oteta huomioon tämänkaltaisia välttämättömyyksiä, joita valtioiden ja niiden organisaatioiden on nykyaikana mitä suurimmassa määrin otettava huomioon päätöksenteossa. (Dryzek, Discursive democracy vs. liberal constitutionalism s. 80-82)

⁹⁶ Foucault, Seksuaalisuuden historia s. 69.

syys ja valtion suvereenius ovat vain *mahdollisia* lopputuloksia, eivät itsestäänselvyyksiä, joihin väistämättä päädytään yhteiskuntateoreettisissa ja oikeusteoreettisissa pohdinnoissa.

Valtiolla ja lailla on tärkeä tehtävä oikeudellisen ratkaisutoiminnan organisoimisessa, mutta ajatus suvereenin asettamasta oikeudesta on jo käynyt vanhanaikaiseksi.⁹⁷ Jos modernissa ajattelussa oikeusrauha tulkitaan suvereenin valtiovallan tuotteeksi, niin tämän tutkimuksen mukaan suvereenia vallankäytäjää ei yhteiskunnasta löydy lainkaan, eikä suvereenia myöskään tarvita yhteiskunnan toimintojen ja yhteiskuntarauhan selittämisessä. Vastaavasti jos modernissa yhteiskunta-ajattelussa ja modernissa oikeusajattelussa kansallisvaltio, kansalaisyhteiskunta ja kansallinen oikeusjärjestys ovat olleet keskiössä muodostaen perustan poliittiselle ja taloudelliselle toiminnalle, niin systeemi-teorian pohjalle rakentuvassa oikeudellisen ratkaisun teoriassa nämä modernit käsitteet, monosentriset ajatusmallit, ovat jo väistyneet systeemiteoreettisten oikeuden selitysmallien tieltä. Globalisoituneessa ja lokalisoituneessa maailmassa tulee yhä houkuttelevammaksi tarkastella oikeudellista ratkaisutoimintaa valtiollisen kontekstin sijasta osana sosiaalisista systeemeistä ja niiden välisistä vuorovaikutuksista muodostuvaa yhteiskuntaa esimerkiksi Luhmannin tarkoittaman ”Weltgesellschaftin” merkityksessä. Samalla voidaan luopua oikeuden määrittelemisestä valtion kautta. Samanlaiseen päätelmään näyttää tulevan myös Neil MacCormick teoksessaan ”Questioning Sovereignty”. Hänen mukaansa valtiot eivät ole koskaan onnistuneet eliminoimaan valtiollisen oikeuden kanssa kilpailevia normiprojektioita. Tämän vuoksi MacCormick näkee oikeuden ja valtio-oikeuden rinnastamisen johtaneen vakaviin vääristymiin oikeusteoriassa⁹⁸. Globalisoituneessa ja samalla lokalisoituneessa maailmassa onkin nähdäkseni perustellumpaa siirtyä ajattelemaan oikeutta *yhteiskunnan oikeutena*. Yhteiskunnan oikeutta käsittelen tarkemmin 2-luvun jaksoissa 1 ja 8.3.

Myös Neil MacCormick esittää epäilynsä siitä, että Euroopan unionin myötä olemme nyt todistamassa suvereenin valtion kuolemaa. Lisäksi hän toteaa, että sikäli kuin näin käy, ongelmia tulee aiheutumaan niin perinteiselle nationalismille kuin demokratiallekin. Kansallinen riippumattomuus ja itsemääräämisoikeus ovat uhattuina. Toiseksi uhattuna on myös demokratiaan perustuva kansansuvereniteetti, jota voidaan pitää valtion suvereeniuuden tärkeänä elementtinä. Kansallisuusdimensioon ja demokratiaan kohdistuvat ongelmat myös yhdistyvät, sillä länsimaissa relevantti versio demokratiasta paikantaa legitimitietin perimmäiseksi lähteeksi kansan sekä periaatteena että esipoliittisena entiteettinä. Kansallinen itsemäärääminen viittaa sekä kansaan esipoliittisena ryh-

⁹⁷ Tästä esimerkiksi Niemi, Ajattelun kouluista ja ajatuksia kouluista s. 200 ja 210. Myös Niemien mielestä on ongelmallista tarkastella lainsäätäjää yhteiskunnallisena suvereenina.

⁹⁸ MacCormick, Questioning Sovereignty s. 9.

mänä että puolustaa kunkin kansan oikeutta päättää omista kohtaloistaan omista päätöksentekoprosesseissaan. MacCormickin mukaan sekä Ranskan että Amerikan vallankumoukset olivat voimakkaita ilmauksia näistä perustavaa laatua olevista ideoista. Monarkioiden vallan kumoaminen palautti suvereenisuuden kansoille, jotka muodostivat itsensä valtioiksi hyväksymällä perustuslain yksimielisesti. Tällöin suvereeni valtio esitti itsensä kansallisvaltiona, suvereenin kansan ominaisuutena.⁹⁹

Ajattelemalla näin MacCormick asettaa teoriansa muun modernin oikeusteorian tavoin Foucault'n kritiikin kohteeksi. Foucault näkee vallan esittämisen olevan yhteydessä länsimaisten monarkioiden historiallisiin vaiheisiin. Foucault'n mukaan vallan esittämistapa ei vielääkään ole päässyt pohjimmiltaan irti kuninkaan vallasta. Sen vuoksi valtateoriassa painotetaan yhä niin paljon oikeuksien ja väkivallan, lain ja laittomuuden, tahdon ja vapauden ja ennen kaikkea valtion ja suvereeniuuden problematiikkaa. Tällä tavalla valta esitetään edelleenkin, vaikka tällaisiin vallan muotoihin on tunkeutunut vähitellen aivan uusia valtamekanismeja, joita ei todennäköisesti voida palauttaa juridis-diskursiiviseen esittämisen tapaan. Kuitenkin Foucault'n mukaan olisi pyrittävä vapautumaan laille ja suvereeniuudelle annetusta teoreettisesti etuoikeutetusta asemasta, mikäli halutaan analysoida valtaa ilmenemismuotojensa konkreettis-historiallisissa toimintavoissa.¹⁰⁰ Foucault'n kritiikki puree nimenomaan tämän päivän Euroopassa, jossa meneillään olevien muutosprosessien myötä kansan, itsemääräämisen, suvereenisuuden tai valtion roolit ovat joutuneet eroosion kohteeksi ja kuninkaanvaltainen vallan esittämisen tapa käynyt ongelmalliseksi.

Vielä on syytä palata siihen yllä esittämäni MacCormickin mainitsemaan asiaan, että kansallinen itsemäärääminen merkitsee kansan oikeutta päättää omista kohtaloistaan omista päätöksentekoprosesseissaan. Tätä asiaa Kaarlo Tuori on moderniin oikeuteen liittyen kuvannut käsitteellä ”voluntas” (tahto). Modernin oikeuden keskeisiä piirteitä on Tuorin mukaan oikeus vallankäytön välineenä (voluntas), mutta myös sen pidäkkeenä (ratio). Oikeuden ratio (järki) on modernin oikeuden kehittyessä saanut eri ilmenemismuotoja muuttuen 1600-luvun common law -ajattelun traditionaalisesta järjestä Jürgen Habermasin tarkoittamaan diskursiiviseen järkeen. Vaikka oikeuden ratio onkin saanut eri aikoina erilaisia ilmenemismuotoja, sen tehtävä koherenssin tuottamisessa ja voluntaksen kurissa pitämisessä on kuitenkin pysynyt samana. Modernin oikeuden elinkaaren aikana on Tuorin mukaan ratio ollut muuttuva tekijä, kun taas voluntas on pysynyt muutoksista huolimatta suhteellisen vakaana¹⁰¹. Itse

⁹⁹ MacCormick, *Questioning Sovereignty* s. 125.

¹⁰⁰ Foucault, *Seksuaalisuuden historia* s. 67-68.

¹⁰¹ Tuori, *Oikeuden ratio ja voluntas* s. 5. Tosin myös Tuori erittelee voluntas-elementissä tahtuneita muutoksia. Hän esimerkiksi toteaa s. 284, että oikeuden voluntasta ei voida enää yksioikaisesti samastaa demokraattisen lainsäätäjän voluntakseen. Voluntaksen muutoksesta myös esim. s. 302-303.

olen kuitenkin valmis korostamaan yhteiskunnan ja oikeuden voluntas-elementin huomattavaa muutosta. Se voluntas, jota hallinnoivat monarkit vielä 1600- ja 1700-luvuilla ennen Ranskan vallankumousta, on jotakin aivan toista kuin voluntas myöhäismodernissa yhteiskunnassa. Nykyään sekä lainsäädännössä että oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa on sopeuduttava erilaisten yhteiskunnallisten vaatimusten muodostamaan monimutkaiseen verkostoon. Voluntas ei esiinny puhtaana tahtona poliittisessa päätöksenteossa, vaan (hyvin toimivan) päätöksenteon on sopeuduttava erilaisiin yhteiskunnallisiin realiteetteihin ja ympäristöongelmien lisääntyessä myös biologisiin realiteetteihin sekä erilaisiin yhteiskunnallisen toiminnan rationaliteetteihin. Lainsäädäntöön kohdistuu vaatimuksia myös luonnonoikeudellista alkuperää olevista ihmisoikeuksista ja perusoikeuksista. Toisaalta oikeudellinen ratkaisutoiminta ei voi olla puhdasta ratiota, vaan päätöksentekoon liittyy myös voluntas.¹⁰² Myös oikeudellisen ratkaisutoiminnan on sopeuduttava erilaisiin yhteiskunnallisiin realiteetteihin ja yhteiskunnallisen toiminnan esimerkiksi talouden rationaliteetteihin. Koska ajatus omasta kohtalostaan omissa päätöksentekoprosesseissaan päättävästä kansasta on tullut epäuskottavaksi, ei tuomioistuimen vallan käyttökään enää muodosta samalla tavalla kansan demokraattisen tahdon vastapoolia ja kilpailijaa. Demokratiaa ja sen suhdetta oikeudelliseen ratkaisutoimintaan joudutaan jäsentämään uudella tavalla. Palaan tähän aiheeseen tarkemmin II-luvussa.

Ajatusta suvereenin keskusvallan murentumisesta ja vallan desentralisoitumisesta voidaan myös testata seuraavanlaisella ajatuskokeella. Myöhäismodernissa yhteiskunnassa olisi omituista, jos jokin ryhmittymä olisi kiinnostunut vallankumouksen tekemisestä parantaakseen yhteiskunnallisia oloja. Tämä ei johdu siitä, että kaikilla olot ovat niin erinomaiset, ettei riittävää tyytymättömyyttä yhteiskunnassa voisi esiintyä, vaan kyse on siitä, että ei pystytä enää tunnistamaan ja paikallistamaan sitä valtaa, jota vastaan voitaisiin hyökätä tai joka voitaisiin kumota sillä tavalla, että voitaisiin uskoa vallan kumoutumisen johtavan totaaliseen muutokseen tai olojen paranemiseen. On epätodennäköistä, että jokin laajaa kannatusta saava ryhmittymä voisi vakavasti uskoa voivansa muuttaa globalisoituneen, lokalisoituneen ja virtualisoituneen yhteiskunnan paremmaksi *sen vallan turvin*, jonka he ehkä pystyisivät itselleen jonkinlaisessa vallankumouksessa ottamaan.

4.3 JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

Seuraavaksi konstruoin *myöhäismodernia vastinetta* jakson 4. alussa esitellyille Kaarlo Tuorin kiteyttämille *modernin* oikeusajattelun taustapremisseille.

¹⁰² Voluntaksen ja ration toisiinsa kietoutumisesta kirjoittaa myös Martti Koskenniemi Tuorin kirjaa koskevassa arvostelussaan, Lakimies 1/2008 s. 125-127.

Martti Koskenniemen mukaan positivistisen oikeusajattelun kuoleutumisessa näyttää olevan kysymys muusta kuin lakiuskollisuuden vähenemisestä. Kyseessä on modernin valtiokäsityksen ja sen taustalla olevan ihmiskuvan ja yhteisöllisen elämän ihanteen häviäminen¹⁰³. Niinpä näkökulma tai lähtökohta oikeuden tarkasteluun ei tarvitse enää olla (transsendentaalin) vapaan yksilön ja yksilön vapautta rajoittavan valtion välisen suhteen tarkastelu. Yksilön ja valtion välinen suhde on vain yksi fragmentti siitä moninaisuudesta, mistä yhteiskunnan oikeudessa on kysymys. Oma lähtökohtani oikeuden tarkasteluun on oikeudellisen ratkaisutoiminnan tarkastelu monimutkaisessa yhteiskunnallisessa vuorovaikutussuhteiden verkostossa. Mielenkiintoisia ovat tällöin kysymykset oikeussysteemin ja muiden yhteiskunnan osasysteemien välisistä suhteista sekä oikeudellisen ratkaisutoiminnan suhteesta erilaisiin yhteiskunnallisiin toimijoihin. Näin ajatellen yksilön ja valtion välinen suhde tarjoaa turhan kapean tirkistysaukon oikeuden toimintaan, eikä tämän relaation tarkastelun painoarvon tarvitse olla enää entisensä oikeudellisessa ajattelussa, eikä myöskään ole tarpeellista enää virittää oikeudellista ajattelua valtion ja yksilön välisen relaation tarkastelun kautta. Oikeudellisen ratkaisuteorian näkökulmasta myöskään kysymys lakien legitimitetistä ei enää riitä kattamaan kysymystä oikeudellisen ratkaisutoiminnan legitimitetistä. Glokaalissa yhteiskunnassa oikeudellisen ratkaisutoiminnan on ansaittava oikeutuksensa ratkaisu ratkaisulta, eikä lakien legitimiyydestä suoraan voi päätellä oikeudellisten ratkaisujen legitimiyyttä. Oikeudellisen ratkaisutoiminnan näkökulmasta ei myöskään ole niin, että säädetyt lait *syryttäisivät* tavanomaisen oikeuden tai moraalinormit, vaan myöhäismodernissa voidaan jälleen avoimesti myöntää näiden tekijöiden rinnakkaiselo ja vuorovaikutuksen tärkeys oikeudellisen ratkaisutoiminnan kannalta.

Tuija Pulkkinen esityksen perusteella käy selväksi, että keskiaikaisen maailmankuvan hajoaminen ei suinkaan *vapauttanut* yksilöä keskiaikaisen maailmankuvan kahleista, vaan kävi niin, että uudella ajalla *kertomus* yksilön identiteetistä vapaana, tasa-arvoisena ja rationaalisenä ihmisenä pääsi dominoivaan asemaan ihmiskuvauksena. Kuten Pulkkinen on osoittanut, politiikan filosofia ei tarvitse enää vapaata yksilöä teoriansa artefaktina. Nähtäväksi jää, voidaanko – ja millaisin perustein – vapaa yksilö kyseenalaistaa tai säilyttää oikeudellisen ajattelun fundamentaalikategoriana. Joka tapauksessa en näe enää onnistuneena sitä ajatusta, että globalisoituneessa ja lokalisoituneessa maailmassa suvereenia *valtiota* pidettäisiin jotenkin erityisasemassa tarkasteltaessa eri toimijoiden yhteiskunnallisen valintoja ohjaavan infrastruktuurin rakenteistumista. Keskitettyä valtiota ei tarvitse myöskään enää pitää positiivisen oikeuden lähteenä, eikä näin myöskään valtio ole enää keskeisin selittämisen tai justifiointin kohde. Toisaalta myöskään se, jolle tai jonka avulla selittäminen ja justifiointi tapahtuu, ei välttämättä ole enää vapaa, tasa-arvoinen ja rationaalinen

¹⁰³ Koskenniemi, Oikeuspositivismin kuoleutuminen s. 34.

yksilö. Kuten Martti Koskenniemi on todennut, *postpositivistisen* ihmiskuvan mukaan ”ihminen ei ole valtion herra, ei itsensä herra eikä edes missään tekni-
sessä mielessä toimiva subjekti, vaan lukemattomien yhteismitattomien im-
pulssien puristuksessa syntyvä raapaisu jatkuvassa muutoksessa olevien (yhteis-
öllisten) tapahtumien pintaan”.¹⁰⁴

Kun siis oikeudellisessa ajattelussa Foucault’n tarkoittama episteme ja oikeu-
den fundamentaalikategoriat ovat nykyään muutoksen kourissa, niin samalla
on lisääntynyt myös valintamahdollisuudet ja liikkumatila oikeudellisen ratkai-
sutoiminnan ehtojen ja mahdollisuuksien määrittämisessä käytettyjen käsittei-
den sekä ajattelumallien ja siksi myös johtopäätösten osalta. Oikeudesta voi-
daan nyt puhua erilaisin termein, ja oikeudellisten ilmiöiden tarkastelu voidaan
rakentaa vaihtoehtoisten käsiteverkostojen varaan. Jari Koivumaa toteaa, että
näkymät siitä, mitä postmoderni tuo tullessaan, saattavat herättää epävarmuut-
ta, hämmentyneisyyttä ja turvattomuuden tunnettakin. Tästä puolestaan saattaa
helposti vastareaktion seurata kaipuuta menneeseen ja takertumista modernin
selityksiin yhä lujemmin. Tällöin on kuitenkin hyvä muistaa, että epävarmuus,
hämmentyneisyys ja turvattomuus eivät ole synonyymejä toivottomuuden
kanssa. Sama maaperä, joka kasvattaa epävarmuutta, hämmentyneisyyttä, tur-
vattomuutta ja takertumista menneeseen, voi kasvattaa myös halun rakentaa uu-
denlaisen näkemyksen siitä, mikä on mahdollista, välttämätöntä ja halutta-
vaa.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Koskenniemi, Oikeuspositivismin kuoleutuminen s. 34.

¹⁰⁵ Jari Koivumaa, <http://www.urova.fi/home/ytk/yhtkunt/kvsuht/uuut/koivumaa.htm>.
(12.03.2003). Näin myös Sousa Santos, Toward A New Legal Common Sense s. 64.

5 Uutta vai vanhaa

Boaventura de Sousa Santos on yksi niistä monista kansainvälisen oikeuden tutkijoista, jotka ovat nähneet modernin maailmanselityksen ja modernin oikeudellisen ajattelun ongelmallisuuden nykyajassa. Hän näkee nykyisen globaalin talouden saavuttaneen neoliberaalisen vaiheen, jolle on tunnusomaista esimerkiksi globaalit tavaroiden, palvelujen ja rahoituksen markkinat ja joka perustuu muun muassa markkinoiden vapaudelle, deregulaatiolle, yksityistämiselle ja valtion roolin minimoinnille sekä markkinapohjaisten talousstrategioiden korostamiselle ohi valtioiden johtamien taloudellisten strategioiden. Hänen mukaansa tämän globaalin muutoksen vaikutukset ulottuvat myös pitkälle talouden ulkopuolelle muillekin yhteiskunnan osa-alueille. Niinpä Sousa Santosin mukaan tämä neoliberalismiksi kutsuttu kehitysvaihe edellyttää toiminnalle myös uusia oikeudellisia raameja. Neoliberalistisen ajan oikeudessa on hänen mukaansa keskeisesti kyse *valtion tarjoamasta palvelusta* yhteiskunnalle, oikeuden kehityspotentialin ollessa siinä, että oikeus ei ole vain vallitsevien yhteiskunnallisten voimien reflektiota, vaan se voi olla myös proaktiivinen muutosta edistävä instrumentti.¹⁰⁶ Nyt käsillä olevassa tutkimuksessa hahmotetaan ajatuksellisia välineitä ja käsitteellistä kehikkoa oikeudellisen ratkaisutoiminnan yhteiskunnallisen palvelutehtävän toteuttamista varten. Kuten postmodernia ei tule pitää antimodernina, vastaavasti tässäkin tutkimuksessa ei pyritä konstruimaan nykyisen oikeuskäsityksen vastaista ”antiteoriaa”, vaan katsotaan oikeutta ja oikeudellista ratkaisua hieman eri näkökulmasta tuomalla tarkasteluun joitakin uusia elementtejä ja painotuksia.

Kirjassaan ”*Toward A New Legal Common Sense*” Sousa Santos toteaa meidän elävän aikaa, jolloin on tapahtumassa paradigman transitio ehtyneen ja ehtymässä olevan modernin ajattelusta kohti uutta paradigmaa tai paradigmoja¹⁰⁷. Ymmärrän paradigman transition siten, että siinä muuttuu se, mistä puhutaan, mitä käsitteitä käytetään ja millaisia kysymyksiä asetetaan, sekä se millaisia kysymyksiä pidetään tärkeinä. Sousa Santosin mukaan paradigman transitiot ovat indeterminoituja, sillä kun ne ovat lähteneet liikkeeseen, ne liikkuvat ja liikkuvat kohti epävarmoja tuloksia ja ne avaavat vaihtoehtoisia tulevaisuuksia¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Sousa Santos, *Toward A New Legal Common Sense* s. 314-316.

¹⁰⁷ Sousa Santos, *Toward A New Legal Common Sense* s. xv. Tuorin tulkinnan mukaan puolestaan emme nyt elä transition aikaa, vaan olemme todistamassa vuosisatoja kestäneen modernin oikeuden kypsymisen loppujaksoa. (Tuori, *Post-Modern Law?* s. 40.) Onkin syytä pohtia, vieläkö meneillään on modernin oikeuden kypsymisen loppujakso, vai joko tämä loppujakso on loppumassa, ja nyt oltaisiin jo ainakin osittain siirtymässä uuteen vaiheeseen.

¹⁰⁸ Sousa Santos, *Toward A New Legal Common Sense* s. 64.

Hän toteaa, että paradigmman transition aikakaudella vanhan tyylin tieto on heikko opas, ja siksi tarvitaan uutta tietoa. Tämän vuoksi – näin toteaa Sousa Santos – nyt tarvitaan ”turbulenttia oikeustiedettä”, joka on sensitiivinen uusille intellektuaalisille ja poliittisille vaatimuksille ja realistisemmille ja vaikuttavammille utopioille kuin ne, joiden mukaan olemme eläneet lähimenneisyydessä. Hän kiinnittää huomionsa myös siihen tärkeään asiaan, että postmodernin ajattelun ei suinkaan tarvitse tarkoittaa täysin uusia innovaatioita aatehistorian alalla eikä kyse ole myöskään siitä, että postmodernin pitäisi katkaista kaikki yhteytensä traditioon. Niinpä hänen mukaansa uusien merkityskonstellatioiden työstämisen ei tarvitse alkaa tyhjästä, sillä paljon on hyödynnettävissä menneistä vaienetuista tai marginalisoiduista intellektuaalisista ja poliittisista traditioista, kunhan niiden vaientaminen tai marginalisointi ”denaturalisoidaan” tai osoitetaan mielivaltaiseksi. Uudenlaisen paradigmman kehittelyn täytyy Sousa Santosin mukaan olla epistemologisesti kompleksista, sillä sen tulee sisältää yhtäältä sekä läpikotaisen mutta ei nihilistisen dekonstruktion että toisaalta epäjatkuvuutta osoittavan mutta ei mielivaltaisen rekonstruktion.¹⁰⁹ Sousa Santos ei myöskään näe postmodernia modernin vihollisena, vaan päinvastoin liittolaisena. Hän nimittäin toteaa, että mitä tahansa moderni onkaan saavuttanut, nämä saavutukset eivät ole katoamattomia ja että modernin saavutuksia voidaan nykymaailman aikaan puolustaa vain postmodernein ehdoin¹¹⁰.

Mitä sitten vaaditaan oikeudellinen kulttuurin tai oikeudellinen ajattelun muuttumiseen? Muutoksen käynnistyminen voi joskus olla pienestä kiinni. Esimerkiksi USA:n oikeuskulttuurin kehityksen kannalta pidetään ratkaisevana askeleena vuonna 1803 Yhdysvaltain korkeimman oikeuden antamaa ratkaisua tapauksessa *Marbury v. Madison*. Tämän ratkaisun sisältämät argumentit ovat keskeisiä opinkappaleita niin sanotulle *judicial review -doktriinille*, jonka mukaan tuomioistuimilla on oikeus perustuslakien nojalla kontrolloida lakia säättävää valtaa.¹¹¹ Tämä esimerkki välittää tärkeän opetuksen oikeusajattelijoille. Vallitsevaa paradigmaa ei tarvitse ottaa annettuna ja ylittämättömänä asiana, ja näin ajattelijoita voidaan rohkaista jatkuvaan reflektioon paradigmman ongelman tunnistamiskyvyn ja ongelman ratkaisukyvyn turvaamiseksi ja kehittämiseksi muuttuvassa yhteiskunnassa.

Vaikka onkin selvää, että paradigmaattisen ajattelun edustajat sekä uusien paradigmojen puolestapuhujat ja kehittäjät pitävät lähtökohtaisesti omaa näkökulmaansa toista vaihtoehtoa parempina, ei ole syytä nähdä näitä erilaisia ajattelutapoja toisiaan välttämättä poissulkevinä. Kannatan avointa ja hedelmällistä vuoropuhelua eri paradigmojen välillä ja sitä, että varsinkin transitiivivaiheessa tutkimuksen näkökulman ja lähtökohtien valinnan pitäisi olla riippuvainen niis-

¹⁰⁹ Sousa Santos, *Toward A New Legal Common Sense* s. 83.

¹¹⁰ Sousa Santos, *Toward A New Legal Common Sense* s. 39.

¹¹¹ Nousiainen, *Prosessin herruus* s. 84.

tä ongelmista, joita tutkimuksessa tarkastellaan. Sitä paitsi on otettava huomioon, että Hannu Tapani Klami on kirjassaan ”Ihmisen säännöt” jo ratkaissut vanhan ja uuden paradigman välisen kiistan: ”Yleensäkin yhteiskuntatieteen alalla on yritettävä löytää synteesi teesiin – vanhoillisuuden – ja antiteesiin – utopian – kesken. Kaunistellen voidaan konservatiivisuutta tietenkin nimittää realismiksi ja utopismia kaukonäköisyydeksi. Yhteistä kummallekin erheelle on kuitenkin se, että näkökulma on huonosti asetettu, liian lähelle tai liian kauas.”¹¹²

Vaan miten käy paradigman transition ajatukselle, jos se kohtaa Foucault’n tarkoittaman historisen a priorin tai Tuorin tarkoittamat käsitteelliset ja ajatukset fundamentaalikategoriat? Olen Foucault’n kanssa yhtä mieltä siitä, että käsitteet ja käsitteelliset verkostot osaltaan determinoivat sitä, mitä voidaan ajatella, sanoa tai tehdä. Se, mitä yhteiskunnallisesta todellisuudesta pystytään sanomaan tai havaitsemaan, on riippuvainen käytetyistä käsitteistä. Tämä pätee myös siihen, mitä sanotaan tai ajatellaan oikeudesta. Kuten aiemmin totesin, Tuorin mukaan kulloinenkin käsitteiden verkosto luo tilan oikeudelliselle ajattelulle ja toisaalta myös sulkee tämän tilan radikaalisti vaihtoehtoiselta oikeudelliselta ajattelulta. Vaikka kunakin ajanjaksona käytetyt käsitteet ja ajattelumallit muodostuvat aina omanlaisikseen, pidän kuitenkin teoreettisesti tärkeänä, että ajattelun tilan luovaa epistemeä ei liian tiukasti kytketä historialliseen aikakauteen. Tämä nimittäin on ongelmallista ajattelun dynaamisuuden ja käsitekehittelyiden kannalta. Epistemen kytkeminen tiettyyn aikakauteen merkitsee toisaalta kuitenkin parannusta verrattuna siihen esimerkiksi Kelsenin edustamaan uskantilaiseen ajattelumalliin, jonka mukaan käsitteelliset fundamentaalikategoriat (erottelu olemisen ja pitämisen välillä) olisivat ajattelulle annettuja transsendentaaleja ja universaaleja ajattelun edellytyksiä. Jos ajattelun tilan luova käsiteverkosto kytketään liian voimakkaasti aikakauteen, on olemassa vaara, että kun *aikakausi on tunnistettu*, niin samalla myös fundamentaalikategoriat ja sallitut käsitteet on lyöty lukkoon. Tällöin on vaarana turvautua ajattelun perimmäisiksi priesseiksi ja perimmäisiksi käsitteiksi postuloituihin käsitteisiin, vaikka ne olisivat käsiteltävän asian kannalta ongelmallisia. Tällöin on vaarassa kadottaa herkkyys ja kriittinen suhtautuminen käytettyjen paradigmaattisten käsitteiden ja ajattelumallien suhteen. Tällöin myös ajattelu on vaarassa nukahtaa hyvänolon tunteeseen, ja asiat voidaan tottua näkemään edelleen samoina tapahtuneista muutoksista huolimatta, eikä ilmapiiri luoville ongelmanasetteluille ja ongelmanratkaisuille ole otollinen.

On selvää, että fundamentaalikategoriat tai historisena a priorina tai kulttuurisina faktoina pidetyt käsitteet tai normatiiviset periaatteet toimivat aina jollakin tavalla puskurina ajattelumallien *uudistumisyrityksiä* vastaan ja käsitteino-vaatioita *vaikeuttavina* tekijöinä. Tämä onkin yksi niiden tärkeistä tehtävistä.

¹¹² Klami, Ihmisen säännöt s. I.

Niistä voi kuitenkin muodostua myös kehityksen este jos niitä pidetään *oikeina* tapoina lähestyä oikeutta, tai jos niiden yhteyttä kulloiseenkin *aikakauteen* korostetaan. Niinpä on syytä muistuttaa, että epistemen historiallisuudesta huolimatta oikeudellisen ajattelun peruseräpäteitä, käsitteitä ja ajattelumalleja olisi jatkuvasti myös syytä reflektoida niitä ongelmia vasten, joita niiden avulla pyritään ratkaisemaan. Ongelman tunnistamiskyky, jäsenäskyky ja ratkaisukyky olisivat tällöin keskeisiä ajattelutapojen ja käytettyjen käsitteiden arvioimisen kriteerejä. Tällöin säilyisi heräkyys pyrkiä muokkaamaan käsitteitä ja ajattelutapoja ajankohtaisten yhteiskunnallisten ongelmien mukaisesti, eikä käsitteidenovaatioiden tarvitsisi odottaa julistusta ja todistusta aikakauden vaihtumisesta tullakseen ajankohtaisiksi ja legitimeiksi. Ajattelun kehittymisen kannalta olisi parempi, jos vaihtoehtoisia ajattelumalleja ei suljettaisi oikeudellisen ajattelun ulkopuolelle tai välttämättä edes kritisoidaisi pelkästään sillä perusteella, että niissä ei sitouduta joihinkin fundamentaaleiksi väitettyihin ajattelumalleihin, periaatteisiin tai käsitteisiin. Paradigmaattisista ajattelun elementeistä luopuminen saattaa nimittäin olla perusteltua ongelman jäsentämisen ja ratkaisemisen ehdoilla. Fundamentaalisten ja niihin verrattavien käsitteellisten ja ajattelullisten elementtien sijasta näkisin mieluummin ongelman jäsenä- ja ratkaisukykyä sekä perustelujen kestävyyttä punnitsevan tieteellisen diskurssin toimivan oikeudellisen ajattelun ja argumentaation tilan konstituivana ja myös sulkevana mekanismina.

Moderni tarkastelee historiaa eteenpäin kulkevana liikkeenä, jossa alati täydellistyvät modernin ihanteet pyrkivät toteutumaan. Tässä ajattelussa tuleva, uusi ja moderni on kehittyneempää ja arvokkaampaa kuin vanha ja taakse jäävä¹¹³. Tällaisesta edistysuskosta on tässä tutkimuksessa postmodernin ajattelun tapaan luovuttu, mikä ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteikö pidettäisi mahdollisena pyrkiä nykyhetkeen paremmin sopiviin ratkaisuihin. Paremman tavoittelu ei tällöin tarkoita sitä, että uuden ajateltaisiin olevan arvokkaampaa ja parempaa kuin vanhan, vertailukohdat etsitään nykyhetkestä. Esille tuleviin ongelmiin on mahdollista hahmottaa monenlaisia vastauksia. Nämä vastaukset eivät voi olla tiettyssä historiallisessa tilanteessa saman arvoisia, vaan jokin ratkaisumalli on tietyn ajan olosuhteissa toimivampi kuin jokin toinen.

¹¹³ Näin esimerkiksi Vattimo, *Läpinäkyvä yhteiskunta* s. 13–14.

6 Identiteeteistä

Oikeuden refleksioteorioissa voidaan ongelmien jäsennyskyvyn ja ongelmien ratkaisukyvyn nimissä kritisoida ja kyseenalaistaa mikä tahansa oikeudellisen ajattelun elementti, siis myös mikä tahansa niin sanotun historiallisen epistemen tai fundamentaalikategorian osa. Käykö sitten niin, että ongelmanratkaisukyvyn nimissä mikä tahansa tapa jäsentää oikeudellisen ratkaisun ongelmia voidaan hyväksyä? Miten on mahdollista erottaa enää oikeudellinen ratkaisutoiminta muusta yhteiskunnallisesta toiminnasta tai oikeudellisen ratkaisun teoria muiden yhteiskunnallisen ratkaisun teon ongelmia käsittelevistä teorioista, jos fundamentaalikategorioista ei enää löydy varmoja kriteerejä oikeudellisen ajattelun ja oikeudellisten ilmiöiden tunnistamiselle? Miten nyt suljetaan radikaalisti vaihtoehtoiset tavat jäsentää oikeudellista ratkaisua oikeuden tai oikeudellisen keskustelun ulkopuolelle? Etsin ongelmaan apua postmodernista, joka ei luovu mahdollisuudesta eri asioiden ja identiteettien tunnistamiseen ja erottamiseen toisistaan, mutta ei myöskään tukeudu tässä tunnistamisen tai identifioimisen tehtävässä enää minkäänlaisiin viimekätisiin kriteereihin.

Jacques Derrida ja John Searle kävivät 1977 debattia John Austinin puheakteen olennaisesta sisällöstä. Searle painotti puhujan intentiota ja korosti jäljittelyn ja oikeasti tarkoitetun puheen eroa. Derrida taas korosti sitä, että toimakseen performatiivi edellyttää kulttuurisen käytännön, joka koostuu toistosta ja edellyttää jäljiteltävyyden. Myöhemmässä postmodernissa keskustelussa performatiivisuus on alkanut toimia merkinä sille, että jäljittely ja toisto ovat olennaisia kaikessa merkityksen muodostamisessa ja identiteetin muodostamisessa yleensä¹¹⁴.

Postmoderni dekonstruoi alkuperäisen ja valmiiksi olevan identiteetin. Identiteetin ja yksilöinnin ongelma on se, milloin ja minkä kriteerien perusteella voidaan sanoa, että olio tai henkilö on itsensä kanssa identtinen ja erillinen muista olioista¹¹⁵. Postmoderni kiistää olioiden alkuperäisen ykseyden ja kiinnittää huomion siihen, miten kaikki identiteetit ovat kontingenteja ja rakentuneita¹¹⁶. Identiteetti rakentuu erojen tekemisen prosessissa ja säilyy toiston ansiosta, ja siteerattavissa oleminen on identiteetin ehto¹¹⁷. Postmodernilla on pyr-

¹¹⁴ Pulkkinen, Hannah Arendt ja identiteetti – Modernia vai postmodernia ajattelua? s. 1.

¹¹⁵ Pulkkinen, Hannah Arendt ja identiteetti – Modernia vai postmodernia ajattelua? s. 3.

¹¹⁶ Tuija Pulkkinen, Identiteetti ja ei-identiteetti – Alkuperästä ja ykseydestä moneuteen ja toistoon identiteettipolitiikassa s. 222.

¹¹⁷ Pulkkinen, Identiteetti ja ei-identiteetti s. 228. Samalla tavalla ajattelee myös Luhmann, ks. jäljempänä IV-luku jaksossa 2. Kyseisessä jaksossa palaan tarkemmin Luhmannin esitykseen identiteetistä itserferenssin edellytyksenä ja itserferenssistä identiteetin edellytyksenä.

kimys ajatella etsimättä alkuperää, hakematta autenttisuutta, perustaa tai alkua ja ymmärtää identiteetti olemisen sijaan tekemisenä¹¹⁸. Niinpä genealogisin termein voi sanoa, että oikeuden ja oikeustieteen identiteetti on rakentunut tiettyssä vallan kentässä, tiettyjen alistusten, pakotteiden, vastustusten ja politiikkojen vaikutuksessa. Luhmannilaisittain puolestaan voi sanoa, että oikeussysteemin identiteetti määrittyy systeemin itsereferentissä toiminnassa reprodusoitaessa eroa systeemin ja ympäristön välillä (ks. tästä tarkemmin IV-luvun jaksossa 2). Pulkkinen mukaan postmodernin ajatus on se, että identiteetti konstituoituu performatiivisesti niillä ilmaisuilla, jotka tavallisesti ajatellaan seuraukseksi identiteetistä. Tällainen performatiivinen identiteetti on tekemistä, joka konstituoii sen identiteetin, jota se väittää olevansa¹¹⁹. Tällöin keskeiseksi mielenkiinnon ja selittämisen kohteeksi nousee jatkuvasti meneillään olevat polysentriset identiteetin muodostumisprosessit. Näitä prosesseja voidaan kuvata Luhmannin teorian avulla autopoieettisista systeemeistä esimerkiksi seuraavassa esityllä tavalla.

Luhmannin mukaan operatiivisesti suljetusta systeemistä on kyse silloin kun systeemioperaatiot ovat riippuvaisia systeemin omien operaatioiden verkostosta, ja ne reprodusoivat itseään liittymällä omiin operaatioihinsa. Vain tukeutumalla menneisiin operaatioihin ja ennakoimalla tulevia operaatioita pystyy systeemi päättämään, mikä on systeemiä ja mikä ympäristöä. Kompleksisessa systeemissä ei kuitenkaan ole mahdollista liittyä kaikkiin muihin systeemioperaatioihin, vaan on valittava ne operaatiot, joihin liitytään. Tämä puolestaan edellyttää valintojen ehdollistamista. Systeemin elementit ”kvalifioituvat” tietyn systeemin elementeiksi juuri liityntöjen selektiivisyyden vuoksi. Vasta silloin kun liittynyt valikoidaan – ja ne täytyy valikoida – *tiettyjen* mahdollisuuksien joukosta, tulee mielekkääksi puhua systeemin *omista* operaatioista (eli elementistä), systeemirajoista tai systeemien eriytymisestä.¹²⁰

Luhmannin mukaan oikeudellisilla operaatioilla on aina kaksoisfunktio. Niissä toisaalta luodaan oikeutta ja toisaalta pidetään yllä oikeuden rakenteita. Oikeuden operaatioissa asetetaan tulevien operaatioiden *liityntämahdollisuuksien* ehdot ja siten vahvistetaan tai modifioidaan valintojen kannalta ratkaisevat rajoitukset, joita voi kutsua myös rakenteiksi. Näin ollen autopoieettiset systeemit ovat historiallisia systeemejä, jotka jatkavat aina siitä tilanteesta, mihin ne ovat itsensä saattaneet.¹²¹ Oikeussysteemin omien operaatioiden kvalifiointi oikeudelliseksi edellyttää sen selvittämistä, mitä oikeussysteemissä on tehty aiemmin ja mitä siinä tullaan tekemään. Esimerkiksi oikeuskäytäntö voi aina orientoitua käsillä olevan aikaisemman oikeuden mukaan. Tämä pätee myös oi-

¹¹⁸ Pulkkinen, Hannah Arendt ja identiteetti – Modernia vai postmodernia ajattelua? s. 2.

¹¹⁹ Pulkkinen, Sukupuolen geneologiaa eli ristiinpukeutuminen ja postmoderni filosofia s. 182.

¹²⁰ Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* s. 43-44.

¹²¹ Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* s. 49.

keuden muutoksissa, sillä niissä voidaan olettaa ja hyväksyä tunnetuksi ja osoitettavissa olevaksi se, mikä muuttuu. Koskaan muutoksen kohteena ei ole kaikki, eikä koskaan tarvitse palata oikeuden historialliseen alkuun. Vain *legitimaatiomyyttien* kontekstissa saattaa oikeuden alkuperällä olla merkitystä, jolloin voidaan esimerkiksi väittää oikeuden käskyjen olevan jumalalta peräisin. Siten oikeuskäytäntö operoi aina historiallisesti jo olevan oikeuden kanssa, muutoin olisi vaikea ymmärtää, miksi oikeuskäytäntö identifioisi itsensä juuri oikeuskäytännöksi. Luhmannin mukaan ei historiallisesti katsoen ole osoitettavissa oikeuden lähtökohtaa, vaan tämän sijasta tilanteita, joissa oli riittävän uskottavaa lähteä siitä, että jo aiemmin on menetelty oikeusnormien mukaisesti.¹²² Toisaalta historiallisesti katsottuna oikeuden ei tarvitse koskaan alkaa mistään tietystä, se voi sulkea edeltävät traditiot itseensä ja siten työskennellä normimateriaalilla, joka on jo olemassa¹²³. Tuija Pulkkinen ajatukseen viitaten voidaan puolestaan sanoa, että ensimmäinen oikeudellinen ratkaisu oli se, jossa performatiivisella ilmaisulla konstituoitiin ratkaisu oikeudelliseksi. Saattaisi olla mahdotonta välttää anakronista virhepäätelmää, jos nykyajan näkökulmasta yrittäisi arvioida sitä, oliko ratkaisun oikeudelliseksi identifioitumiseen tuolloin riittävät perusteet vai ei.

Yllä identiteetistä sanottu pätee myös oikeusteorian tapaan määrittää oikeuden identiteetti. Ajatus oikeuden identiteetin kontingenssista tarkoittaa sitä, että oikeutta määrittävästä käsiteverkostosta ei löydy yhtään yksittäistä käsitettä tai oikeudellisen ajattelun elementtiä, jota ei voitaisi jättää pois ja korvata toisella käsitteellä tai ajattelumallilla. Kun oikeudeksi identifioituminen kuitenkin edellyttää toistoa ja toistettavuutta, tällöin sitä käsiteverkkoa, joka mahdollistaa oikeudellisen ajattelun ja puheen oikeudesta, ei voida muuttaa yhdellä kertaa toiseksi. Sen sijaan kyseeseen tulee niin sanottu evolutiivinen uudistaminen, jolloin osa elementeistä hylätään, osa uudistetaan ja osa säilytetään.¹²⁴ Oikeusteoriassa tai oikeuskäytännössä eikä – systeemiteoreettisesti ilmaistuna – missään muissakaan oikeuden ensimmäisen tai toisen asteen havainnoissa pystytä antamaan tai määrittämään viimekätisiä kriteerejä oikeuden tunnistamiseksi ja identifioimiseksi. Ainoa mitä voidaan tehdä, ja mikä itse asiassa myös aina oikeutta aktualisoitaessa tapahtuu, on se, että *osallistutaan* oikeudelliseksi tunnistamisen ja määrittämisen *reproduktioon* ja siis oikeuden identiteetin muodostumisprosessiin, identiteetin vahvistamiseen tai modifiointiin. Tällä tavalla postmoderni identiteettikäsitteys temporalisoi ja perspektivoi kaiken itsensä kanssa identtiseksi väitetyn ja identiteetti on olemisen sijaan tekemistä¹²⁵. Tällöin kaik-

¹²² Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* s. 57.

¹²³ Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* s.138.

¹²⁴ Evolutiivisesta ja muista uudistamisen tavoista ks. Graae, *Ongelmasta innovaatioon* s. 11-20.

¹²⁵ Tästä teemasta myös Tuija Pulkkinen, Hannah Arendt ja identiteetti – Modernia vai postmodernia ajattelua? s. 2.

kia identiteettejä tarkastellaan toistavien tekojen seurauksina vailla perustaa, alkua, ydintä tai alkuperää.

Kuten Pulkkinen toteaa, ajatus identiteetin kontingenssista suuntaa huomion identiteetin rakentumiseen ja sitä kautta niihin konteksteihin, joissa identiteettiväite esitetään¹²⁶. Siten on esimerkiksi mahdollista, että oikeustieteessä ja oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa konstruoidaan oikeuden identiteetti ainakin osittain eri tavoin. Tieteen näkökulmasta katsottuna saattaa näyttää välttämättömältä tieteen tutkimuskohteen eksakti määrittäminen, ja tämän määritelmän onnistumisen turvaamiseksi voidaan ajatella tarvittavan oikeuden viimekätisiä kriteerejä. Oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa puolestaan riittää, että pystytään ratkaisutoiminnan jatkumisvaatimuksen ja sopeutumisvaatimusten edellyttämällä tavalla identifioimaan ne spesifimmät vaatimukset, joihin oikeudellista ratkaisua tehtäessä on pyrittävä vastaamaan. Näihin vaatimuksiin palataan IV-luvussa.

Käsitykseen oikeudesta vaikuttavat osaltaan yleisfilosofiset, ontologian alaan kuuluvat käsitykset oikeudesta tiedon kohteena, epistemologian alaan kuuluvat käsitykset tiedon edellytyksistä ja käsitykset siitä, miten tietoa on saatavissa (metodologia). Kuten Matti Ilmari Niemi toteaa, käsitykset tiedosta ja tieteestä ovat olleet merkittäviä oikeudellisen ajattelun muokkaajia, sillä pyrkimyksenä on ollut yhtäältä sopeuttaa tietoa koskevat käsitykset oikeuden ominaispiirteisiin ja ehtoihin, ja toisaalta pyrkimyksenä on ollut hahmottaa käsitys oikeudesta kunkin tiedekäsityksen mukaiseksi¹²⁷. Niinpä ei ole lainkaan yllättävää, että yksimielisyyttä oikeuteen liittyvistä kysymyksistä ei ole saavutettu, eikä selaista ole näköpiirissäkään. Yksimielisyyden puute ei kuitenkaan ole pelkästään ongelma, erilaiset käsitykset oikeudesta luovat myös hyvät edellytykset oikeudellisen ajattelun muuttamiselle ja kehittämiselle.

Tässä tutkimuksessa yleisfilosofinen tiedon näkökulma on jätetty tietoisesti taka-alalle, ja oikeudellista ratkaisutoimintaa on ajateltu yhteiskunnallisena asiana, jolla on monenlaisia kytköksiä sosiaalisen eri alueisiin yhteiskunnassa. *Oikeudellisen ratkaisun teoriassa* keskeisiä kysymyksiä ja näkökulmia eivät ole se ”mitä oikeus on” tai ”mitä tarkoitetaan tiedolla oikeudesta”. Oleellisempaa on antaa etusija käytännön ratkaisutoiminnassa esiin nousevalle tärkeämmälle kysymykselle siitä, ”mitä nyt on tehtävä”. Mitä on nyt valittava ratkaisun premisseiksi, ja miten nämä premissit asettuvat suhteessa toisiinsa tapauksen kontekstissa? Oikeudellisen ratkaisun teoria voi tällöin pohtia lähinnä *metodologian* alaan kuuluvaa kysymystä siitä, millä edellytyksillä tai millaisten tekijöiden vaikutuksesta ratkaisussa tehdään valinnat eri premissivaihtoehtojen välillä ja päätösvaihtoehtojen välillä. Kyse on ratkaisuun kohdistuvien vaatimusten identifioimisesta.

¹²⁶ Pulkkinen, *Identiteetti ja ei-identiteetti* s. 222.

¹²⁷ Niemi, *Ajattelun kouluista ja ajatuksia kouluista* s. 139.

Tietoteorialla on toki merkitystä myös tässä tutkimuksessa hahmotellun oikeuskäsityksen kannalta, mutta ikään kuin pehmeämmässä muodossa. Se, mitä oikeudellisen ratkaisun ehdoista ja mahdollisuuksista sanotaan, ei tässä tutkimuksessa edellytä vastaamista *tiedon* alkuperää, luonnetta ja sen edellytyksiä koskeviin kysymyksiin. Tässä tutkimuksessa muotoillun näkemyksen pohjaksi on valikoitunut Niklas Luhmannin teoria havainnoinnin (Beobachten) edellytyksistä systeemissä, jota ei tarvitse pitää epistemologisena teoriana, jos tämä käsite määritellään suppeasti. Luhmannille tietäminen on vain yksi havainnoinnin erityistapaus (ks. Luhmannin havaintoteoriasta I-luku jakso 4.2 sekä IV-luku jakso 5.2). Siitä seikasta päättäminen oikeudellisessa ratkaisussa, miten premissit ja lopputulos valitaan, ei välttämättä vaadi *tiedon* edellytysten määrittelyä ja tuntemista. Oikeudellisessa ratkaisussa konstruoidaan aina se, mitä pidetään oikeana ja oikeudenmukaisena, tällöin riittää, että identifioidaan ratkaisun tekemiseen kohdistuvat vaatimukset. Tällöin oikeaa ratkaisua tai sen konstruoinnin ehtoja ei tiukassa mielessä tarvitse *tietää*. Jokainen ratkaisu reprodusoi osaltaan oikeudellisen ratkaisun tekemisen tapaa ja edellytyksiä. Tähän oikeudellisen ratkaisun ehtojen ja mahdollisuuksien *identifioimisen* autopoieettiseen prosessiin palataan tarkemmin IV-luvussa.

II

Oikeudellisen ratkaisun paikka yhteiskunnassa

1 Johdanto

”Tieteen keskeisenä tehtävänä on ajatustottumusten ja itsestäänselvyyksien testaaminen.”
(Juha Häyhä)

Raimo Siltala toteaa viisaasti, että ”koska oikeuteen ei ole olemassa näkökulmaa ei-mistään, on tutkijan syytä olla perillä omista teoreettisista ja yleisimmin tutkimuksellisista sitoumuksistaan”¹²⁸. Yhtenä tällaisena tutkimuksellisenä sitoumuksena *oikeudellista ratkaisua* tarkasteltaessa on pidettävä yhteiskuntafilosofisia ja yhteiskuntateoreettisia taustasitoumuksia. Yhteiskuntafilosofiset oletukset, ajattelumallit ja käsitteet vaikuttavat nimittäin siihen, millaiseksi oikeuden ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan identiteetti kuvataan, ja siihen, mitä oikeudellisen ratkaisutoiminnan ehdoista ja mahdollisuuksista voidaan sanoa. Se mitä sanotaan ratkaisun ehdoista ja mahdollisuuksista ei voi olla riippumaton siitä, millainen asema oikeudellisella ratkaisulla ajatellaan olevan yhteiskunnassa, mikä puolestaan on riippuvainen siitä, millaisin käsittein yhteiskunnallista vallan käyttöä ja oikeudellista ratkaisutoimintaa sen osana kuvataan. Myös Juha Tolonen vaatii oikeustieteeltä niiden teorioiden ja näkemysten kriittistä arviointia, jotka ovat vallitsevien todellisuuskuvausten taustalla. Tämä on hänen mukaansa välttämätöntä, sillä oikeus on aina riippuvuussuhteessa vallitseviin käsityksiin yhteiskuntatodellisuudesta¹²⁹.

Samaa kantaa edustaa myös Kaarlo Tuori. Hän toteaa, että ”kun oikeusvaltiosta haetaan apua oikeuden rajojen ongelmaan, oikeusvaltiota oikeudellisessa hahmossaan on tarkasteltava ensisijaisesti oikeuden *pinnanalaisten* kerrostumien näkökulmasta. Oikeusvaltion periaatteet ovat keskeinen osa sitä oikeuden normatiivista, oikeuskulttuureittain täsmentyvää ydintä, jota oikeudelliset käytännöt oikeuden itserajoitusta toteuttaessaan varjelevat ja joka asettaa pidäkkeitä oikeuden pintatason tapahtumille, sille, minkälaisia säädöksiä lainsäätäjät säätää, minkälaisia päätöksiä tuomarit yksittäisissä jutuissa tekevät ja minkälaisiin kannanottoihin oikeustieteilijät päätyvät.”¹³⁰

Kukin tapa ymmärtää yhteiskunta, yhteiskunnallisen järjestys ja sen takeet, on aina noussut kritiikkiin jotakin aikaisempaa ajattelutapaa vastaan. Kullakin

¹²⁸ Siltala, Oikeudellinen tulkintateoria s. 622.

¹²⁹ Juha Tolonen, Oikeusvaltio ja oikeustiede s. 36-37. Tolosen mukaan oikeustieteeltä on vaadittava oikeusvaltioajattelun taustateorioiden ja juridisen kielen kritiikkiä, jotta yhteiskunnassa tapahtuneet muutokset ja niiden mukanaan tuomat ongelmat saataisiin tyydyttävällä tavalla artikuloitua ja käsiteltyä.

¹³⁰ Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 255-256 (kurs. JS).

selitystavalla on siten omat keskustelukumppaninsa ja oma elinkaarensa. Yhtenä hetkenä vahva selitysmalli on yhteiskunnan ja ajattelun muuttuessa alkanut rapautua ja korvautunut sitten toisella selitysmallilla. Nietzsche julisti kärkevästi: ”Jumala on kuollut.” Tämä lausuma ei ollut tarkoitettu väitteeksi Jumalan in-eksistenssistä, vaan siitä, että Jumala maailmaa ja yhteiskunnan järjestystä selittävänä rakenteena on tullut turhaksi, liioitelluksi ja jopa valheelliseksi (ja koska Jumala kieltää valehtelun, siksi uskovaisten on tapettava Jumala).¹³¹ Tässä tutkimuksessa vältetään nietzschemäisiä kärjistettyjä julistuksia. Seuraavassa tarkastellaan lyhyesti sitä, miten modernin yhteiskuntateorian käsitteet ja ideat ja siis myös modernin oikeusteorian keskeiset premissit ovat joutuneet eroosion kohteeksi. Tarkastelun kohteena on se, miltä osin moderni tapa selittää yhteiskunnallista ja samalla siis myös oikeudellista järjestystä on tullut pulmalliseksi.

Tapa organisoida oikeudellisen ratkaisun ehtoja ja mahdollisuuksia muodostuu yhteiskunnallisten (historiallisten), yhteiskuntafilosofisten ja ideologisten tekijöiden summana. Ronald Dworkin puolestaan näkee oikeuden historiallisen muotoutumisen riippuvan muun muassa sellaisista tekijöistä kuten taloudellinen ja teknologinen kehitys sekä sosiaalisen konfliktin muodoista ja määräs-
tä¹³². Tällaisten tekijöiden vaikutuksesta on syntynyt ja kehittynyt myös liberalistiseen ajatteluun tukeutuva *doktriini oikeusvaltiosta*, joka on hallinnut modernia eurooppalaista keskustelua oikeudellisen ratkaisun ehdoista ja mahdollisuuksista ja jonka voidaan katsoa jopa monopolisoineen *mannermaisen* oikeuskeskustelun. Tapa organisoida oikeudellisen ratkaisun ehtoja ei voi mielivaltaisesti muodostua tai muuttua tietyssä yhteiskunnassa tiettynä aikana, mutta on tärkeä huomata, että vastaus konfliktinratkaisutoiminnan organisoiminnan ongelmaan on kuitenkin aina kontingentti, vastaus voitaisiin ja voidaan antaa myös toisin.

Foucault toteaa yhteiskunnallisen vallan tarkastelussaan, että olisi syytä pyrkiä vapautumaan laille ja suvereeniudelle annetusta teoreettisesti etuoikeutetusta asemasta. Tämä ajatus on kiinnostava myös oikeudellisen ratkaisuteorian kannalta. Oikeusvaltioajattelun keskeinen elementti on laillisuusperiaate, joka tarkoittaa vaatimusta toimeenpanovallan ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan sitomisesta lakiin. Lakiteksteillä on myös keskeinen merkitys sekä niin sanotun eksklusiivisen että inklusiivisen positivismin teorioissa oikeudellisista ratkaisuista. Eksklusiivinen positivismi, joka kieltää oikeuden yhteyden moraaliin, pitää muodollista voimassaoloa ainoana merkittävänä voimassaolon muotona, kun taas inklusiiviselle positivismille muodollisesti voimassaoleva laki sanamuotoineen muodostaa lähtökohdan voimassaolevan oikeuden tulkinnalle.

¹³¹ Ks. tästä tarkemmin Jussi Vähämäki, Niin & Näin 3/1995 s. 34 ja 36.

¹³² Dworkin, *Law's Empire* s. 149.

Lain keskeiselle asemalle oikeudellisen ratkaisun sidonnaisuuksien määrittämisessä on esitettävissä pitkälle historiaan ulottuvat yhteiskuntapoliittiset, yhteiskuntateoreettiset ja ideologiset perusteet, mutta nyt on kuitenkin kysyttävä, *millä perustein* näin on edelleen. Tässä luvussa esitän kritiikkiä ja uusia linjauksia, joiden tarkoituksena on jälleen kerran herättää laajemmalla rintamalla mielenkiintoa oikeudellisen ratkaisutoiminnan yhteiskuntafilosofisiin premisseihin. Kuten Tuori toteaa vallan kolmijako-opin osalta, keskustelu on herätettävä itsestäänselvyyden unestaan. Tässä tutkimuksessa ei yritetä sanoa viimeistä sanaa näistä teemoista, vaan kyseessä on pikemminkin manifestista tarkempaa perehtymistä ja syvällisempää keskustelua vaativaa *tutkimusohjelmaa* varten. Selvyyden vuoksi totean, että tämän tarkastelun tarkoituksena ei ole pyrkiä kumoamaan laillisuusperiaatteen puolesta käytettyjen perustelujen käyttökelpoisuutta ja tärkeyttä oikeudellisen ratkaisun tilan määrittelemisessä. Pikemminkin tavoitteena on pyrkiä osoittamaan myös näiden vaatimusten suhteellisuus ja siten muuntaa ne sopivaksi premissiketjuun, jonka johtopäätöksenä *ei ole* vaatimus ratkaisun sitomisesta lakiin, vaan johtopäätöksenä on lain *lähtökohtaisen* tärkeyden ja keskeisyyden korostaminen oikeudellisen ratkaisun ehtojen ja mahdollisuuksien määrittäjänä.

Oikeusvaltioajattelussa oikeudellisen ratkaisutoiminnan ehdot ja mahdollisuudet määrittyvät sellaisen käsiteverkoston varassa kuten oikeusvaltio, suveriniteetti, vallan kolmijako, lainalaisuus, demokratia, jne. Tällaisten käsitteiden verkosto omalta osaltaan määrää sitä, miten oikeudellisen ratkaisun ehdot ja mahdollisuudet voidaan ymmärtää. Tällainen käsitekehikko vaatii oikeusteoriaa kuvaamaan lainsäädännön ja tuomioistuinten välisen suhteen hierarkkisena suhteena, ja vaatii ratkaisun sitomista muodollisesti voimassaolevaan oikeuteen eli lakiin. Jos oikeusteoria asettuu edes implisiittisesti tällaisen käsiteverkoston varaan, silloin itse asiassa kaikki oikeudellisen ratkaisun teoriassa tapahtuvat siirtymät tehokkuusvoimassaolon, hyväksyttävyysoimassaolon, kohtuusharkinnan, tilanneherkkyyden tai periaatepunninnan suuntaan ovat luvattomia tai ainakin hämmennystä, jännitteitä ja ajatuksellisia ristiriitoja aiheuttavia siirtoja. Jos näihin oikeuden dynaamisuutta ja sisällöllisyyttä painottaviin suuntiin halutaan vakavasti pyrkiä, edellytetään oikeudellisen ratkaisutoiminnan sijoittamista uudenlaisen käsiteverkoston varaan. Kuten Thomas Wilhelmsson on todennut, oikeustiede on ja sen tulisi olla aktiivinen osallistuja oikeudellisen ajattelun kehittämisessä. Niinpä yhtenä oikeustieteen tehtävänä on uudistaa myös oikeuskulttuurin tasolle sijoittuvia käsitteitä. Wilhelmsson toteaa, että jokainen oikeustieteen uusi kertomus oikeudesta ja jokainen uusi elementti avaa uusia mahdollisuuksia jatkaa oikeuden kertomusta¹³³. Tässä luvussa on tarkoitus herättää keskustelua siitä suunnasta, johon sellaisen tutkimuksen on kuljettava,

¹³³ Wilhelmsson, *Senmodern ansvarsätt* s. 236-237.

joka ottaa tehtäväkseen käsitteellisen perustan konstruoinen dynaamiselle oikeudelle.

Heinz Mohnhaupt on todennut länsieurooppalaisissa demokraattisissa valtioissa vallitsevan suuren yksimielisyyden siitä, mitä maailman valtioita *ei voi* pitää oikeusvaltioina. Nykyään ei myöskään liene yhtään valtiota, joka ei haluaisi esiintyä oikeusvaltiona. Yksimielisesti ei pystytä kuitenkaan vastaamaan siihen, mikä oikeusvaltio itse asiassa on. Mohnhauptin mukaan käsitteessä ”oikeusvaltio” linkittyvät keskenään historiallinen paatos ja edistyksellisyys, josta kaikki valtiot haluavat päästä osallisiksi. Poliittisessa retoriikassa oikeusvaltiolla on jo pitkään ollut tärkeä merkitys¹³⁴. Myös oikeudellinen keskustelu muodostuu helposti peliksi, jota käydään sellaisilla iskusanoilla kuten oikeusvaltio, laillisuusperiaate, demokratia, vallan kolmijako ja suvereniteetti, joita yhteisesti voi nimittää oikeusvaltioperiaatteiksi. Tämän luvun tarkoituksena on perehtyä lähemmin näihin aiheisiin ja virittää ja virkistää niiden tiimoilta käytävää oikeustieteellistä keskustelua. Toivon pystyväni osoittamaan, kuinka näiden teemojen jälleen kerran pitäisi olla tärkeä osa oikeustieteellistä keskustelua.

¹³⁴ Mohnhaupt, Zur Geschichte des Rechtsstaats in Deutschland s. 12.

2 Lainalaisuusperiaatteen syntyhistoriasta ja historiallisuudesta

”Ennen kuin sanot ketään omaperäiseksi,
käy katsomassa mistä hän on tullut.”
(Lauri Viita)

Modernin oikeusajattelun syntyvaiheen historiallisena kontekstina (Ranskassa ja Englannissa) oli staattinen, feodaalinen yhteiskunta. Oikeus palveli sosiaalisen status-*quon* säilyttämistä, ja oikeutta syntyi ja sitä kehitettiin yläluokkien intressien mukaisesti. Positiivistisen oikeuskäsityksen syntymisen taustalla oli tapahtunut ja tapahtumassa oleva sääty-yhteiskunnan mureneminen. Koska luonnonoikeusajattelu oli hyvin sopinut status-*quo*-asemien tukemiseen, oli positiivistisen oikeusajattelun kritiikin kohteena luonnonoikeudellinen ajattelu. Objektiiviset ja annetut ”ikuiset” arvot ja periaatteet eivät sopineet dynaamisen oikeuden rakennuskomponenteiksi. Yhteiskunnallinen valta oli tuolloin jakautunut paikallisten feodaaliruhtinaiden ja monarkin kesken. Yhteiskunnallisen auktoriteetin fragmentoituminen feodalismin kaudella ei kuitenkaan merkinnyt valtion täydellistä häviämistä, vaan valtiollisen ja paikallisen vallan välillä valitsi dialektiikka, joka ei merkinnyt vastakkaisuutta tai poissulkevuutta. Sitä vastoin *valistukselle* tyypillisenä voi pitää oikeuden luonnehtimista yleiseksi ja yhtäläiseksi sekä valtiollisesti keskitetyksi. Valistuksen ajattelijat *asettivat vastakkain* paikallisen feodaalisen oikeuden ja yhtäläisen valtiollisen oikeuden.¹³⁵ Ranskan vallankumouksessa keskeisenä pyrkimyksenä oli lääninherrojen vallan kieltäminen, ja siten tuomareilla, jotka olivat lääninherrojen edustajia, ei saanut olla valtaa luoda lakia. Oikeuslaitosreformin keskeisiä tavoitteita oli tuomioistuinten vapauttaminen feodaalisista siteistään eli maanomistajien määräysvallasta ja tuomarivirkojen kaupasta¹³⁶. Vastaavasti Saksassa 1700-luvun loppupuolella suvereenin valtiollisen vallan ja yksityisomistuksen turvaaminen oikeusjärjestyksen autonomisuuden kautta liittyivät toisiinsa. Abstraktin yleisen lain avulla absoluuttinen valtio kykeni syrjäyttämään paikallista hallintoa. Kun uudet lakikodifikaatiot lisäksi korostivat tuomarin sitoutumista lakiin, on tämän katsottu merkinneen tuomarin muuttumista paikallisen feodaaliaatelin palvelijasta oikeuden palvelijaksi. Näin absolutismi näytti liittoutuvan porvariston

¹³⁵ Nousiainen, Prosessin herruus s. 35, 37.

¹³⁶ Näin muun muassa Kulla, Tuomarivaltiosta ja sen torjumisesta s. 83.

kanssa vapauden ja yhdenvertaisuuden tunnuksien alla vanhoja säätyprivilegioita vastaan.¹³⁷

Saksassa kamppailtiin 1800-luvun alussa etupäässä hallintoon kohdistuvasta kontrollista. Yhteiskunnallisia asemiaan kohenteleva porvaristo kannatti liberalististen vapausoikeuksien ja omistusoikeuden optimaalista toteuttamista. Tämän saksalaisen oikeusvaltion ”justizstaat”-vaiheen teorian mukaan yksityisen oikeuden loukkaamisesta piti voida nostaa oikeusprosessi myös hallitsijaa ja hänen virkamiehiään vastaan. Nämä vaatimukset perustuivat liberaalin oikeusvaltion ideaan, jonka mukaan yhteiskunnallisen järjestyksenpidon oikeana tavoitteena on pidettävä kansalaisten vapauden ja omaisuuden suojelemista *oikeudellisen herruuden avulla*. Liberaaliporvarillisten vaatimusten mukaan tuomioistuimille piti taata lakiin perustuva asema siten, että perustuslaillisessa valtiossa tuomareiden oli oltava riippumattomia, ja riippumattomuus oli turvattava parlamentin säätämällä laeilla. Näin ollen kansalaisoikeuksia ja kansalaisyhteiskuntaa pyrittiin suojaamaan tuomioistuinten kompetenssia lisäämällä. Nämä porvariston vaatimukset näyttivät konservatiivisesta näkökulmasta katsottuna lähes valtiopetokselta, yrityksenä antaa porvarillisille tuomareille poliittista valtaa kontrolloida suvereenia hallitsijaa ja toimeenpanovaltaa. Niinpä tuomiovallan laajentamisen kannattajat omaksuivatkin kaksijakoisen argumentaatiostrategian ja selittivät suvereniteetin loukkaamisen olevan mahdotonta, jos tuomarikunta pysyttäytyy puhtaasti oikeudellisissa kysymyksissä. Toisena argumenttina silloisen oikeusvaltiomallin (Justizstaat) kannattajien mukaan tuomiotuominnasta piti ehdottomasti eliminoida tavoitteellisuus. Tämä korostus johti myös tiukkaan tuomiotuominnon ja tavoitesidonnaisen hallinnon erottamiseen toisistaan.¹³⁸ Ymmärrän tämän argumentin toimineen nousevan porvariston kädenojennuksena monarkian suuntaan ja vahvistaneen näiden liittoa paikallista aatelistoa vastaan.

Yllä hahmoteltu kuvaus lakiin sitoutumisvaatimuksen syntytekijöistä kaikessa lyhykäisyydessään ja suurpiirteisyydessäänkin palvelee tämän vaatimuksen ymmärtämistä historiallisten olosuhteiden synnyttämänä, liberalistiseen yhteiskuntafilosofiaan perustuvana ja siten näiden molempien premissiensä osalta kontingenttina asiana. Jos vielä 1800-luvun alussa voitiin ajatella kansalaisten ja muiden yhteiskunnallisten toimijoiden toimintamahdollisuuksien olevan turvatut lakiin sitoutumisen vaatimuksella, niin nykyään tämä ajatus ei enää vakuuta. Kun voidaan pitää selviönä sitä, että lainmukainen ratkaisu ei aina merkitse yhteiskunnallisen toiminnan ja toimijoiden kannalta sisällöllisesti onnistunutta ratkaisua, niin silloin ”kansalaisten” suojeleminen edellyttää mahdollisuutta myös suojan antamista lakia vastaan. Tuon ajan Saksassa vaatimusta tuomiotuominnon sitomisesta lakiin käytettiin pönkittämään tuomioistuinten it-

¹³⁷ Nousiainen, Prosessin herruus s. 94.

¹³⁸ Nousiainen, Prosessin herruus s. 110-112.

senäistä asemaa ja *lisäämään valtaansa* suhteessa hallintoon ja suvereeniin, jotta tuomioistuimet olisivat päässeet irti näiden ohjauksen ja interventiodien alaisuudesta. Tätä pidettiin edellytyksen sille, että tuomioistuin pystyi muodostamaan kansalaisten etuja, vapauksia ja omistusoikeutta *suojelevaksi* instanssiksi. Nykyisessä lakipositivistisessä ajattelussa lakiin sitoutumisen vaatimus toimii osittain päinvastoin. Tuomiotoiminnan sitomista lakiin vaaditaan, jotta sen tuomiovaltaa *kavennetaan* suhteessa parlamentin lainsäädäntövaltaan. Lisäksi kuten todettua lakiin sitoutuminen voi yksittäisissä tapauksissa merkitä tarvittavan tilanneherkkyyden ja dynaamisuusvaatimuksen sivuuttamista ja yhteiskunnallisen toiminnan tai toimijoiden vahingoittamista, ei suojelua.

Nyt puolestaan ajatus *yhteiskunnan oikeudesta* edellyttää kuten tuolloinkin tuomioistuimen aseman uudelleen pönkittämistä ja vahvistamista suhteessa lainsäätäjään. Perustelu tälle vaatimukselle on myös yhtenevä justizstaat-periaatteen kannattajien ajattelun kanssa. Tuomioistuimen asemaa tulee vahvistaa, jotta yhteiskunnallisten aktoreiden toimintamahdollisuuksia, (positiivisia ja negatiivisia) vapauksia ja oikeuksia voitaisiin turvata ja suojella. Näin ollen se perustelu, joka aiemmin toimi lakiin sitoutumisen puolesta perustelee puolestaan nyt tuomioistuimen vahventuvaa asemaa suhteessa lainsäädännössä esitettyihin vaatimuksiin. Eikä olisi mikään yllätys, jos tätä vaatimusta nyt puolestaan pidettäisiin ”valtiopetoksena” ja paheksuttavana yrityksenä antaa tuomareille poliittista valtaa. Yhteisenä piirteenä tuon ajan argumentaatiolle voidaan pitää myös suhdetta suvereeniin. Kun tuolloin tuomiovallan lisäyksen ei katsottu aiheuttavan puuttumista suvereeniin valtaan, niin sama pätee nykyäänkin, tosin sillä perusteella, että suvereenia valtaa ei katsota yhteiskunnassa globalisoituneessa ja lokalisoituneessa (eli globalisoituneessa) yhteiskunnassa lainkaan esiintyvän, eikä sellaista katsota myöskään tarvittavan.

Selkeät erot tuon ajan argumentaatioon liittyvät puolestaan ajatukseen tuomioistuinissa ratkottavien ongelmien puhtaasta oikeudellisuudesta ja suhtautumisesta ratkaisutoiminnan tavoitteellisuuteen. Näkemykseni mukaan ajatus puhtaasti oikeudellisista kysymyksistä on ongelmallinen, sillä muutos oikeuden tilassa merkitsee muutosta aina myös yhteiskunnan tilassa. Oikeus ei ole yhteiskunnasta erillinen instituutio, vaan se kuuluu yhteiskuntaan yhtenä osasysteeminä, ja siten jokainen oikeudellinen ongelma on samalla myös yhteiskunnallinen ongelma. On ymmärrettävää, että tuolloisen oikeusvaltion (Justizstaat) kannattajien oli strategisesti järkevää esittää, että tavoitteellisuus piti ehdottomasti eliminoida tuomiotoiminnasta. Muutoin tuomioistuinten vallan lisääminen olisi saattanut merkitä liian radikaalia uhkaa aateliston ja monarkin valtasemille kun lain kirjaimesta olisi voitu poiketa mahdollisesti porvarillisesti ajattelevien tuomareiden tärkeinä pitämien tavoitteiden suuntaan. On mahdollista, että modernissa *tuomarivaltiokeskustelussa* edelleenkin esiintyvä periaatteellinen kielteisyys tavoiteharkintaa kohtaan on osiltaan historiallista perintöä oikeusvaltion alkua ajoilta, vaikka sen yllä mainittu historiallinen syy onkin jo

poistunut. Tosin voi olla että asenne tavoiteargumentaatiota kohtaan on jo pikkuhiljaa muuttumassa sallivammaksi ja positiivisemmaksi EU-oikeuden muokatessa oikeudellista ajattelua.

Miksi kysymys lain asemasta (ja oikeusvaltion käsitteestä) oikeudellisen ratkaisun määrittelemisessä on nykypäivänä syytä nostaa esille? Nykyisen oikeusjärjestelmän yhteiskunnallinen konteksti on radikaalisti toinen kuin modernin oikeuden syntyaikoina. Nyky-yhteiskunnassa polttavimmat ongelmat ja kiinnostavimmat kysymykset ovat oleellisesti muuttuneet modernin oikeusajattelun syntyajoista. Tuon ajan yhteiskunnan muutos oli verkkaisempaa verrattuna jatkuvan ja nopean muutoksen tilassa olevaan myöhäismoderniin yhteiskuntaan. Myöhäismodernissa oikeuden ongelmana ei ole staattisen yhteiskuntamuodon vastustaminen, vaan vastaaminen nopeasti muuttuvan yhteiskunnan haasteisiin. Näin herää kysymys siitä, miten positivistinen ajattelu ja käsitevälineistö, kuten esimerkiksi lakiin sitoutumisen vaatimus ja oikeusvaltio, voisivat olla adekvaatteja vastattaessa sekä staattisen yhteiskunnan kritiikin tarpeisiin että nykyajan globalisoituneen, lokalisoituneen ja dynaamisen yhteiskunnan aiheuttamiin ongelmiin.

Myös Kevät Nousiainen on kiinnittänyt tähän asiaan huomiota tarkastellessaan Suomessa 1990-luvulla toteutettua oikeuslaitosuudistusta. Nousiaisen mukaan tämä uudistus on osoituksena juuttumisesta perinteisiin ajattelumalleihin, jolloin huomiotta jäävät ne muutokset, jotka ovat tapahtuneet modernin oikeusprosessin epistemologisissa, taloudellisissa, poliittisissa ja sosiaalisissa lähtökohdissa. Sosiaalisen kasvanut merkitys myöhäismodernissa yhteiskunnassa on tehnyt mahdottomaksi ylläpitää valtion ja kansalaisyhteiskunnan sekä julkisen ja yksityisen dikotomioita¹³⁹. Niinpä hänen mukaansa myös *kansallisvaltio*on kiinnittyneen tuomiovallan, oikeuslähdeopin ja tulkintasääntöjen asema on muuttunut epäselväksi.¹⁴⁰ Esimerkiksi valtiota ei ole mielekästä enää pitää niinkään yhteiskunnallisen vallan keskuksena, vaan se on identifioitavissa pikemminkin yhdeksi yhteiskunnalliseksi toimijaksi muiden kansallisten ja kansainvälisten toimijoiden rinnalla.

Nykyajan yhteiskunnassa, jossa muutostahti on nopeaa, olisi ongelmallista lakien kautta pyrkiä asettamaan mahdollisimman kattavasti ja mahdollisimman yksiselitteisiä rajoituksia oikeudelliselle ratkaisutoiminnalle. Tästä olisi seurauksena yhä suuremmat lainsäädännölliset ongelmat jouduttaessa nopeatempoiseen ja jatkuvaan vanhentuneiden lakien uudistamiskiarteeseen. Glokaalissa

¹³⁹ Tämä on ymmärrettävää muun muassa sillä perusteella jos ajatellaan oikeusvaltion periaatteiden tehtävänä olevan valvoa sitä, että julkinen ei loukkaa yksityistä. Jo pelkkä jako julkiseen ja yksityiseen on muodostunut ongelmalliseksi *yhteiskunnallisen* tunkeutuessa sekä julkiseen että yksityiseen sfääriin. Esimerkiksi talous ja media ovat tärkeitä yhteiskunnallisia vaikuttajia, jotka muokkaavat niin julkisia kuin yksityisiäkin preferenssejä tunkeutuen näille alueille välttämättömyyksiä, tarpeita ja arvostuksia luoden.

¹⁴⁰ Nousiainen, Prosessin herruus s. 580.

yhteiskunnassa elinkeinoelämän ja monen muunkin yhteiskunnan osa-alueen kehitys on sen verran nopeata ja monimutkaista, että lainsäädännön avulla ei pystytä reagoimaan tarpeeksi joustavasti uudistustarpeisiin. Koska lakia säädetäessä ei ole mahdollista kaikkien käytännössä ilmenevien monivivahteisten tilanteiden ennakointi, ei lainsäädännössä pystytä riittävän kattavasti ottamaan huomioon kaikkia käytännössä ilmeneviä erityistapauksia. Niinpä lait nykyisin laaditaan usein sisällöltään väljään muotoon, mistä seuraa ettei vaatimus lain rajoissa pysymisestä aina anna riittävää oikeusohjetta yksittäistapausten ratkaisemiseksi. Lakia säädetäessä pidetään silmällä lähinnä vain kaikkein tyypillisimpiä tilanteita, ja niin erityistapaukset jäävät usein lainkäyttäjän omin päin ratkaistavaksi, niin kuin Jyrki Virolainen asian ilmaisee. Siten oikeudelliselta ratkaisutoiminnalta edellytetäänkin joustoa ja omatoimista oikeuden kehittämistä ja muuttamista, ja tämä tarve on sitä suurempi, mitä nopeampi yhteiskunnan muutostahti on ja mitä enemmän lainsäädäntö laahaa perässä. Virolaisen mukaan suomalaiset tuomioistuimet ovat suhtautuneet tähän mahdollisuuteen turhankin pidätyvästi. Hänen mukaansa tuomioistuinten lain soveltaminen on ollut niin varovaista ja lain sanamuotoon pitäytyvää, että sen voidaan väittää olleen suorastaan esteenä oikeuden järkevälle kehittämiselle¹⁴¹. Virolainen toteaa, että tuomarivaltion vaaroilla pelottelemisen sijasta olisi tärkeä pyrkiä tukemaan tuomioistuihin ja niiden riippumatonta asemaa niiden uudenlaisissa tehtävissä, ja hyväksyä tuomioistuinten uusi rooli ja vaikutusvallan kasvu oikeuden kehittäjänä, niin kuin muualla Euroopassa on tehty.¹⁴²

Tässä mielessä on paikallaan pohtia oikeusvaltioperiaatteiden relevanssia ja mahdollisuuksia, ja niiden sijaan alkaa formuloida *yhteiskunnan oikeuden* periaatteita. Ajatus yhteiskunnan oikeudesta näyttää desentralisudessaan toistavan feodaalisen ajan piirteitä. Valtiollisen keskusvallan harjoittamaa yhteiskunnallisten toimintojen sääntelyä ei pidetä enää ihanteena, vaan nyt etsitään toimivia vuorovaikutuksen ja yhteiskunnallisen tehtävänjaon muotoja valtion, kansainvälisten ja paikallisten toimijoiden välillä. Jos historiallisesti tarkasteltuna abstraktin ja yleisen lain katsotaan merkinneen tuomarin tehtävän muuttumista paikallisen feodaaliaatelin palvelijasta oikeuden palvelijaksi, niin nyt ajatus yhteiskunnan oikeudesta vaatii tuomarin muuttuvan yhteiskunnan palvelijaksi. Tällöin verrattuna perinteisiin oikeusvaltioperiaatteisiin ainakin *sisällöllisyyden* täytyy olla toisella tapaa kirjattu yhteiskunnan oikeuden periaatteisiin. Tämä ei tarkoita vain sitä, että yhdeksi periaatteeksi olisi kirjattava sisällöllisyyden vaatimus, vaan myös sitä, että periaatteet entistä paremmin mahdollistaisivat sisällöllisen harkinnan oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa¹⁴³. Kuten

¹⁴¹ Tältä osin oikeudellinen ajattelu laahaa mukanaan jo Ranskan vallankumoukseen ajalta ja Venäjän vallan ajalta periytynyttä historiallista painolastia.

¹⁴² Virolainen, *Lainkäyttö* s. 91-92, 97.

¹⁴³ Ks. *Sisällöllisyyden vaatimuksesta* myös Juha Karhu, *Lakimies* 5/2003 s. 796-797.

feodalismien aikanaakin, niin nyt valtiollisten ja glokaalien normiprojektioitten suhdetta ei nähdä vastakkaisina tai poissulkevinä, vaan nimenomaan vuorovai-
kutteisina ja dialektisina prosesseina. Oikeus ei ole siten enää valtiollisesti kes-
kittynyttä kuten valistuksen ajalta lähtien on totuttu ajattelemaan. Ajatus yhteis-
kunnan oikeudesta edellyttää aivan kuten oikeusvaltioajattelun alkuaikoinakin
tuomioistuinten vallan lisäämistä yhteiskunnallisten toimintojen tukemiseksi ja
yhteiskunnallisten toimijoiden suojelemiseksi. Kuten Aulis Aarnio toteaa, ny-
kyajan nopeatempoisesti muuttuvassa yhteiskunnassa lainsäädäntökoneisto on
liian raskas ja hidasliikkeinen voidakseen reagoida riittävän joutuisasti yhteis-
kunnasta nouseviin uudistusvaatimuksiin, minkä vuoksi oikeusjärjestyksen ke-
hittämisessä yhä suurempi vastuu siirtyy tuomioistuimille ja oikeustieteelle¹⁴⁴.
Tällä tavoin tilanne on muuttunut niistä ajoista, kun valistuksen kannattajat nä-
kivät lain ja lakisidonnaisuuden keskeisenä *muutoksen välineenä*, jolloin kyse
oli kritiikistä luonnonoikeutta ja vallitsevaa yhteiskunnallista status-quota vas-
taan¹⁴⁵. Niinpä ajatus yhteiskunnan oikeudesta edellyttää laillisuusperiaatteen
sijasta toisenlaisia takeita ja kontrollin välineitä tapauksittain vaihtelevien olo-
suhteiden huomioonottamiseksi ja dynaamisuuden tarpeiden tyydyttämiseksi.

¹⁴⁴ Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 18-19.

¹⁴⁵ Niemi, Ajattelun kouluista ja ajatuksia kouluista s. 191.

3 Laillisuusperiaatteen sisäisestä ristiriidasta ja sen ilmentämisestä vinoumasta

Laillisuusperiaatteen keskeinen idea on se, että halutaan *suojata yksilöitä* ja yksilöiden toimintavapautta *valtiovallan käytöltä*. Ristiriitaisesti tämän kanssa samalla kuitenkin hyväksytään se, että lainalaisuusvaatimukseen sidottu julkinen valta joutuu myös tekemään huonoja päätöksiä, jotka eivät ota huomioon sisällöllisen onnistuneisuuden vaatimuksia. Tämä joustamattomuus johtuu siitä, että laillisuusperiaatteen vaatimuksesta johtuen ratkaisussa ollaan sidottuja tavalla tai toisella lakiin *valikoituneisiin* ilmauksiin. Onkin paradoksaalista, että käsitteväline jonka avulla on ollut tarkoitus suojata yksilöä, samalla joustamattomuudessaan aiheuttaa myös tarpeen suojata yksilöä laillisuusperiaatetta itseään vastaan.

Tällä en halua sanoa sitä, ettei lakiin sidotussa oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa myös pystyittäisi tulkinnan avulla joustavuuteen. Lakiteksti sallii tuntevasti erilaisia tulkintoja tilanteiden vaihtuessa. Mutta mitä tehdään silloin kun sisällöllisesti onnistuneen ratkaisun tekeminen vaatisi sellaisen ratkaisun tekemistä, jota lain sanamuoto ei äärimmilleenkään venytettynä mahdollista?¹⁴⁶ Kun oikeusvaltioajattelun taustaperiaatteet otetaan vakavasti, niin ratkaisussa on loppujen lopuksi aina voitava osoittaa, että ratkaisu on menneisyydessä asetetun lain mukainen. On voitava osoittaa, että *lakitekstin* tulkintavaraa voi venyttää aina siihen lopputulokseen saakka, johon ratkaisussa päädyttiin. Tämän vuoksi lakisidonnaisuuden vaatimus merkitsee väistämättä staattisuuden ja suljettuisuuden korostamista avoimuuden ja dynaamisuuden kustannuksella.

Miksi ratkaisuteoreettinen lähtökohta on naulattu kiinni nimenomaan staattisuuteen? Miksi staattisuutta korostavan lakisidonnaisuuden vaatimuksen on viimekädessä perittävä voitto dynaamisuudesta? Oikeudellisen ratkaisun teoriassa staattisuutta ei lähtökohtana saa myöhäismodernissa yhteiskunnassa nostaa dynaamisuusvaatimuksen yläpuolelle, vaan ratkaisuteoria on jo lähtökohdansa osalta pyrittävä asettamaan staattisuuden ja dynaamisuuden välisen jännitteen varaan. Tulkintani mukaan vaatimus lakiin sitoutumisesta jättää tämän jännitteen huomiotta valitessaan menneisyydessä asetetun lakitekstin tärkeimmäksi kiintopistekseen. Lakisidonnaisuuden vaatimus tarjoaa välineen nimen-

¹⁴⁶ Otto Brusiinin mukaan on niin, että vaikka lakiteksti näyttääkin ensiksi soveltuvan ratkaisun premissiksi, saattaa kuitenkin lähemmässä tarkastelussa ilmetä, että lain soveltaminen johtaisi vallitsevan oikeustajunnan vastaiseen lopputulokseen. Tällöin hänen mukaansa laki on jätettävä, ja pyrittävä vallitsevan oikeustajunnan mukaiseen lopputulokseen. (Ks. Brusiin, Tuomarin harkinta normin puuttuessa esim. s. 65-66).

omaan ennakoitavuuden takaamiseen, mutta ei välinettä ennakoitavuuden ja aineellisen oikeudenmukaisuuden vaatimuksen yhtäläiseen ja tasa-arvoiseen huomioon ottamiseen.

Tämän vuoksi on kiinnitettävä huomio laillisuusperiaatteen perusteluihin. Pystytäänkö niistä konstruoimaan uskottavat perusteet staattisuuselementin korostamiseen dynaamisuuden kustannuksella? Siinä monivaiheisessa premissiketjussa, jonka johtopäätöksenä on vaatimus oikeudellisen ratkaisutoiminnan sitomisesta lakiin, ovat keskeisinä perusteina muun muassa vaatimukset vallankäytön demokraattisuudesta, demokraattisesta kontrollista, vallan kolmijaosta, valtion suvereniteetista ja vallankäytön transparensista. Tässä luvussa tarkastellaan sitä, kuinka oikeutettuja ja realistisia nämä vaatimukset ovat ja kuinka onnistuneita nämä perustelut ovat vaadittaessa ratkaisujen sitomista lakiin.

4 Vallan kolmijako

4.1 MONTESQUIEULAISESTA PERUSIDEASTA

Valtio on sekä terminologisesti että yhteiskunnallisena käytäntönä uuden ajan ilmiö. Tällöin valta alettiin käsittää jonkinlaiseksi entiteetiksi, jonka haltuunotto, kontrolloiminen ja jakaminen on mahdollista. Valtiovaltaa alettiin rajoittaa oikeudellisesti, ja keskeisesti Montesquieun nimissä oleva vallan kolmijakoppi tarjoaa ideologisen ja käsitteellisen kehikon, jonka varassa vallan sääntely on mahdollista.¹⁴⁷ Tässä ei ole tavoitteena esitellä Montesquieun poliittista teoriaa tai vallanjako-oppia kaikessa moninaisuudessaan ja mielenkiintoisissa vivahteissaan, vaan otan tarkasteluun ne osat vallanjako-opista, jotka ovat syvimmin vaikuttaneet modernin oikeusajattelun muotoutumiseen ja kehitykseen. Ajatus vallan kolmijaosta on tässä mielenkiintoni kohteena ainoastaan lainsäädäntövallan ja tuomiovallan osalta¹⁴⁸. Tältäkkään osin ajatus kolmijaosta ei siis kokonaisuudessaan ole kritiikin kohteena. Niinpä tässä tutkimuksessa hyväksytään esimerkiksi ajatus tuomioistuinten riippumattomuudesta sekä se, että tuomiovalta ei kuulu lainsäädäntövallan tai toimeenpanovallan käyttäjille. Erityisenä mielenkiinnon kohteena on nyt se, miten valtiovallan kolmijako-oppia voidaan käyttää perusteluna vaadittaessa tuomioistuinratkaisun sitomista lakiin.

Montesquieun (1689–1755) idea rajoitetusta hallitusvallasta syntyi reaktiona absoluuttisen monarkian vallankäyttöä vastaan, ja hänen tarkoituksensa oli kirjoituksissaan hahmotella yhteiskuntaa, jossa monarkioiden absoluuttisesta vallankäytöstä olisi päästy eroon. Montesquieu eritteli kolme valtiotyyppiä, jotka olivat tasavalta, monarkia ja despotia. Näiden eri valtiotyyppien tunnistamisessa Montesquieu käytti kahta kriteeriä sen mukaan, oliko vallankäyttäjää yksi vai useampia ja noudattiko vallankäyttö laillisuusperiaatetta¹⁴⁹. Montesquieun mukaan tasavaltaa ja monarkiaa hallitaan lakien mukaan, mutta despotiassa hallitsee yksi tahtonsa ja oikkujensa mukaan ilman lakeja ja sääntöjä. Tällä tavalla valtiovallan käyttöä oli kahdenlaista, lain sitomaa eli rajoitettua vallankäyttöä, ja sen vastakohtana väkivaltainen hallitustapa, josta esimerkkinä toimi despotia.¹⁵⁰

Kolmijako-opin keskeinen ajatus on se, että *kansalaiset on turvattava vallan väärinkäyttöä vastaan*, ja koska valta aina turmelee haltijaansa, ja ehdoton val-

¹⁴⁷ Nousiainen, Prosessin herruus s. 46.

¹⁴⁸ Tässä jaksossa ei osallistuta myöskään sinänsä tärkeään keskusteluun tuomiovallan ja täytäntöpanovallan roolien sekaantumisvaarasta, josta muun muassa Aarnio on kirjoittanut perusoikeuksien näkökulmasta. Aarnio Oikeusvaltio – tuomarivaltio? s. 9-12.

¹⁴⁹ Jyräki, Oikeusvaltio ja demokratia s. 18.

¹⁵⁰ Jyräki, Montesquieu 2001 s. 154, 158.

ta turmelee ehdottomasti, on tärkeää, että valta ei keskity, sillä vallan keskittyminen johtaa aina vallan väärinkäyttöön. Siksi valtiovalta tulee jakaa¹⁵¹ eri valtioelimille ja niiden kautta eri yhteiskunnallisille voimaryhmittymille, kuten monarkki, aristokratia ja porvaristo¹⁵². Kun valtiovalta on jaettu, eri voimaryhmittymät tasapainottavat toistensa vallankäytön vaikutuksia. Myös lainsäädäntövalta ja tuomiovalta on pidettävä erossa toisistaan, sillä jos tuomari on samalla lainsäätäjätai tai jos lainsäätäjätai on samalla tuomari, hän käyttää valtaansa mielivaltaisesti ja hänestä tulee sortaja. Montesquieun mukaan ihmisten tulisi alistua tottelemaan vain niitä lakeja, joita itse ovat säätäneet, mutta koska kaikki eivät käytännössä voi osallistua lainsäätämiseen, on hyväksyttävä edustusjärjestelmä. Siten tuomioidenkin on aina noudatettava lain kirjainta. Jos tuomiot perustuisivat tuomarien yksityisiin mielipiteisiin, tällöin kansalaiset eivät etukäteen voisi olla tietoisia heihin kohdistetuista velvoitteista. Montesquieulta on peräisin klassiseksi muodostunut ajatus, jonka mukaan tuomarin on puhuttava lain suulla. Tuomioistuin ei Montesquieun mukaan näin toiminutkaan varsinaisesti vallan käyttäjänä, vaan oikeudellisen ratkaisutoiminnan oli oltava riippumaton ja erillistä siitä syystä, että tuomiovaltaa ei suoraan tai välillisesti annettaisi lainsäätäjälle tai toimeenpanovallan käyttäjille.¹⁵³ Tämä ajatus itse asiassa luo pohjan myöhemmin yleistyneelle ajatukselle siitä, että tuomioistuin voisi tehdä objektiivisia ratkaisuja parlamentin sille delegoiman vallan ja parlamentin osoittamien rajojen puitteissa. Tällöin tuomioistuinta ei voida varsinaisesti pitää parlamentin vallankäyttöä kontrolloivana valtakeskuksena.

Ajatuksella vallan jakamisesta ja lakiin sitoutumisesta on Suomessa pitkät perinteet. Muun muassa Ruotsi-Suomessa vuonna 1734 voimaan tullutta lakia kommentoiva David Nehrman kirjoitti kommentaareja tuon ajan käytännön juristeille ja etenkin alioikeustuomareille. Hänen mukaansa tuomarin ja lainsäätäjän tehtävät oli pidettävä erossa toisistaan, eli tuomari ei saanut missään tapauksessa sovitella konflikteja laista piittaamatta, eikä hän myöskään saanut lieventää lakeja. Hän korosti, että ymmärtäväinen tuomari muistaa olevansa lain palvelija eikä sen herra. Tosin hovioikeuksilla (kuninkaan vallan edustajina) myönnettiin tuohon aikaan olevan kuninkaan vallasta delegoitu oikeus lieventää laissa määrättyjä rangaistuksia.¹⁵⁴ Kuten yllä jaksossa 1. on esitetty, myös

¹⁵¹ Jyräni tekee mielenkiintoisen havainnon Montesquieun käyttämistä käsitteistä (Montesquieu. 2001 s. 162). Hänen mukaansa Montesquieu ei puhu vallan tai valtuuksien jaosta "séparation des pouvoirs", vaan hän käyttää ilmaisua "distribution des pouvoirs", mikä tarkoittaa valtuuksien jakamista niin, että ne osoitetaan eri tahoille. Vaikka suomenkielisessä keskustelussa onkin päädytty puhumaan nimenomaan *vallanjaosta*, niin näkisin vallanjakodoktriinin relevanssin ja tulevaisuuden olevan vallan ja valtuuksien osittamisen ajatuksessa merkityksessä "distribution", ei "séparation". EU-oikeuden yhteydessä puhutaan vallan *allokoinnista* eri organien välillä. Ks. mm. Wennerström, The Rule of Law and the European Union s. 123.

¹⁵² Ks. Jyräni, Lakien laki s. 49.

¹⁵³ Jyräni, Montesquieu s. 161-163.

¹⁵⁴ Nousiainen, Prosessin herruus s. 386-389. Lakiin sitoutumisen vaatimus oli puolestaan mu-

Saksassa porvariston ja muiden säätyjen kamppaillessa 1800-luvun alussa hallintoon kohdistuvasta kontrollista oikeusvaltioajatteluun omaksuttiin ajatus vallan jakamisesta. Saksalainen oikeusvaltioajattelu on puolestaan voimakkaasti vaikuttanut suomalaiseen oikeusvaltioajatteluun.

4.2 VALLANJAKO OSANA MODERNIN OIKEUDEN ”SYVÄRAKENNETTA”

Vallan kolmijakoon liittyvä ajatus oikeudellisen ratkaisun sitomisesta lakiin nähdään yleisesti keskeisenä vaatimuksena niin ”Rechtsstaat”-ajattelussa kuin monesti myös ”rule of law”-kulttuurissakin, vaikka niissä lähtökohtaisesti hyväksytään tuomioistuinten oikeutta luova ja kehittävä rooli. Esimerkiksi Neil MacCormickin mukaan parlamentin ja hallituksen tehtävänä on ensisijaisesti päättää niistä politiikoista, joita oikeuden avulla pyritään toteuttamaan. Tuomioistuinten ja muun juristikunnan tehtävänä on hänen mukaansa vastaavasti turvata oikeuden kunnollinen ja harmoninen toiminta oikeuden tarkoituksen mukaisesti. Hänen mukaansa ainakin lähtökohtaisesti on niin, että tuomioistuimissa ja hallinnossa on sovellettava lakia, vaikka lakia ei hyvänä pidettäisikään¹⁵⁵.

Suomalaiselle oikeuskulttuurille on perinteisesti ollut varsin vieras ajatus siitä, että tuomioistuimet voisivat luoda aineellista oikeutta. Tämä johtuu siitä, että lainsäätäjän ja tuomioistuinten roolit on haluttu pitää tiukasti erillään valtiovallan kolmijakomallin mukaisesti. Tätä on edellyttänyt muun muassa Antero Jyränki, jonka mukaan tuomarin tulee pysyä lojaalina demokraattiselle lainsäätäjälle, eikä hän saa ryhtyä parantelemaan tai peräti korjaamaan demokraattisen lainsäätäjän työtä tai asettua tämän paikalle¹⁵⁶. Tällaisesta ajattelusta johdun meillä on muun muassa perinteisesti vastustettu myös tuomioistuimen oikeutta tutkia lakien perustuslainmukaisuutta¹⁵⁷. Suomalaisessa oikeudellisessa keskustelussa muun muassa Aarnio on todennut, että jos lainkäytössä luodaan oikeutta ohi lainsäätäjän, niin joudutaan vastakkain valtiovallan kolmijakoperiaatteen kanssa ja sillä tiellä odottaa tuomarivaltio siksi, että ”harkinta lakkaa

kana jo aiemmin. Vahvistaessaan vuoden 1720 hallitusmuotoa kuningas vakuutti noudattavansa sitä sen kirjaimen mukaan ”yleisenä fundamentaalilakina”. Ks. Jyränki, Oikeusvaltio ja demokratia s. 19.

¹⁵⁵ MacCormick, *An Institutional Theory of Law* s. 74 ja 140.

¹⁵⁶ Jyränki, *Valta ja vapaus* s. 157. Korkeimmassa oikeudessa esiintyneistä mielipiteistä voi mainita esimerkiksi Olavi Heinosen kannan, jonka mukaan korkeimman oikeuden tehtävänä ei ole luoda oikeutta, eikä tuottaa normeja (Heinonen, LM 3/1991 s. 238), ja Ole Roos, *Oikeus* 1992:3 s. 237 ja 240. Oikeudellisessa keskustelussa tuomarivaltiota vastaan on lisäksi puhunut mm. Antti Kivivuori otsikolla *Tuomarivaltio Suomesta? Oikeus* 1985:1 s. 50.

¹⁵⁷ Ks. muun muassa Virolainen, *Lainkäyttö* s. 91.

olemasta oikeudellista”¹⁵⁸. Myös Siltala lähtee siitä, että oikeusvaltioperiaate ja siihen liittyvä vallan kolmijako ovat keskeinen osa suomalaisen yhteiskunnan, oikeudellisen ajattelun ja Suomen oikeuden arvoperustaa. Siltala toteaa, että ”voimassaoleva perustuslaki ja sen antaman valtuutuksen nojalla voimaansaatettu 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”.¹⁵⁹ Aarnio määrittelee lisäksi tuomioistuimen tehtävänä olevan *vallan kolmijaon pohjalta* sen vahvistamisen, mikä yksittäistapauksissa on oikein¹⁶⁰.

Habermasia seuraten myös Tuori näkee vallanjaon oikeusvaltioperiaatteena kuuluvan oikeuden normatiiviseen syvärakenteeseen. Vallanjakoperiaatteen ideana on Tuorin mukaan taata vallanjaon sisällä legitiimin lainsäädännön välittämän kommunikatiivisen vallan yliote hallinnollisesta vallasta. Hän toteaa, että oikeusvaltiossa hallinnollista valtaa saadaan käyttää vain sen valtakirjan nojalla, jonka kommunikatiivinen valta on sille legitiimin oikeuden muodossa myöntänyt.¹⁶¹ Hän painottaa kuitenkin vallanjaossa normatiivisen syvärakenteen periaatteena olevan kyse nimenomaan *syvärakenteen normatiivisesta ideasta*, joka saa myös ilmauksensa oikeuden pintatasolla, kuten esimerkiksi perustuslaeissa. Pintatason ilmiönä vallanjako puolestaan on muutoksen alainen periaate, sillä yhteiskunnan kehitys muuttaa oikeuden syvärakenteen normatiivisten ideoiden toteutusehtoja ja toteutusympäristöä, siksi oikeusvaltion periaatteet on Tuorin mukaan tulkittava kulloisissakin yhteiskunnallisissa oloissa aina uudestaan.¹⁶²

Eurooppalaisten yhteiskuntien nykyisessä kehitysvaiheessa onkin havaittavissa monenlaisia vallanjakoideaalin rapautumisen merkkejä. Esimerkkeinä voi

¹⁵⁸ Aarnio, Uusi varallisuus-oikeus – vai vanha? LM 4/2002 s. 533.

¹⁵⁹ Siltala, Oikeudellinen tulkintateoria s. 404, ja myös sivut 395, 398-399, 408-409. Tämä perustelu on Siltalan mallissa kuitenkin ongelmallinen siitä syystä, että hänen mallissaan myös lakitekstistä etäisyyttä ottava analogiaratkaisun tekeminen ja siitä täysin irtautuva *contra legem* -ratkaisun oikeutuskin perustuu myös yhteiskunnan institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan. Kun Siltalan tarkoittamasta institutionaaliseen yhteisöllisestä arvoperustasta löytyy perustelu ja legitimitteetti myös tällaisille ratkaisuille, niin tällöin yksi ja sama peruste puhuu sekä lakiin sitoutumisen ja laista irrottautumisen puolesta. Siltalan teoria kohtaa siis saman ongelman kuin Brusiininkin teoria. Brusiinilla nimittäin sekä ratkaisun sitominen lakiin että laista irtautumista edellyttävä aksiologisen aukon toteaminen edellyttää perustelukseen yhteiskunnassa vallitsevaa oikeusvakaumusta.

¹⁶⁰ Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 29.

¹⁶¹ Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 122, 108 ja Habermas, Faktizität und Geltung s. 213, 187, 231.

¹⁶² Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 130.

mainita EU-tuomioistuimen antamat jäsenvaltion tuomioistuimia sitovat ratkaisut sekä oikeusperiaatteiden ja perusoikeuksien tulo osaksi juridista harkintaa. Alec Stone Sweetin mukaan on tullut yhä selvemmäksi että traditionaaliset vallanjakodoktriinit ovat yhä vähäisemmässä määrin relevantteja Eurooppalaisessa tuomioistuintoiminnassa¹⁶³. Mauro Cappellettiin käsityksen mukaan modernissa yhteiskunnassa on välttämätöntä, että vahvan lainsäätäjän ja vahvan hallinnon rinnalla toimii myös vahva tuomioistuinlaitos, jonka tehtävänä on omalta osaltaan osallistua yhteiskunnallisen vallankäytön valvontaan oikeudellisen vallankäytön vahventumisen ollessa välttämätöntä vastavuoroisen vallankäytön kontrollin onnistumiseksi (checks and balances). Hänen mielestään olisi absurdia yrittääkään pukea tätä tuomioistuinten uutta roolia vanhan tyylin legitimitettiin kaapuun.¹⁶⁴

Vallanjaon rapautumisen sisäisiä merkkejä on oikeudessamme ollut havaittavissa jo ennen EU-oikeuden aikaakin. Kun Tuorin mukaan kansallisvaltion suvereniteetin keskeinen oikeudellinen ilmaus on ollut yksinoikeus oikeusnormien asettamiseen ja soveltamiseen, niin tämän yksinoikeuden murtumisen valtion sisäisinä merkkeinä Tuori mainitsee työmarkkinajärjestöjen työehtosopimusmenettelyssä käyttämään norminasettamisvaltaan, suurten talouselämän organisaatioiden vahvistamat vakioehdot ja riidan ratkaiseminen tuomioistuinten ulkopuolisissa välimiesmenettelyissä¹⁶⁵. Myös Aarnio toteaa hallituksen ja etujärjestöjen solmimien tulopoliittisten ratkaisujen merkinneen esimerkiksi sosiaalipoliittisen lainsäädännön osalta sitä, että kansanedustuslaitos joutuu ota tai jätä -tilanteeseen, joissa sillä ei välttämättä ole faktisesti muuta mahdollisuutta kuin hyväksyä parlamentin ulkopuolella sovitut linjaukset¹⁶⁶. Vallanjaon tosiasiallisesta liudentumisesta kotimaisena esimerkkinä voi mainita myös korkeimman hallinto-oikeuden yhä vahvemaksi muodostuneen käytännön jättää siirtämättä tarkoituksenmukaisuusharkintaa edellyttävät ratkaisut valtioneuvostolle¹⁶⁷.

Habermasin mukaan valtiovallan jakamisen oikeusvaltiollisten periaatteiden välttämättömyyttä tulee tarkastella riittävän abstraktilla tasolla, siis ilman että tarkastelee vallanjaon periaatteiden konkreettista toteutumista jossakin tietyssä

¹⁶³ Stone Sweet, *Governing with Judges* s. 129-130, 150-151.

¹⁶⁴ Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective* s. 23-24.

¹⁶⁵ Tuori, *Oikeus, valta ja demokratia* s. 279.

¹⁶⁶ Aarnio, *Laintulkinnan teoria* s. 24.

¹⁶⁷ Siirtovelvollisuudesta säädetään laissa korkeimmasta hallinto-oikeudesta (2.2 §). Kirjassaan *Hallintoprosessioikeus* (s. 333) Olli Mäenpää kuitenkin toteaa lakonisesti asiaa mitenkään kommentoimatta, että nykyään siirtomenettelyä ei enää käytetä. Tapahtuneesta muutoksesta saa lisäksi käsityksen vertaamalla (satunnaisotannalla valitsemiani) korkeimman hallinto-oikeuden ylläpitämiä tilastoja eri vuosilta. Vuoden 1991 korkeimman hallinto-oikeuden toimintakertomuksen taulukko-osasta ilmenee, että valtioneuvostolle siirrettyjä asioita oli yhteensä 36 kappaletta. Vuoden 2001 ja 2006 toimintakertomuksien tilastoista kyseinen sarake on puolestaan poistettu kokonaan.

historiallisesti muovautuneessa oikeusjärjestyksessä. Näin myöskään niitä ilmiöitä, jotka puhuvat klassista vallan kolmijakoa vastaan, ei tulisi ymmärtää kriittikiksi varsinaista *vallanjaon logiikkaa* vastaan. Vallanjaon ajatus nyky-yhteiskunnassa ei sinänsä ole ongelmallinen, vaan ongelmalliseksi on muodostunut Habermasin ilmausta käyttäkseni *liberalistinen tapa* ymmärtää vallan kolmijako. Habermasin mukaan puhe ”lainsäätäjistä”, ”tuomioistuinlaitoksesta” ja ”hallinnosta” johtaa suggestion omaisesti liian konkreettisen ja altaaseen ymmärrykseen institutionalisoituneesta vallan kolmijaosta. Pikemminkin muuttuneessa tilanteessa tulisi traditionaalisen vallanjaon legitimaatioperusta ajatella uudella tavalla. Habermas ehdottaa vallanjako-ongelmaa lähestyttäväksi siitä näkökulmasta, minkä laatuksia perusteluja ja niihin liittyviä kommunikaatiomuotoja kullakin vallankäytön instanssilla on lupa käyttää. Esimerkiksi on iso ero siinä, millä tavalla lainsäätäjät ja tuomioistuimet voivat käyttää normatiivisia ja pragmaattisia perusteluja. Lisäksi demokraattiseen menettelyyn sidottu poliittinen lainsäädäntödiskurssi on eri tavalla sidottu kuin oikeussysteemin kokonaiskoherenssia tavoitteleva tuomioistuinten juridisprofessionaalinen diskurssi.¹⁶⁸

Perinteisen montesquieuolaisen vallanjako-opin vaikutus oikeuteen näkyy edelleen muun muassa siinä, että useimpiin nykyaikaisiin valtiosääntöihin on kirjoitettu Montesquieun opin mukainen vallanjakokaava. Jyrängin mukaan tosiasiaa on kuitenkin käynyt niin, että parlamentaarisisissa valtioissa vallanjaon kirjaaminen perustuslain alkupykäliin ei vastaa valtiollista todellisuutta eikä usein edes valtiosäännön oikeudellistakaan sisältöä. Hänen mukaansa *toimeenpanovallan* ja *lainsäädäntövallan* tosiasiallinen fuusioituminen on vienyt pohjan kolmijaolta riippumatta siitä, mitä valtiosääntöasiakirjoissa sanotaan. Jyrängin mukaan näyttää kuitenkin siltä, että vallanjakomallista on sekä tosiasiallisesti että oikeudellisesti jäänyt jäljelle vaatimus lainkäytön varaamisesta yksinomaan tuomioistuimille sekä vaatimus tuomioistuinten riippumattomuudesta. Riippumattomuuden esteenä ei pidetä sitä, että tuomioistuimet ratkaisujensa välityksellä harjoittavat oikeuspolitiikkaa (oikeusjärjestyksestä kehittämällä) tai sitä, että korkeimmat oikeudet antavat tosiasiallisesti tai juridisesti sitovia ennakkopäätöksiä.¹⁶⁹ Huomio vallanjako-opin ongelmallisuudesta on kuitenkin varsin hitaasti siirtymässä esimerkiksi oikeuslähdeoppeihin, joissa vallitsevasti ja varsin yksioikoisesti lähdetään edelleen siitä, että lakia on pidettävä sitovana oikeuslähteenä.

Kaarlo Tuori onkin todennut, että vallanjako-oppi on Suomessa syytä herättää itsestään selvyiden ja ongelmattomuuden unestaan ja että vallanjako-oppia tulisi ravistella siitä horroksestaan, johon se suomalaisessa oikeudellisessa ja poliittisessa kulttuurissa on vaipunut. Valtiosääntödoktriinin ja siihen kuuluvan

¹⁶⁸ Habermas, Faktizität und Geltung s. 233-237, 529.

¹⁶⁹ Jyräki, Montesquieu: miksi lakeja ja mitä lakien takana s. 166-167.

vallanjako-opin tehtävänä on edelleenkin vastata poliittisen ja yhteiskunnallisen vallan oikeudellisia ulottuvuuksia koskeviin kysymyksiin. Toinen asia on Tuorin mukaan kuitenkin se, että ”monet uusista vallan jakoon liittyvistä kysymyksistä eivät enää ole muotoiltavissa kolmijako-opin käsitteillä, eikä niihin myöskään voida vastata tämän opin sisältämällä periaatteilla: kysymys ylikansallisen ja kansallisvaltion vallan jaosta, jonka Euroopan yhdentymisen ja globalisoitumiskehitys ovat nostaneet esiin; alueellistamis- ja itsehallintopyrkimysten alustama kysymys kansallisvaltion keskustason sekä alue- ja paikallistason välisestä vallan jaosta; kysymys julkisen tai yksityisen sektorin välisestä vallan jaosta, jonka julkisten tehtävien privatisoiminen on ajankohtaistanut.”¹⁷⁰

Habermaskin kritisoi *oikeudellisen sääntelyn* näkökulmasta valtiovallan kolmijaon *liberalistiseksi* nimittämäänsä *tulkintaa*, jonka mukaan *hallinto* toimii vallanjaon edellyttämällä tavalla vain silloin jos se rajoittuu toiminnassaan konkretisoimaan laissa asetettuja abstrakteja normeja. Habermasin kritiikki perustuu siihen, että nykyään voidaan yhä vähemmän ohjata hallintoa formaaleja rajoituksia asettavalla sääntelyllä, ja yhä enemmän joudutaan turvautumaan tavoiterationaaliseen sääntelymalliin, joka osoittaa vain puitteet viranomaisten harkinnalle. Hallinto joutuu tekemisiin ongelmien kanssa, jotka edellyttävät normatiivisen harkinnan lisäksi kollektiivisten hyvien arvostamista ja valintaa erilaisten kilpailevien tavoitteiden välillä¹⁷¹. Samankaltaisen tendenssin uskon koskevan myös oikeudellista ratkaisutoimintaa. Habermasin mukaan ei ole edes järkevää pyrkiä ratkaisemaan oikeuden ongelmaa vain yhdenlaisen *sääntelymallin* avulla. Niinpä liberalistis-formaalia sääntelyä, materiaalista hyvinvointivaltion sääntelymallia ja kompetensseja ja menettelyjä sääntelevää refleksiivistä sääntelymallia on käytettävä tapauskohtaisesti sen mukaan, millainen sääntelymalli kulloinkin on soveliaain tarkoitukseensa. Tästä seuraa Habermasin mukaan välttämättömyys institutionalisoida vallanjaon periaate uudella tavalla. Tuorin mukaan tarvitaan uutta tulkintaa vallan kolmijaolle oikeusvaltioperiaatteena, ja sen uudenlaista toteuttamista¹⁷².

Habermasin mukaan oikeusvaltion toimintaa ei voida enää turvata yleisen ja abstraktin lain varassa, joka perustuu yksiselitteisiin ja kattaviin oikeustositseistakastoihin ja yksiselitteisiin oikeusseuraamuksiin. *Hallinto-organisaatioille* osoitettuja dynaamisia toimintaohjelmia ei voida pukea tämäntyyppisen sääntelyn muotoon. Hallinto-organisaatio joutuu itse ottamaan kantaa toimintansa normatiivisiin perusteisiin tavalla, jossa ei enää ole kysymys vain lain määräysten toimeenpanosta. *Pragmaattiset diskurssit lakien vahvistamien arvojen ja tavoitteiden rajoissa eivät tällöin enää riitä*, vaan hallinnon menettelyiden olisi mahdollistettava myös muun tyyppisiä praktisia diskursseja ja intressineuvotte-

¹⁷⁰ Tuori, Vallanjako – vaiettu oppi, LM 7-8/2005 s. 1027 ja 1035.

¹⁷¹ Habermas, Faktizität und Geltung s. 233, 530.

¹⁷² Habermas, Faktizität und Geltung s. 528 ja Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 134.

luja.¹⁷³ Samankaltainen muutostendenssi koskee jatkuvasti monimutkaistuvassa ja nopeasti muuttuvassa yhteiskunnassa näkemykseni mukaan myös oikeudellista ratkaisutoimintaa. Tosin on ilmeistä, että tietyillä sääntelyn alueilla on mielekästä edelleenkin pyrkiä pysyttämään sellaisissa arvoissa ja tavoitteissa, joita voidaan ajatella voimassaolevien lakien ilmentävän. Esimerkiksi tästä voi ottaa vaikkapa Tuorin mainitseman sellaisen hallintotoiminnan, jossa puututaan yhteiskunnan jäsenten ja heidän muodostamiensa yhteisöjen sosiaaliin ja kulttuuriseen autonomiaan tai jonka tehtävänä sosiaalietuuksia jakamalla on turvata tämän autonomian aineelliset edellytykset¹⁷⁴.

Pidän selvänä sitä, että Montesquieun ajattelemat yhteiskunnalliset ongelmat ja niiden ratkaisemisen välineet ovat nykyaikana jo varsin toisenlaisia. Moderni globalisoitunut ja lokalisoitunut (glokaali) yhteiskunta on toimintoiltaan muodostunut niin moneen eri sosiaaliseen systeemiin eriytyneeksi ja kompleksiseksi kokonaisuudeksi, etteivät keskusvallan hierarkkinen ohjausasema eikä varsinkaan absoluuttinen yksinvaltius voi olla enää kestäviä vallankäytön muotoja tai keskeisimpiä uhkakuvia. Siten se perusongelma, jonka ratkaisemiseksi Montesquieu kehitti vallanjako-oppiaan, on oleellisesti muuttunut. Yhteiskunnallisen vallankäytön uhkakuva ei ole enää yksinvalta vaan ennemminkin se, että demokraattinen päätöksenteko ja julkinen mielipiteen muodostus eivät välttämättä useinkaan perustu aktiiviseen kansalaiskeskusteluun, huolelliseen rationaaliseen harkintaan ja moraalisiin punnintoihin, vaan pikemminkin median tuottamien informaatiovirtojen mukana heittelemiseen ja muiden yhteiskunnallisten vaikuttajatahojen ohjaukseen¹⁷⁵. Jos yksinvaltaisia tai siihen verrattavissa olevia vallankäytön muotoja pääsee hetkittäinkään syntymään, niin nykyaikana tämä voi johtua nähdäkseni siitä, että ”kansalaiskeskustelemattomuus”, mielipidemuokkaus sekä leipä ja sirkushuvit ovat tehneet tehtävänsä. Tässä mielessä Habermasin ajatus kansalaisyhteiskunnasta normatiivisena kä-

¹⁷³ Habermas, Faktizität und Geltung s. 526, 530, sekä Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 134-135. Vrt. Tuorin aikaisempaan lakisidonnaisempaan kantaan. Esimerkkinä Tuorin teoreettisen ajattelun muutoksesta (”paradigmaattisesta transitioista”) voi mainita sen, että Tuorin aikaisemman kannan mukaan hallinnon tulee olla alistettu kansanedustuslaitoksen säätämille laeille, jotka myös ovat sen viimekätinen toimivaltaperusta (Tuori, Oikeus, valta ja demokratia s. 276).

¹⁷⁴ Tuori, Oikeus, valta ja demokratia s. 276-277.

¹⁷⁵ Nykyaikana ei olekaan itsestään selvää, että valtiolta olisi suurempi uhka kansalaisyhteiskunnalle kuin esimerkiksi median valta, jonka kesyttämiseksi olisi pikemminkin luotava välineitä ja takeita demokratian sekä perusteelliseen argumentaatioon ja huolella harkittuihin perusteluihin tukeutuvan päätöksenteon turvaamiseksi. Median suureen yhteiskunnalliseen valtaan ja sen kesyttämiseen on jo Suomen lainsäädäntöelimissäkin kiinnitetty huomiota. Perusoikeusuu- distusta 1990-luvun alussa suunnitellut komitea kaavaili perusoikeuksiin säännöstä, jonka mukaan valtion tehtävänä olisi ollut turvata sananvapauden mahdollisimman laaja toteutuminen muun muassa siten, että ”valtakunnallisesti tai alueellisesti hallitsevassa asemassa olevan tiedotusvälineen tulee edistää moniarvoista mielipiteenmuodostusta ja tiedonvälitystä”. Tämä ehdotus herätti kuitenkin välittömästi ärtymistä ja ihmettelyä *lehdistö*ssä (ks. Saraviita LM 5/1991 s. 480). Kyseisen sisältöistä lakia ei sittemmin säädetty.

sitteenä, joka asettaa vaatimuksia julkisen mielipiteen muodostumiselle, on mitä ajankohtaisin ja tärkein nykyaikana. Tästä näkökulmasta myös lakien perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien mukaisuuden kontrolli ovat mitä tervetulleimpia oikeudellisia ilmiöitä samoin kuin mahdollisuus lainsäädännöstä aiheutuvia ongelmia korjaavaan tuomioistuinaktivismiinkin¹⁷⁶. Jos yhteiskunnan dynaamisuus ymmärretään foucaultlaisittain siten että *muutos* aiheutuu monimutkaisten strategisten valtakonstellaatioiden vaikutuksen seurauksena ja *pysyvyys* selittyy myös saman tekijän kautta eli siten, että yhteiskunnassa vallitseva monimutkainen valtakonstellaatioiden verkosto ei jätä tilaa muutokselle, tällöin ei enää myöskään toimi Montesquieun dikotomia, jonka mukaan yhteiskuntaa hallitaan joko *lakien* sitomana tai sitten mielivaltaisesti, oikukkaasti ja väkivaltaisesti.

Montesquieulaisen kolmijako-opin ideana on se, että kansalaiset on turvattava keskitettyä valtiovallan käyttämistä vastaan ja nimenomaan lain avulla. Tämäkään ongelma ei ole pysynyt enää entisellään. On selvää, että edelleenkin on tarpeen rajoittaa valtiollisen pakkovallan käyttöä, mutta ei enää *lain* tai *voimassa olevan* oikeuden ehdoin, vaan oikeuden ehdoin. Esimerkiksi Tuori toteaa, että ”kun oikeusvaltiosta haetaan apua oikeuden rajojen ongelmaan, oikeusvaltiota oikeudellisessa hahmossaan on tarkasteltava ensisijaisesti oikeuden pinnanalaisten kerrostumien näkökulmasta. Oikeusvaltion periaatteet ovat keskeinen osa sitä oikeuden normatiivista, oikeuskulttuureittain täsmentyvää ydintä, jota oikeudelliset *käytännöt* oikeuden itserajoitusta toteuttaessaan *varjelevat* ja joka asettaa pidäkkeitä oikeuden pintatason tapahtumille, sille, minkälaisia säädöksiä lainsäätäjä säätää, minkälaisia päätöksiä tuomarit yksittäisissä jutuissa tekevät ja minkälaisiin kannanottoihin oikeustieteilijät päätyvät”. Vallan käyttöä rajoittava positiivinen oikeus onkin Tuorin mukaan ymmärrettävä kerrostuneeksi normatiiviseksi ilmiöksi jossa *on korostettava pinnanalaisiin syväraken-teisiin* kiteytyneiden moraalisesti ja eettisesti ladattujen periaatteiden merkitystä vallankäytön rajoittajina.¹⁷⁷ Olen samaa mieltä siitä, että Tuorin oikeusvaltion periaatteiksi kutsumat periaatteet ovat merkittäviä oikeudellista toimintaa rajoittavia tekijöitä. Esimerkiksi demokratiaperiaate, suvereniteettiperiaate ja vallan kolmijakoajatukseen liitettävä lakisidonnaisuuden vaatimus toimivat oikeuden itserajoituksina siten, että niiden avulla arvioidaan sitä, mitä pidetään välttämättömänä, mahdollisena tai mahdottomana ratkaisutoiminnassa yleensä, sekä yksittäisissä ratkaisuissa. Tällaisten oikeuden toiminnan kannalta keskeisten periaatteiden ja vaatimusten *varjeleminen* oikeudellisissa käytännöissä ei

¹⁷⁶ Olen tässä tutkimuksessa omalta osaltani päätenyt puhumaan *tuomioistuinaktivismista*, vaikka käytössä olisi ollut esimerkiksi Tuorin formuloima huomattavasti kultivoidumpi, ja mielestäni jopa esteettistä arvoa omaava ilmaus *oikeudellisten käytäntöjen välittämästä oikeuden pintatason tapahtumien normatiivisesta sensuurista pinnanalaisten kerroksien avulla*. (Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 252, 256).

¹⁷⁷ Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 255-256 (kurs. JS).

kuitenkaan ole täysin ongelmatonta. Myös ”oikeuden syvärakenteeseen” kuuluvat periaatteet ja vaatimukset on nähtävä kontingentteina ja muutoksessa olevina asioina, joiden suhteen on vaadittava herkkää reflektiota ja jatkuvaa keskustelua, jotta ei menetettäisi mahdollisuutta uudistuksiin ja parannuksiin. Tämän vuoksi olisi syytä pysyä valppaana ja avoimena havainnoitaessa ajattelutapojen ja yhteiskuntatodellisuuden muutoksia, jotta vältettäisiin totuttujen käsitteiden ja ajattelutapojen *varjelemista ongelmiksi*. Tarkoitan sitä, että totuttuja ajattelutapoja ja keskeisiäkin periaatteita on koeteltava kriittisesti, jotta niitä ei kunnioitettaisi totumuksen vuoksi tai pidettäisi ajan hampaan ulottumattomissa olevina itsestäänselvyyksinä. Eilispäivän onnistuneet ongelmanratkaisut eivät toimi välttämättä tänä päivänä.

Kuten todettua, myös Tuori näkee yksioikoisen lakiin sitoutumisen ongelmallisena, ja hän vaatii oikeudellisen ratkaisutoiminnan avautumista kansalaiskeskusteluille ainakin tietyissä perusoikeuskysymyksissä. Tuorin mallissa tällaisen tuomioistuinten harjoittaman *normatiivisen sensuurin* voi hyväksyä silloin kun sen avulla turvataan demokratian edellytyksiä, sillä tällainen kontrolli ei merkitse demokratian kaventamista¹⁷⁸. Tuori ei kuitenkaan ota kantaa siihen, pitäisikö tällaisen tuomioistuinaktiivisuuden tai niin kuin hän itse ilmaisee ”pintatason normatiivisen kontrollin” olla suotavaa *vain* sikäli kuin kyse on *demokratian edellytyksiä* turvaavista periaatteista, vai olisiko hän valmis hyväksymään ”tuomioistuinaktiivisuuden” laajemminkin. Tähän mahdollisuuteen viittaa se habermasilainen ajatus, että pragmaattiset diskurssit lakien vahvistamien arvojen ja tavoitteiden rajoissa eivät enää riitä, vaan hallinnon (ja nähdäkseni myös lainkäytön) menettelyiden olisi mahdollistettava myös muun tyyppisiä praktisia diskursseja ja intressineuvotteluja¹⁷⁹. Esimerkiksi kysymystä ympäristön suojelusta ei voi pitää Tuorin tarkoittamalla tavalla demokratian edellytyksiä koskevana kysymyksenä¹⁸⁰. Jos esimerkiksi demokraattisessa lainsäädäntömenette-

¹⁷⁸ Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 253. Myös Lars Erik Taxell näkee oikeuden yhtenä tehtävän olevan demokratian turvaamisen. Hänen mukaansa poliittiset vapaudet tarvitsevat tukeen oikeusnormeja voidakseen toteutua. Oikeus antaa demokraattiselle systeemille sen konkreettisen muodon. Oikeus sääntelee demokraattisia arvoja ja tarjoaa niille suojansa (Taxell, Rätt och demokrati s. 110).

¹⁷⁹ Ks. tästä Habermas, Faktizität und Geltung s. 526 ja s. 530, sekä Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 134-135.

¹⁸⁰ Tosin ympäristön suojelun puolesta on käytetty myös sitä argumenttia, että laaja ympäristökatastrofi heikentäisi myös yksilöiden määräysvaltaa omista ja yhteisistä asioista. Tästä argumentista Simo Kyllönen, Oikeus 4/2006 s. 602-603, sekä Saward, Must Democrats Be Environmentalists? Teoksessa Doherty – Geus (toim.), Democracy and Green Political Thought, London: Routledge 1996. Tällainen argumentointi tulee kuitenkin ymmärtää nimenomaan osana vallankäytön legitimitietistä käytyä keskustelua. Muutoin, jos huoli yksilöiden autonomiasta ja määräysvallasta todella olisi keskeisin argumentti luonnon suojelemisen puolesta, tällöin luonnon suojeleminen muuttuisi vain yksilön määräysvallan turvaamisen välineeksi. Tällöin itse asiassa voitaisiin myöntyä jopa luonnon suurimittaiseen ja pysyvään tuhoamiseen jos vain yksilöiden autonomia ja määräysvalta pystyttäisiin samalla jollakin muulla tavoin turvaamaan.

lyissä tehdyissä päätöksissä mahdollistetaan luonnon tuhoamista (perusoikeuden vastaisesti), eikä tuomioistuimella ole oikeus ja velvollisuus myös puolustaa luontoa tai ihmisten oikeutta luontoon perusoikeutena. Jos tämä oltaisiin valmiita myöntämään, kysyä voidaan, eikä tuomioistuimella voisi olla oikeutta puolustaa yhteiskunnallisia toimijoita myös laajemminkin muita ”uinuvien demokratian” aiheuttamia ongelmia vastaan, vaikka kulloinkin kyseessä olevaa tavoitetta tai arvoa ei olisi satuttu aikanaan formuloimaan perusoikeuksiin. Pidänkin tärkeänä, että vallanjaon tarve, sen mahdollisuudet ja edellytykset olisi syytä pyrkiä tarkemmin eksplikoimaan eri tilanteissa, jotta liian ylimalkaiseksi käyneen vallanjakoajatuksen voisi korvata paremmin nykytilanteeseen sopivalta vallanjakomallilla. Tässä tarkoituksessa tarkastelen myöhemmin tässä luvussa demokratia-argumenttia vallanjaon perusteluna.

Tuomioistuinten tehtävänä on edelleenkin oltava suojan antaminen yhteiskunnallisille toimijoille, mutta nykyajan oikeudellisissa ratkaisuihin on oltava herkkänä sille, mistä suunnasta uhka milloinkin tulee. Enää ei voi ajatella niin, että *oikeusturvatarve* tulisi tyydytettyä pelkästään lakeja soveltamalla. Oikeusturvan takaaminen ei voi tarkoittaa enää vain sitä, että ratkaisut tehdään lain mukaan, sillä toisinaan yhteiskunnallisia toimijoita on suojattava myös lakien ongelmallisilta vaikutuksilta¹⁸¹. Joskus suojaa on annettava esimerkiksi demokraattisen enemmistön mielipidettä vastaan, taloudellista vallankäyttöä vastaan tai voimakkaita intressitahoja vastaan. Oikeudellisissa ratkaisuihin tulee siis olla valppaana sen suhteen, mistä päin glokaalia yhteiskuntaa uhka kulloinkin tulee tai missä päin esiintyy suojan tarvetta. On myöskin niin, että keskitetty valtiovalta ei aina uhkaa toimijoita, vaan se käyttää myös ”hyvää valtaa” erilaisista toimintaedellytyksistä huolehtiessaan.

Vallanjaon kannalta on tietenkin edelleen selvää, että tuomioistuimissa ei tule ryhtyä formuloimaan abstrakteja säädöstekstejä, sillä tämä tehtävä on jätettävä lainsäädäntöprosessiin muun muassa oikeuden kompleksiteetin hallinnoinnin vuoksi. Olisi kuitenkin harhaa nähdä lainsäädännöstä aiheutuvia ongelmia korjaava tuomioistuinaktivismi mielivaltaisena tyranniana Montesquieun tapaan. Myös Tuori argumentoi selkeästi sellaista ”yksinkertaistetuksi demokraatiakäsitykseksi” nimittämäänsä ajattelumallia vastaan, jonka mukaan tuomioistuinten ensisijainen tehtävä on toteuttaa lainsäätäjän tahtoa ja joka pitää tuomioistuinlaitoksen aseman vahvistumista oikeudellisessa ja poliittisessa järjestelmässä uhkana demokratialle. Hänen mukaansa lainkäyttö tuomioistuimissa ei turvaa oikeusvaltion demokraattisuutta vain varjelemalla demokratiaa oikeusperiaatteena vaan myös avautumalla kansalaisyhteiskunnan julkisten kes-

¹⁸¹ Ks. myös Niemi, Ajattelun kouluista ja ajatuksia kouluista s. 216. Hänen mukaansa tuomioistuimet eivät enää pane vain täytäntöön lainsäätäjän tahdonilmauksia vaan riippumattomana instituutiona käyttävät itsenäistä tulkinta- ja soveltamisvaltaa. Näin tuomioistuimet antavat oikeus-suojaa myös suhteessa lainsäätäjään ja muuhun julkiseen valtaan.

kustelujen suuntaan¹⁸². Nähdäkseni *yhteiskuntateoreetikkojen* tehtävänä olisi-kin muotoilla sellainen käsitys yhteiskunnallisesta vallasta ja sen rajoituksista, joka perustelisi tällaisen tuomioistuinautivismin, ja *oikeusteoreetikkojen* tehtäväksi puolestaan jää *oikeudellisten* käsitteiden ja ajattelumallien kehittäminen oikeudellisen ratkaisutoiminnan uutta roolia varten.

4.3 VALLANJAON PERUSTELUT MUUTOKSESSA

Vallanjako parlamentin ja tuomioistuinten välillä on oikeudellisena doktriinina mahdollista ymmärtää liberalistisesti tulkittuna yksinkertaisesti siten, että tuomioistuinten mahdollisuus ja velvollisuus oikeuden kehittämiseen ja muuttamiseen on määritelty sitä kautta, että erotetaan lainsäädäntövalta tuomiovallasta ja osoitetaan lainsäädäntövalta parlamentille. Tällöin parlamentin ja tuomioistuinten välinen funktionaalinen tehtäväjako tehdään jyrkkärajaisesti näiden organisaatioiden kesken, ja kaikkeen tuomioistuimissa tapahtuvaan oikeuden kehittämiseen suhtaudutaan joko kielteisesti tai ainakin äärimmäisellä varovaisuudella. Kuitenkin on niin, että tästä asetelmasta – siis lainsäädäntövallan ja tuomiovallan erottamisesta toisistaan – oikeusteorian tehtävä oikeudellisen ratkaisun sidonnaisuuksien määrittelemisessä vasta alkaa. Oikeusteorian on oikeuden itsekuvauksena otettava kantaa siihen, miten määritetty lainsäätämisen ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan välinen työnjako oikeuden kehittäjänä kunkin ajan poliittisessa ja yhteiskunnallisessa tilanteessa sekä oikeudellisen kulttuurin kehitysvaiheessa, ja pyrittävä kehittämään ajatuksellisia ja käsitteellisiä välineitä tehtävänjaoon yhteiskunnallisesti mielekästä organisointia varten.

Siinä määrin kuin vallanjako-opissa ei ole kyse pelkästään poliittisesta doktriinista vaan myös oikeudellisesta doktriinista, voi myös oikeusteoria osallistua perinteisen vallanjako-opin työstämiseen. Tuori toteaa vallanjako-opin koostuvan oikeudellisille doktriineille ominaiseen tapaan joukosta toisiinsa liittyviä oikeudellisia käsitteitä ja oikeudellisia periaatteita. Vallanjako-opin peruskäsitteisiin ”lainsäädäntövalta”, ”toimeenpanovalta” ja ”tuomiovalta” liittyy myös vallanjako-oppiin kuuluvia periaatteita, jotka koskevat näiden valtiotoimintojen organisointia ja niistä huolehtivien valtioelinten keskinäisiä suhteita. Esimerkkinä tällaisesta periaatteesta voi mainita vallitsevaan suomalaiseen vallanjako-oppiin kuuluvan tuomioistuinten lakisidonnaisuuden periaatteen. Tuorin mukaan vallanjako-opille on ominaista muiden oikeudellisten doktriinien tapaan se, että siitä voi esiintyä erilaisia muunnelmia, ja eri muunnelmien ajankohtaisuus ja niiden kyky vastata aikakauden keskeisiin ongelmiin vaihtelee. Vaihtoehtoiset muunnelmat määrittelevät vallanjako-opin peruskäsitteitä eri tavoin ja/tai ne järjestävät siihen kuuluvat periaatteet erilaisiin etusijajärjestyksiin. Ero-

¹⁸² Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 251-253, 257.

avaisuudet voivat olla seurausta vallanjaon ”syväjustifikaatioiden” painotuksista tai vallanjaon sijoittamisesta valtiosääntöoikeuden yleisten oppien kokonaisuuteen. Tuori toteaa vallanjako-oppia täsmentävän osaltaan sen, millainen tulokinta demokratiasta, perusoikeuksien rajoittamisedellytyksistä tai oikeusvaltiosta annetaan, ja vallanjaon ongelmien paikantaminen vaihtelee yhteiskunnallisen, poliittisen ja oikeudellisen kehityksen mukaisesti.¹⁸³ Näin ollen muuttuvassa yhteiskunnassa muutoksen alaisena ei ole vain vallanjako-oppi oikeuden ”pintatasolla”, vaan yhteiskunnan muuttuessa myös vallanjakoa perusteleva ”syvätaso” on liikkeessä perustellen kulloinkin erilaisia vallanjaon malleja ja erilaisia tehtävänjaon malleja.

Tarkastelen jatkossa sitä, millaiset välineet Tuorin käyttämä vallanjakoa perustelevien vaatimusten jaottelu antaa artikuloitaessa vaihtoehtoista vallanjakomallia. Kuten Tuori toteaa, kilpailevien vallanjako-oppien erilaisia painotuksia selittää paljolti se, millaisiin perusteluihin ne tukeutuvat. Tuori esittää käytettäväksi vallanjaon perustelemissa seuraavanlaisia syväjustifikaatioksi nimittämiään perusteluita: tehokkuusperustelu, valtateoreettinen perustelu, oikeusturvaperustelu ja demokratiaperustelu. *Tehokkuusperustelu* perustelee vallanjakoa työnjaollisesta näkökulmasta, joka mahdollistaa tiettyihin tehtäviin erikoistuneiden toimielinten toiminnan tarkoituksenmukaisen ja tehokkaan organisoinnin. Vallanjaon *valtateoreettisena* perusteluna toimii puolestaan se, että valtiotehtävien uskominen toisiinsa nähden itsenäisille elimille toimii turvana vapautta vaarantavaa valtiollista vallankäyttöä vastaan eri toimielinten toisiinsa kohdistaman kontrollin vuoksi. Tällöin eri vallankäyttäjät myös tasapainottavat toistensa vaikutuksia ja estävät vallan kasautumisen. *Oikeusturvaperustelu* sisältää ensinnäkin perustuslain 3 §:ään kirjatun vaatimuksen tuomioistuinten riippumattomuudesta ja toisaalta perustuslain 21.1 §:n vaatimuksen siitä, että ”jokaisella on oikeus saada asiansa käsiteltyksi asianmukaisesti ja ilman aiheutonta viivytystä lain mukaan toimivaltaisessa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa sekä oikeus saada oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan koskeva päätös tuomioistuimen tai muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi”. *Demokratiaperustelulla* Tuori viittaa siihen, että lainsäädäntövaltaa perustelee kansansuvereniteetti eli rouseaulais-kantilainen yhteiskunnan itsesääntelyn idea, ja toisaalta diskurssiteoreettinen vaatimus lakien säätämisestä julkisuuden ympäröimässä kansanedustuslaitoksessa.¹⁸⁴

Tuori toteaa itsenäisen Suomen valtiosääntöhistorian osoittavan, miten vallanjaon syväjustifikaatio voi muuttua. Kun hallitusmuototaistelussa 1917–1919 vallanjakoa perusteltiin ennen kaikkea yllä esitellyllä *valtateoreettisella perustelulla*, niin nykyisin vallanjaon syväjustifikaatio perustuu keskeisesti demo-

¹⁸³ Tuori, Vallanjako – vaiettu oppi, LM 7-8/2005 s. 1025-1027, 1034.

¹⁸⁴ Tuori, Vallanjako – vaiettu oppi, LM 7-8/2005 s. 1031-1033. Ks. myös Tuori, Oikeuden ratio ja voluntas s. 161-163.

kratia- ja oikeusturva-argumenteille¹⁸⁵. Tämä havainto on lupaava ajateltaessa mahdollisuutta vallanjaon perustelemisesta jälleen uudella tavalla. Oman näkemyseni mukaan vallanjaon perustelut onkin perusteltua nykyisessä modernin vaiheessa esittää uudennlaisin painotuksin ja uudennlaisella tavalla formuloituna. Niinpä esimerkiksi toisin kuin Tuori, joka positivismin keskeisiä lähtökohtia ilmaisten näkee kansansuvereniteetin perustelevan parlamentin lainsäädäntövaltaa, en näe ajatusta kansansuvereenista enää adekvaattina nykypäivän yhteiskunnan kuvaamisessa ja ymmärtämisessä. Tämän sijasta korostan parlamentin lainsäädäntövallan perusteluna Tuorin mainitsemaa *tehokkuusperustelua* eli rationaali-sen *yhteiskunnallisen tehtävän*jaon argumenttia. Parlamentin päätöksentekoon huipentuvassa lainsäädäntöprosessissa on käytettävissä tehtäviensä mukaan erikoistuneita toimielimiä, joissa on myös kehittynyt spesifejä menettelytapoja ja joilla on käytössä henkilöresursseja, taloudellisia resursseja, aikaresursseja ja asiantuntemusta lakitekstien valmistelua ja muotoilua varten. Lisäksi *vallan kasautumisen* estämisen puolesta puhuva argumentti puolestaan perustelee parlamentin osallisuutta lainsäädäntöprosessiin hallinnon toimielinten ohella. Tehokkuusperustelun ja vallan kasautumisperustelunkaan ei puolestaan tarvitse nähdä tukevan vaatimusta oikeudellisen ratkaisun sitomisesta lakiin, pikemminkin ne puhuvat lain lähtökohtaisesti korkean oikeuslähdeopillisen painoarvon puolesta. Demokratiaperiaatetta vallan kolmijaon perusteluna tarkastelen jäljempänä.

Jos *vallanjakomallien erilaisia variaatioita* perustelee niiden puolesta puhuvien syväjustifikaatioperiaatteiden erilainen keskinäinen painottuminen kuten Tuori sanoo, niin eri variaatioita on perusteltavissa myös syväjustifikaatioperiaatteiden uudelleen tulkinnan kautta. Esimerkiksi kaikki demokratiaperiaatteen tulkinnat eivät perustele vallanjakoon liitettävää vaatimusta tuomioistuinnratkaisun sitomisesta lakiin. Kuten todettua Tuori on kritisoinut sellaista ”yksinkertaistetuksi demokratiakäsitykseksi” nimittämänsä ajattelumallia, jonka mukaan tuomioistuinten ensisijainen tehtävä on toteuttaa lainsäätäjän tahtoa ja joka pitää tuomioistuinlaitoksen aseman vahvistumista oikeudellisessa ja poliittisessa järjestelmässä uhkana demokratialle. Esimerkiksi Habermasin ajattelussa nimenomaan lainsäätämismenettelyssä syntyy hallinnollista valtaa *kurissa pitävää* kommunikatiivista valtaa. Mutta Tuorin konstruoiman dworkinlaisen kritiikin mukaan tällaista valtaa voi syntyä myös tuomioistuinten tehdessä kiperissä tapauksissa oikeusperiaatteisiin nojautuvia ratkaisuja. Edellytyksenä tällaisen kommunikatiivisen vallan syntymiselle sekä lainsäädäntöprosessin että oikeudellisen ratkaisutoiminnan yhteydessä on tietenkin se, että niitä todella ympäröi jatkuva kansalaiskeskustelu¹⁸⁶. Vaadittu ja toteutunut yhteys julkiisiin diskursseihin voi näin ollen legitimoida sekä lainsäädäntöprosessien lopputulokset mutta toisaalta myös tuomioistuinmenettelyjenkin lopputulokset, vaikka

¹⁸⁵ Tuori, Vallanjako – vaiettu oppi, LM 7-8/2005 s. 1033.

¹⁸⁶ Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 257.

ratkaisuissa ei ehdottomasti pidettäisikään kiinni lakiin sitoutumisen vaatimuksesta. Näin julkisten diskurssien kautta ymmärretty demokratiaperiaate voi yhtäältä perustella ratkaisujen sitomista lakiin, mutta toisaalta se voi legitimoida myös tuomioistuinten vallankäytön ilman tiukkaa sidosta säädettyihin lakeihin. Siis kuten Tuori toteaa, vallanjaon syväjustifikaatiota mutkistaa se, että sama periaate voi puhua jonkin vallanjakoidean puolesta, mutta myös sitä vastaan¹⁸⁷.

Uskoakseni demokratiaperusteen merkitys valtiovallan perusteluna ja vallanjaon perusteluna on nykyään menettänyt merkitystään. Tämä johtuu siitä, että yksittäisiä lakeja säädetään ja myös yksittäisiä oikeudellisia ratkaisuja joudutaan tekemään EU-direktiivien ja perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien edellyttämällä tavalla. Toisaalta silloin kun kyseessä ei ole näiden tekijöiden ohjaamasta lainsäädännöstä, on demokratiaperiaatteella edelleen tärkeä tehtävä. Lainsäädännön yhteiskunnallisen hyväksyttävyyden kannalta on tärkeää, että lainsäädäntöprosessissa erilaiset poliittiset näkemykset nousevat esiin ja vaikuttavat toisiinsa pyrittäessä erilaisten vaatimusten yhteensovittamiseen, ja että lopputulokseksi tulee sellainen kompromissi, joka saa eduskunnan enemmistön kannatuksen¹⁸⁸. Toisaalta myös tuomioistuimissa joudutaan yhteen sovittamaan erilaisia yhteiskunnallisia vaatimuksia ja joudutaan pyrkimään kompromisseihin niiden välillä. Näin ero siinä, miten lopputulokset muotoutuvat lainsäädäntöprosessissa ja tuomioistuin harkinnassa, ei ole dikotominen.

Demokratia-argumentti tukee parlamentin lainsäädäntötehtävää sitä vakuuttavammin, mitä täydellisemmin todellinen lainsäädäntöprosessi tosiasiasa vastaa vapaan keskustelun ja rationaalisen harkinnan ideaalimalleja Habermasin tarkoittamalla tavalla. Toisaalta lieenee myös niin, että mitä vähemmän todellinen lainsäädäntöprosessi vastaa vapaan keskustelun ja rationaalisen harkinnan ideaalimalleja, sitä vähemmän arvoa demokratia-argumentilla on perusteltaessa vaatimusta oikeudellisen ratkaisun *sitomisesta* lakiin. Jos lain sisältö osittain riippuu yksittäisten poliitikkojen tai muiden lainsäädäntöön osallistuvien henkilöiden tai poliittisten ryhmien taitavuudesta tai onnistuneesta vallankäytön *taktiikasta* ja strategiasta, niin näiltä osin lait eivät toteuta demokraattisen tahdonmuodostuksen ideaa *kansan tahdon*¹⁸⁹ toteuttajina.

¹⁸⁷ Tuori, Vallanjako – vaiettu oppi. LM 7-8/2005 s. 1033.

¹⁸⁸ Tästä tarkemmin Taxell, Rätt och demokrati s. 136.

¹⁸⁹ Kansalaisten enemmistön tahto tai mielipide ei välttämättä edes ole hyvä perustelu demokratian puolesta. Esimerkiksi Aarnio toteaa (Laintulkinnan teoria s. 188-189), että suomalaisessa oikeuskulttuurissa keskeistä vaatimusta oikeusturvan toteuttamisesta ei ole syytä yrittää perustella empiirisellä väitteellä siitä, että tämä vaatimus olisi kansalaisten enemmistölle tärkeä asia. Hänen mukaansa ihmiset eivät useinkaan tule pohtineeksi koko asiaa, ja lisäksi Aarnio toteaa kansalaisten mielipiteiden olevan monesti pinnallisia ja satunnaisia. Tämän vuoksi hänen mukaansa mikään haastattelututkimus ei voi perustella luotettavasti vaatimusta oikeusturvan keskeisyydestä. Jos tämä asiantila – niin kuin pelkään – pitää paikkansa yhteiskunnallisten asioiden suhteen yleisemminkin, ei demokraattisen enemmistöpäätöksenteon ja enemmistön tahdon merkitystä ole syytä ylikorostaa oikeudellisen ratkaisun sidonnaisuuksia määriteltäessä.

On siten mahdollista, että kompromissina eri arvojen välisestä punninnasta tuomioistuinratkaisussa osutaan lähemmäs vallitsevia yhteiskunnallisia arvosuoksia kuin lainsäädäntöprosessissa. Mitä enemmän todellinen päätöksenteko parlamentissa pohjautuu esimerkiksi median mielipidemuokkaukseen, eturyhmien välisiin sopimuksiin tai taitavien poliittisten vaikuttajien vallankäyttöön (*”tosiasiallinen demokratiavaje”*), sitä vähemmän tuomioistuinprosessin *”menettelyllistä demokratiavajetta”* voi itsestään selvästi pitää ongelmallisena asiana. Vaje tuomioistuinprosessin demokraattisuudessa ei myöskään olisi yksiselitteisesti ongelmallinen asia niissä ainakin periaatteessa mahdollisissa tilanteissa, joissa lainsäädäntövaiheessa tehty ratkaisut johtaisivat yksittäisissä oikeustapauksissa ristiriitaan ihmisoikeuksien kanssa.

Suomessa parlamentin toiminta ymmärretään tavanomaisessa kielenkäytössä kansan edustamisena. Englannin kielessä sana edustaminen *”representation”* merkitsee puolestaan myös esittämistä. Näin ollen *representation* merkitsee poliittisen edustamisen rinnalla myös esittämistä, eli parlamenttia voidaan pitää sekä kansan edustamisena että kansan esittäjänä (tästä tarkemmin II-luku, jaksot 6.4 ja 6.5). Jos päätöksentekoa eduskunnassa ajatellaan kansan tahdon esittämisenä, tällöin vaikutussuhde näyttäytyy puhdasta edustamissuhdetta monimutkaisempana. Eduskunta ensin *esittää* päätöksellään kansan tahdon, ja *sen jälkeen* julkinen keskustelu sekä seuraavat vaalit osoittavat, missä määrin *”kansan”* hyväksyy tahdokseen sen, mitä eduskunta on sen tahdoksi esittänyt. Tällä tavalla ymmärrettyä demokratialla on mahdollisuus toimia myös tuomioistuinratkaisujen suhteen. Ensin siis tuomioistuin esittää sen, mitä yhteiskunnassa pidetään oikeana tai oikeudenmukaisena, minkä jälkeen kansalaiskeskustelu voi ottaa käsittelyynsä nämä tuomioistuinten representaatiot. Ja näin kansalaiskeskustelu voi vaikuttaa *”feed backina”* tuleviin oikeudellisiin ratkaisuihin. On jälleen kerran syytä painottaa, että tuomioistuinten ei pidä ottaa itselleen itsevaltaista *”kansan esittäjän”* paikkaa (eikä se nykyajan länsimaaisissa yhteiskunnassa ole mahdollista-kaan), mutta ne voivat toimia lainsäädännöstä aiheutuvien ongelmien korjaajana. Tällä tarkoitan sitä, että oikeudellisissa ratkaisuissa ei pitäisi kavahtaa *”kansan esittämistä”* eli oikean ja yhteiskunnallisesti oikeudenmukaisen esittämistä, siis sellaisten tietyissä tilanteissa näyttäytyvien mahdollisuuksien ja yhteiskunnallisten vaatimusten formulointia, joita aiemmin ei ole osattu samalla tavoin muotoilla.

Kuten totesin, demokratiaperustelulla vallanjaon syväjustifikaationa Tuori viittaa siihen, että parlamentin lainsäädäntövaltaa perustelee kansansuvereniteetti eli rouseaulais-kantilainen yhteiskunnan itsesääntelyn idea, ja toisaalta diskurssiteoreettinen vaatimus lakien säätämisestä julkisuuden ympäröimässä kansanedustuslaitoksessa¹⁹⁰. Käsittelin jo yllä tätä ajatusta kansansuvereenin ja alustavasti myös julkisuuden osalta. Tarkastelen nyt vallanjaon syväjustifikaatiota sellaisessa

¹⁹⁰ Tuori, Vallanjako – vaiettu oppi, LM 7-8/2005 s. 1033.

variaatioissa, jossa Tuorin tavoin julkinen kansalaiskeskustelu hyväksytään tärkeäksi osaksi demokratiakäsitystä mutta jossa korvataan ajatus tarkoitettusta *itsesääntelyn* ideasta ajatuksella politiikasta yhteisten asioiden hoitamisena. Nimitäin ajatus siitä, että kansalaiset voisivat vapaasti päättää yhteiskunnallisen normatiivisen rakenteen sisällöstä ei nähdäkseni ole uskottava. Päätösvaltaa kaventavat nykyään esimerkiksi yhteiskunnallisten ongelmien globaalisuus, ihmisoikeudet sekä yhteiskunnallisten toimintojen omalakisuus eli yhteiskunnallisten toimintojen ylläpitämisen ja kehittämisen kannalta *välttämätön* infrastruktuuri. Kun kansalaisten vapaaseen tahtoon perustuva itsesääntelyn idea edellyttää lakiin sitoutumista oikeudellisessa ratkaisussa, niin yhteiskunnan toimivuus tai infrastruktuurin (myös ”eettis-moraalisen infrastruktuurin”) ylläpitäminen edellyttää sekä parlamentilta että tuomioistuimilta aktiivista reagoimista aktuaalisiin ongelmatilanteisiin ja myös *pyrkimystä yhteiskunnallisen toiminnan edellytysten ylläpitämiseen ja kehittämiseen*. Jos siis vallanjaon syväjustifikaatioissa itsesääntely-idean muuttaa vaatimukseksi yhteiskunnallisen toiminnan ehtojen turvaamisesta ja kehittämisestä, jolloin politiikalla ymmärretään yhteisten asioiden hoitamista, tällöin syväjustifikaatio perustelee toisenlaista vallanjakomallia, jossa myös tuomioistuimilta edellytetään yhteiskunnallista aktiivisuutta.

Tuori mainitsee demokratiaperiaatteen ohella toisena keskeisenä vallanjaon perusteluna nykypäivän Suomessa oikeusturvaperiaatteen, sillä se on erityisen tärkeä tuomioistuinten riippumattomuuden perusteluna¹⁹¹. Nykyisessä perustuslaissa (21 §) *oikeusturvaan* on katsottu kuuluvaksi muun muassa sellaisia elementtejä kuten oikeus saada asiansa riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi, oikeus tulla kuulluksi ja oikeus saada asia käsitellyksi ilman aiheutonta viivytystä. Näin ymmärrettynä oikeusturvavaatimus on kieltämättä keskeinen vaatimus vallan kolmijaon kannalta, mutta oikeusturvavaatimuksella voi olla myös muita keskeisiä vaikutuksia vallanjakoon riippuen siitä, miten oikeusturvaperiaate ymmärretään. Tässä on syytä tarkastella oikeusturvan käsitteitä sekä muodollisessa että aineellisessa merkityksessä¹⁹². *Muodollisessa merkityksessään* vaatimus oikeusturvasta liittyy vaatimukseen mielivallan välttämisestä ja ennakoitavuudesta ja kansalaisen yhdenvertaisuudesta lain edessä. Näin ymmärrettynä vaatimus oikeusturvasta perustelee myös vallanjako-oppiin kuuluvan vaatimuksen oikeudellisen ratkaisun sitomisesta lakiin¹⁹³. *Aineellisessa merkityksessään* oikeusturvavaatimus edellyttää sitä, että ratkaisut ovat oi-

¹⁹¹ Tuori, Vallanjako – vaiettu oppi, LM 7-8/2005 s. 1032-1033.

¹⁹² Seuraavassa tarkastelu mukaillee Aarnion tekemää erottelua muodollisen ja aineellisen oikeusturvakäsityksen välillä. Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 186-188.

¹⁹³ Esimerkiksi Lars Erik Taxell puolustaa lakiin sitoutumisen ja oikeusturvan yhteyttä. Hänen mukaansa demokraattisen legaliteetin vaatimus tydyttää oikeusvarmuuden (rättssäkerhet) vaatimuksia. Se edistää järjestystä ja varmuutta yhteiskunnassa, ja sen avulla yksilöillä on mahdollisuus ennakoita tekojensa seurauksia ja viranomaisten päätöksiä ja toimenpiteitä (Taxell, Rätt och demokrati s. 111).

keudenmukaisia, kohtuullisia, ja siis lopputuloksensa puolesta hyväksyttäviä. Oikeusturva tarkoittaa näin ollen sitä, että yhteiskunnallisten toimijoiden on oltava turvassa myös asetetulta oikeudelta. Aineellisen oikeusturvan vaatimus edellyttää mahdollisuutta laista poikkeamiseen, mahdollisuutta *contra legem*-ratkaisuun. Näin ollen se, tukeeko oikeusturvaperiaate vallanjakoon liittyvää vaatimusta tuomioistuinratkaisujen sitomisesta lakiin riippuu siitä, miten oikeusturvaperiaate ymmärretään. On selvää, että meidän oikeuskulttuurissamme oikeusturvalla on vallanjaon yhteydessä tarkoitettu nimenomaan vaatimusta muodollisesta oikeusturvasta, ja näin on päädytty lakisidonnaisuuden vaatimuksen tärkeyden korostamiseen¹⁹⁴. Jos aineellinen oikeusturvavaatimus kuitenkin alettaisiin ottaa vakavasti siten, että muodollista ja aineellista oikeusturvavaatimusta pidettäisiin keskenään tasa-arvoisina vaatimuksina sillä tavalla, että yritettäisiin löytää ajatuksellisia ja käsitteellisiä keinoja tasapainotteluun näiden kahden eri suuntiin osoittavan vaatimuksen välillä, tällöin myöskään oikeusturvavaatimuksella ei enää voitaisi perustella oikeudellisen ratkaisun sitomista lakiin. Loppuhuomautuksena on yllä olevan perusteella syytä todeta, että demokratiavaatimus ja oikeusturvavaatimus voivat toimia erilaisten vallanjakovaatimusten perusteluina riippuen siitä, millä tavalla ne formuloidaan. Siten ne eivät ollenkaan välttämättä perustele vaatimusta oikeudellisen ratkaisun sitomista lakiin tai perustele parlamentin *hierarkkisesti ylempää* asemaa tuomioistuimiin verrattuna.

Tuorin luettelo vallanjaon perusteluista ei tietenkään ole tarkoitettu tyhjentäväksi tai ainoaksi oikeaksi. Itse kaipaen vallanjaon perusteluihin lisättäväksi sellaisia premissejä, joiden tehtävänä olisi mahdollistaa tuomioistuimen vallankäytön määrittelyminen siten, että ratkaisutoiminnassa pystyttäisiin aikaisempaa paremmin tasapainottelemaan yhtäältä staattisuus- ja suljettisuusvaatimuksen ja toisaalta dynaamisuus- ja avoimuusvaatimusten välillä. Tämän vuoksi ehdotan vallan kolmijaon perusteluksi lisättävän systeemitoteuttamisen vaatimuksen *kompleksiteetin adekvaattisuudesta*. Kyse on itse asiassa metatason normatiivisesta vaatimuksesta, joka kohdistuu vallan kolmijakoa perustelemaan premissikonstellaatioon. Vallan jakautuminen parlamentin ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan välillä on pystyttävä organisoimaan ja perustelemaan siten, että oikeudelliselle ratkaisutoiminnalle voidaan turvata sekä mahdollisuus

¹⁹⁴ Tästä ajattelutavasta löytyy hyvä eksplikaatio Husalta, joka puolustaa vallan kolmijaon merkitystä sillä, että vallan kolmijako on modernin oikeuden ja oikeusvaltion keskeinen ainesosa. Husa näkee vallan kolmijaolla (ja perusoikeuksilla) olevan sen oikeusvaltiollisen perusfunktion eli ne *suojaavat yksityistä* asettamalla pidäkkeitä ja rajoitteita julkiselle valalle. Vallan kolmijaon perusidea on hänen mukaansa julkisen vallan pilkkominen kolmeen osaan, jotta sen yksityisille muodostama uhka olisi pienempi ja jotenkin hillittävässä. Valtiovallan kolmijaossa on siis kyse Hobbesin vahvan Leviathanin eli *rajattomin valtaoikeuksin* toimivan suvereenin valtiiovallan kesyttämisestä. Husa, Perusoikeudet ja vallanjako s. 9-10. Näin myös Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 107.

ennakoitavuuteen että tilannekohtaisten vaatimusten huomioonottamiseen. Tuomioistuimilla ei tämän vaatimuksen mukaan voi olla tasa-arvoisia parlamentin valtaan rinnastettavia mahdollisuuksia oikeuden muuttamiseen.

Lakitekstit ovat tärkeitä välineitä pyrittäessä organisoimaan oikeudellisen ratkaisutoiminnan kompleksiteetti hallittavalle tasolle. Jos valintatilanteiden kompleksiteettia oikeudellisessa ratkaisussa ei saada riittävästi rajattua, jos siis kompleksiteetin hallinta menetetään, menetetään myös mahdollisuus ratkaisujen identifioimiseen oikeudellisiksi. Laille tunnustettu tärkeä asema oikeudellisen ratkaisun premissinä toimii täten ratkaisutoiminnan jatkuvuuden ja systeemikeyden säilyttämisen kannalta tarvittavana kompleksiteetin rajoituksena ja samalla myös ennakoitavuuden turvaajana. Toisaalta kompleksiteetin adekvaatisuuden vaatimus ei salli vaatimusta *ratkaisujen sitomisesta* lakiin, sillä tämä merkitsisi ratkaisuvaihtoehtojen sellaista supistamista, joka heikentäisi mahdollisuutta tilanneherkkään sisällöllisesti onnistuneiden ratkaisujen tekemiseen.

4.4 TRANSPARENSSI VALLANJAON PERUSTELUNA

Myös transparenssin vaatimusta voidaan pitää tärkeänä perusteluna yhteiskunnallisen vallan jakamisen puolesta. Esimerkiksi Jaakko Husa toteaa vallanjaon yhtenä keskeisenä yhteiskunnallisena tehtävänä olevan paitsi rajoittaa valtaa pyrkiä tekemään siitä läpinäkyvämpää ja näin ohentaa sen naamiota. Husan mukaan lainsäätämiskäytännön justifikaationa voidaan pitää sitä, että vaikka se ei olekaan faktuaalisesti erityisen läpinäkyvää, se on kuitenkin olennaisesti läpinäkyvämpää kuin pidemmälle erikoistuneet lainkäyttö ja oikeustiede. Niinpä Husan mukaan ajatus siitä, että tuomari voi kontrolloida lakien perusoikeuksien mukaisuutta, on ongelmallinen sen vuoksi, että lainsäädäntömenettely on *läpinäkyvämpää* kuin tuomioistuimen ratkaisutoiminta tai oikeustieteen diskursit.¹⁹⁵

Kuvakielisinä ilmaisuina ”transparenssi” sen paremmin kuin ”läpinäkyvyyskään” eivät ole mitenkään eksakteja yhteiskunnalliseen vallankäyttöön liitettäviä vaatimuksia. Niinpä pyrin seuraavassa syventämään ymmärrystä tästä vallanjaon ”syväperustelusta” siten, että sen käyttöä vallanjaon perusteluna pystyttäisiin tarkentamaan. Vaatimus vallankäytön transparenssista yhdistyy ensinnä-

¹⁹⁵ Husa, Oikeus 1/2003 s. 12, 16. Kysymys vallan läpinäkyvyydestä ei kuitenkaan ole aivan yksiselitteinen. Husa viittaa tässä yhteydessä Foucault’hon, jonka mukaan ”...valta on siedettävää vain sillä ehdolla, että se naamioi olennaisen osan itseään. Sen toimivuus on suoraan suhteessa siihen, kuinka hyvin se pystyy naamioimaan omat mekanisminsa” (Foucault, Seksuaalisuuden historia s. 65). Husan mukaan vallanjako-oppi ei pysty tekemään tyhjäksi Foucault’n mainitsemia ominaisuuksia, mutta se ikään kuin tunnustaa sen ja pyrkii tekemään valtaa juridisesti näkyväksi, jolloin sitä on myös mahdollista pyrkiä edes jotenkin rajoittamaan.

kin vallankäytön kontrolloitavuuteen. Transparensilla voidaan yleisesti tarkoittaa tekijää, joka *mahdollistaa tiedon* ratkaisun premisseistä ja siitä, mitä eri vaihtoehtoja on harkittu ja miten lopputulokseen on päädytty. Erityisesti tuomioistuinten vallankäytön osalta transparenssivaatimuksen mielekkyys näkyy nähdäkseni selvimmin ratkaisuun kohdistuvien kontrolloitavuus- ja ennakoitavuusvaatimuksen yhteydessä. Jotta ratkaisuja olisi mahdollista ennakoita, on välttämätöntä, että on saatavissa tietoa ratkaisun tekemisessä relevantteina pidettävistä seikoista. Sama koskee ratkaisujen oikeellisuuden arvostamista eli kontrolloitavuutta. Ratkaisujen oikeellisuuden kontrolloiminen on ongelmallista, ellei ole käsitystä siitä, millaisia kriteerejä ratkaisun tulee noudattaa. Ratkaisuun johtanut päättelyketju täytyy olla rekonstruoitavissa, jotta ratkaisua voitaisiin arvostella ja kontrolloida, ja tämä edellyttää ratkaisuprosessin transparenssia. Modernissa yhteiskunnassa vallankäyttöön kohdistettavaa transparenssin vaatimusta rasittaa kuitenkin ongelma, jota voisi kutsua *transparenssivajeeksi* ja joka ilmenee yhteiskunnallisen vallankäytön yhteydessä kahdellakin tavalla.

Oikeusvaltiolliseen (siis liberalistiseen ja montesquieuilaiseen) vallanjakomalliin voidaan liittää transparenssivaatimus siten, että transparenssivaatimuksen toteutumisen keskeisenä tekijänä pidetään lainalaisuusperiaatetta, ja toisin päin: transparenssivaatimusta pidetään keskeisenä premissinä lainalaisuusperiaatteelle. Kuitenkin *transparenssivaje* on ilmeinen jo tämän mekanismin ensi-asteleilla. Ei nimittäin voida lähteä siitä, että lainsäätämismenettelyyn osallistuvien komiteoiden, työryhmien ja virkamiesten toiminta tai eduskunnassa mukana olevien puoluepoliittisten valtaryhmien työskentelymuodot olisivat mitenkään optimaalisella tavalla läpinäkyviä. Päinvastoin lainsäädäntöprosessin lopputuloksiin eri vaiheissa vaikuttavat julkisuudelta piiloon jäävät epädemokraattiset tekijät kuten voimakkaiden etujärjestöjen, lakeja valmistelevan virkamieskunnan ja lainsäädäntöprosessiin osallistuvien asiantuntijoiden tosiasiallinen valta vaikuttaa lainsäädäntöprosessin lopputuloksiin ovat kai tyypillisiä esimerkkejä sellaisesta vallankäytöstä ja valtamekanismista, joka oikeusvaltion päätöksentekoprosesseissa mielellään naamioidaan mahdollisimman näkymättömäksi ja joka oikeusvaltion teoriassa jätetään vähäisien mainintojen varaan silloin kun perustellaan lainsäätäjän keskeistä asemaa suhteessa tuomioistui-miin.

Transparenssivaje näyttää väistämättömältä myös oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Jos oikeudellisen ratkaisutoiminnan transparenssi ajatellaan turvattavaksi nimenomaan sen perusteella, että ratkaisu perustuu lakiin, joka (periaatteessa mutta ei käytännössä) on kaikkien tiedossa, niin transparenssivajetta merkitsee jo se oikeudellisen ratkaisutoiminnan ominaispiirre, että ratkaisuja ei voida suoraan johtaa lakiteksteistä. Esimerkiksi oikeuden systematiikkaan perustuvan laintulkinnan, tai oikeusperiaatteiden, sekä korkeimpien oikeuksien tai EU-tuomioistuimen antamien ennakkopäätösten vaikuttaessa ratkaisujen lopputuloksiin karkaa toive ratkaisutoiminnan transparenssista varsin kauaksi.

Jos transparensin toteutumisen keskeisenä tekijän pidetään sitä, että käytettävät premissit ovat periaatteessa kaikkien saatavilla ja jo etukäteen kaikkien tiedossa, tällöin voi ajatella nykyisen teknisen kehityksen vaikuttaneen myös siihen, että internetistä helposti saatavilla olevia ennakkoratkaisuja tai oikeustieteellisten tutkimusten tuloksia voisi ratkaisutoiminnan transparenssia heikentämättä käyttää ratkaisujen premissinä. Tällöin kuitenkin unohdettaisiin se, että transparenssin edellytyksenä on premissien julkisuuden lisäksi myös se, että ratkaisuun vaikuttavat tekijät ja erot niiden vaikutustapojen välillä pitää myös olla ymmärrettävissä.

Yllä kuvatulla tavalla syntyvän transparenssivajeen korjaamiseksi on vaadittava ratkaisujen perusteluja. Ratkaisujen kunnollinen perusteleminen varmasti parantaa tilannetta, mutta se ei pysty ongelmaa poistamaan oikeudellisen ajattelun eriytymisen ja sen omaleimaisten erityispiirteiden vuoksi. Esimerkiksi Tuorin mukaan suppea oikeusyhteisö käy juridista argumentaatiota erityiskielellään, joka on omiaan eristämään keskustelun laajan oikeusyhteisön tavoittamattomiin. Oikeudellista argumentaatiota voidaan pyrkiä lähentämään yleiseen praktiseen argumentaatioon, mutta oikeudellinen argumentaatio ei voi kokonaan luopua omintakeisuudestaan¹⁹⁶. Niinpä koska oikeudellinen ratkaisutoiminta ja oikeudellinen kommunikaatio yleisemminkin ovat jo siinä määrin eriytyneet oman oikeudellisen käsitteistön ja ajattelutavan mukaan toimivaksi, on oikeudellisten ratkaisujen ymmärrettävyys jo tästä syystä suurelta osin karannut juristikoulutusta vailla olevien henkilöiden ulottumattomiin. Tällaista modernille yhteiskunnalle tunnusomaista eri sosiaalisissa systeemeissä ja menettelyissä tapahtunutta rationaliteettien eriytymisestä (ausdifferenzierung) johtuvaa päätöksenteon *tahatonta peittymistä* (transparenssivajetta) ei voitane mitenkään välttää. Foucaultlaisittain voitaisiinkin ajatella, että ainakin tämän tapainen kätkeytyminen on vallankäytön toimivuuden ehtona. Näin ollen sekä transparenssi että kätkeytyminen olisivat molemmat läsnä oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa oikeudellisen ratkaisutoiminnan edellytyksinä.

Vaatus lain puitteissa tapahtuvasta ratkaisusta ei myöskään välttämättä edistä transparenssin tai koherenssin, kontrolloitavuuden ja ennakoitavuuden tavoitteiden saavuttamista, vaan lainmukaisuuden vaatimuksesta on seurauksena paradoksaalisesti myös toisen suuntainen tendenssi. Tämä vaatimus pakottaa epäselvissäkin tilanteissa pukemaan ratkaisun lainmukaisuuden naamioon. Ratkaisun annetaan ymmärtää olevan lain mukainen, vaikka tosiasialla olisi jouduttu lakitekstistä irtautumaankin. Toisaalta ratkaisun perusteluissa saateetaan vain viitata lakipykälään, vaikka tämä ei selvästikään yksinään riitä perustelemaan tehtyä ratkaisua. Siten lakiin sidottuisuuden vaatimuksen vaarana on peittää näkyvistä ratkaisun todelliset perustelut, minkä vuoksi saattaa olla vaikeasti hahmotettavissa se oikeuden aktualisointi, jota ratkaisu tosiasialla

¹⁹⁶ Tuori, Oikeus, valta ja demokratia s. 263-264.

merkitsee. Tällainen peittely on omiaan haittaamaan oikeuden transparenssia ja siten se tosiasiaa aiheuttaa myös oikeussysteemissä epäselvyyttä ja vaikeuttaa ennakoitavuutta ja kontrolloitavuutta. Lakipositivistinen vastaus transparenssin vaatimukseen toimii vain silloin, jos ratkaisut voidaan enemmän tai vähemmän suoraan johtaa asetetuista säädöksistä ja kun oletetaan kielellisten ilmausten yksiselitteisyys ja staattisuus. Mitä enemmän ratkaisussa on mukana arkiajattelusta eriytynyttä oikeudellista rationaliteettia ja käsitteenmuodostusta, sitä vaikeammaksi transparenssin toteutuminen käytännössä muodostuu. Näin ajatellen *asetettu oikeus* ei pystyisikään turvaamaan transparenssia lakipositivismin edellyttämällä tavalla, eikä transparenssin vaatimus näyttäisikään enää ongelmattomalta perustelulta lain *sitovuuden* puolesta.

Transparenssia oikeudelliseen ratkaisutoimintaan kohdistuvana vaatimuksena on hyödyllistä tarkastella myös yleisemmällä periaatteiden tasolla. Tätä tarkoitusta varten otan tarkasteluun kysymyksen luottamuksesta vallankäyttöä kohtaan. Vaatimuksella vallan kolmijaosta voi ajatella olevan tärkeä merkitys vallan käyttöä kohtaan koetun luottamuksen ja luottamuksen suojaamisen kannalta, ja luottamuskin voidaan siten myös lukea osaksi vallanjaon ”syväjustifikaatiota”. Tässä en tarkastele sitä, miten luottamusperiaate voisi toimia koko vallanjaon perusteluna, vaan tarkastelen sitä nimenomaan yhteydessä oikeudellisen ratkaisutoiminnan ehtojen ja mahdollisuuksien määrittämiseen. Luottamus voidaan tällöin nähdä transparenssivaatimuksen yläkäsitteenä, sillä jos luottamus oikeudelliseen ratkaisutoimintaan ei ole vain kritiikitöntä auktoriteettiänsä oikeudellisen toiminnan legitiimiyteen, niin silloin transparenssi on tärkeä tekijä luottamuksen syntymisen ja ylläpitämisen kannalta. Näin ollen vaatimus transparenssista ei ole itseisarvoinen, vaan se toimii ennakoitavuutta ja kontrolloitavuutta luovana tekijänä, ja näin ollen keskeisenä tekijänä luottamuksen syntymisen suhteen. Kun yhteiskunnallisilla toimijoilla on mahdollisuus itse varmistua oikeudellisen ratkaisutoiminnan asianmukaisuudesta, on tämä omiaan synnyttämään luottamusta oikeudellista vallankäyttöä kohtaan. Luottamuksen syntyminen ja sen pysyminen ei kuitenkaan voi rakentua vain yhden tekijän varaan. Luottamuksen syntymiseen vaaditaan nimittäin myös sitä, että pystytään tekemään tilanteeseen sopivia sisällöllisesti onnistuneita ratkaisuja, siis että yhteiskunnalliset toimijat ovat myös tästä aineellisen oikeudenmukaisuuden perspektiivistä tarkasteltuna turvassa oikeudelliselta vallankäytöltä. Mitä useammin ratkaisutoiminnassa epäonnistutaan yksittäisten ongelmien ratkaisemisessa tyydyttävällä tavalla, sitä heikompi luottamus oikeudelliseen ratkaisutoimintaan syntyy. Ja mitä vähemmän ratkaisutoiminta pystyy olemaan mukana yhteiskunnan muutoksessa muuttuvien toimintaedellytysten vaatimusten täyttäjänä, ja siten tukemassa ja kehittämässä yhteiskunnan hyvinvoinnin ja toimintakyvyn edellytyksiä, sitä vähemmän syntyy luottamusta oikeuteen ja oikeuden ongelmanratkaisukykyyn.

Luottamuksen syntymisen ja ylläpitämisen voidaan siis yllä kuvatulla tavalla nähdä olevan riippuvaisia oikeudellisen vallankäytön transparenssista sekä ongelmanratkaisukyvystä. Ongelmanratkaisukyvyn takaaminen edellyttää mahdollisuutta yksittäisten tapausten ehdoilla tapahtuvaan tilannekohtaiseen harkintaan, mikä puolestaan ei ole yhteen sovittavissa lainalaisuusperiaatteen kanssa. Herkkyys tapauksittain vaihtelevien vaatimusten huomioonottamiseen kärsii, jos transparenssin nimissä vaaditaan ratkaisun sitomista annettuihin lakeihin. Tilanneherkkyyden vaatimus ja transparenssivaatimus asettavat siis oikeudellisen ratkaisun tilan määrittämiselle vastakkaisia vaatimuksia. Vaatimus lakiin sidotusta ratkaisusta ei ole yhteensopiva tilanneherkkyydsvaatimuksen kanssa, joka edellyttää pikemminkin premissien valintaa tilanteen vaatimusten mukaan. Tilanneherkkyyden vaatimukseen vastaaminen onnistuu vain eriytyneen oikeudellisen rationaliteetin ehdoilla, mikä siis merkitsee väistämättä eitärkoitettua peittymistä muulta yhteiskunnalliselta kommunikaatiolta (vaikka ratkaisut perusteltaisiin). Luottamuksen saavuttaminen edellyttää näin ollen oikeudelliselta vallankäytöltä sekä transparenssia että kätkeytymistä. Siten *luottamusvaatimuksen näkökulmasta* vaatimus oikeudellisen ratkaisutoiminnan sitomisesta lakiin ei ole perusteltu. Jos siis vallanjaon perustelujen tarkasteluun ottaa mukaan luottamusnäkökulman ja siihen sisältyvän dynaamisuuden vaatimuksen, pitäisi voida perustella, miksi luottamuksen kannalta olisi tärkeämpää jonkinlainen transparenssiasteen lisääminen verrattuna siihen, että pidettäisiin tärkeänä mahdollisuutta tilanneherkkään ratkaisuun ja ongelmanratkaisukyvyn parantamiseen.

4.5 SUUNTAA VALLANJAON REFORMULAATIOLLE

Vain rikkomalla käsitys valtiovallan jäykästä kolmijaosta voidaan päästä stabiiliuden ja suljettuisuuden korostamisesta dynaamisuuden ja avoimuuden parempaan huomioonottamiseen oikeudellisessa ratkaisussa. Lain ja oikeudellisen ratkaisun välistä suhdetta ei tulisikaan enää pitää valtiovallan liberalistisesti tulkittun kolmijako-opin mukaisena *hierarkkisena valtasuhteena*. Tämän sijasta lainsäädännön tehtävänä voidaan ajatella olevan oikeudellisen ratkaisutilanteen kompleksiteetin organisoiminen hallittavaksi. Lainsäädännön ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan tehtävät voidaan nähdä *toisiaan täydentävinä* siten, että ne jatkuvasti yhdessä reprodusoivat valinnan tekemisen yhteiskunnallisia premissejä, jotka näin ovat jatkuvassa rakentumisen ja artikuloitumisen liikkeessä. Oikeudellinen ratkaisutoiminta osallistuu tähän toimintaan oikeuden reproduction ehdoilla ja oikeuden näkökulmasta.

Ei ole epäilystäkään siitä, etteikö lainsäädännön ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan välillä tarvittaisi edelleenkin tehtävien jakoa ja toimivallan jakoa. Oleellista on kuitenkin se, että tämän vallanjaon yhteydessä ei pitäisi enää pu-

hua vallan kolmijaosta montesquieulaiseen tapaan, vaan *on vaadittava vallanjaon formulointia uudelleen siten, että se mahdollistaa lainsäädännön aiheuttamia ongelmia korjaavan ja lainsäädännön täydentäjänä toimivan tuomioistuinaktivismin*¹⁹⁷. Jos Habermasin termin ilmaistuna halutaan edelleen pitää kiinni kommunikatiivisen vallan yliotteesta hallinnollisen vallan ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan suhteen¹⁹⁸, on tämä yliote näkemykseni mukaan pystyttävä formuloidaan tavalla, joka ei tarkoita pelkästään oikeudellisen ratkaisun sitomista lakiin vaan joka *oikeudellisessa ratkaisussa* mahdollistaa reagoimisen muutoinkin kuin lakitekstien kautta välittyvän yhteiskunnan informaalin kommunikatiivisen vallan vaatimuksiin¹⁹⁹. Toisaalta voi olla niin, että kommunikatiivisen vallan yliote oikeudellisesta ratkaisutoiminnasta saattaa olla liikaa toivottu, ja on syytä tyytyä formuloimaan oikeudellinen ratkaisu vallankäyttöä ja *vuorovaikutussuhteessa* olevana artefaktina suhteessa yhteiskunnalliseen valintoja ohjaavaan infrastruktuuriin. Tuomioistuimia ei tarvitsisi nähdä siis vain lainsäädännössä lukkoon lyötyjen oikeudenmukaisuuskäsitysten *soveltajana*, vaan myös yhteiskunnallisten oikeudenmukaisuuskäsitysten *esittäjänä* (engl. representation).

Toisaalta ei ole selviö, että oikeudellista ratkaisutoimintaa sen paremmin kuin lainsäädäntöprosessejakaan tosiasiaassa ympäröisi sellainen aktiivinen, vapaa ja rationaalinen kansalaiskeskustelu, jota kommunikatiivisen vallan syntyminen edellyttäisi. Jos tämä kuitenkin oletetaan, on nähdäkseni joka tapauksessa syytä välttää Habermasin tapaan perfekti-aikamuodon käyttöä siten, että vaadittaisiin oikeudellisen ratkaisutoiminnan toimivan sen valtakirjan nojalla, jonka kommunikatiivinen valta *on* sille legitiimin oikeuden muodossa *myöntänyt*. Pikemminkin vallankäytön valtakirja myönnetään (tai systeemiteoreettisesti ilmaistuna se konstruoidaan odotusten odotuksina) nykyhetkessä jokaista ratkaisua varten erikseen, ja myös oikeuden legitimeetti ansaitaan tai ainakin reproduoidaan ratkaisu ratkaisulta, eikä lain seuraaminen sinänsä tuota ratkaisujen legitimeettiiä.

Kun montesquieulainen vaatimus vallan kolmijaosta on siis tosiasiasiallisesti ongelmallinen nyky-yhteiskunnassa sen vuoksi, että kaavamainen vallanjako ei enää tyydytä nyky-yhteiskunnan tarpeita, niin mikä voi olla sen arvo enää normatiivisena oikeudellisen ratkaisun sidonnaisuuksia määrittävänä vaatimuksena? Voisiko vaatimus montesquieulaisesta vallan kolmijaosta toimia edes yhteiskuntautopiana eli suunnan näyttäjänä ja tavoitteena yhteiskunnalliselle

¹⁹⁷ Myös nykyisen perustuslain antamista varten laaditussa hallituksen esityksessä otetaan jo varovasti etäisyyttä Habermasin liberalistiseksi nimittämästä vallanjakotulkinnasta. Hallituksen esityksessä todetaan vallanjakoa koskevan 3§:n osalta lähtökohtana olevan perinteinen (funktionaalinen ja organisatorinen) vallanjako, mutta valtiollisia perustehtäviä ei pyritä täydellisesti ja puhtaassa muodossa erottamaan toisistaan ja osoittamaan niitä eri valtioelimille. (HE 1/1998 vp s. 75).

¹⁹⁸ Ks. esimerkiksi Habermas, Faktizität und Geltung s. 231.

¹⁹⁹ Tällä kannalla näyttää olevan myös Tuori, ks. Kriittinen oikeuspositivismi s. 257.

kehitykselle? Epäilen että globaali, lokaali ja virtualisoitumassakin oleva yhteiskunta kaipaava valistuksen ajalta perityn utopian sijasta tällä hetkellä joitakin muita, ”realistisempia utopioita”, joilla voisi olla uskottavuutta normatiivisena vaatimuksena tai ideaaleina.

Mauro Cappellettin käsityksen mukaan moderneissa yhteiskuntarakenteissa tapahtuneiden muutosten vuoksi ja ennen kaikkea lainsäädännön ja hallinnon huomattavan kasvun vuoksi on ajautettu siihen pisteeseen, että myös tuomioistuintoiminnan rooli on arvioitava uudelleen. Vaihtoehtoina Cappelletti näkee tuomioistuimen perinteisessä vaatimattomassa yhteiskunnallisen vaikuttajan legalismin sävyttämässä roolissaan tai sitten tuomioistuinten on noustava lainsäätäjän ja hallinnon valtaa kontrolloivaksi yhteiskunnalliseksi vaikuttajaksi. Muun muassa EU-oikeuden ja ihmis- ja perusoikeuksien vaikutus on jo ilmeisestikin ruvennut viemään kehitystä Suomessakin tähän suuntaan. Cappelletti itse näkeeikin välttämättömänä tuomioistuinten roolin korostumisen aktiivisena yhteiskunnallisena vallankäyttäjänä modernissa yhteiskunnassa.²⁰⁰ EU:ssa, jossa vallan kolmijako ei toteudu samalla tavoin kuin jäsenvaltioissa, toimielinten suhteita jäsennetään kolmen keskeisen periaatteen kautta: tasapaino eri toimielinten välillä, toimielinten autonomia sekä lojaalinen yhteistyö toimielinten välillä²⁰¹. Näistä periaatteista saattaisi löytyä virikkeitä myös kolmijakoajatuksen reformuloimiselle jäsenvaltioissa.

Siirryttäessä vallanjaon formuloinnissa tarkoittamaani suuntaan vallanjako alkaa saada myös common law -kulttuurin piirteitä. Kuten Kevät Nousiainen on todennut, Yhdysvaltain perustuslaki etenkin judicial review -doktriinin valossa tulkittuna rakentuu ankarassa mielessä ymmärretyn vallan komijaon varaan. Perustuslain mukaan lainsäädäntövalta, toimeenpanovalta ja tuomiovalta ovat vallankäytön eri osa-alueita, joista kukin on vastuussa suoraan kansalle²⁰². Ajattelun samansuuntaisesti. Lainsäädännön ja oikeudellinen ratkaisutoiminnan tehtävänä on yhteiskunnassa eri foorumeilla kommunikoiuihin vaatimuksiin vastaaminen ja toisaalta yhteiskunnallisen toiminnan normatiivisten edellytysten ylläpitäminen ja kehittäminen eri yhteiskunnallisia toimijoita varten. Näiden tehtävien hoitamisessa lainsäädäntö ja oikeudellinen ratkaisutoiminta sekä rajoittavat toisiaan että tukevat toisiaan. Tuomioistuimet eivät anna lainsäädäntöä sitovia määräyksiä, vaan rajoittava vaikutus ilmenee siten, että lainsäädännössä ei tule tehdä valintoja, jotka heikentävät oikeussysteemin toimintakykyä esimerkiksi oikeuden systematiikkaa rikkomalla tai jättämällä huomiotta oikeuden kommunikaatiossa täsmentyneiden oikeudellisten erityiskäsitteiden merkitykset²⁰³.

²⁰⁰ Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective* s. 19, 23-24.

²⁰¹ Wennerström, *The Rule of Law and the European Union* s. 123.

²⁰² Nousiainen, *Prosessin herruus* s. 84.

²⁰³ Tosin tästä poikkeuksena on mainittava USA, jossa korkeimmat tuomioistuimet nimenomaan pystyvät antamaan osavaltion lainsäätäjää sitovia kannanottoja. Myös ihmisoikeuskysymyksissä voi syntyä tilanteita, joissa tuomioistuimen kanta voi muodostua lainsäädäntöä sitovaksi.

5 Tuomarivaltion uhkakuvasta

Tuomarivaltiota on meillä pidetty uhkakuvana demokratiaperiaatetta ja lakiin sitoutumista korostavalle oikeusvaltiolle. Tuorin jaottelun mukaan käsitettä ”tuomarivaltio” voidaan käyttää vahvassa tai ohuemmassa merkityksessä. Tuomarivaltiolla vahvassa merkityksessä tarkoitetaan sellaista yhteiskuntamuotoa, jossa valtiotoimintojen ytimenä pidetään tuomioistuintoimintaa, ja valtiovalta ylipäätään samaistetaan tuomiovaltaan. Tuomarivaltiolla ohuemmassa merkityksessä tarkoitetaan puolestaan sellaista yhteiskunnallista tilannetta, jossa tuomioistuimet käyttävät sellaista poliittisluonteista päätösvaltaa, joka tulisi demokraattisessa oikeusvaltiossa vallanjako- ja demokratiaperiaatteiden mukaisesti kuulua ennen kaikkea lainsäätäjälle.²⁰⁴ Modernissa yhteiskunnassa tuomarivaltio yllä kuvatussa vahvassa merkityksessä ei ole realistinen vaihtoehto, eikä siis todellinen uhkakaan, mutta ohuemmassa merkityksessä käsitys tuomarivaltiosta on lähemmän tarkastelun arvoinen.

Demokratia-argumentti on tunnetusti keskeinen oikeusvaltiosta ja tuomarivaltiosta puhuttaessa. Vaikka demokratianäkökulmaa hyvällä syyllä puolustetaan, on myöskin niin, että iskukykyisyytensä ja saamansa positiivisen sävyn vuoksi demokratiaperiaatetta käytetään myös suggestiivisesti valttikorttina painotettaessa parlamentin vallan tärkeyttä suhteessa tuomioistuihin²⁰⁵. Kuten Giovanni Sartori toteaa, käsite ”demokratia” ei ole vain kuvaileva tai esittävä, vaan sillä on myös normatiivinen ja suostutteleva funktio²⁰⁶. Kun tuomioistuinten vallan käyttö nähdään enemmistöperiaatteen vastaisena ja siten epädemokraattisena, tällöin ehkä syöllistytään demokratiakäsitteen liialliseen yksinkertaistamiseen. Toisaalta myös termiä ”tuomarivaltio” käytetään tässä keskustelussa suggestiiviseen tarkoitukseen, mutta toisin kuin demokratiaperiaate, tämä suggestio on negatiivinen. Tuomarivaltio on saanut pelissä ”Mustan Pekan” aseman, jonka jäämistä käteen pelätään²⁰⁷.

Lähemmässä tarkastelussa on kuitenkin syytä mennä näiden iskusanojen taakse ja välttää demokratian ja oikeusvaltion sekä tuomarivaltion dikotomisia vastakkainasetteluja. Sen sijaan olisi parempi tarkastella demokratian eri ilmenemismuotoja ja demokraattisen vaikuttamisen nykyaikaisia ongelmia ja mahdollisuuksia. Nämä tarkastelut voidaan sitten yhdistää pohdintaan siitä, millaisia erilaisia legitiimejä rooleja tuomioistuimilla voi nyky-yhteiskunnassa ajatel-

²⁰⁴ Tuori, Tuomarivaltio – uhka vai myytti?, LM 6/2003 s. 915-916.

²⁰⁵ Thomas Bull, JT 2000-01 nr. 1 s. 29-30.

²⁰⁶ Sartori, The Theory of Democracy Revisited s. 8.

²⁰⁷ Esimerkiksi Aarnio toteaa käsitteeseen ”tuomarivaltio” liittyvän usein vahvan propagandistisen sävyn. Ks. Aarnio, Oikeusvaltio – tuomarivaltio? s. 7.

la olevan. Kuten Tuori viisaasti toteaa, sekä oikeudellisessa keskustelussa että julkisessa keskustelussa yleisemminkin on syytä jatkuvasti tarkkailla sitä, että tuomioistuimet eivät ylitä niille demokratiassa kuuluvaa roolia. Yhtä viisaasti hän myös toteaa vaikeutena kuitenkin olevan sen määrittelemisen, mikä tämä rooli on. Hänen mukaansa suomalaisen oikeuskulttuurin muuttumista muuttaman viime vuosikymmenen aikana luonnehtii se, että lainsäätäjäpainotteisen oikeuskäsityksen itsestään selvyidet ovat alkaneet horjua. Hänen mukaansa erilaisten muutosten yhteisvaikutuksesta tuomioistuinten ja tuomarien rooli on korostunut tavalla, joka on kuljettanut oikeuskulttuuriamme angloamerikkalaiseen suuntaan²⁰⁸.

Thomas Bull on ruotsalaisessa keskustelussa kiinnittänyt erityistä huomiota siihen, ettei ole lainkaan selvää, että oikeudellinen ratkaisutoiminta olisi täysin vailla demokraattisia piirteitä. Hän toteaa ajatuksen tuomioistuinten epädemokraattisuudesta perustuvan usein siihen, että tuomioistuinten jäseniä ei valita eikä heitä voi erottaa demokraattisissa menettelyissä. Tämä näkökulma on hänen mielestään kuitenkin liian suppea, ja sen sijasta kysymystä oikeudellisen ratkaisun demokraattisuudesta tulee tarkastella laajemmin tuomioistuinmenettelyn näkökulmasta. Bull perustelee mielenkiintoisesti osallistuvuuden ja edustuksellisuuden näkökulmasta, miten myös oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa on löydettävissä demokraattisia piirteitä. Demokraattiselle vallankäytölle on keskeistä se, että valtaa käyttävän instituution päätöksiä ei tehdä valtaa käyttävien henkilöiden henkilökohtaisten mieltymysten mukaan, vaan lopputulosten muotoutumisen suhteen keskeisessä asemassa on päätöksentekuelinten ulkopuolisten henkilöiden suora tai edustuksellinen vaikuttaminen ratkaisujen lopputuloksiin. Tämä ehto täyttyy Bullin mukaan myös tuomioistuinratkaisussa, sillä asianosaisten ja heidän edustajiensa vaatimukset vaikuttavat usein merkittävästi ratkaisujen lopputuloksiin, ja heidän roolinsa on joskus jopa merkittävämpi ratkaisun lopputuloksen suhteen kuin ratkaisevan tuomarin. Asianosaiset siis mitä suurimmassa määrin osallistuvat tuomioistuinprosessiin, ja tämän johdosta ratkaisuja pidetään myös legitimeinä²⁰⁹. Asianosaisten esittämä todistelu ja vaatimukset vaikuttavat siviiliprosessissa ratkaisevasti siihen, millaiseen ratkaisuun voidaan päätyä, eikä tuomioistuin ole vapaa tekemään ratkaisua

²⁰⁸ Tuori, Tuomarit ja tuomioistuimet suomalaisessa oikeuskulttuurissa, LM 7-8/2000 s. 1057 ja 1050-1051. Viimeaikaisessa saksalaisessa keskustelussa on myös käytetty painavia puheenvuoroja tuomioistuinten merkityksen korostumisesta lainsäädännön rinnalla. Saksan korkeimman oikeuden (Bundesgerichtshof) presidentti professori Günther Hirsch on painottanut tuomioistuinten oikeutta kehittävää merkitystä nopeasti muuttuvassa yhteiskunnassa. Hänen mukaansa nykyinen oikeusvaltio on pikemminkin tuomarivaltio kuin lainsäädäntövaltio. Kun Saksan perustuslain mukaan tuomiotoinnin on oltava sidottua ”lakiin ja oikeuteen”, niin painopiste on nykyään nimenomaan oikeudessa, ei laissa. (Hirsch, Rechtsstaat – Richterstaat. Frankfurter Allgemeine Zeitung s. 8. 30. huhtikuuta 2007.)

²⁰⁹ Ks. tarkemmin tästä menettelyllisestä oikeudenmukaisuudesta ja sen suhteesta muihin oikeudenmukaisuuden lajeihin Ervasti, Käräjäoikeuksien sovintomenettely s. 174-179.

omien arvopunnintojensa mukaisesti. Harvinaista ei ole myöskään se, että asianosaiset muotoavat päätösvaihtoehdon, joissa tuomioistuin sitten pysyttäytyy ehkä vähäisin muutoksin. Asianosaisten osallisuudella ratkaisun lopputuloksen muotoutumiseen on tärkeä ratkaisua legitimoiva vaikutus, joka on verrattavissa siihen legitimizeettiin, joka muodostuu demokraattisiin vaaleihin osallistumisen vaikutuksesta.²¹⁰

Onko sitten niin, että näin muodostuva legitimizeettivaikutus rajoittuu vain jutun asianosaisiin eikä ulotu niihin tahoihin, jotka eivät osallistuneet tuomioistuinprosessiin? Bullin mukaan näin ei tarvitse ajatella, jos asiaa tarkastelee edustuksellisuuden näkökulmasta, joka myös on keskeinen demokraattiseen vallankäytön legitimaatioon kuuluva elementti. Tuomioistuinprosessin asianosaiset voidaan nimittäin nähdä sellaisten yksilöiden *intressiedustajina* jotka ajattelevat samalla tavalla, tai niiden jotka ovat joutuneet samanlaiseen tilanteeseen tai jotka tulevaisuudessa joutuvat tai ovat joutumassa samanlaiseen tilanteeseen. Edellyttäen, että kannetta ajetaan hyväksyttävällä tavalla, voidaan ajatella prosessin osapuolien edustavan näin muodostuvan laajemman yhteisön intressejä. On oletettavaa, että jutun osapuolet toimivat siten kuin kuka tahansa muu myöhempi samassa asemassa oleva osapuoli, he muun muassa vetoavat samoihin oikeuslähteisiin vaatimustensa tueksi. Näin ajatellen meneillään olevan jutun osapuolten voidaan sanoa edustavan muita potentiaalisia partteja. Tuomioistuinprosessissa on näin ollen osallistumisen ja edustuksellisuuden vuoksi piirteitä, jotka muistuttavat demokraattisten prosessien legitimoivia tekijöitä. Voi siis sanoa, että nämä tekijät osaltaan legitimoivat tuomioistuinten oikeutta kehittävää ja oikeutta luovaa toimintaa. Kuten Bull aivan oikein korostaa, tämä ei tarkoita sitä, että tuomioistuinprosessit ja demokraattiset vaalit olisivat yhdenvertaisia tai vaihtoehtoisia legitimizeettia tuottavia päätöksentekomuotoja. Tärkeänä johtopäätöksenä yllä esitetystä Bull toteaaakin, että parlamentin ja tuomioistuinten toiminta eivät ole demokratiamittarilla mitattuna yhtä legitimejä, vaan tuomioistuimen käyttämä valta on *vähemmän demokraattista* kuin parlamentin käyttämä valta, mutta se ei välttämättä tarkoita sitä, että tuomioistuimen vallankäyttö olisi *epädemokraattista*.²¹¹

Se, miten tuomioistuinten lisääntyvään vallankäyttöön suhtaudutaan, on tärkeällä tavalla yhteydessä siihen, *millaisena uhkana* tuomioistuinten vallankäyttöä pidetään. Kuten Tuori kiteyttää, oikeusvaltiossa valtiovallan tehtävänä on sekä oikeuden asettaminen että oikeuden toteuttaminen. Ongelmaksi muodostuu tällöin se, miten tuo positiivisen oikeuden itsensä edellyttämä, viimekädessä fyysiseen pakotukseen tukeutuva valta voidaan kesyttää. Kyse on siis siitä,

²¹⁰ Thomas Bull, JT 2000-01 nr. 1 s. 37.

²¹¹ Thomas Bull, JT 2000-01 nr. 1 s. 38 Jo ennen Bullia on ruotsalaisessa keskustelussa Gunnar Bergholtz kiinnittänyt huomiota tuomiotoininnan demokraattisiin piirteisiin. Hänen mukaansa lain esitöiden käyttäminen lain tulkintamateriaalina ilmentää tuomioistuintoiminnassa demokraattisuutta. Bergholtz, Ratio et Auctoritas s. 375-376.

miten voidaan asettaa pidäkkeitä tuomioistuinten ja muun hallinnollisen pakko-vallan käyttämiselle²¹². Thomas Bullilla on varsin toisenlainen käsitys tuomioistuinista yhteiskunnallisena vallankäyttäjänä. Hänen mukaansa tuomioistuinten yhteiskunnallinen valta lepää kokonaan sen auktoriteetin kunnioittamisen varassa. Hänen mielestään on selvää, että jos parlamentti ja tuomioistuinlaitos joutuvat *avoimeen konfliktiin* keskenään, tuomioistuinlaitos ei voi voittaa. Tuomioistuimilla ei ole de facto valtaa vaikuttaa yhteiskuntaan, ellei niiden auktoriteettia ylläpidetä. Bull pitää tuomioistuimen vallankäyttöä varsin pienenä riskinä myös sen vuoksi, että tuomioistuimet eivät voi ryhtyä minkäänlaiseen pakottamiseen ilman hallinnon ja täytäntöönpanoviranomaisten myötävaikutusta, ja siksi tuomioistuimet ovat tiikereitä ilman hampaita.²¹³

Nähdäkseni kaiken vallankäytön, ja siis myös tuomioistuinvallankäytön suhteen on syytä varovaisuuteen, mutta toisaalta tuomioistuinten vallankäytön yhteiskunnallista uhkaa ei myöskään tule liioitella. Tuomioistuinten mahdollisuutta kehittää oikeutta ei tule vastustaa sen vuoksi, että tuomioistuimet nähdään yhteiskunnan toimijoita uhkaavana kesyttämättömänä Leviathanina. Olisi järkevämpää pyrkiä kehittämään ratkaisupakon alaisuudessa toimivalle tuomioistuimelle *välineitä*, joiden avulla myös tuomioistuimet voisivat lainsäädännön ohella pyrkiä jatkuvaan yhteiskunnallisen toiminnan edellytysten ylläpitämiseen ja kehittämiseen.

²¹² Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 107.

²¹³ Thomas Bull, JT 2000-01 nr. 1 s. 35.

6 Demokratia oikeudellisen ratkaisun sidonnaisuuksien määrittämisessä

”Uudessa poliittisessa julkisuudessa yleisön tehtävänä on niin sanotun akklamaatiodemokratian mukaisesti ainoastaan jakaa suosionosoituksia poliittisen näyttämön esiintyjille.”
(Habermas)

6.1 JOHDANTO DEMOKRATIA-KESKUSTELUUN

Oikeudellisen ratkaisun sidonnaisuuksien määräytyminen ei vielä tyhjenny pelkkää vallanjako-oppia tarkasteltaessa. Demokratia on oikeudellisen ratkaisun sidonnaisuuksien määrittelyn kannalta ainakin yhtä tärkeä argumentti, joten sitä käsitellään seuraavaksi. Tämä tarkastelu on välttämätön jo siitäkin syystä, että käsite ”demokratia” otetaan oikeusteoreettisessa keskustelussa varsin ongelmattomana ja itsestään selvänä asiana, joka osoittaa lähes poikkeuksetta parlamentin aseman korostamisen suuntaan²¹⁴. Geoffrey Brennan kuitenkin huomauttaa, että jos demokratiaa itsessään tai jotakin sen jossakin päin maailmaa esiintyvistä variaatioista arvostetaan keskeisesti sen itsensä vuoksi, niin jotakin tärkeää jää huomaamatta. Hänen mukaansa demokratiaa ei yleensä ihailakaan niinkään sen itsensä takia, vaan pikemminkin niiden hyvien asioiden takia, joita sen ajatellaan tuottavan: suurempaa vapautta, suurempaa määrää tai paremmin toteutuvaa oikeudenmukaisuutta, tai parempaa hyvinvointia. Hän korostaa sitä, että demokratian arvostamisesta ei tulisi luopua, eikä ole syytä arvostaa demokratiaa vähemmän, mutta sitä pitäisi arvostaa jonkin eksplikoidun perustarpeen toteuttajana eikä päämääränä itsessään. Demokratiaa ei siis pitäisi arvostaa täysin kyseenalaistamatta eikä pelkästään poliittisena uskonkappaleena. Demokratiaa tulisi arvostaa ja ihailla sen perusteella, mitä sen ajatellaan ja väitetään antavan, mutta myös hyväksyen se, että nämä väitteet on kyseenalaistettavissa. Tässä kyseenalaistamisen ja puolustamisen prosessissa Brennan toi-

²¹⁴ Demokratiasta parlamentin aseman korostajana on viimeaikoina meillä kirjoittanut muun muassa Antero Jyränki artikkelissaan Oikeusvaltio ja demokratia s. 14–18. Toisaalta Jyränki korostaa myös (s. 15) oikeudellisessa keskustelussa käytetyn demokratia-käsitteen epämääräisyyttä: ”demokratian määritelmässä kansansuvereenisuusperiaate, ihmisoikeudet, oikeusvaltion idea ja vallanjakoperiaate kietoutuvat demokratia-nimiseksi aatekimpuksi, jolta puuttuu kaikki käsitteellinen erottelukyky”.

voo löytyvän sen, mikä demokratian monista varianteista todennäköisimmin antaa meille sen, mitä eniten haluamme.²¹⁵

Demokratiaan päätöksentekomallina on kuitenkin myös oikeusteoreettisessa keskustelussa suhtauduttu kriittisesti. Ympäristöoikeudellinen keskustelu näyttää tässä suhteessa olevan yksi edelläkävijöistä keskusteltaessa oikeudellisen ajattelun perusteista ja perusteiden muutoksen tarpeellisuudesta. Ympäristöoikeudessa ei ole tyydytty vain pohtimaan sitä, miten moderni poliittinen järjestelmä pystyisi parhaiten vastaamaan vaatimukseen lisääntyvien ja pahenevien ympäristöongelmien ratkaisemisesta, vaan lisäksi on lähdetty myös rohkeasti pohtimaan sitä, millainen poliittinen järjestelmä kykenisi parhaiten vastaamaan ympäristöongelmien asettamaan haasteeseen. Hurjimmissa kirjoituksissa on vaadittu jopa demokratian hylkäämistä ekokatastrofin välttämiseksi, mutta yleisimmin pysytellään kuitenkin maltillisemmilla linjoilla, ja muun muassa kansalaisten suoran osallistumismahdollisuuden lisäämistä päätöksentekoon on ehdotettu²¹⁶.

Demokraattisten menettelyjen mahdollisuudet ja asema nykypäivän yhteiskunnassa ovat heikentyneet sekä globaalien että lokaalien normiprojektoiden yleistessä. Myös julkisen *kansalaiskeskustelun* ylläpitäminen ja vapaan tahdonmuodostuksen ideaalin ylläpitäminen on vaikeaa median vyörytyksessä. Demokratian ongelmana on nykyään sanottu olevan myös poliitikkoihin kohdistuva epäluottamus ja halveksunta sekä pienevät äänestysprosentit²¹⁷. Olisiko siis mahdollista ajatella, että tuomioistuimet olisivat toisenlaisessa roolissa suhteessa poliittisiin prosesseihin ja poliittiseen päätöksentekoon kuin tähän asti? Voisiko tuomioistuinten asema yhteiskunnallisten ongelmien tunnistamisen, artikuloinnin ja ratkaisemisen foorumina olla vahvempi? Vai onko niin, että tuomioistuinten leimaaminen epädemokraattiseksi vaikuttaa siihen, että tuomioistuinten yhteiskunnallisen roolin reformulointia – nyt tai tulevaisuudessa – ei voida ottaa edes keskustelun kohteeksi²¹⁸?

6.2 DEMOKRATIASTA LAKIIN SITOUTUMISEN PERUSTELUNA

Demokratialla lain sitovuuden perusteluna on Euroopassa jo pitkä perinne. Jo Montesquieun ajatuksen mukaan ihmisten tulisi alistua tottelemaan vain niitä lakeja, joita itse ovat säätäneet, mutta koska kaikki eivät käytännössä voi osallistua lainsäätämiseen, on hyväksyttävä edustusjärjestelmä. Tämän vuoksi sekä

²¹⁵ Brennan, *Globalisation and Varieties of Democracy*. s. 24-25.

²¹⁶ Kyllönen, *Oikeus* 4/2006 s. 595.

²¹⁷ Thomas Bull, *JT* 2000-01 nr. 1 s. 30.

²¹⁸ Tästä Thomas Bull, *JT* 2000-01 nr. 1 s. 46.

kansalaisten että tuomioistuinten on noudatettava demokraattisessa menettelyssä säädetyn lain kirjainta. Habermas puolestaan pitää oikeusvaltion dogmaattisena ytimenä sellaista autonomian ideaa, että ihmiset voivat vain siinä määrin toimia vapaina subjekteina kuin he noudattavat juuri niitä lakeja, jotka he itselleen intersubjektiiviseksi muodostuneen ymmärryksensä mukaan antavat²¹⁹. Suomessa muun muassa Lars Erik Taxell on esittänyt painavan puheenvuoron demokratiasta lain sitovuuden perusteluna. Taxellin mukaan oikeusnormit sitovat kaikkia niitä joihin ne kohdistuvat. Täten oikeusnormit sitovat sekä yhteiskunnan orgaaneja että yksityisiä henkilöitä ja organisaatioita. Juuri oikeusnormien kautta demokraattisesta hallitusmuodosta tulee velvoittava yhteiskunnallinen järjestys. Oikeusnormit ovat ensisijaisia suhteessa teoreettisiin demokraatiaperiaatteisiin. Oikeusnormit ovat velvoittavia, vaikka ne jossakin suhteessa poikkeaisivat demokratian teoreettisista toimintamalleista. Etupäässä lakinormit ovat niitä oikeusnormeja, joiden avulla demokraattista yhteiskuntaa organisoidaan ja ohjataan, sillä lait ovat saaneet kansan edustajien hyväksynnän. Tällä tavalla toteutuu se periaate, että valtiovalta kuuluu kansalle, jota edustaa parlamenttiin valitut edustajat. Lakeja puolestaan täydentävät alemman tason oikeusnormit kuten asetukset. Myös muun tyyppisillä oikeusnormeilla, kuten tapanormeilla ja yleisillä oikeusperiaatteilla, voi olla relevanssia demokratian säännöstelyssä. Kaikki tällaiset normit ovat kuitenkin lakiin verrattuna sekundäärisiä siinä merkityksessä, että ne eivät saa olla ristiriidassa kansanedustajien hyväksymien lakien kanssa. Taxellin formuloiman *demokraattisen legaliteetti-periaatteen* mukaan yhteiskunnallisten toimintojen viimekätisin peruste on parlamentin antamissa laeissa. Siten yhteiskunnan viranomaisten velvollisuutena on noudattaa lakia ja muita oikeusnormeja, jotka saavat voimassaolonsa laista. Legaliteettiperiaate on Taxellin mukaan yleinen sääntö, jonka mukaan laki muodostaa perustan ja ohjenuoran yhteiskunnan toiminnoille. Se on demokraattiselle perustalle rakentuvan yhteiskuntajärjestyksen kulmakivi. Yhteiskuntaa pitää siten ohjata laeilla ja niihin perustuvilla säädöksillä. Tämä erottaa demokratian autoritäärisestä hallinnoimisen tavasta. Tosin viranomaisille on tarpeen myöntää kompetenssi laajaankin tarkoituksenmukaisuusperusteiseen päätöksentekoon, mutta tällöinkin on pystyttävä osoittamaan, että pysytään lain rajoissa. Lain rajat löytyvät hänen mukaansa aina, joko lähempää tai sitten kauempaa.²²⁰

Taxellilla on esittää lain sitovuuden puolesta myös painavat arvopluralismiin tukeutuvat perusteet. Lainsäädäntöprosessin eri vaiheissa voi tuoda esiin eri näkökulmia ja tehdä erilaisia ehdotuksia, ja niitä voidaan punnita suhteessa toisiinsa. Voidaan laatia vaihtoehtoisia ratkaisuehdotuksia. Demokratian sovitteluva elementti toimii siten, että lopputulokset rakentuvat usein kilpailevien poliit-

²¹⁹ Habermas, Faktizität und Geltung s. 537.

²²⁰ Taxell, Rätt och demokrati s. 109-113.

tisten pyrkimysten yhteensovittamiselle ja kompromisseille. Viimekädessä eduskunnan enemmistö päättää lain sisällöstä ja siitä, millä tavalla ja missä laajuudessa poliittisia tavoitteenasetteluita toteutetaan. Yhteiskunnalle tunnusomaisen pluralismin kannalta on tärkeää, että erialaiset näkökulmat ja intressit voivat nousta esiin ja vaikuttaa toisiinsa lainsäädäntöprosessissa. Tämä on ilmaus sellaisesta pyrkimyksestä yhteensovittamiseen ja kompromisseihin, jonka pitää kuulua demokratiaan. Lisäksi Taxellin mukaan lakien ensisijaisena tehtävänä on toteuttaa demokraattisia arvoja.²²¹

Myös Raimo Siltala liittyy Aarnion tavoin tähän ajattelun perinteeseen. Oikeusvaltioperiaatteen keskeinen elementti on Siltalan mukaan demokratiaperiaate, joka merkitsee parlamentaarisesti valitun *lainsäätäjän tahdon kunnioittamista*. Oikeusvaltioperiaate on Siltalan mukaan oikeuslähteiden oikeuttamisperiaatteista merkittävin, ja se merkitsee parlamentin ja tuomioistuinten välisessä suhteessa sitä, että tuomari noudattaa ”parlamentaarisen demokratiaperiaatteen eli lainsäätäjän tahdon kunnioittamisen ja kansanvaltaisuuden perusteella voimassa olevaa perustuslakia ja sen nojalla voimaansaatettua muuta lainsäädäntöä”.²²²

6.2.1 Demokraattinen kontrolli ja tahdonmuodostus lakiin sitoutumisen perusteluna

Lainalaisuusperiaatetta perustelevalle demokratiavaatimuksen tarkastelu voidaan jakaa vaatimukseen lainsäätämiseen liittyvästä *demokraattisen kontrollin* mahdollisuudesta ja toiseksi vaatimukseen laista *demokraattisen tahdonmuodostuksen* tuloksena. Muun muassa Husan mukaan kaikkea valtaa tulee voida kontrolloida tehokkaasti²²³. Tämä ei kuitenkaan välttämättä ole realistinen vaatimus modernissa yhteiskunnassa. Esimerkiksi taloudellinen markkinoiden ja markkinoinnin valta sekä tiedonvälityksessä käytettävä valta eivät voi olla tehokkaan kontrollin alaisia, ja ne ovat myös varsin riippumattomia demokraattisesta tahdonmuodostuksesta. Silti ei voi sanoa, että nämä yhteiskunnallisen vallankäytön muodot koettaisiin illegitiimeiksi, pikemminkin *niitä siedetään* samalla lailla kuin poliittista vallankäyttöäkin. Tehokkaan kontrollin alaisena ei voi myöskään olla lainsäädäntövalta kuin osittain. Sitä ei voi kiistää, etteikö parlamenttivaaleilla voisi vaihtaa parlamentissa toimivia parlamentaarikkoja, mutta tästä ei vielä seuraa se, että nämä vaihdokset ja vaihdoksen mahdollisuus merkitsisivät suoraa kontrollia säädettävien lakien suhteen. Kansanedustajien vaihtuminen ei ole sama asia kuin voimassaolevan oikeuden muuttuminen tai

²²¹ Taxell, Rätt och demokrati s. 136, 111.

²²² Siltala, Oikeudellinen tulkintateoria s. 395, 398-399, 408-409.

²²³ Husa, Perusoikeudet ja vallanjako. Oikeus 2003:1 s. 16.

lainsäädäntöprosessin lopputulokseen vaikuttavien tekijöiden vaihtuminen²²⁴. Onpa parlamentissa sitten millainen puoluejakautuma tahansa, lakien tehtävänä on joka tapauksessa osaltaan huolehtia yhteiskunnan toimivuuden kannalta välttämättömän infrastruktuurin ylläpitämisestä ja kehittämisestä. Tällaisiin infrastruktuurista kumpuaviin välttämättömyyksiin ei demokraattinen kontrolli tai tahdonmuodostus voi ulottua²²⁵. Demokraattisen *kontrollin tehokkuus* ei myöskään toimi siinä suhteessa, että valtasuhteiden vaihtumisesta parlamentissa seuraisi ”vanhan vallan aikana” säädettyjen lakien kumoaminen. Tässä mielessä lainsäädännössä ilmenevät arvot ja tavoitteet eivät kaikilta osiltaan välttämättä ole kovinkaan reaaliaikaisen demokraattisen kontrollin kohteena tai reaaliaikaisen demokraattisen tahdonmuodostuksen tulosta. Sama koskee mitä suurimmassa määrin myös EU-oikeutta.

Myös Mauro Cappelletti toteaa, että paljon siitä länsimaisesta illuusiosta, että poliittisilla elimillä olisi täydellinen kyky ilmentää hallittavina olevien ihmisten – tai edes heidän enemmistönsä – suostumusta ja hyväksyntää, on jo haihtunut pois. Todellisuudessa demokratiaperiaatteen mukaan toimivissa elimissäkään ei aina ilmaista kansan tahtoa, eikä niiden vastuu äänestäjille myöskään aina toteudu, vaan kyse on usein pelistä, taktikoinnista ja kompromisseista kilpailevien intressiryhmien välillä. Päätöksille haetaan siis erilaisten valtaryhmittymien tukea, ja niiden sisältö toisinaan varmasti vastaa enemmistön käsityksiä asiasta, vaikkakaan aina ei näin ole.²²⁶ Martin Shapiron mukaan poliitistien prosessien toteutumiselle on keskeistä *pääsy* erilaisiin *hallintoon vaikuttaviin intressiryhmittymiin*, jotka suurin piirtein toimivat yhteiskunnassa yleisesti hyväksyttyjen arvojen rajoissa. Hänen mukaansa enemmistön ja yleisen mielipiteen rooli politiikassa sekä yleisen tahdonmuodostuksen ja useiden yksittäisten tahtojen vuorovaikutussuhteet ovat kompleksisia ja vaikeasti ymmärrettävissä olevia asioita. Niinpä on selvää, että parlamenttia ja hallintoa ei voi automaattisesti tai yleisesti rinnastaa kansan ääneen.²²⁷

²²⁴ Tähän on kiinnittänyt huomiota myös Eero Backman, Hänen mukaansa ei ole uskottavaa, että valtiovallan muodostuminen tapahtuisi kahdessa vaiheessa: parlamenttivaaleissa ja parlamentin hyväksyessä lakeja. Pitää ottaa myös huomioon, että parlamentin ulkopuolisen yhteiskunnan reaalin osallistuminen parlamentin päätöksentekoon ei rajoitu vain vaaleihin. Backmanin mukaan esimerkiksi yhteiskunnallisesti aktiiviset suomalaiset juristit vaikuttavat jatkuvasti eduskunnassa tapahtuvaan lakien hyväksymisprosessiin. Monen juristin vaikutus voi olla suurempi kuin yksittäisen kansanedustajan (Backman, Oikeustiede yhteiskuntatieteiden s. 69).

²²⁵ On tietenkin myös niin, että poliittiset ryhmittymät eivät ollenkaan aina pyri ajamaan ”yhteistä etua”, tai pyri optimaalisesti toimimaan yhteiskunnan toiminnan kannalta välttämättömän infrastruktuurin kannalta, vaan keskittyvät myös omien erityisintressiensä ajamiseen. Tämä ei niinkään ole argumentti demokraattisen menettelyn, vallan kolmijaon ja siihen liittyvän lakisidonnaisuuden puolesta, vaan pikemminkin se perustelee perusoikeuksien merkittävyyttä ja tuomioistuimen aseman korostamista.

²²⁶ Cappelletti s. 41 ja Shapiro 1966 s. 24-25.

²²⁷ Shapiro 1966 s. 25.

Jos demokratiavaatimus ei siis ulotu jäännöksettömästi lainsäädäntöprosessin lopputuloksiin, miksi olisi paikallaan vaatia oikeudellisen ratkaisun ehdotonta sitomista lakiin demokratiavaatimuksen perusteella. Eikö tällöin ole ongelmallista perustella tilanneherkkyysvaatimuksen syrjäyttämistä demokratiavaatimuksella? Voi myös kysyä, että jos hyväksytään yhteiskunnallisen valintoja ohjaavan infrastruktuurin ohjaavan lainsäädäntöä, niin miksi sen ohjausvaikutus pitäisi kieltää oikeudellisen ratkaisun suhteen. Jos siis demokraattinen ”tahdonmuodostusprosessi” ei voi olla riippumaton yhteiskunnallisia toimintoja ohjaavasta infrastruktuurista, niin miten oikeudelliselta ratkaisulta voitaisiin kuitenkin *tällaista* riippumattomuutta vaatia, edellyttämällä sitoutumista demokraattisessa ”epävapaassa tahdonmuodostusmenettelyssä” vahvistettuihin lakeihin?

6.2.2 Dworkinin demokratiakritiikki

Toisin kuin oikeusvaltiokeskustelussa on annettu ymmärtää, ei ole lainkaan itsestään selvää, että demokratiaperiaate tukisi vaatimusta lakiin sitoutumisesta tai parlamentin hierarkkisesti korkeammasta asemasta tuomioistuihin verrattuna. Demokratiaperiaate oikeudellisen ratkaisun tilan rajoittajana riippuu siitä, mitä demokratialla tarkoitetaan. Esimerkiksi Sousa Santos tarkastelee poliittista päätöksen tekoa kahden ideaalityyppisen mallin avulla, joita hän kutsuu edustukselliseksi demokratiaksi ja osallistuvaksi demokratiaksi. Hänen mukaansa edustuksellisen demokratian malli korostaa kykyä tuottaa hallinnoitavuutta, ja se korottaa vapauden (nähdäkseni juuri negatiivisen vapauden) tasa-arvoisuuden yläpuolelle. Osallistuvan demokratian malli on puolestaan vähemmän menettelyllinen ja enemmän asiasisältöihin keskittyvä, ja siinä korostetaan toimintamahdollisuuksien (siis positiivisen vapauden) luomista kansalaisille ja sosiaalisen oikeudenmukaisuuden saavuttamista, ja siinä etsitään dynaamista tasapainoa vapauden ja tasa-arvoisuuden välillä²²⁸. Yhtenä *osallistuvan demokratian* ilmentymistä voitaisiin nähdäkseni pitää sellaista tuomioistuinaktivismia, joka lakisidonnaisuuden sijasta painottaa sisällöllisesti onnistuneiden ratkaisujen tärkeyttä.

Uuden poliittisen keskustelun periaatteita etsivä Ronald Dworkin on analysoinut demokratian käsitettä jakamalla demokratian enemmistödemokratiaan ja ”kumppanuusdemokratiaan” (*engl. partnership democracy*²²⁹). Myös ”kump-

²²⁸ Sousa Santos, *Toward A New Legal Common Sense* s. 342, 346.

²²⁹ Olen tässä kääntänyt Dworkinin käyttämän ilmauksen ”partnership democracy” kumppanuusdemokratiaksi. Tämä käänös on siinä mielessä ongelmallinen, että siinä jätetään huomiotta sanan ”partnership” toinen tärkeä merkitys eli ”osakkuus”. Dworkinin tarkoittamassa demokratiamuodossa on nähdäkseni kyse myös jonkinlaisesta *osakkuudesta* yhteiskuntaan yhteisenä projektina. Kyseisen termin olisi voinut tietysti kääntää myös ”osakaskumppanuusdemokratiaksi”, mutta suomenkielisenä ilmauksena se olisi verrattain kömpelö.

panuusdemokratia” on Sousa Santosin tarkoittaman osallistuvan demokratian tavoin enemmän asiasisältöihin kuin menettelyihin keskittyvää. Dworkin näkee USA:n korkeimman oikeuden ratkaisuisissa, joissa tuomioistuim julistaa lain perusoikeuksien vastaiseksi, olevan kyse juuri taistelusta näiden kahden demokratiakäsitteen tulkinnan välillä. *Konservatiivinen kritiikki*, joka kohdistuu lakeja kontrolloivaan tuomioistuintoimintaan, väittää tuomarien keksivän uusia ihmisoikeuksia perustuslakiin ja korvaavan niiden avulla kansalaisten enemmistön edustamat arvot omilla henkilökohtaisilla arvostuksillaan. Konservatiivinen kritiikki on myös sillä kannalla, että tällainen tuomareiden käyttämä valta on epädemokraattista, sillä se epää enemmistöltä oikeuden ja vallan tehdä perustavaa laatua olevia itseään koskevia moraalisia päätöksiä. Toisaalta tällaisen tuomioistuinvallankäytön *liberaali puolustus* lähtee puolestaan siitä, että perustulaisissa mainittujen ihmisoikeuksien laajennukset pikemminkin tukevat demokratiaa kuin heikentävät sitä. Tämä ”kumppanuusdemokratiaa” edustava kanta pitää lähtökohtanaan sitä, että enemmistöllä on oikeus mieltäpiteeseensä vain silloin jos ”kumppanuusdemokratian” ehdot täytetään. Dworkinin mukaan tässä kädenväännössä on kyse siitä, kumpi demokratian muoto on legitiimimpi.²³⁰

Dworkin heittää epäilyksen varjon enemmistödemokratian ylle. Hänen mukaansa ei ole uskottavaa, että enemmistöperiaate ilmentäisi sellaista oikeudenmukaisuuden syvintä olemusta, joka soveltuisi missä tahansa päätöksenteon konteksteissa, vaan se edellyttää toimiakseen ainakin joidenkin ennakkoehtojen täyttymistä. Dworkinin mukaan olisi vakava erehdys ajatella, että enemmistöpäätöksenteko olisi aina paras menettely käytettäväksi silloin kun ryhmän jäsenet ovat eri mieltä siitä, mitä ryhmän pitäisi tehdä. Esimerkiksi jos merihädässä olevan ryhmän pelastumisen kannalta on välttämätöntä, että pelastusveneestä poistetaan yksi henkilö, tällöin arvonta on oikeudenmukaisempi menettely kuin enemmistöpäätös, johon vaikuttaisivat sellaiset ongelmalliset premisit kuten sukulaisuus, ystävyys tai vihollisuus. On myös mahdollista, että ryhmässä ei vallitse erimielisyyttä siitä, miten sen jäsenten pitää toimia, vaan erimielisyys vallitseekin siitä, tarvitaanko ryhmän yhteistä päätöstä lainkaan. Esimerkkinä Dworkin käyttää tilannetta, jossa ryhmä on eri mieltä siitä, pitäisikö avioliiton ulkopuoliset seksuaaliset suhteet sallia. Joidenkin mielestä kollektiivinen päätös on tarpeellinen, jotta niitä jotka toimivat päätöstä vastaan voitaisiin jollakin tavoin rangaista. Toisten mielestä taas kollektiivista päätöstä ei lainkaan tarvita, vaan ihmisten pitäisi itse tehdä asian suhteen päätöksensä. Olin itsestään selvästi tämän jälkimmäisen näkökannan vastaista äänestää siitä, tarvitaanko yhteistä päätöstä vai ei. Dworkinin mukaan, jos jälkimmäinen näkökanta on oikea, niin silloin olisi epäoikeudenmukaista antaa enemmistön päättää edes siitä, tarvitaanko yhteistä päätöstä vai ei²³¹.

²³⁰ Dworkin, *Is democracy possible here?* s. 134-137.

²³¹ Dworkin, *Is democracy possible here?* s. 139-140.

Jos enemmistöpäätöksenteko ei siis ole ainoa oikeudenmukainen päätöksentekomenetelmä, onko kuitenkin niin, että enemmistöperiaate tuottaa parhaimman tavan hallinnoida yhteiskuntaa? Dworkin ei hyväksy tätäkään ajatusta. Enemmistöperiaatetta voi puoltaa muun muassa sillä perusteella, että poliittiset johtajat ja vallitsevat politiikat on järkevä valita enemmistöpäätöksellä, koska poliittisten johtajien halutaan edistävän yhteistä hyvää eikä erityisiä intressejä. Se puolestaan miten monta ihmistä valituista poliitikoista hyötyy on sen mittari, edistävätkö valitut politiikat yhteistä hyvää vai eivät. Esimerkiksi se, vaatiiko yleinen etu uusien koripallokenttien vai konserttisalien rakentamista riippuu siitä, kuinka moni ihminen eri vaihtoehtojen kannalle asettuu. Näin ollen paras keino varmistaa se, että lainsäätäjät kulloinkin osaavat valita yleisen edun mukaisesti, on se että annetaan enemmistön valitsemien edustajien päättää asiasta. Dworkinin mukaan tämä voisi olla hyvin vahva argumentti enemmistövallan puolesta, silloin kun poliittisissa ongelmissa on kyse sen tason ongelmista kuin valinnan teosta koripallokenttien ja konserttisalien välillä. Enemmistöperiaate siis toimii kun päätöksenteon tehtävänä on miellyttää useimpia ihmisiä, mutta ei silloin kun päätettävät asiat kääntyvät moraaliseksi ongelmiksi tai moraalista punnintaa edellyttäviksi ongelmiksi, niin kuin Dworkinin mukaan usein käy. Siten hänen mukaansa ei voida olettaa, että enemmistöratkaisut olisivat erityisen oikeudenmukainen tapa tehdä kollektiivisia päätöksiä erimielisyyden vallitessa tai että ne aina olisivat paras tai toimivin päätöksentekotapa.²³²

Dworkin pohtii myös, onko enemmistöperiaate ainoa reilu päätöksentekomenetelmä silloinkaan, kun ratkaisun tekeminen arpa heittämällä näyttää huonolta ratkaisulta. Voitaisiin nimittäin ajatella, että tällä tavalla *jokaisella on yhtä suuri mahdollisuus* vaikuttaa itseään koskeviin ratkaisuihin kuin kellä tahansa muullakin. Tätäkään perustelua Dworkin ei pidä erityisen onnistuneena toden, että argumentti voisi toimia vain silloin jos päätöksenteko tehtäisiin kansankokouksissa tai sähköisiä viestimiä käyttävissä kansanäänestyksissä. Mutta edustuksellisessa demokratiassa ihmisten vaikutusmahdollisuudet päätöksentekoon ovat useasta syystä varsin epätasa-arvoiset. Kaikkein alimmallakin vallan portaalla olevalla virkamiehellä tai vaaleilla valitulla edustajalla on paljon enemmän poliittista valtaa kuin yksityisellä kansalaisella. Äänestäjillä ja vaalien voittajilla on myös hyvin epätasa-arvoinen suhde poliittiseen valtaan: äänestäjä voi omalla äänellään vaikuttaa siihen, kuka vaalit voittaa, mutta vaalien voittaja käyttää poliittista valtaa useampien vuosien ajan, eikä äänestäjillä ole todellisia keinoja puuttua vallankäyttöön tänä aikana. Tältä kannalta katsottuna tuomioistuinten vallankäyttöäkään ei tarvitse ajatella sen epädemokraattisempaan toimintana. Dworkinin mukaan jo Bushin ensimmäinen presidenttikausi oli dramaattinen osoitus siitä, mitä kaikkea sellaista, mitä koskaan ei pystytäkään korjaamaan, yksi presidentti voi saada aikaan yhdellä hallintokaudellaan, ja tä-

²³² Dworkin, Is democracy possible here? s. 140-141.

hän verrattuna tuomioistuinten vallankäyttö on varsin pienimuotoista yhteiskunnallista vaikuttamista. Dworkinin mukaan edustuksellinen hallinto on vain yksi hyvin tehokas keino, jolla harvat ihmiset saavat huomattavasti enemmän valtaa kuin kaikki muut, vaikkakin vaaleissa kaikki äänet ovat nimellisesti yhdenvertaisia. Tosiasiallinen poliittisen vallan määrä vaihtelee myös muun muassa varallisuuden määrästä ja retorisista kyvyistä riippuen. Dworkin pitääkin ajatusta yhdenvertaisesta poliittisesta vallasta myyttinä, eikä välttämättä edes houkuttelevana myyttinä. Olisi esimerkiksi ollut sääli, jos Martin Luther Kingillä tai Mahatma Gandhilla olisi ollut yhtä vähän poliittista valtaa kuin kellä tahnassa muullakaan. Dworkin lähtee myös siitä, että yksittäisten rivikansalaisten mielipiteiden vaikutus *enemmistöpäätöksellä* säädettävän lain sisältöön on äärimmäisen pieni.²³³ Tähän liittyy ilmiö, jota Anthony Downs on kutsunut ”rationaaliseksi tietämättömyydeksi” (rational ignorance). Kun yksilöllä on käytettävissään vain yksi ääni miljoonien äänten joukossa, miksi rationaalinen yksilö kuluttaisi paljon aikaa tai näkisi paljon vaivaa perehtyäkseen tai osallistuaakseen kansalliseen keskusteluun eri politiikoista tai selvittääkseen eri päätösvaihtoehtojen vaikutuksia²³⁴. Yhdellä äänellä, mielipiteellä tai keskustelulla, jossa esitetään argumentaatiota puolesta ja vastaan, ei todennäköisimmin ole mitään vaikutusta tehtäviin päätöksiin. Siten ”rationaalinen tietämättömyys” on nähdäkseni ongelma sekä enemmistödemokratian että deliberatiivisen demokratian kannalta.

Dworkinin mukaan samalla tavalla kuin demokraattisessa päätöksenteossaakin yksittäisten rivikansalaisten mielipiteen vaikutus yleisen mielipiteen kautta *tuomioistuinratkaisuun* on myös äärimmäisen pieni, eikä voida tietää, kumpaan päätöksentekotapaan ihmisten mielipiteet vaikuttavat vähemmän. Siksi Dworkinin mielestä enemmistöpäätöksenteon ei voi väittää takaavan tuomioistuinratkaisua suurempaa yhdenvertaisuutta poliittisen vallan käytössä.²³⁵ Dworkin päätyykin kannattamaan enemmistödemokratian sijasta ”kumppanuusdemokratiaa”, ja hän näkee tuomioistuinten vallankäytön – tuomioistuin aktivismin – toimivan ”kumppanuusdemokratian” ideaalia tukevana ja turvaavana sekä enemmistöpäätöksiä tarvittaessa korjaavana toimintana.

6.2.3 Deliberatiivisesta demokratiasta

Demokratian teoriassa deliberatiivisen demokratian malli on ollut 1990-luvun alusta lähtien keskeisin osa demokratiasta ja sen uusista muodoista käytävää keskustelua. Michael Sawardin mukaan yksi tämän mallin saaman kannatuksen

²³³ Dworkin, Is democracy possible here? s. 141-142.

²³⁴ Fishkin – Luskin, The quest for deliberative democracy s. 18.

²³⁵ Dworkin, Is democracy possible here? s. 141-142.

selittävä tekijä on tyytymättömyys muihin demokratiakäsityksiin. Demokratiassa kun täytyy olla kyse muustakin kuin vain ”päiden laskemisesta”. Deliberatiivisessa mallissa demokratiaan täytyy olla sisäänrakennettuna kattava ja tasa-arvoinen keskustelu, joka syventää osallistujien ymmärrystä käsiteltävistä asioista sekä tietoisuutta muiden intresseistä. Saward toteaa, että yleisellä tasolla voidaan pitää onnistuneena Bohmannin määritelmää deliberatiivisesta demokratiasta, jonka mukaan kysymys on laajasti ymmärrettynä siitä, että vapaiden ja tasa-arvoisten ihmisten käymä julkinen keskustelu on legitiimin poliittisen päätöksenteon ja itsehallinnon ydin.²³⁶

Tiina Rättilän mukaan deliberatiivisen demokratian puolestapuhujat edellyttävät yleensä kahta asiaa julkiselta keskustelulta. Ensinnäkin keskusteluun osallistujat velvoittautuvat sellaiseen keskusteluun, jossa pro- ja contra-argumentit ovat vapaasti käytössä ja jossa näkemyksiä, näkökulmia ja preferenssejä voi vapaasti ilmaista. Toiseksi, on julkisen dialogin ”logiikan” mukaista, että deliberatiivisessa prosessissa *itsen arvostamisesta* lähtevät preferenssit *muuntuvat* yleistettäviksi toisia arvostaviksi positioiksi.²³⁷ Deliberatiivisen demokratian ydinidea on se, että tasavertaiset kansalaiset osallistuvat vapaaseen keskusteluun, jossa esitetään argumentteja puolesta ja vastaan. Tällaisessa keskustelun ja harkinnan prosessissa asiat tulevat valotetuksi eri puolilta, ja niin osallistujat saavat lisää tarpeellista tietoa asian päättämiseksi. Tällöin on mahdollista, että alkuperäiset preferenssit muuttuvat keskustelun kuluessa toisiksi.

Sikäli kuin deliberatiivisen demokratian ideaa esimerkiksi habermasilaisessa muodossa käytetään perustelemaan sitä, että oikeudellinen ratkaisu on oltava lakiin sidottua, koska lait syntyvät vapaassa rationaalisessa diskurssissa, on syytä perehtyä deliberatiivisen demokratian kritiikkiin sen arvioimiseksi, vakuuttaako deliberatiivinen ajattelumalli lakiin sitoutumisvaatimuksen pätevänä perusteluna, vai voidaanko sen avulla pikemminkin perustella muunlaista tehtävänjakoa lainsäädännön ja tuomioistuinratkaisujen välillä. Habermas sen paremmin kuin Tuorikaan eivät nähdäkseni ota lopullista kantaa asian suhteen. Yhtäältä lakien syntyminen informaalisten suvereniteettia kantavien kansalaiskeskustelujen vaikutuksessa perustelee lakiin sitoutumisen vaikutusta. Toisaalta tuomioistuinten ja parlamentin välisen tehtävänjaon uudelleen muotoilun mahdollisuuteen viittaa Tuorin ajatus oikeuskäytännön harjoittamasta oikeuden syvätasoon perustuvasta oikeuden pintatason normatiivisesta kontrollista sekä ajatus raja-aidan madaltamisesta tuomioistuinratkaisun ja kansalaiskeskustelun välillä.

²³⁶ Saward, *Less than meets the eye* s. 5-6.

²³⁷ Rättilä, *Deliberation as public use of reason – or, what public? whose reason?* s. 44.

6.2.4 Deliberatiivisen demokratiakäsityksen ongelmista

James S. Fishkin ja Robert C. Luskin toteavat deliberatiivisen kommunikaation onnistumisen vaativan uppoutumista poliittisesti relevantteihin argumentteihin ja vasta-argumentteihin. Rationaalinen tietämättömyys (rational ignorance) puolestaan tuottaa välinpitämättömyyttä suhteessa poliittiseen argumentointiin, ja aiheuttaa jättäytymistä pois demokraattisista menettelyistä kuten julkisesta keskustelusta tai äänestämisestä. Tämä aiheuttaa ongelmia yhdenvertaisuuden kannalta, sillä jako keskusteleviin ja keskusteluun osallistumattomiin tahoihin luo poliittista epätasa-arvoisuutta. Deliberatiiviseen keskusteluun osallistuvat henkilöt muodostavat poliittisesti epätasa-arvoisen mutta deliberatiivisen eliitin, kun taas ne, jotka keskusteluun eivät osallistu, muodostavat poliittisesti tasa-arvoisen, mutta ei-deliberatiivisen kansalaisten joukon. Deliberatiivisen demokratian haasteena onkin sellaisten instituutioiden kehittäminen, joiden avulla tämä ongelma saadaan ratkaistuksi.²³⁸

Nykymallisissa demokratioissa poliittinen yhdenvertaisuus toteutuu *vaalien* välityksellä, kun taas deliberaatio pääasiassa toteutuu vaaleilla valittujen *edustajien päätöksenteossa*. Fishkinin ja Luskinin mukaan tällainen malli on kuitenkin kaukana deliberatiivisesta ideaalista. Päätöksentekovaiheessa nimittäin sellaisilla näkökohdilla voi olla huomattava painoarvo, jotka eivät ole olleet lainkaan esillä äänestävän yleisön argumentoimissa puolesta ja vastaan. Vaaleilla valitut päätöksentekijät voivat tunnetusti ajaa omia tärkeimpinä pitämiään intressejä tai voimakkaiden ja vaikutusvaltaisten henkilöiden tai organisaatioiden intressejä, jotka eivät ole samoja kuin äänestäjien enemmistön intressit. Tällä tavalla vaaleissa saavutettu yhdenvertaisuus usein heikkenee päätöksentekovaiheessa. Toisaalta valitut edustajat voivat olla enemmän kiinnostuneita tulemisestaan uudelleen valituiksi kuin asioiden hoitamisesta, ja sen vuoksi he saattavat pyrkiä mukauttamaan toimintaansa mielipidekyselyjen tulosten mukaisiksi ja näin luopua deliberatiivisesta argumenttien ja vasta-argumenttien esittämisestä. Tämä ei välttämättä olisi huono asia, nimittäin silloin, jos mielipidekyselyissä reflektoitaisiin jo julkisesti esitettyä pro- ja contra-argumentein etenevää harkintaprosessia, mutta näin asia ei tunnetusti ole. Mielipidemittausten tulokset eivät kerro sitä, miten ihmiset olisivat vastanneet, jos heillä olisi ollut mahdollisuus mielipiteensä muodostamiseen pro- ja contra-argumentteja esittävässä diskurssissa. Siten vaaleilla valittujen edustajien tekemä päätöksenteko kohottaa dilemman: Jos päätöksenteossa ei oteta huomioon äänestävän yleisön preferenssejä, muodostuu poliittisia eliittejä eikä yhdenvertaisuus toteudu, mutta jos taas nämä preferenssit otetaan huomioon, vesittyy pro- ja contra-argumenteille perustuva harkinta.²³⁹

²³⁸ Fishkin – Luskin, *The quest for deliberative democracy* s. 18.

²³⁹ Fishkin – Luskin, *The quest for deliberative democracy* s. 18.

Fishkin ja Luskin tähdentävät myös sitä, että vaaleja edeltävässä keskustelussa puolueet vain yleensä julistavat omia preferenssejään ja tavoitteitaan, jolloin varsinainen pro- ja contra-argumenteille perustuva harkinta ja tätä kaavaa noudattava julkinen keskustelu jäävät usein varsin vähäisiksi. Tämä lisää kansalaisten epätasa-arvoa poliittisessa vaikuttamisessa, sillä jos deliberatiivinen keskustelu toimisi yhteiskunnassa, voisivat keskusteluun osallistumalla saada äänensä kuuluville sellaisetkin kansalaiset, jotka eivät käy äänestämässä. Tärkeämpi asia vielä on se, että deliberatiivisen keskustelun vähäisyydestä johtuen myöskään äänestämässä käyvien henkilöiden äänet eivät ole yhdenvertaisia. Deliberatiivisen keskustelun keskeinen etu ja tavoite on nimittäin siinä, että vapaassa argumentoinnissa puolesta ja vastaan keskusteluun osallistuvat paitsi saavat asiasta enemmän tietoa pystyvät myös näkemään asian eri puolilta, ja näin he pystyvät muodostamaan paremman kokonaiskuvan päätettävästä asiasta ja erilaisten päätösvaihtoehtojen vaikutuksista ja liitännäisvaikutuksista. Tällaisen harkintaprosessin vähäisyydestä johtuu näin ollen se, että äänestäjät joutuvat tekemään valintansa varsin vajavaisin tiedoin ja että äänestäjät myös todennäköisesti tekisivät valintansa eri tavalla, jos heillä olisi käytettävissään kaikki tarvittava tieto. Äänestäjän aktuaaliset preferenssit ja täydelliseen informaatioon perustuvat preferenssit ovat siis eri asioita. Niinpä vaaleissa ovat edustettuina äänestäjien aktuaaliset preferenssit, mutta eivät ne preferenssit, joita heillä olisi, jos heillä olisi täydelliset tiedot päätettävistä asioista. Näin ollen myöskään äänestäjät eivät ole keskenään tasavertaisessa asemassa. Koska tarvittava tieto on hyvin epätasaisesti jakautunut äänestäjien keskuudessa, toiset äänestäjät ovat aktuaalisine mielipiteineen toisia äänestäjiä lähempänä niitä preferenssejä, joita heillä olisi, jos he olisivat asian suhteen täydellisesti informoituja (full-information preferences). Siksi vaikka *äänestäjien aktuaaliset preferenssit* ovat vaaleissa tasa-arvoisesti edustettuina, heidän täydelliseen informaatioon tai sitä lähestyvään tasoon perustuvat preferenssinsä eivät sitä ole.²⁴⁰ Lisäksi deliberatiivisen demokratian haasteena on yhtäältä varmistaa vaaleilla valittujen edustajien päätöksenteon tosiasiallinen perustuminen avoimeen pro- ja contra-argumentaatioon sekä toisaalta ratkaista se, miten deliberatiivinen keskustelu saadaan toimivasti organisoitua miljoonien äänestäjien välillä.

Myös analyysi modernista yhteiskunnasta kasaa pilviä deliberatiivisen demokratiamallin taivaalle. Tuori on esitellyt Habermasin yhteiskunta-analyysin suhdetta Habermasin esittämään rationaalisen kommunikaation mallin ideaaliin. Habermasin analyysi käsittelee 1800-luvun lopulla alkunsa saaneen *porvarillisen yhteiskunnan toimintamalleja*. Kun seuraavassa esitettävä Habermasin analyysi näyttää olevan varsin pätevä kuvaus myös nykypäivän yhteiskunnasta, niin edelleenkin ei vaikuta olevan kovinkaan suuria toiveita vapaan sekä pro-

²⁴⁰ Fishkin – Luskin, The quest for deliberative democracy s. 18-19.

ja contra-argumentteja käyttävän rationaalisen keskustelun *tosiasiallisesta* onnistumisesta.

Habermasin mukaan etujärjestöjen, puolueiden ja hallinnon väliset kompromisseihin tähtäävät neuvottelut ovat pitkälti julkisuusperiaatteen tavoittamattomissa, ja sama ongelma koskee myös näiden toimijoiden sisäistä kannanmuodostusta. Julkisuus ei tällöin ole enää kriittistä julkisuutta, vaan etujärjestöjen, puolueiden ja hallinnon julkisuustyöllään tuottamaa, manipulatiivista tai demonstriatiivista julkisuutta. Tällöin kulttuurista keskusteleva yleisö on muuttunut kulttuuria kuluttavaksi yleisöksi. Tällöin myöskään poliittista päätöksentekoa edellyttäviä kysymyksiä ei saateta yleisön keskusteltavaksi ja julkisen mielipiteen tai tahdonmuodostuksen kohteeksi. Tämänkaltaisessa poliittisessa julkisuudessa yleisön tehtävänä on niin sanotun akklamaatidemokratian mukaisesti ainoastaan jakaa suosionosoituksia poliittisen näyttämön esiintyjille. Myöskään todelliset lainsäädäntömenettelyt eivät perustu julkisuudessa käydyin argumentaation avulla syntyneeseen yhteisymmärrykseen. Yhteisymmärryksen korvaavat erityisintressien väliset kompromissit, jotka perustuvat valtasetelmiin ja julkisuudelta suojassa käytyihin neuvotteluihin. Tuori toteaaakin Habermasin hahmotteleman poliittisen julkisuuden kohtaavan seuraavan perusdilemman: ”Miten myöhäiskapitalistisessa sosiaalivaltiossa voidaan pitää kiinni *poliittisen julkisuuden idean* käypyydestä ja toteuttamismahdollisuudesta, jos sen yhteiskunnalliset ja institutionaaliset edellytykset ovat kerta kaikkiaan peruuttamattomasti murentuneet?” Niinpä Tuorin mukaan Habermasin teoria toteuttaa pikemminkin ideologiakriittistä ohjelmaa, joka pyrkii vaikuttamaan toteutuneen kommunikatiivisen toiminnan kehittämiseen kohti Habermasin formuloimaa ideaalia.²⁴¹

Deliberatiivista mallia toteuttavan kommunikaation vaatimusta voidaankin mielestäni pitää erittäin arvokkaana yhteiskunnallisiin toimijoihin kohdistettavana normatiivisena kannanottona, mutta tämä toteutumaton ideaali ei sovellu perustelemaan sitä, miksi oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa pitäisi sitoutua lakiin tai miksi parlamentin ja tuomioistuinten välinen suhde pitäisi ymmärtää hierarkkisena valtasuhteena. Michael Sawardin mukaan deliberatiivinen keskustelu voi olla ideaali osa demokraattisia prosesseja, mutta se voi olla vain osa. Sen ei voida ajatella kuvaavan demokraattisia päätöksentekoprosesseja kokonaisuudessaan, eikä sitä myöskään voida tarkoituksenmukaisesti soveltaa kaikissa tai edes missään keskeisessä demokraattisen systeemin instituutiossa. Deliberaatio ei siis ole asianmukainen demokratian malli, vaan pikemminkin toivottava osa laajempaa demokratian teoriaa ja osa kattavampia ja kompleksisempia demokraattisia rakenteita, eikä niinkään vastike jollekin toiselle tavalle ymmärtää demokratia²⁴².

²⁴¹ Tuori, Niin&Näin 4/2005 s. 98-100.

²⁴² Saward, Less than meets the eye. Democratic legitimacy and deliberative theory s. 68.

6.3 YMPÄRISTÖOIKEUDELLISESTA DEMOKRATIAKRITIIKISTÄ

Simo Kyllönen on kirjoittanut mielenkiintoisen analyysin kansainvälisestä poliittisen ekologian alaan kuuluvasta keskustelusta, jossa käsitellään demokraattisen legitimitietin ongelmia nykyajan yhteiskunnassa. Useat poliittisen ekologian teoreetikot ovat nimittäin asettaneet kyseenalaiseksi edustuksellisten liberalistis-demokraattisten päätöksentekomallien legitimiuden ympäristönsuojelua koskevissa kysymyksissä. Ensinnäkin on selvää, että näissä kysymyksissä kaikki intressitahot eivät ole aina tasavertaisesti edustettuna. Kun ympäristöongelmat ovat sen luonteisia, että ne ulottuvat valtion alueen ulkopuolelle tai yksittäisten valtioiden tekemillä ratkaisulla on jopa globaaleja vaikutuksia, tällöin yhden valtion alueella elävät kansalaiset eivät ole kaikkien intressitahojen legitimejä edustajia, eivätkä kansallisvaltioihin sidotut poliittisen vaikuttamisen rakenteet pysty riittävästi ottamaan huomioon muiden maiden kansalaisiin tai globaaliin ympäristöön ulottuvia vaikutuksia. Toinen edustuksellisuutta koskeva ongelma, joka poliittisen ekologian keskusteluissa on otettu esille on se, että ympäristöpäätösten vaikutukset ulottuvat usein myös pitkälle tulevaisuuteen, ja siten myös tulevat sukupolvet jäävät väistämättä päätöksiä tehtäessä vaille asianmukaista edustusta. Lisäksi enemmistön mielipidettä ei aina myöskään hyväksytä luontoa koskevissa asioissa legitimeksi päätökseksi. Esimerkiksi metsien suojelua ja eläinten oikeuksia koskevat kiistat osoittavat Kyllösen mukaan, että monille ihmisille ”ympäristöintressien” kuten biodiversiteetin ja eläinten ”oikeuksien” huomiotta jättäminen tai niiden liian vähäinen huomioiminen päätöksenteossa voi hyvinkin olla peruste jättää hyväksymättä julkisen vallan auktoriteettia näiden asioiden ratkaisemisessa.²⁴³

Ympäristökysymyksistä aiheutuu demokratialle ongelma myös ympäristöongelmien monimutkaisuudesta johtuvan vaikeatajuisuuden vuoksi. Luonnonmekanismien sekä paikalliset että globaalit vuorovaikutus- ja riippuvuussuhteet ovat varsin kompleksisia ilmiöitä. Syiden ja seurauksien paikantaminen ongelmien tunnistamista ja niiden ratkaisemista varten on siten kaikkea muuta kuin ”kansantajuista” ja helppoa. Ympäristöongelmaa ei usein voida ratkaista vain yhtä tekijää muuttamalla (ainakaan aiheuttamatta samalla lisää ja ehkä vakavampia ongelmia toisaalla), vaan ongelman ratkaisussa vaaditaan luonnonmekanismien kokonaisvaltaista ymmärtämistä. Toisaalta yhden maantieteellisen alueen paikallisissa olosuhteissa toimivat ratkaisumallit eivät välttämättä sovelu ratkaisuksi toisenlaisissa ympäristöoloissa. Asioiden ymmärtämistä ja demokraattista tahdonmuodostusta ei myöskään helpota se, että ympäristöongelmat voivat olla myös piileviä ja kumuloituvia, jopa niin, että piilevä haitta voi ak-

²⁴³ Kyllönen, Ympäristöongelmat ja demokraattinen legitimeetti, Oikeus 4/2006 s. 600, 605-606.

tualisoituessaan olla vaikutuksiltaan katastrofaalinen ja palautumaton. Tahdonmuodostusta ja käsityksen muodostamista yleensäkin ympäristöä koskevista asioista haittaa vielä se, että piilevien ja kumuloituvien ympäristöongelmien syntyminen ei ole kansalaisten havainnoitavissa jokapäiväisessä elämässä. Samaa suuntaa nähdäkseni vaikuttaa lisäksi se, että nykyihmiset yhä enenevässä määrin ovat kaupunkilaistumisen vuoksi menettämässä läheistä yhteyttään elävään luontoon ja kykyään luonnon tarkkailuun. Kun lisäksi monet piilevistä ja kumuloituvista ympäristöongelmista ovat sellaisia, että myös asiantuntijoilla on niiden toteutumisriskeistä ja niiden syntyyn vaikuttavista tekijöistä hyvin erilaisia käsityksiä, saattaa kansalaisille helposti syntyä kuva erilaisten ympäristönsuojelutoimenpiteiden epävarmoista perusteista, joita sopiikin kyseenalaistaa. Ympäristöongelmia koskeva rationaalinen mielipiteenmuodostus ja rationaalinen keskustelu voi myös tästä syystä jäädä syntymättä. Toinen asia on se, että vaikka kansalaisilla olisikin riittävät poliittisen osallistumisen ja julkisen keskustelun vaatimat kyvyt, niin ympäristön suojelua koskevan lainsäädännön ja sitä koskevan muun päätöksenteon perusteet karkaavat suurella todennäköisyydellä niin kansalaisten kuin muiden alojen asiantuntijoidenkin ymmärryksen ulottumattomiin. Nämä esimerkit auttavat näkemään sen liberalistisen demokratiakäsityksen ongelmallisuuden, jonka mukaan jokainen yksilö on ensisijainen ja yhdenvertainen asiantuntija omia intressejään ja arvojaan koskevissa asioissa, tai että parhaat yhteiset päätökset syntyvät tällaisten yksilöiden vapaassa keskustelussa. Tämä Kyllösen referoima analyysi demokratian ongelmista auttaa näkemään, miten vaikeiden yhteiskunnallisten ongelmien hahmottamisessa ja ratkaisemisessa yksilöiden ymmärryskyky ja tahdonmuodostuskyky ja siitä seuraava demokraattisessa menettelyssä formuloitavan *tahdon* muodostuskyky ovat vaikeuksissa. Toisaalta valtioiden rajat ylittävien ongelmien käsittely demokraattisessa menettelyssä kohtaa väistämättä ongelman siitä, että kaikki intressitahot eivät ole päätöksenteossa edustettuina. Tällaiset ongelmat ovat yhteisiä erilaisille demokratiamalleille, kuten enemmistödemokratialle tai rationaalista ja vapaata keskustelua edellyttävälle deliberatiiviselle demokratialle. Tällainen analyysi auttaa myös ymmärtämään, miksi edes kansalaisten suora vaikutusmahdollisuus *välittömään demokratiaan* perustuvissa päätöksentekomalleissa ei sekään pysty tarjoamaan kaiken parantavaa lääkettä demokraattisten päätöksentekomallien ongelmiin.²⁴⁴

Demokraattisten prosessien toimivuutta on ekologisessa poliittisessä teorias-
sa kritisoitu myös siltä kannalta, että päätöksenteko käytännössä on riippuvai-
nen erilaisten sidosryhmien ja intressiryhmien välisistä voimasuhteista ja vai-
kutumahdollisuuksista. Päättäjien ja hallinnon on koettava sopeutua ja pyr-
kiä tasapainoiluun eri ryhmien esittämien vaatimusten välillä. Tällainen järjes-

²⁴⁴ Kyllönen, Ympäristöongelmat ja demokraattinen legitimeetti, Oikeus 4/2006 s. 600-601, 607.

telmä ei ole sopusoinnussa sen demokratiaperiaatteen keskeisen perustelun kanssa, että jokaisella kansalaisella pitäisi olla tasavertainen mahdollisuus vaikuttaa päätöksenteossa. Näin ei toteudu myöskään se demokratian puolesta puhuva peruste, jonka mukaan päätöksen tulisi perustua päätöksentekohetkellä parhaaseen tietämykseen, jota on koeteltu ja muotoiltu argumentein ja vasta-argumentein vapaassa ja rationaalisessa kansalaiskeskustelussa. Näin ollen ei voi enää sanoa, että päätökset edustaisivat kansalaisten tai edes kansan enemmistön intressejä, vaan päätökset syntyvät tiettyjen valtaryhmittymien poliittisten kamppailujen ja valtapyrkimysten tuloksena. Ympäristöongelmien ratkaisemisen kannalta tällainen päätöksentekomalli on hyvin ongelmallinen, sillä suurinta valtaa käyttävät ryhmittymät edustavat yleensä ympäristönsuojelulle vastakkaisia arvostuksia ja intressejä (esimerkiksi teollisuuden etujärjestöt ja muut työmarkkinajärjestöt) tai ainakaan tällaisten ryhmittymien mielenkiinto yhteisten asioiden hoitamisessa ei ole ympäristönsuojelukysymyksiin painottunut. Lyhyen aikavälin konkreettisia hyötyjä edustavat tahot myös usein jyräävät tällaisessa päätöksentekomallissa ne tahot, joiden huolenaiheena ovat piilevät, pitkällä aikavälillä kumuloituvat ja epävarmat ympäristövaikutukset. On myös niin, että sellaista poliittista järjestelmää, jossa poliittiset puolueet, hallitus ja parlamentit orientoituvat toiminnassaan etupäässä vain muutaman vuoden kestävien vaalisyklien mukaisesti, ei ole helppo saada riittävän pitkäjänteisesti toimimaan kauaskantoisten ja vasta pitkällä aikavälillä toteutuvien ympäristöongelmien torjumiseksi. Niinpä Kyllönen toteaaakin, että ympäristönsuojelua koskevaan päätöksentekoon liittyvät ongelmat ovat johtaneet monet teoreetikot pohtimaan liberalististen yksilökeskeisen lähtökohdan mielekkyyttä ympäristöpolitiikan ja demokratian lähtökohtana.²⁴⁵ Ympäristönsuojelu on nähdäkseni kuitenkin vain yksi esimerkki tällaisista tahdonmuodostukseen, edustamiseen ja demokraattiseen päätöksentekoon yleisemminkin liittyvistä ongelmista. Monia niistä piirteistä, joita ympäristöoikeuden alalla pidetään ympäristöoikeuden erityispiirteinä, voidaan kuitenkin yleisemmällä tasolla tarkasteltuna pitää myös monen muun yhteiskunnallisen ongelmatyyppin keskeisenä piirteenä. Samankaltaisia ongelmia kohdataan myös muissa syy- ja seuraussuhteittensa kannalta kompleksisissa yhteiskunnallisissa asioissa kuten esimerkiksi pyrkimyksessä taloudellisen toiminnan ohjaamiseen tai vaikkapa vain suunniteltaessa menestyksellistä sosiaalipolitiikkaa tai koulutuspolitiikkaa.

6.4 REPRESENTATIIVINEN DEMOKRATIA

Jos haluaa ymmärtää jonkin poliittisen toimintamallin luonnetta eli ”poliittista psykologiaa” ja tämän toimintamallin mahdollisuuksia ja mahdottomuuksia, on

²⁴⁵ Kyllönen, Ympäristöongelmat ja demokraattinen legitimitetti, Oikeus 4/2006 s. 606, 608.

syitä tarkastella niitä erityisiä historiallisia olosuhteita, niitä historialliselle tilanteelle tyypillisiä poliittisia tai sosiaalisia ongelmia, joiden ratkaisemiseksi kyseinen poliittinen systeemi aikanaan kehittyi. Toisaalta on hyväksi tarkastella myös niitä ongelmia, joita poliittinen toimintamalli nykyhetkessä kohtaa.²⁴⁶ Frank Ankersmit ajoittaa *välillisen demokratian* synnyn Manner-Euroopassa Napoleonin kukistumisen jälkeiseen Euroopan uudelleen rakentumisen, poliittisen romantiikan aikaan. Tätä aikaa leimasi *pelko sisällissodasta*, samoin siis kuin kaksisataa vuotta aikaisemminkin protestanttien ja katolilaisten välisten uskonsotien runnellessa Eurooppaa. Rasittavat uskonsodat synnyttivät tarpeen riitelevien osapuolten välille asettuvasta ja rauhaa takaavasta kolmannesta osapuolesta, joka tuolloin konstruoitui *valtioksi*, jonka hallitusmuotona oli absoluuttinen monarkia. Valtio asettui periaatteessa taistelevien osapuolten yläpuolelle ja oli näin tilanteessa, jossa vallitseva yhteiskunnallinen konflikti vain hyödytti valtiota. Vaikka Napoleonin jälkeisenä aikana pelko yhteiskunnallisista levottomuuksista oli siis sama, niin valtion rooli konfliktissa oli eri. Vuoden 1815 jälkeen valtio ei voinut enää asettaa itseään neutraalin sovittelijan asemaan irralleen konfliktin osapuolista. Valtiosta oli nimittäin tullut konfliktin keskeinen ongelma. Vallankumoukselliset, liberaalit, konservatiivit, bonabarteilaiset ja muut ryhmittymät taistelivat nyt siitä, kellä oli valta kontrolloida valtiota, ja tämä oli tietenkin ongelma, jonka ratkaisua ei voinut jättää valtion tehtäväksi. Eurooppa kohtasi näin todellisen uhkaavan ongelman, jota ei pystytty käsittelemään olemassa olevan valtajärjestelmän avulla. Koska sisällissotaa nimenomaan haluttiin välttää, ratkaisuna ei voinut olla avoimeen konfliktiin heittäytyminen, eikä toisaalta valtion kontrollia voitu myöskään antaa yhden valtaa tavoittelevan ryhmän käsiin, sillä silloin ei olisi ollut takeita muiden valtaa tavoittelevien ryhmien intressien turvaamisesta.²⁴⁷

Tuolloisessa restauraationajan Euroopassa parlamentaarinen, *edustuksellinen demokratia* oli paras keksintö sellaisiksi puitteiksi, joissa pystyttiin estämään Euroopan sortuminen uuteen konfliktien, vallankumousten ja ideologisten sotien kierteseen. Tuohon aikaan ideologiat olivat sananmukaisesti toisiaan vastaan *taistelevia* ideologioita, ja kuilu niiden välillä oli liian leveä ja liian syvä *konsensuksen* avulla ylitettäväksi. Niinpä realistinen poliittinen haaste ei ollutkaan erimielisyyksien sulauttaminen konsensukseksi, vaan pyrkiminen *kompromissiin*. Kompromissin poliittinen logiikka on *vaatia yhteistyötä käytäytymisen tasolla* eikä yksimielisyyttä ideologisella tasolla. Tämä oli järkevä valinta oloissa, joissa ihmisillä oli räikeän erilaisia näkemyksiä – joista ei oltu valmiita luopumaan – ja sen vuoksi oli pelättävissä, että painotus ideologisen kiihkeyden puolelta siirtyy käytännön toiminnan kiihkeydeksi ja peräänantamattomuudeksi. Kompromissin hyväksyminen sosiaalisen kanssakäymisen pe-

²⁴⁶ Ankersmit, *Representational Democracy* s. 24-25.

²⁴⁷ Ankersmit, *Representational Democracy* s. 25-26.

rustaksi merkitsi huomattavaa parannusta aikaisempaan tilanteeseen, jossa vain muutama vuosi aikaisemmin kanssakäymisen välineet vastakkaisten ideologioiden edustajien kanssa oli ollut paljon brutaalimpaa: vankila tai giljotiini. Edustuksellinen demokratia oli siis paras poliittinen menetelmä kompromissien saavuttamiseen ja keino väistää jatkuva kansalaissotien uhka. Valmius kompromisseihin keskeisten poliittisten periaatteiden suhteen oli merkittävä uudistus tuon ajan ihmisille, jotka vain muutamaa vuotta aikaisemmin olivat valmiita tappamaan ja kuolemaan omien periaatteidensa puolesta. Vasta Napoleonin jälkeisessä restauraatioajan Euroopassa luotiin tukeva pohja demokratialle kehittämällä kykyä rauhanomaiseen rinnakkaiseloon syvistä yhteiskunnallisista erimielisyyksistä huolimatta. Useita vuosikymmeniä myöhemmin industrialismin aikakaudella kompromissikykyisyyteen perustuva edustuksellinen demokratia näytti jälleen todellisen voimansa kun kapitalistien ja työväen eturistiriidat kärjistyivät. Länsi-Euroopan maat selviytyivät konfliktin uhkan suuruuteen nähden vähäisin vaurioin kun edustuksellisen demokratian välityksellä pystyttiin ratkaisemaan ratkaisemattomalta näyttäneet kiistat.²⁴⁸

Demokratian kehitys *anglosaksisissa maissa* on kuitenkin ollut toisenlainen. Kun Manner-Euroopassa keskeisimpänä ongelmana oli kansakunnan jakautuminen itseään vastaan, niin vastaavasti anglosaksen demokratian pääongelmana Englannissa ja Amerikassa on Ankersmitin mukaan ollut hyväksyttävien rajojen asettaminen toimeenpanovallan käytölle²⁴⁹. Isossa-Britanniassa ja muissa samankaltaisissa demokratioissa monarkin henkilöön liittyvä poliittinen valta on itse asiassa säilynyt kaksipuoluejärjestelmän ansiosta, sillä yleensä yksi puolue voi saada absoluuttisen enemmistön parlamentissa. Näin ollen kaksipuoluejärjestelmään perustuvissa demokratioissa vallassa olevaa puoluetta voidaan hyvin pitää absoluuttisen monarkkisen vallan perillisenä. Tämänkaltaisen demokratiamalli ei olisi pystynyt ratkaisemaan vuoden 1815 jälkeisen ajan konflikteja Manner-Euroopassa, ja niinpä on ilmeistä, että mannermaisen ja anglosaksisten demokratioiden toimintalogiikka lähtökohdiltaan eroaa toisistaan merkittävällä tavalla.²⁵⁰

Millä tavalla tällaisista lähtökohdista kehittyneet demokratiat ovat valmiita vastaamaan nykyaikaisiin yhteiskunnallisiin ongelmiin? Nykyaikana ongelmat länsimaisissa yhteiskunnissa ovat oleellisilta osiltaan toisenlaisia kuin restauraatioajan Euroopassa 1800-luvulla. Ylittämättömät intressien ja arvojen erilaisuudesta johtuvat ongelmat eivät enää samalla tavalla polarisoi yhteiskuntaa. Nykyaajan ongelmat koskettavat kaikkia ihmisiä ja myös enemmän tai vähemmän samalla tavalla. Ihmiset ovat myös yhtälailla näiden ongelmien aiheuttajia

²⁴⁸ Ankersmit, *Representational Democracy* s. 26-28.

²⁴⁹ Tosin ainakin oikeusvaltioajattelun yhtenä tärkeänä teemana on jo Kantin ensimuotoiluista lähtien ollut julkisen vallan rajoittaminen. Tästä esimerkiksi Erik O. Wennerström, *The Rule of Law and the European Union* s. 69.

²⁵⁰ Ankersmit, *Representational Democracy* s. 29.

kuin uhrejakin. Tyypillistä nykyajan poliittisille ja sosiaalisille ongelmille on myös, että niissä on usein kyse tehtyjen päätösten ei-tavoitelluista ja epätoivotavista liitännäisseuraamuksista. Esimerkiksi liikkumismahdollisuuksien edistämiseksi valmistetaan suuret määrät autoja, mistä puolestaan seuraa liikenne-ruuhkia, jotka vaikeuttavat liikkumista paikasta toiseen. Korkean elintason tavoittelu on tuonut mukanaan mittavan määrän työttömyyttä, ja hyödykkeiden tuotannosta on aiheutunut mittavia ympäristöongelmia. Hyvinvointivaltioikin aiheuttaa pahoinvointia liialliseen yksilöiden asioihin puuttumisen vuoksi tai hyvin järjestetty sosiaaliturva saattaa vähentää halukkuutta oma-aloitteisuuteen ja demokratian toiminnan kanalta tarpeelliseen aktiivisuuteen. Mannermainen demokratia on vaikeuksissa sellaisten ongelmien ratkaisemisen kanssa, jotka ovat kaikille yhteisiä ja joihin ei liity selkeää kansalaisten polarisaatiota tai kansalaisten epätasa-arvoa. Ankersmit arveleekin, että demokratia – tai mikä tahansa muukin poliittinen järjestelmä – on parhaimmillaan ratkaistessaan aikaisemmasta poliittisesta systeemistä perittyjä ongelmia, mutta se saattaa jäädä suhteellisen sokeaksi itse luomiensa ongelmien suhteen.²⁵¹

Kun nykyajan ”demokraattisilla ongelmilla” näyttää siten olevan suurempi formaalinen yhtäläisyys ”anglodemokratian” perusongelmien kanssa, niin ”anglodemokratia” saattaa omata paremmat välineet nykyongelmien ratkaisemiseen. ”Anglodemokratian” ongelma on Ankersmitin mukaan kuitenkin siinä, että se ei tunnista uusia demokraattisia ongelmia poliittisiksi (vaan yksilöiden) ongelmiksi. Vaikka mannermaisiin demokratioihin on puolestaan sisäänrakennut herkkyys havaita myös uusiin ”demokraattisiin ongelmiin” liittyvät konfliktin ainekset, ne eivät kuitenkaan pysty reagoimaan onnistuneella tavalla. Koska tällainen herkkyys ei ole luonteenomaista kaksipuoluedemokratioille, niin suhteessa mannereurooppalaiseen demokratiaan ne ovat taipuvaisia suhteelliseen välinpitämättömyyteen (poliittisia) konflikteja ja niiden yhteensovittamista kohtaan. Siten nykyisten demokratioiden keskeisenä haasteena on Ankersmitin mukaan tunnistaa ja sisäistää uudentyyppiset poliittiset ongelmat, jotka ovat syntyneet muutaman viime vuosikymmenen aikana. Demokraattiset järjestelmät ovat vaarassa, elleivät ne onnistu muuntautumaan myös uudentyyppisten ongelmien tehokkaiksi ratkaisijoiksi.²⁵²

6.5 ANKERSMITIN EHDOTUS

Ankersmit pitää pienenä ihmeenä sitä, että demokratia ja edustuksellisuus on saatu kytketyksi toisiinsa niin toimivalla tavalla, vaikka demokratialla ei ole mitään luontaista linkkiä edustamisen (engl. representation) käsitteeseen eikä

²⁵¹ Ankersmit, *Representational Democracy* s. 30.

²⁵² Ankersmit, *Representational Democracy* s. 31.

edustamisen käsitteellä ole mitään luontaista linkkiä demokratian käsitteeseen²⁵³. Englannin kielen sanalla ”edustus” (representation) on myös toinen merkitys: ”esitys tai kuvaus”, ja juuri tähän jälkimmäiseen merkitykseen Ankersmit tarttuu omassa esityksessään demokratiasta, joka tuo mielenkiintoista lisäymmärrystä perinteiseen tapaamme ymmärtää demokratia. Ankersmit nostaa esille kaksi *estetiikan* alaan kuuluvaa näkökulmaa *esitykseen ja esittämiseen*. Toisesta näkökulmasta esitystä ”representation” tarkastellaan yhtäläisyyden ja yhdenmukaisuuden (resemblance) kannalta, kun taas toisesta näkökulmasta katsottuna esitystä tarkastellaan substituution eli korvautumisen kautta. Ankersmit toteaa *yhtäläisyyden näkökulman* houkuttelevuudestaan huolimatta olevan ongelmallinen tapa tarkastella *esityksen* ja *esitetyn* välistä suhdetta esimerkiksi siitä syystä, että yleisesti hyväksyttyjä tai hyväksyttävissä olevia yhtäläisyyden kriteerejä ei voida antaa, mistä syystä yhteneväisyyden vaatimus muodostuu ongelmalliseksi. Toiseksi, koska sanat ja lauseet eivät ole yhteneväisiä sen kanssa, mistä ne kertovat, niin yhtäläisyyden näkökulma ei sovellu tarkasteltaessa kieltä todellisuuden esittämisen välineenä. Siten *yhtäläisyyden näkökulmasta* ei olisi korrektia puhua esimerkiksi historiankirjoituksesta menneisyyden historiallisena representaationa.²⁵⁴

Substituution näkökulman Ankersmit puolestaan avaa etymologisen tarkastelun avulla. Sanan ”representation” etymologinen merkitys on se, että tehdään (jälleen) läsnä olevaksi se, mikä (nyt) on poissa. Formaalisti ilmaistuna substituutio tarkoittaa sitä, että A on B:n representaatio silloin kun A voi ottaa B:n paikan tai kun A voi korvata B:n tai tulla tämän sijaan B:n poissa ollessa. Tämä pätee myös sanoihin ja teksteihin, sillä esimerkiksi on mahdollista ajatella, että historiankirjoitus kompensoi menneiden realiteettien poissaolon ja toimii niiden korvikkeena. Substituution näkökulmaa ei myöskään rasita yhteneväisyyden kriteerien puuttuminen, sillä substituutioteoria ei vaadi, että substituutti on yhtäläinen sen kanssa, mitä se esittää. Ankersmit toteaa kuitenkin, että yhtäläisyys voi joissakin tilanteissa auttaa vakuuttumaan siitä, että B on A:n tyydyttävä korvike. Näin ollen teoria yhtäläisyydestä voi toimia enintään yleisemmin käyttökelpoisen substituutioteorian erityistapauksena.²⁵⁵

Niissä keskusteluissa, joita käytiin USA:n perustuslakia laadittaessa, sekä yhtäläisyyden että substituution näkökulmat olivat molemmat edustettuina. Toisen kannan mukaan parlamentin edustajien tuli mahdollisimman tarkasti

²⁵³ Samalla tavalla erikoinen ilmiö on mielestäni deliberativismin omaksuminen ja sulautuminen liberalistiseen demokratiaan. Ensinnäkin deliberatiivinen keskustelu merkitsee lähtökohdiltaan suoraa vuorovaikutusta keskustelijoiden välillä, kun taas liberalistinen demokratiamalli perustuu välillisyyteen ja edustukseen. Toiseksi liberalistisessa demokratiassa keskeisiä ovat jo ennen poliittista interaktiota määrittäneet preferenssit, kun taas deliberatiivinen demokratia edellyttää preferenssien muuntumista interaktiossa.

²⁵⁴ Ankersmit, *Representational Democracy* s. 32.

²⁵⁵ Ankersmit, *Representational Democracy* s. 32.

pyrkii toimimaan valitsijoiden käsitysten ja mielipiteiden mukaan siten, että mahdollisimman suuri yhtäläisyys vallitsisi kansan ja heidän edustajiensa välillä. Toisen kannan mukaan taas mielipiteen vapaus kuului kaikille, ja edustajien piti nimenomaan tarjota arvostelukykynsä ja oman harkintansa mukaan tehdyt päätökset valitsijoiden käyttöön. Äänestäjien mielipiteitä piti kuunnella, kunnioida ja harkita vakavasti, mutta kuitenkin pidettiin huonona ajatusta siitä, että edustajan olisi pitänyt olla sidottu äänestäjiensä mielipiteisiin.²⁵⁶

Tämä jälkimmäinen substituutionäkökulma edustettavien ja edustajien välisestä suhteesta näyttää ainakin säädöstasolla juurtuneen suomalaiseen demokratiakäsitykseen. Uuden voimassaolevan perustuslain 29 §:ssä, joka on sellaisenaan otettu kumotusta valtiopäiväjärjestyksestä (VJ 11 §), todetaan että kansanedustaja on velvollinen toimessaan noudattamaan oikeutta ja totuutta, eivätkä häntä sido mitkään muut määräykset. Tämän pykälän on vallitsevasti katsottu merkitsevän niin sanottua *imperatiivisen mandaatin kieltoa*, jonka mukaan edustaja ei ole sidottu valitsijoidensa tai yleensä esimerkiksi vaaliipiirinsä äänestäjien mielipiteisiin²⁵⁷. Myös perustuslakia valmistelleen komiteanmietinnön yksittäisten pykälien perusteluissa todetaan kyseisen pykälän sisältävän imperatiivisen mandaatin kiellon²⁵⁸. Tuorin mukaan tämä ajatus sisältyy myös liberalistisen oikeusvaltion edustamaan demokratiatulkintaan²⁵⁹. Niinpä onkin varsin yllättävää, että *oikeudellinen ratkaisuteoria* antaa yhtäläisyysnäkökulmalle suuremman merkityksen kuin substituutionäkökulmalle. Keskusteltaessa lain asemasta oikeudellisen ratkaisun premissinä tukeudutaan siihen kansansuvereniteettia perustelemaan *yhtäläisyysnäkökulmaan* tukeutuvaan ajatukseen, että lakitekstin ilmaisemat preferenssit myös tosiasiaassa ovat yhteneväiset kansalaisten edustamien preferenssien kanssa tai että lait ilmaisevat sitä konsensusta, joka on saavutettu vapaassa yhteiskunnallisessa keskustelussa. Substituutionäkökulmakin toisaalta saa myös merkitystä oikeudellisen ratkaisun teorias-
sa siten, että hyväksytään mahdollisuus laintulkinnassa siirtyä ainakin joissain tapauksissa lainsäätäjän tahdon subjektiivisesta tulkinnan korostamisesta niin sanotun lainsäätäjän objektiivisen tahdon selvittämiseen.

Myös Ankersmit ankuroi demokratiakäsityksensä substituutionäkökulmaan rinnastaen rohkeasti – ja mielestäni onnistuneesti – esteettisen representaation poliittiseen representaatioon. Aivan kuten taideteoksella on tietty autonomia suhteessa siihen, mitä se esittää, niin samalla tavalla myös parlamentissa toimivalla edustajalla on tietty riippumattomuus ja autonomia suhteessa äänestäjiin. Kummassakaan tapauksessa tätä jonkinlaista eroavaisuutta ja etäisyyttä esityksen ja esitettävän välillä ei ole välttämätöntä nähdä konfliktin, vääristelyn tai

²⁵⁶ Ankersmit, *Representational Democracy* s. 34.

²⁵⁷ Hiden – Saraviita, *Valtiosääntöoikeuden pääpiirteet* s. 59.

²⁵⁸ Komiteanmietintö 1997:13 s. 153.

²⁵⁹ Tuori, *Oikeus, valta ja demokratia* s. 118.

virheen ilmentymänä. Esimerkiksi muotokuvan ei tarvitse pyrkiä mallinsa valokuvamaiseen esittämiseen, vaan maalatun muotokuvan avulla taiteilija voi pyrkiä välittämään katsojille viestin esimerkiksi mallina olevan henkilön yhteiskunnallisista saavutuksista tai dismeriiteistä, tai muotokuvan henkilön kautta voi pyrkiä ilmentämään esimerkiksi poliittista aikakautta tai yhteiskunnallisia olosuhteita. Ankersmitin mukaan olisikin esteettisen esittämisen täydellistä ymmärtämättömyyttä vaatia muotokuvan ja esitettävän välistä samuutta tai yhteneväisyyttä. Samalla tavalla yhteneväisyyden vaatiminen poliittisessa esittämisessä on ongelmallista. Olisi väärin luulla, että kaikissa eroavaisuuksissa valitsijoiden ja edustajien välillä olisi kyse poliittisista virhetulkinnoista. Ankersmit pitää poliittisen kypsyyden mittana sitä, kuinka hienojakoisesti ja varmasti osataan tehdä ero esteettisestä esittämisestä johtuvan erilaisuuden ja (poliittisen) virhetulkinnan välillä. Poliittisesti naiivi äänestäjäkunta näkee jokaisen poikkeaman itsensä ja edustajien välillä luvattomana vääristelynä, kun toisaalta taas poliittisesti laiska ja välinpitämätön äänestäjäkunta ei näe vääristymiä edes silloin kun edustajat ovat piittaamattomasti jättäneet kaikki lupauksensa täyttämättä. Poliittisesti kypsään ajatteluun kuuluu puolestaan ajatus siitä, että myöskään esitettyä (represented) äänestäjää ei pidetä muuttumattomana subjektina, vaan pidetään mahdollisena se, että äänestäjät myös muuttavat käsityksiään vaalikaudella edustajien ja heidän puolueidensa toiminnan ansiosta. Interaktio äänestäjien ja heidän edustajiensa välillä muuntaa edustetut (ja esitetyt) äänestäjät kovasta, muuttumattomasta ja annetusta joksikin epätarkemmaksi, muuttuvaksi ja jatkuvaksi. Tällä tavalla poliittinen, esteettinen ja myös historian esittäminen muistuttavat läheisesti toisiaan. Kun poissaoleva korvataan representaatiolla, mahdollisia kuvia voi syntyä useita, ja käsitys todellisuudesta muotoutuu näiden representaatioiden kautta. Esimerkiksi mennyt todellisuus representaationa saa muotonsa ja piirteensä historiankirjoittajien ehkä toisistaan poikkeavienkin representaatioiden kautta. Representaatio ymmärrystä ja todellisuuskäsityksiä muodostavana tekijänä on syy, miksi Ankersmit näkee *poliittisen edustamisen ja esittämisen* demokratian keskeisenä elementtinä. Vaikka sähköisten viestimien avustuksella voitaisiinkin ottaa käyttöön suoran demokratian päätöksentekomalleja, niin siitä huolimatta poliittinen representaatio on välttämättömyys. Ilman poliittista representaatiota ei muodostu poliittisen sfääriä tai kansakuntaa todellisena poliittisena entiteettinä.²⁶⁰

Ankersmitin mukaan esitetyn ja esityksen välistä etäisyyttä saatetaan pitää jopa välttämättömänä poliittisen merkityksen muodostumiselle. Kuten taulua katsottaessa vaaditaan tietyn etäisyyden ottamista kuvaan katseen tarkentamiseksi, niin samaa periaatetta noudattaen poliitikkojenkaan ei tulisi pyrkiä mahdollisimman lähelle kansalaisia, vaan heidän pitäisi yrittää nousta fragmentoituneiden poliittisten vaatimusten ja fragmentoituneen poliittisen todellisuuden

²⁶⁰ Ankersmit, *Representational Democracy* s. 34-36.

aiheuttamien ongelmien yläpuolelle katsomaan kokonaisuutta. Ero tai etäisyys äänestäjien ja heidän edustajiensa välillä tekee myös selväksi legitiimin poliittisen vallan luonteen ja sen alkuperän edustuksellisessa demokratiassa. Kun väestö jakautuu kahtia edustettujen ja edustajien ryhmiin, niin *tällöin valta sijaitsee representaatioissa*, joka sekä erottaa että yhdistää näitä ryhmiä. Valta ei kuulu kummallekaan ryhmälle, eikä näin ollen suvereenia ole lainkaan. Tämä tarkoittaa sitä, että edustuksellisessa demokratiassa legitiimi poliittinen valta on perimmiltään esteettistä.²⁶¹

Esteettinen valta esittäytyy selvimmin pyrittäessä kompromisseihin poliittisessa päätöksenteossa. Kun sovinnon syntymisen esteenä ovat osapuolten erilaiset lähtökohdat, syntyy tarve kompromissin aikaansaamiseksi luoda jotakin uutta, jonka kaikki osapuolet voivat hyväksyä²⁶². Hyvänä esimerkkinä tällaisesta kompromissista Ankersmit pitää hyvinvointivaltion syntyä toisen maailmansodan jälkeisessä Euroopassa. Hyvinvointivaltio oli työväen ja omistavan luokan kiistoissa syntynyt uutuus, jonka avulla molempien osapuolten intressit pystyttiin riittävästi turvaamaan. Ajatus hyvinvointivaltiosta ei sisältynyt eksplisiittisesti eikä implisiittisesti sen paremmin työväenluokan kuin kapitalistienkaan ideologioihin, ja se sai vastustusta molempien ideologioiden taholta. Paras poliittinen kompromissi onkin Ankersmitin mukaan sellainen, jossa on pystytty jättämään taakse osapuolten alkuperäiset lähtökohdat. Mitä enemmän alkuperäisistä asetelmista on jäljellä lopullisessa ratkaisussa, sitä suurempia heikkouksia ja potentiaalisia konfliktin aiheita kompromissiin sisältyy. Näin ollen poliittisen kompromissin kannalta on sitä parempi, mitä suuremmassa määrin eri osapuolet pystyvät luopumaan alkuperäisistä asetelmistaan. Tällä tavalla lähtökohdista luopumista kompromissin saavuttamiseksi ei Ankersmitin mukaan tule ajatella petturuutena vaan muutoksena eli metamorfoosina. Se, että mannermaisissa demokratioissa on anglosaksisia maita paremmin onnistuttu luomaan hyvinvointivaltiota ja sosiaaliturvaa selittyy Ankersmitin mukaan osittain juuri sillä, että mannermainen versio edustuksellisesta demokratiasta rakentuu historiallisesti kompromissien tekemisen varaan kiistelevien osapuolten välillä.²⁶³

Argumenttiaan kehitellessään Ankersmit luo katsauksen myös asiantuntijaorganisaatioihin globalisoituneen yhteiskunnan toimijoina. Asiantuntijaorganisaatioille ja asiantuntijuudelle on ominaista kapea-alaisuus ja tieteellinen tarkkuus. Asiantuntijat ja asiantuntijaverkostot ovat hänen mukaansa kuin mikro-

²⁶¹ Ankersmit, *Representational Democracy* s. 37.

²⁶² Tältä osin Ankersmit kritisoi voimakkaasti John Rawlsin ajatusta *konsensuksesta* demokraattisen päätöksenteon tavoitteena, väittäen sen johtavan staattisuuteen ja konservatiivisuuteen. Rawlsilainen konsensus perustuu nimittäin siihen, että kiistelevien ideologioiden alta löytyy jotakin fundamentaaleja kaikkien osapuolien yhdessä jakamia lähtökohtia (esim. ihmisoikeuksia), joiden varaan yhteisymmärrys voidaan rakentaa s. 39-46.

²⁶³ Ankersmit, *Representational Democracy* s. 45-46.

skooppeja, jotka hahmottavat hyvin kapean alan todellisuutta ennennäkemättömällä selkeydellä ja tarkkuudella, mutta valitun tarkastelukohteen ulkopuolelle jäävät asiat näyttäytyvät epäselvinä, tai ne häipyvät jopa olemattomiin. Asiantuntijuuden edut edustukselliseen demokratiaan verrattuna kiteytyvät sellaisissa sanoissa kuten tieto, todellisuus ja totuus, ja ne saavat konkreettisen ilmene-mismuotonsa tieteellisen totuuden teknologisessa soveltamisessa. Tähän perustuu asiantuntijaverkostojen ja asiantuntijoiden auktoriteetti, tehokkuus ja suori-tuskyky. Edustuksellisen demokratian erinomaisuus puolestaan perustuu ni-menomaan äänestäjien representaatioon, ja sen toimintaa ohjaa *representaation logiikka*. Tällöin toiminnan fokuksena on se, miten totuus pystytään parhaiten organisoimaan johdonmukaiseksi ja ristiriidattomaksi kokonaisuudeksi. Malli-esimerkkinä totuuden organisoinnista Ankersmit pitää historian tutkimusta, sil-lä historian tutkijan odotetaan kunnioittavan totuutta menneisyydestä samoin kuin muotokuvan maalaajan odotetaan esittävän mallin alkuperäistä muistutta-valla (engl. *likeness*) tavalla. Hänen mukaansa historianankirjoituksessa on kes-keisiltä osiltaan kyse valintojen tekemisestä sen suhteen, mitä tosia väittämää tulisi sisällyttää historialliseen narratiiviin ja mitkä tosista väittämistä, joita voi-si myös käyttää kokonaiskuvan muodostamisessa, loppujen lopuksi päätetään jättää kuvauksesta pois sillä perusteella, etteivät ne tuo asiaan lisävalaistusta. Historioitsija voisi tarjota lukijalleen paljon enemmän tosia väittämää mennei-syydestä kuin hän sitten loppujenlopuksi tekee. Historioitsija on tässä valinta-prosessissa taipuvainen valikoimaan ne todet väittämät, jotka yhdessä tuottavat sellaisen kuvan menneisyydestä, jota hän itse pitää onnistuneimpana. Tällaiset ehdotukset voivat Ankersmitin mukaan olla mielekkäitä, hedelmällisiä, hyödyli-siä, ajatuksia herättäviä (tai sitten ei), ja niistä voidaan keskustella rationaali-sesti, mutta ei ole mielekasta väittää sellaisten ehdotusten olevan tosia tai vää-riä. Tässä mielessä representaatioissa yleensäkin on kyse pikemminkin totuuden tai tietämisen *organisoinnista* (representaation kautta) kuin totuudesta tai to-tuuden tietämisestä. Tämä yhdistää myös representaation ja *kompromissin* kes-kenään, ne molemmat pikemminkin organisoivat tietoa kuin löytävät tai puo-lustavat sitä.²⁶⁴

Päätelmänä esittämiensä argumenttien pohjalta Ankersmit esittää näkemyk-senään, että edustuksellisia demokratioitamme tulisi kehittää esittävämpään es-teettisen vallankäytön suuntaan. Hänen ehdotuksensa mukaan tulisi sallia es-teettisen etäisyyden kasvattamisen edustajien ja edustettujen välille siten, että lakia säättävät edustajat olisivat vähemmän kiinnostuneita äänestäjiensä joka-päiväisten toiveitten täyttämisestä ja kiinnittäisivät enemmän huomiota poliitti-

²⁶⁴ Ankersmit, *Representational Democracy* s. 37-39. Näkemykseni mukaan *konsensuksen* voi-daan puolestaan katsoa liittyvän pikemminkin tieteellisen tiedonmuodostuksen kategoriaan, eli pyrkimykseen *tietoon ja totuuteen* osapuolten erimielisyyksiä syvemmällä tasolla olevista yhteisistä lähtökohdista.

sen todellisuuden koko kuvaan. Näin luotaisiin enemmän tilaa luoville kompromisseille ja poliittiselle taiteellisuudelle ja taitavuudelle.²⁶⁵

6.6 JOHTOPÄÄTÖKSIÄ ANKERSMITIN DEMOKRATIA-ANALYYSISTÄ

Ankersmitin selitys länsimaisten demokratiamallien erilaisista lähtökohdista tuo mielenkiintoista lisävalaistusta myös oikeuskulttuurien välisen eron ymmärtämiseen. Kun *demokraattinen malli* anglosaksisissa maissa ei ole ensisijassa keskittynyt konfliktin ratkaisuun, on ymmärrettävää, miksi tuomioistuimet ovat näissä maissa saaneet luovan konfliktinratkaisijan roolin, ja ymmärrettäväksi tulee myös se, minkä vuoksi on ollut tärkeää, että tuomioistuimet identifioidaan pikemminkin osaksi kansalaisyhteiskuntaa kuin osaksi (monarkkistyyppistä) valtiota. Kun keskeisimmäksi ongelmaksi on nimenomaan koettu valtiollisen vallankäytön rajoittaminen, niin yhteiskunnallisina toimijoina *tuomioistuimet* ovat olleet tärkeä poliittista keskusvallan käyttöä rajoittava tekijä.

Jos poliittinen järjestelmä on poliittisten ongelmien luonteen muutoksista johtuen moderneissa yhteiskunnissa Ankersmitin tarkoittamien muutospaineiden alla, on selvää, että keskustelussa nykyisten demokratiamallien uudelleen muotoilusta täytyy osaltaan käsitellä myös tuomioistuinten asemaa yhteiskunnallisen vallan käyttäjänä. Jos lisäksi on niin, kuten Ankersmit sanoo, että nykyajan ”demokraattisilla ongelmilla” on suurempi formaalinen yhtäläisyys anglodemokratian perusongelmien kanssa, niin olisi ajateltavissa, että anglodemokraattinen yhteiskuntamalli saattaisi tarjota paremmat välineet nykyongelmien ratkaisemiseen. Niinpä jos mannermaisilla demokratioilla on jotakin opittavaa anglodemokratialta, se ei näkemykseni mukaan suinkaan ole malli kaksipuoluejärjestelmästä, vaan tuomioistuinten aktiivinen rooli yhteiskunnassa esiintyvien ongelmatilanteiden ratkaisemisessa. Tässä tutkimuksessa muotoillut linjaukset mahdollisesta tuomioistuinaktivismista ja sen ehdoista voidaan lukea myös osaksi tätä keskustelua.

Poliittisesti naiivin demokratiakäsityksen kritiikki toimii myös legalismin kritiikkinä. Legalismi edustaa nimenomaan naiivia käsitystä tuomioistuimen velvollisuudesta toimia lakiin sidottuna. Tällaisen naiivin legalismin mukaan poikkeamat lainmukaisuudesta nähdään virheen tai konfliktin ilmentymänä. Vain naiivi käsitys oikeudellisen ratkaisutoiminnan sitoutumisesta lakiin on esiteenä sille, että oikeuden ehdoilla tehtävissä oikeudellisissa ratkaisuissa voitaisiin *esittää* oikeudellinen todellisuus luovalla ja omaperäisellä representaation *substituutiomallissa* tarkoitetulla tavalla. Toisaalta mitä tahansa irtautumista lakektestistä ei voida hyväksyä, vaan vaaditaan herkkyyttä erottaa ”esteettisestä

²⁶⁵ Ankersmit, Representational Democracy s. 46.

erosta” johtuva poikkeama *vääristyneestä* oikean ja oikeudenmukaisuuden representaatiosta. Tätä tarvetta varten näen toimivaksi malliksi Habermasin ajatuksen kansalaisyhteiskunnan informaalistien kommunikaativirtojen tärkeydestä sekä hänen teoriassaan esitetyt kansalaisyhteiskuntaan kohdistuvat normatiiviset vaatimukset. Luhmannin systeemiteoria voidaan puolestaan ottaa käyttöön hahmotettaessa sitä, miten ja millaisin lisäedellytyksin representaation substitutiomallia voitaisiin soveltaa oikeudellisen ratkaisutoiminnan yhteydessä.

Ankersmitin analyysi kompromissin ja konsensuksen välisestä erosta auttaa myös valottamaan tuomioistuinaktivismiin mahdollista hyväksyttävyyttä yhteiskunnassa. Rawlsilainen konsensus rakennetaan eri mieltä olevien osapuolien välille siten, että molemmat osapuolet voivat pitää kiinni alkuperäisistä vaatimuksistaan ja käsityksistään, sillä yhteisymmärrys haetaan sellaisten ratkaistavasta konfliktista kauempana olevien yhteisön fundamentaalien arvojen ja periaatteiden kautta, joista konfliktin osapuolet ovat yksimielisiä. Mannermainen kompromissin tekemisen tapa puolestaan lähtee siitä, että konfliktin osapuolet joutuvat siirtymään alkuperäisistä positioistaan ja päätyään johonkin uuteen ja luovaan lopputulokseen, jota välttämättä mikään konfliktin osapuolista ei alun perin kannattanut. Tällä tavalla valmius kompromissien rakentamiseen ja valmius kompromissien kanssa elämiseen luo valmiudet yhteiskunnan dynaamisuudelle. Valmius luopua omista lähtökohdista kompromissin saavuttamiseksi luo samalla myös valmiuden sopeutua sellaisiin uudenlaisiin ongelmanratkaisuihin, joita konfliktin osapuolet eivät alun perin kannattaneet. Uudenlaisista ongelmanratkaisuihin ja niihin sopeutumisesta tulee yhteiskunnallisten toimijoiden arkipäivää, johon myös ajatus tuomioistuimista substitutiomallin mukaisina luovien ongelmanratkaisujen esittäjinä sopii erinomaisesti. Epäkoherenssia toimijoiden alkuperäisten preferenssien ja vaatimusten ja uusien esitettyjen ratkaisumallien välillä ei ole syytä pelätä tai pitää rappingin merkinä, vaikka ei sitä toki pidä ihannoidakaan.

Jos voitaisiin ajatella *legitiimin* poliittisen vallan moderneissa yhteiskunnissa omaavan myös representaation substitutiomallin piirteitä Ankersmitin tarkoittamalla tavalla, tämä tarjoaisi mielenkiintoisen näkökulman myös oikeudellisen ratkaisutoiminnan legitimiisyyden tarkasteluun. Ratkaisutoiminnan legitimiisyyttä ei tällaisessa ajattelussa tarvitse enää suoraan yrittää johtaa parlamentin toiminnasta tai kansan suvereenia edustavasta informaalisesta kansalaiskeskustelusta. Oikeudellinen ratkaisutoiminta voisi enemmän tai vähemmän suuremmassa määrin saada legitimeettinsä myös sitä kautta, että se olisi valmis substitutiomallissa ilmaistulla tavalla luovaan ratkaisun tekemiseen ja representatiiviseen vallan käyttöön sellaisen naiivin lakisidonnaisuuden vaatimusten estämättä, jonka mukaan poikkeamat lainmukaisuuden vaatimuksista olisi välittömästi tulkittava illegitiimiksi tuomiovallan väärinkäy-

töksi²⁶⁶. Oikeudellisen ratkaisuvallan ymmärtäminen luonteeltaan ainakin osittain esteettiseksi antaisi naiivin legalismin vaatimuksista huolimatta mahdollisuuden pyrkiä ratkaisuihin luoviin ja omaperäisiin representaatioihin oikeuden mukaisesta ja oikeasta. Oikeudellisen vallankäytön legitimitetin voi ajatella jopa edellyttävän tätä.

Samoin kuin historiankirjoitusta ja representaatiota ylipäättäänkin, mielestäni myös oikeudellista ratkaisutoimintaa olisi oikean ja oikeudenmukaisuuden *esittäjänä* hedelmällistä tarkastella totuuden, tieteellisen näkökulman (ja totuuden tieteellisten kriteerien) sijasta *totuuden organisoimisen* näkökulmasta. Oikeudellisen ratkaisun *sidonnaisuuksien* voi nähdä muodostuvan oikeudelliseen ratkaisuun kohdistuvista oikeudellisista ja yhteiskunnallisista vaatimuksista konstruoidun *oikeudellisen ratkaisun tilan* representaatioissa. Tällöin kyse on pikemminkin tiedon organisoimisesta kuin tiedosta. Sama pätee silloin, jos oikeudellista ratkaisua ajatellaan oikeuden ehdoilla tapahtuvana *yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden* representaationa. Totuuden organisoimisen näkökulma antaa mielestäni paremman mahdollisuuden ymmärtää oikeudellista ratkaisun tekoja sellaisena selektiivisenä ja reduktiivisena toimintana, jossa yhteiskuntatodellisuudesta löytyy monia kandidaatteja ratkaisun relevanteiksi premisseiksi, joista sitten lopulta on valittava parhaimmalta näyttävä ja johdonmukaisin kokonaisuus representaation logiikkaan edellyttämällä tavalla. Myös tällaiselle totuuden organisoimiselle on ominaista se, että lopputulos voitaisiin konstruoida toisinkin.

Tämä näkökulma eroaa oikeuspositivismista siltä osin kuin positivismi rakentuu *asetetun oikeuden* ajatuksen varaan. Voimassa olevan oikeuden sisällön selvittämisessä ajatellaan pikemminkin olevan kyseessä tietämisestä tieteelliselle tietämiselle asetetuista ehdoista esimerkiksi koherenssiteorian tai totuuden korrespondenssikriteerien mukaisesti kuin selektiivisestä totuuden organisoimisesta. Tässä voimassa olevan oikeuden sisällön selvittämiseen pyrkivä oikeudellisen tiedon asiantuntija rinnastuu Ankersmitin tarkoittamaan asiantuntijuuteen. Juristit pyrkivät selvittämään kapean alan todellisuudesta suurella tarkkuudella, mutta samalla valitun tarkastelukohteen – voimassa olevan oikeuden – ulkopuolelle jäävät asiat näyttäytyvät epäselvinä tai ne häipyvät olemattomiin.

²⁶⁶ Oikeudellisissa keskusteluissa piirteitä demokratian substitutiomallin omaksumisesta näyttää olevan jo Aleksander Peczenikillä. Hänen mukaansa oikeudellisessa tulkinnassa ei lain tarkoitusta selvitetä tule antaa painoarvoa eduskuntakäsittelyn yhteydessä lausutuille yksittäisten kansanedustajien satunnaisille ja puoluepoliittisten intressien sanelemille intentioille ja näkemyksille. Demokratia merkitsee Peczenikin mukaan sitä, että oikeusvarmuuteen tähtäävässä lain tulkinnassa käsitys lain tarkoituksesta on muodostettava *rationaalisesti rekonstruoitujen* kansanedustajien intentioiden perusteella, eikä niiden intentioiden perusteella, jotka ilmenevät niistä kansanedustajien tosiasiallisista lausumista, jotka he ovat antaneet lain eduskuntakäsittelyn yhteydessä (Peczenik, Vad är rätt? s. 245).

Ankersmitin esittelemä representatiivinen demokratiakäsitys on mielenkiintoinen yleisemminkin pohdittaessa oikeudellisen ratkaisutoiminnan ehtoja ja mahdollisuuksia. Millaista lähtökohtaa oikeudellisen ratkaisun ehtojen ja mahdollisuuksien määräytymiselle merkitsee sellainen demokratiamalli, joka ei edellytä edustajien konformia ja ehdottoman kuuliaista suhdetta edustettujen näkemyksiin, joka totuuden sijasta puhuu totuuden organisoinnista ja joka ei vaadi ehdotonta vastaavuutta esitetyn ja esittävän välillä, vaan sitä vastoin hyväksyy esityksen kontingessin ja konstruktiivisuuden ja reduktiivisen luonteen? Kun representatiivisen demokratian malli lisäksi edellyttää poliittisilta toimijoilta rohkeutta uudenlaisiin ongelmanratkaisuihin ja hyväksyy erimielisyyksien jatkumisen saavutetusta kompromissista huolimatta, mielestäni olisi outoa tällaista *poliittisen toimijuuden* käsitystä vasten vaatia tuomareilta yhteiskunnallisena vaikuttajina pysymistä tiukasti annetuissa rajoissa. Vaikka onkin ilmeistä, että oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa representaatioiden luovuuden asteen on jätävä vähäisemmäksi kuin poliittisessa päätöksenteossa, ei kuitenkaan ole syytä vaatia substituutiomallin sivuuttavan naiivin yhtäläisyysvaatimuksen mukaista lakiin sitoutumista. Mahdollisuus tuomioistuinaktiivismin hyväksymiseen ja sen toimivuuteen yhteiskunnassa edellyttää mahdollisesti pääsemistä naiivin poliittisen ajattelun vaiheen ohi ja riittävän poliittisen kypsyyden saavuttamista.

Samalla tavalla kuin poliittinen representaatio voidaan Ankersmitin tavoin nähdä välttämättömyytenä poliittisen sfäärin muodostumiselle, niin myös oikeudellista representaatiota voidaan pitää välttämättömänä oikeuden sfäärin muodostumiselle. Kun oikeutta puolestaan pidetään modernissa yhteiskunnassa tärkeänä yhteiskunnallisena sfäärinä, tällöin oikeudellista ratkaisuntekoa ei voitaisi tälläkään perusteella siirtää kansalaisten on-linepäättöksenteossa tapahtuvaksi toiminnaksi, vaikka se nykyään olisi teknisesti mahdollista järjestääkin. Tämä tarkoittaa sitä, että kansalaiskeskustelu tai muu yhteiskunnallinen keskustelu ei suoraan ja yksinomaisesti määritä sitä, mitä on yhteiskunnassa pidettävä oikeana tai oikeudenmukaisena. Oikeuden representaatiot yhteiskunnallisesta oikeudenmukaisuudesta ja oikeasta on nähdäkseni mielekäästä ymmärtää nimenomaan substituutiomallin mukaisesti representaatioiksi, jotka korvaavat oikeudellisista ratkaisutilanteista poissaolevat yhteiskunnassa esitetyt käsitykset oikeasta ja oikeudenmukaisuudesta. Kun substituutin ei tarvitse olla yhtäläinen sen kanssa, mitä se esittää, niin oikeuden representaatioissa on välttämättömyyden oikeuden legitimeetin vuoksi pyrkiä siihen, että esitetyt representaatiot ovat kuitenkin yhteiskunnallisesti tyydyttäviä korvikkeita. Vastaavasti oikeuden representaatiot eivät myöskään determinoi kansalaisten tai muiden yhteiskunnallisten toimijoiden esityksiä oikeasta ja oikeudenmukaisuudesta. Näiden eri yhteiskunnallisten sfäärien välisessä vuorovaikutuksessa siten täsmentyy, muuttuu tai vahventuu se, mitä eri yhteiskunnan osa-alueilla pidetään oikeana ja oikeudenmukaisena.

6.7 DEMOKRATIAN JA OIKEUDELLISEN RATKAISUTOIMINNAN SUHTEESTA

Positivistinen oikeusajattelu määrittää oikeudellisen ratkaisun suhteen demokratiaan (ja julkisuuteen) kahden ääriposition kautta. Ensinnäkin oikeusvaltiodoktriinin mukaan oikeudellinen ratkaisu ei saa olla demokraattisen (siis poliittisen) päätöksenteon kohteena. Demokraattinen päätöksenteko ja oikeudellinen päätöksenteko noudattavat omanlaisia rationaliteettejaan. Kieltämällä oikeudellisen ratkaisun tekemisen demokraattisessa menettelyssä oikeusvaltiodoktriini on osoittanut demokratialle (ja etukäteisjulkisuudelle) kaapin paikan suhteessa oikeudelliseen ratkaisuun. Demokratiaperiaatteen tai julkisuusperiaatteen maksimointia ei siis tavoitella. Toinen ääripositio, jonka positivistinen ajattelu niin ikään hylkää, on yhteiskunnallisilta diskursseilta, demokraattiselta päätöksenteolta ja julkisuudelta täysin suljettu ratkaisujen premissien asettaminen ja ratkaisun tekeminen. Näin oikeudellisen konfliktinratkaisun institutionaalistuneet muodot sijoittuvat kulloinkin väistämättä janalle täydellisen avoimuuden ja täydellisen suljettuisuuden välillä. Niinpä silloin kun yhteiskunnassa katsotaan tarpeelliseksi konfliktinratkaisun uskominen institutionalisoituneelle kolmannelle osapuolelle ja kun konfliktinratkaisu halutaan erottaa demokraattisen menettelyn piiristä, on selvää, että tällöin ollaan valmiita antamaan oikeudellisessa ratkaisussa käytettäväksi valtaa sen suhteen, millaiseksi ratkaisut muodostuvat. Itse oikeudellinen ratkaisun tekeminen jätetään siis juristiprofession tehtäväksi oikeuden ehdoilla, demokraattinen ja oikeudellinen päätöksenteko halutaan pitää erillään toisistaan.

Näiden kahden ääriposition väliin jää tulkinnallinen tila, johon demokratiaperiaatteen ja oikeudellisen ratkaisun välisen suhteen ja vuorovaikutuksen on asetettava. Oikeusvaltioajattelussa näiden ääripositioiden väliin asetetaan siten, että vaaditaan oikeudellisen ratkaisun tapahtuvan demokraattisen päätöksentekomenettelyn kautta muotoutuneiden säädösten osoittamissa rajoissa tai vähintäänkin niiden kelpuuttamana²⁶⁷. On kuitenkin mahdollista, että oikeudellisen ratkaisun teoriassa oikeusvaltioajattelun tavoin tosin myös hylätään alussa mainitut ääripositiot (eli ajatus oikeudellisen ratkaisun tekemisestä demokraattisessa äänestyksessä ja julkisuudelta täysin suljettu ja demokratian ulottumattomissa oleva päätöksenteko), mutta niiden väliin asettaudutaan oikeusvaltioajattelusta poikkeavalla tavalla. Yksi vaihtoehtoinen mahdollisuus demokratian ja oikeudellisen ratkaisun välisen suhteen määrittämisessä onkin se, että ei ajatella

²⁶⁷ Ajatus siitä, että ratkaisun olisi tapahduttava lain osoittamissa tai siitä ainakin ilmenevissä rajoissa ei ole oikeudellisen ratkaisutoiminnan yhteiskunnallisten funktioiden kannalta, mutta ei toisaalta myöskään kielifilosofisesti ongelmaton. Hermeneuttinen käsitys tulkinnasta kiistää mahdollisuuden rajojen asettamiseen etukäteen. Näistä ongelmista on viimeksi Suomessa kirjoittanut Susanna Lindroos-Hovininheimo otsikolla Rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen vaikutus tulkintaan, Oikeus 3/2006 s. 364-380.

oikeudellisessa ratkaisussa toimittavan lakien asettamisrajoissa tai lakien kelpuuttamana, vaan ajatellaan demokraattisen asettamisenmenettelyn perustelevan lain lähtökohtaista korkeaa painoarvoa oikeudellisen ratkaisun premissinä.

Mielestäni demokratia oikeudellisen ratkaisun tilan määrittäjänä sopii paremmin ehdottamalleni paikalle, sillä tämän hetken keskustelu demokratiasta ei pysty osoittamaan, että demokraattisen päätöksenteon avulla pystyttäisiin saamaan aikaan sellaisia tuloksia, jotka puoltaisivat tiukan eron tekemistä parlamentin ja tuomioistuinten välille oikeuden kehittäjinä. Ensinnäkin tahdonmuodostukseen liittyvä ongelmat koskevat kaikkia demokratiamalleja. Äänestäjien aktuaaliset preferenssit ja ne preferenssit, joita heillä olisi, jos he olisivat asioista täysin informoituja, eivät kohtaa keskenään. Kuten ympäristöoikeudellista demokratiakritiikkiä esiteltäessä kävi ilmi, ratkaistavana oleva asiat saattavat olla myös niin monimutkaisia, että ilman erityiskoulutusta niiden ymmärtäminen voi olla hyvin vaikeaa. Tähän liittyy myös rationaalisen tietämättömyyden dilemma: Miksi äänestäjän olisi järkevää nähdä paljon vaivaa pysyäksensä selvillä kaikista mahdollisista päätettävistä asioista, kun hänen äänensä vaikuttaa lopputulokseen äärimmäisen vähän. Kaikista asioista perillä oleminen olisi myös epämielekästä rationaalisen yhteiskunnallisen työnjaon kannalta. Näiden ongelmien lisäksi *suoran demokratian* mallia rasittaa Ankersmitin esittämä ajatus siitä, että suora demokratia johtaisi yhteiskunnallisen päätöksenteon kannalta tarpeellisen politiikan sfäärin häviämiseen. Tämä ajatus ei tue sitä muun muassa Husan esittämää argumenttia, että yksityisillä tulee olla mahdollisimman suuri mahdollisuus vaikuttaa itseään koskevaan päätöksentekoon²⁶⁸.

Dworkinin kritiikki osoittaa, että enemmistödemokratia ei ole sopivin päätöksentekomalli kaikissa tilanteissa. Tämä ongelma kohdataan Dworkinin mukaan varsinkin silloin kun päätettävät asiat kääntyvät moraalista punnintaa edellyttäviksi ongelmiksi. Lisäksi hän edellyttää, että enemmistöllä on oikeus mielipiteeseensä vain silloin jos ”kumppanuusdemokratian” ehdot täytetään. Thomas Bullin mukaa oikeuden selittämisessä olisikin hyvä lähteä pelkän muodollisen enemmistöperiaatteen nimeen vannovan demokratiakäsityksen sijasta sellaisesta vivahteikkaammasta muotoon sekä sisältöön uskovasta demokraatiakäsityksestä, joka käsittää juridiikan ja politiikan yhteispelin ajatuksen. Pohdittaessa tuomioistuinten roolia yhteiskunnassa ei ole järkevää luopua tekemästä eroa politiikan ja juridiikan välille, mutta ei myöskään ole järkevää ajatella juridiikkaa ja politiikkaa täysin eri asioina. Esimerkiksi Barry Holmströmin mukaan kyse on pikemminkin aste-erosta kuin laatuerosta²⁶⁹. Vain jos demokratia samaistetaan pelkästään enemmistöperiaatteeseen tai jos representaatio yhteiskunnallisesti oikeasta ja oikeudenmukaisesta samaistetaan *yhteneväisyysnäkökulmaan* Ankersmitin tarkoittamalla tavalla, vain silloin tuomioistuintoi-

²⁶⁸ Husa, Oikeus 1/2003 s. 15.

²⁶⁹ Holmström, Domstolar och demokrati s. 41-47.

mintaa ja demokratiaa voidaan katsoa vastakkainasettelun perspektiivistä. Lisäksi on niin kuin Bull toteaa, että tuomioistuinprosessit voidaan käsittää yhtenä tapahtumapaikkana siviiliyhteiskunnan prosesseille, eikä ole syytä ajatella tuomioistuinprosessin häiritsevän tai heikentävän näitä prosesseja.²⁷⁰

Kuten totesin, ei ole myöskään uskottavaa, että deliberatiivisen demokratian malli perustelisi *demokraattisen legalismin* vaatimusta. Jos Habermasin tavoin ajatellaan julkisen kansalaiskeskustelun olevan tärkeä osa hyvin toimivaa demokratiaa, silloin vilkasta kansalaiskeskustelua herättävä tuomioistuimen päätös (vaikka ei olisikaan lakiin perustuva), ei merkitse välttämättä ongelmaa demokraattisuuden kannalta, vaan se voidaan keskustelun aktivoimisen näkökulmasta nähdä jopa demokratiaa tukevana asiana. Demokratian vastaista tuomioistuinaktivismi olisi silloin jos tuomioistuin voisi päätöksellään auktoritatiivisesti lopettaa keskustelun jostakin normatiivisesta kysymyksestä tai keskeyttää jonkin normatiivisen kysymyksen reproduktioprosessin yhteiskunnassa²⁷¹. Näin ei kuitenkaan ole, sillä virheellisenä pidettyä normatiivista linjausta voidaan aina muuttaa esimerkiksi lainsäätämisen kautta, tai oikeudellisen kommunikation sisäisen kritiikin kautta, joihin puolestaan yhteiskunnassa käyty keskustelu pystyy vaikuttamaan. Näin ollen demokraattinen osallistuminen ja demokraattisen kontrollin tarttuminen oikeuden reproduktioon voi tapahtua sekä lain säätämisen vaiheessa, mutta myös julkisessa keskustelussa tuomioistuinratkaisun tekemisen jälkeen. Näin ajatellen kansalaiskeskustelua aktivoiva tuomioistuinaktivismi voidaan nähdä *osallistuvan demokratian* ilmentymänä, eikä demokratian toteutumisen esteenä. Jos kävisi niin, että yhteiskuntapoliittisesti merkittävät tai laista irrottautuvat oikeudelliset ratkaisut eivät herättäisi vilkasta kansalaiskeskustelua, tämä toimisi osoituksena siitä, kuinka kaukana todellisuus on Habermasin ideaalimallista ja kuinka heiveröiset perusteet olisi tällöin ajatella julkista vapaasti argumentoivaa keskustelua valtiosuvereenin todellisenä kantajana. Tällöin deliberatiivinen demokratian malli ei soveltuisi hyvin sen paremmin demokraattisen legalismin kuin tuomioistuinaktivisminkaan perusteluksi.

Kuten todettua, deliberatiivisen demokratian ydinidea on se, että tasavertaiset kansalaiset osallistuvat vapaaseen keskusteluun, jossa esitetään argumentteja puolesta ja vastaan. Tällaisessa keskustelun ja harkinnan prosessissa asiat tulevat valotetuksi eri puolilta, ja osallistujat saavat asian päättämiseksi lisää tarpeellista tietoa. Tällöin on mahdollista, että *alkuperäiset preferenssit muuttuvat* keskustelun kuluessa toisiksi. Mielenkiintoisena ajatuskokeena voisi pitää sitä, että jos deliberatiivisen diskurssin ajatukset muodostuisivat yhteiskunnassa sillä tavalla osaksi vakiintunutta käytäntöä, että lähtökohtana olleiden preferenssin muuntumista ja vaihtumista yhteiskunnallisessa keskustelussa ja vaikutta-

²⁷⁰ Thomas Bull, JT 2000–2001 nr. 1 s. 44–45.

²⁷¹ Samoilla linjoilla on myös Thomas Bull, JT 2000–2001 nr. 1 s. 41.

misessa pidettäisiin totuttuna ja tavallisena asiana, tällöin todennäköisesti myös oltaisiin valmiimpia hyväksymään se, jos tuomioistuinkäsittelyssä pohdittaessa asiaa ”deliberatiivisesti” usealta eri kannalta voitaisiin lakitekstin ilmentämiä preferenssejä muuntaa parhaimman lopputuloksen saavuttamiseksi.

Voi ajatella olevan jossakin määrin paradoksaalista sen, että juuri oikeudellisessa ratkaisussa tapahtuvaan vallankäyttöön halutaan kohdistaa äärimmäisen tiukka kontrolli. Voisi kuvitella, että oikeudellisen ratkaisun tekijät saattaisivat keskimäärin olla koulutuksensa ja ammatti-identiteettinsä kautta jopa erityisenkin eettisiä vallankäyttäjiä yhteiskunnassa varsinkin verrattuna esimerkiksi omaa taloudellista etuaan tavoitteleviin taloudellisen vallan käyttäjiin. Merkittävää yhteiskunnallista valtaa tavoittelevat henkilöt tuskin tavoittelevat pääsyä tuomarin ammattiin, eikä tuomariuran valinnan motiivina ole se, että pääsisi määräämään yhteiskunnallisista asioista tai että pääsisi edistämään joidenkin tiettyjen tahojen intressejä. Toisaalta oikeudellinen ratkaisutoiminta on myös jossakin määrin marginaalinen yhteiskunnallisen vallankäytön muoto. Vain pieni murto-osa yhteiskunnan toimijoiden tekemistä valinnoista tulee koskaan tuomioistuimessa arvioitaviksi. Tietenkin tätä marginaalisuutta vähentää se, että ratkaisuilla on myös tapauksen osapuolien ulkopuolelle ulottuva laajempi vaikutus valintoja ohjaavana potentiaalisena premissinä. Oikeudellisten ratkaisujen käyttäytymistä ohjaava vaikutus tuskin kuitenkaan yltää sille tasolle, että se yhteiskunnallisena vaikuttajana pystyisi kilpailemaan tiedotusvälineiden vallan, taloudellisen vallan tai poliittisen vallankäytön kanssa.

Ei kuitenkaan ole mielekästä vähätellä tai pyrkiä selittämään mitättömäksi vallankäyttöön kohdistuvan demokraattisen kontrollin merkitystä. Muun muassa Husa toteaa, että lainsäätäjän tuottamille normistoille on annettava *suurempi merkitys* sen vuoksi, että lainsäätäjään voidaan kohdistaa *sellainen* demokraattinen kontrolli, jonka ulottumattomissa ovat niin tuomioistuimet kuin oikeustieteen diskurssitkin²⁷². Demokraattisen kontrollin argumenttia voikin mielestäni käyttää perustelemaan lain merkittävää *painoarvoa* muiden ”oikeuslähteiden” joukossa, *kunhan sillä ei yritetä perustella lain asettamista pysyvään etusijaseen* muihin ”oikeuslähteisiin” verrattuna historiallisena a priorina. Se että tuomioistuimet ja oikeustieteen diskurssit eivät samalla tavalla ole julkisen kontrollin alaisia kuin lainsäädäntömenettely, ei tietenkään tarkoita sitä, että ne voisivat toimia siten kuin ne olisivat yhteiskunnan diskursseista täysin irrallisia ja itsenäisiä saarekkeita. Sekä tuomioistuimet että oikeustieteen tulokset voivat olla monella tapaa ammatillisen, julkisen, oikeudellisen, ja miksei poliittisenkin keskustelun vaikutuspiirissä.

²⁷² Husa, Perusoikeudet ja vallanjako, Oikeus 3/2003 s. 9.

7 Oikeuden ja yhteiskunnan vuorovaikutus laillisuusperiaatteen perusteluna

Tuorin teoriassa sekä julkisuusvaatimuksen että diskursiivisen menettelyn vaatimusten tehtävänä on varmistaa se, että oikeuden menettelyt säilyttävät yhteytensä (suvereeniutta kantaviin) kansalaisyhteiskunnan informaalisiin kommunikaatioprosesseihin ja osajulkisuuksien verkostoon. Siten hän edellyttää lainsäädäntömenettelyltä julkisuutta, mutta pitää myös tärkeänä raja-aidan madaltamista spesifin tuomioistuindiskurssin ja kansalaisyhteiskunnan osajulkisuuksien verkoston välillä. Hän toteaa, että myös tämä yhteyden ja vuorovaikutuksen varmistaminen vaatii oikeudellisia takeita²⁷³.

Tässä Tuorin ajatuksessa näkyy mainiosti oikeudellisen ratkaisun asema kahden jännitteisen vaatimuksen välillä. Toisaalta pidetään tärkeänä vuorovaikutuksen varmistamista kansalaisyhteiskunnan kommunikaatioprosessien ja oikeudellisen ratkaisun välillä, mutta toisaalta pidetään myös välttämättömänä raja-aitaa näiden välillä. Tämä ajatus nostaa oikeusteoreettiseen keskusteluun kolme kysymystä. Ensinnäkin keskusteluun nousee esiin tema vuorovaikutuksesta ja vuorovaikutuksen varmistamisen välineistä. Millaisten käsitteiden ja millaisten teorioiden kautta vuorovaikutus ja sen turvaaminen saadaan kulloinkin parhaalla tavalla jäsennettyä? Toiseksi nousee kysymys raja-aidasta, tosin ei ainakaan nykyään raja-aidan välttämättömyydestä vaan sen korkeudesta. Kolmanneksi – kuten yllä todettiin – Tuori lähtee siitä, että vuorovaikutuksen varmistaminen oikeudellisten menettelyjen ja kansalaisyhteiskunnan välillä vaatii myös *oikeudellisia takeita*. Tämä herättää kysymyksen siitä, miten nämä oikeudelliset takeet kulloinkin formuloidaan. Oikeusteorian tärkeä tehtävä on osallistua keskusteluun linjanvetokysymyksistä näiden ongelmien osalta.

Tuori vastaa näihin kysymyksiin diskurssiteorian pohjalta. Tuori kohdistaa lainsäädäntömenettelyyn diskurssieettisen vaatimuksen, jonka mukaan päätöksiin ja niiden edellyttämään yhteisymmärrykseen on määrä pyrkiä rationaalisesti argumentoivassa keskustelussa, johon myös päätöksentekojen ulkopuolinen yleisö osallistuu²⁷⁴. Jotta julkisuuden vaikutus lainsäädäntöprosessiin ei jäisi oikeudenkäyttövaiheessa merkityksettömäksi, laillisuusperiaate nousee *oikeudellisen ratkaisumenettelyn* osalta keskeiseksi välineeksi – oikeudelliseksi takeeksi – yhteyden säilyttäjänä yhteiskunnallisiin kommunikaatioprosesseihin. Laillisuusperiaatteen huonona puolena voidaan nähdä olevan sen, että *yk-*

²⁷³ Tuori, Oikeus, valta ja demokratia s. 277.

²⁷⁴ Ks. diskursiivisen menettelyn määritelmästä Tuori, Oikeus, valta ja demokratia sivut 188 ja 211.

sittäisen tapauksen kautta oikeudelliseen ratkaisuun välittyvät aktuaaliset yhteiskunnalliset diskurssit joudutaan pitkälti torjumaan laillisuusvaatimuksen vuoksi.

On kuitenkin niin, että mikä tahansa ”väline” oikeudellisen ratkaisun ja yhteiskunnan informaaliien kommunikaatioprosessien vuorovaikutuksen organisoimiseen valitaankin, sillä on aina kaksoistehtävä: vuorovaikutuksen mahdollistaminen ja raja-aidan pystyttäminen näiden välille. Lakiinsitoutumisperiaatteen käyttämistä vuorovaikutuksen oikeudellisena takeena ei siten voi kritisoida siitä, että se asettaa samalla myös esteitä oikeudellisen ratkaisun ja yhteiskunnan kommunikaatioprosessien yhteyksien ja ennen kaikkea niiden vuorovaikutuksen välille. Keskustelu on mielekästä ainoastaan raja-aidan korkeuden suhteen. Juuri tähän kohdistankin kritiikkini legaliteettiperiaatetta vastaan. Legaliteettiperiaate merkitsee *liioiteltua rajoitusta* tilanneherkkyyden edellyttämälle vuorovaikutukselle oikeudellisen ratkaisun ja tapauksessa edustettujen yhteiskunnallisten kommunikaatioprosessien välillä. Oikeudellisen ratkaisun vuorovaikutus informaaliisiin kommunikaatioprosesseihin jäsentyy ongelmallisesti silloin kun *oikeuden ehdoilla* tapahtuva vuorovaikutus tarkoittaa vuorovaikutusta *laillisuusperiaatteen ehdoilla*. Tämä on yksi syy siihen, että oikeusteorian on etsittävä laillisuusperiaatteelle aktiivisesti vaihtoehtoja

Vuorovaikutus oikeudellisen ratkaisun ja yhteiskunnallisten kommunikaatioprosessien välillä *voidaan* tietenkin Tuorin tavoin organisoida julkisuuskäsitteen ja siihen liitetyn laillisuusperiaatteen avulla. Nämä ovat kuitenkin vain (mahdollisia) välineitä oikeudellisten menettelyjen ja yhteiskunnallisten kommunikaatioprosessien vuorovaikutuksen jäsentämisessä vailla itseisarvoa, ja ne voidaan siis korvata muilla käsitteillä ja ajatustavoilla. Toisin sanoen Tuorinkin teoriassa tärkeä *vaatimus vuorovaikutuksen turvaamisesta ei nimenomaisesti perustele laillisuusperiaatetta*, se perustelee pikemminkin vaatimusta vuorovaikutuksen *oikeudellisista takeista*, mitä nämä sitten ikinä ovatkaan. Oma ehdotukseni tavaksi organisoida oikeuden ja yhteiskunnan vuorovaikutus perustuu III-luvussa tarkemmin esiteltävään dynaamisen oikeuslähteopin vaatimukseen sekä IV-luvussa esiteltäviin vaatimuksiin, joiden perustana on ajatus oikeudellisen ratkaisutoiminnan autopoieesista, itsereferenssistä ja toiseen viitattavuudesta.

7.1 OIKEUDELLINEN RATKAISUTOIMINTA JA JULKISUUS

Lähtökohdaksi tämän julkisuusteeman tarkasteluun olen ottanut Tuorin määritelmät oikeusjärjestyksestä ja oikeusjärjestelmästä sekä etukäteisestä julkisuudesta ja jälkikäteisestä julkisuudesta. Tuori toteaa, että Kelseniltä vaikutteita saaneiden pätevyysteorioiden formaalinen oikeuskäsitys nostaa oikeusnormien

keskeiseksi tunnusmerkiksi niiden antamisjärjestyksen. Tuorin mukaan tämä kaventaa näkökulman virallismormeihin ja tuomioistuinaratkaisuihin. Skandinavisessa keskustelussa tämä *oikeusjärjestykseksi* kutsuttu oikeusmateriaali edustaa oikeuden pintailmiötä, mutta oikeus on kuitenkin vasta *oikeusjärjestelmäksi muuntuneena* toimiva tuomioistuinten päätöksiä ohjaava normatiivinen kokonaisuus. Tästä muuntamistyöstä vastaavaa oikeuden kerrostumaa voi Tuorin mukaan kutsua myös oikeusideologiaksi²⁷⁵ tai oikeuskulttuuriksi. Ammatillisen oikeuskulttuurin välityksellä oikeusjärjestys muuntuu oikeusjärjestelmäksi. Tuori toteaa lisäksi, että oikeusperiaatteet ovat ammatillisen oikeuskulttuurin olennainen mutta eivät ainoa ainesosa. Niiden ohella ammatillisen oikeuskulttuurin osina voi eritellä myös oikeuskäsitteitä sekä tulkinta- ja argumentaatiostandardeja. Käytännössä oikeuskulttuuri kuitenkin vaikuttaa eräänlaisena eriytymättömän normatiivisena kokonaisuutena, joka esimerkiksi ohjaa tuomioistuinten niiden päätöksenteossa. Tuorin mukaan auktroritatiivinen oikeudellinen aineisto – siis oikeusjärjestys – ei voi ikään kuin puhtaassa tilassa tarjota päätöksenteolle normatiivista perustaa²⁷⁶. Tällöin oikeudellisen ratkaisun teossa ei tarkasti ottaen ole kysymys sitoutumisesta lakiin tai laeista muodostuvaan oikeusjärjestykseen, vaan sitoutumisesta oikeuskulttuurissa muodostuneeseen *eriytymättömään normatiivisen kokonaisuuteen* – oikeusjärjestelmään – Tuorin yllä esittämällä tavalla. Oikeusjärjestyksen transformaatiota oikeusjärjestelmäksi vaaditaan sen vuoksi, että laeista muodostuva oikeusjärjestys ei vielä itsessään pysty toimimaan sellaisena normatiivisena rakenteena, jonka avulla oikeudellinen ratkaisutoiminta olisi organisoitavissa ennakoitavaksi ja toimivaksi kokonaisuudeksi. Ratkaisujen kontrolloitavuutta ja ennakoitavuutta ei siis voi saavuttaa pelkästään lakien avulla. Ammatillinen oikeuskulttuuri on puolestaan luonteeltaan jo siinä määrin spesifi, että oikeuden menettelyissä tapahtuva premissien muotoaminen jää väistämättä julkisuuden ja poliittisen sfäärin ulottumattomiin. Näin ollen oikeudellisten ratkaisujen *ennakoitavuus ja kontrolloitavuuskin* edellyttävät toisaalta avoimuutta julkisiin diskursseihin poliittisen päätöksentekomenettelyn kautta, mutta toisaalta myös sellaisten ehtojen asettamista ratkaisuakteille, joiden reproduktio jää oikeuden sisäiseksi asiaksi *julkisuuden ja poliittisen päätöksenteon ulottumattomiin*. On selvää, että oikeusjärjes-

²⁷⁵ Termi ”oikeusideologia” on alun perin peräisin Alf Rossin kirjoituksista. Rossin mukaan tuomari noudattaa ratkaisussaan normatiivista tuomarinideologiaa, ja tämä tuomarinideologia on myös oikeustieteen tutkimuskohteena. Ks. esim. Ross, Om ret og retfærdighed s. 90-92 ja 56.

²⁷⁶ Tuori, Oikeus, valta ja demokratia s. 231-232. Oikeusjärjestyksen muuntumisesta oikeusjärjestelmäksi myös Tuori, Oikeuden ratio ja voluntas s. 108-109. Katso tarkemmin oikeusjärjestyksen muuntumisesta oikeusjärjestelmäksi Aarnio, Oikeussäännösten tulkinnasta s. 138-144. Toisin kuin Aarnio ja Tuori, Alchourrón ja Bulygin ovat korostaneet sitä, että lainsäätäjän systematisoinnin ja sen korvaavan oikeustieteen tekemän systematisoinnin on oltava yhtäläisiä sillä tavalla, että molempien perusteella päädytään samoihin normatiivisiin seuraamuksiin (Alchourrón & Bulygin, Normative Systems s. 79-80).

tyksen transformoituminen oikeusjärjestelmäksi ei voi olla oikeuden ulkopuolisen julkisuuden valvottavissa.

Ratkaisutoiminnan suhde julkisuuteen voi toteutua etukäteisjulkisuuden sekä jälkikäteisen julkisuuden kautta. Etukäteisjulkisuuden merkitys on Tuorin mukaan siinä, että se avaa *tosiasiallisen* (!) vaikutusmahdollisuuden niille, joilla ei ole virallista asemaa päätöksenteossa²⁷⁷. Oikeusvaltiossa pääpaino parlamentti- ja tuomioistuinjulkisuuden suhteen on Tuorin mukaan etukäteisjulkisuudessa. Tämä on tärkeää sen vuoksi, että ennen päätöksentekoa toteutuva julkisuus avaa julkisuudessa käytävälle keskustelulle mahdollisuuden vaikuttaa asian ratkaisuun²⁷⁸. Toisaalta juuri tästä näkökulmasta etukäteisjulkisuuden painottaminen on myös ongelmallinen *suvereeniutta kantavan osajulkisuuksien verkoston* kannalta. Etukäteisjulkisuuden keskeisyyden korostaminen perustee nimittäin ratkaisun sitomista etukäteen asetettuun oikeuteen ja nimenomaan sitoutumista demokraattisessa päätöksenteossa syntyneisiin lakeihin. Näin heikentyy mahdollisuus reagoida lainsäätämisen jälkeen tai vielä *ratkaisuhetkelläkin* julkisuudessa käytäviin keskusteluihin. Samalla heikennetään tuomioistuinten mahdollisuutta omalta osaltaan antamansa päätöksen kautta *osallistua* näihin keskusteluihin.

Parhaiten etukäteisjulkisuuden korostaminen sopisikin nimenomaan sellaiseen ajattelumalliin, jonka mukaan ratkaisussa ollaan sidottuja jo *pelkkään* virallisenormien kokonaisuudesta muodostuvaan oikeusjärjestykseen. Etukäteinen julkisuus ja etukäteinen kontrolli menettävät merkitystään, jos ajatellaan että ratkaisussa ollaan sidottuja oikeusjärjestyksen sijasta oikeusjärjestelmään. Tällaisessa ajattelussa etukäteisjulkisuuden korostamisesta joudutaan ainakin jossakin määrin luopumaan. Tällöin voidaan itse asiassa keskustella enää vain siitä, millaista etukäteisjulkisuuden tasoa pidetään tyydyttävänä ja millaisin keinoin ja ajattelullisin välinein tähän tavoitteeseen katsotaan päästävän.

Kun siis vaaditaan sitä, että ratkaisu on sidottu *oikeusjärjestelmään*, on samalla myös hyväksyttävä väistämätön ratkaisuharkinnan *peittyminen* etukäteisjulkisuudelta ja kontrollilta. Koska toistensa kanssa ristiriitaiset elementit – avoimuus ja peittyminen – ovat tällaisessa ajattelussa välttämättömiä oikeudellisen ratkaisun tilan määrittelyssä, niin siksi ei voidakaan ottaa vain toista elementtiä lähtökohdaksi esimerkiksi painottamalla etukäteisjulkisuuden merkitystä, vaan on pureuduttava näiden elementtien väliseen ongelmalliseen suhteeseen. Vaikka etukäteisjulkisuuden vaatimus siis onkin yksi tärkeä tekijä pohdittaessa oikeudellisen ratkaisun tilan muodostumista, on tarkoin harkittava, missä määrin sitä voidaan käyttää perustelemaan parlamentin hierarkkisesti ylempää asemaa tuomioistuimiin verrattuna, ja kuinka hyvin tätä vaatimusta voi käyttää perusteluna nimenomaan laillisuusperiaatteen puolesta.

²⁷⁷ Tuori, Oikeus, valta ja demokratia s. 206.

²⁷⁸ Tuori, Oikeus, valta ja demokratia s. 209.

Näin ollen näyttäisi olevan hyviä syitä selkeämmin siirtyä oikeusvaltiokeskustelussa etukäteisjulkisuuden korostamisesta tasapainon hakemiseen etukäteisen ja jälkikäteisen julkisuuden välille. Tällöin autonomisten osajulkisuuksien verkoston mahdollisuus *lainsäädännön kautta* vaikuttaa ratkaisuissa tehtäviin valintoihin voitaisiin edelleenkin nähdä merkittävänä. Kuitenkin avautuisi tilaa sen pohtimiselle, millaisin oikeudellisin käsittein ja oikeudellisin takein oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa olisi mahdollisuus antaa autonomisessa osajulkisuuksien verkostossa käytyjen diskurssien vaikuttaa myös suoraan *lainsäädännön* ohitse ratkaisupremissien muotoutumiseen. Painopiste etukäteisen ja jälkikäteisen kontrollin suhteen siirtyisi tällöin aikaisempaan tilanteeseen verrattuna jälkikäteisen kontrollin suuntaan. Jälkikäteinen julkinen kontrolli voisi konkretisoida oikeudellisen ratkaisun ja sitä seuraavan *lainsäätämismenettelyn* sekä näihin liittyvän julkisuuden välisessä vuorovaikutuksessa ja keskinäisessä oppimisprosessissa.

8 Intressipunninta – parlamentissa vai oikeudellisessa ratkaisussa

Laillisuusperiaatetta ja parlamentin ylintä hierarkkista asemaa voidaan perustella myös sellaisella vaatimuksella, jonka mukaan päätöksentekovalta keskeisimmistä yhteiskunnallisista asioista pitää uskoa eduskunnalle. Muun muassa Tuori katsoo länsimaisten demokratioiden poliittisen järjestelmän kantavana ideana olevan ajatuksen, jonka mukaan erityisintressien yhteen sovittaminen ja julkisen intressin siivilöinti tapahtuu nimenomaan kansanedustuslaitoksessa, ja Husan mukaan lainsäätäjälle tulee varata oikeus tehdä tärkeimmät lainsäädäntöpäätökset²⁷⁹. Onkin varmasti monia sellaisia yhteiskunnallisia ongelmia ja intressiristiriitoja, joiden sovittamisessa ja ratkaisemisessa lainsäädäntömenettely on parempi menettely kuin oikeudellinen ratkaisumenettely. Pyrkimys yhteiskunnallisten arvodiskurssien ja intressipunnintojen kaventamiseen lainsäädäntöprosessin yhteyteen ei kuitenkaan ole ongelmatonta niin kuin keskustelussa avoimista normeista ja refleksiivisestä oikeudesta on jo useaan kertaan todettu.

Lainsäädäntöprosessin ”tahdonmuodostuksessa” myös tiedollinen, kognitiivinen elementti on tärkeässä asemassa, ja tämä tiedollinen elementti sisältää väistämättä epävarmuuden. Kaikesta vaivannäöstä huolimatta lainsäätämisprosessissa käytettävissä oleva tieto voi olla epävarmaa, virheellistä tai ratkaisut voivat perustua virheelliseksi osoittautuviin spekulointeihin. Jos lainsäädäntö siis perustuu virheelliseen tietoon tai virheellisiksi osoittautuviin oletuksiin, myös vetoaminen lainsäädäntömenettelyssä toteutuvaan demokratiaperiaatteen lain sitovuuden perusteluna tulee kyseenalaiseksi. Aina voi ajatella, että jos lakia säätäessä olisi tiedetty paremmin, olisi vaihtoehtoja arvoitettu ja tahdottu myös toisin. Toisaalta olosuhteet ovat voineet lain säätämisen jälkeen muuttua sillä tavalla, että on syytä epäillä, että muuttuneissa olosuhteissa lainsäätämismenettelyssä olisi päädytty toisenlaisiin valintoihin ja formulointeihin.

Saatetaan myös ajatella, että lainsäädäntömenettely on paras keino varmistua siitä, että tehty päätös tulee yleisesti hyväksytyksi tai että se on paras mahdollinen saavutettavissa oleva kompromissi eri yhteiskunnallisten (intressi- ja arvo-) diskurssien välillä. Tämä ei kuitenkaan aina pidä paikkaansa, sillä kuten esimerkiksi Dworkin on kirjassaan ”Is Democracy Possible Here?” osoittanut, niin enemmistöpäätöksenteko voi pahimmillaan johtaa enemmistödiktatuuriin, ja

²⁷⁹ Tuori, Oikeus, valta ja demokratia s. 43 ja Husa, Oikeus 1/2003 s. 12.

siis vähemmistön arvojen ja oikeuksien polkemiseen. Tällainen yhteiskunnassa ”vallitsevien arvostusten” käyttämistä lain sitovuuden ja parlamentin suvereenisuuden perusteluna ei samalla tavalla myöskään enää ole mahdollista sellaisen lainsäädännön suhteen, jossa on kyse EU-direktiivien implementoinnista tai sitovista EU-asetuksista. EU-oikeus tuonut muutoksen siihen, että jokaisella kansalaisella – tai kansalaisten eturyhmillä – olisi mahdollisuus osallistua normiehdotusten punnintaan, tätä mahdollisuutta ei aina ole edes kansanedustuslaitoksella. Lisäksi niin sanotun ”poliittisen tahdonmuodostuksen” tuloksena lainsäätämisen prosessissa syntyneisiin valintoihin liittyy nykyajan modernissa oikeudessa uudenlainen epävarmuustekijä. Eduskunnan lukkoon lyömiä (tai EU-säännösten) arvovalintojakin voidaan yksittäisen tapauksen näkökulmasta myöhemmin arvostella sen perusteella, että kyseinen säännös tai sen soveltaminen merkitsee perusoikeuden tai ihmisoikeuksien loukkausta. Tämän perusteella on mahdollista, että tavallinen laki tai EU-säännös syrjäytyy ratkaisun premissinä.²⁸⁰

Varmasti on kuitenkin niin, että joihinkin yhteiskunnallisiin asioihin lainsäädäntömenettely tarjoaa paremmat näköalat kuin tuomioistuinmenettely. Lainsäädäntöprosessissa on tietyissä asioissa tuomioistuinratkaisua paremmat mahdollisuudet arvioida erilaisten valintojen yhteiskunnallista merkitystä. Toisaalta jo vanhastaan on tunnustettu, että tuomioistuin on joskus lainsäätäjää parempi näkijä ja parempi yhteiskunnan tuntija. Onhan ajateltu tuomarilla olevan oikeus laista poikkeamiseen silloin, jos lain soveltaminen johtaisi kohtuuttomuuteen, samoin kuin tuomarilla ajatellaan olevan oikeus lain vanhentumisen tai desuetudotapauksen toteamiseen. Myös avoimien punnintanormien lisääntyvä käyttö modernissa oikeudessa on osoitus tällaisesta ajattelusta ja merkitsee liukumaa tuomioistuinten vallankäytön lisäämiseen, ja se on osoitus ennen kaikkea siitä, että tuomioistuinten arvostelukykyyn luotetaan yhteiskunnallisen vallan käyttäjänä ja arvovalintojen tekijänä. Punnintanormien käyttöä voidaan perustella muun muassa siten, että eri intressien painoarvo ja relevanssi voidaan parhaiten ottaa huomioon vasta ratkaisuja tehtäessä, ja sen vuoksi katsotaan, että eri intressien kulloistakin painoarvoa ei tule ratkaista ennalta annetuilla yleisillä normeilla.²⁸¹

Esimerkiksi Kaarlo Tuorin mukaan demokraattisessa oikeusvaltiossa ei voidakaan enää pyrkiä minimoimaan viranomaisten harkintavaltaa, vaan on jätet-

²⁸⁰ Länsimaisiksi demokratioiksi lukeutuvista maista muun muassa Saksassa ja USA:ssa tuomioistuimilla on jo vanhastaan ollut oikeus harjoittaa lakien perustuslakien mukaisuuden valvontaa. Tuomioistuimet siis siellä valvovat, että lait eivät loukkaa perusoikeuksia. Näin ollen ajatus ”lainsäätäjän” arvovalinnoista poikkeamiseen oikeudellisessa ratkaisussa ei ole *oikeudellisessa ajattelussa* mitään uutta ja länsimaiselle arvokulttuurille vierasta, vaikka civil-law ajattelussa tämän ajattelun merkitys vasta nyt on voimistumassa. Ks. valtiosääntötuomioistuimen asemasta saksalaisessa oikeudessa Tuori, Oikeuden ratio ja voluntas s. 256-259.

²⁸¹ Tästä muun muassa Tuori, Oikeus, valta ja demokratia s. 42.

tävä tilaa myös finaalisille ja proseduraalisille sääntelyille, jotka jättävät hallinnolle poliittistakin harkintaa sisältävää toimivaltaa. Lainkäytössä tuomarit eivät voi puhua pelkästään ”lainsäätäjän suulla”, vaan oikeudellisella argumentaatiolla on tietty itsenäisyytensä erityisesti oikeusperiaatteiden kytkiessä lainkäytön yleiseen moraalikeskusteluun. Koska kansansuvereniteettiperiaatteen kantajana on aktiivinen ja keskusteleva kansalaisyhteiskunta, on tätä harkintavaltaa käyttävien viranomaisten säilytettävä yhteys ja vuorovaikutus kansalaisyhteiskunnan informaaliin kommunikaatioprosesseihin.²⁸² Tätä vaatimusta vastaa nähdäkseni Raimo Siltalan esittämä vaatimus kytkeä oikeudellinen ratkaisutoiminta yhteisölliseen hyväksyntään.

Yllä mainitut huomiot horjuttavat ajatusta lainsäätäjistä yhteiskuntatodellisuuden parhaimpana tulkkina ja vähentävät näiden argumenttien arvoa lainalaisuusperiaatetta perustelevina premissinä. Samalla raotetaan myös enemmän ovea oikeudelliselle ratkaisutoiminnalle yhteiskuntatodellisuuden kompetenttina ja varteenotettavana tulkitsejana ja uusien linjauksien tekijänä. Ratkaisutoiminnalle välttämättömän kompleksiteetin adekvaattisuusvaatimuksen kannalta ei kuitenkaan ole mahdollista, että oikeudellisessa ratkaisussa voitaisiin jatkuvasti kyseenalaistaa lainsäädännössä toteutuneet arvovalinnat. Toisaalta ratkaisun legitimitettiin kannalta ei ole mahdollista myöskään se, että oikeudellisessa ratkaisussa aina noudatettaisiin lainsäädännöstä ilmeneviä arvovalintoja. Oikeudellisesta ratkaisusta ei ole lainsäädäntömenettelyn korvaajaksi, mutta kyläkin täydentäjäksi yhteiskunnallisten valinnan ehtojen reproduktiossa. Lain legitimiudesta ei suoraan voi johtaa tuomioistuinratkaisujen legitimiyttä. Tämän tasapainotteluongelman vuoksi oikeudellisessa ratkaisussa on aina harkittava ja ratkaistava se, miten tuomioistuin pysyisi omassa roolissaan oikeuden reproduktiossa.

Oleellista tässä tutkimuksessa kehiteltävässä ajattelussa on se, että tuomioistuimen *ei* katsota olevan *oikeuden* (voimassaolevan normijärjestyksen) *palvelija*, vaan sekä lainsäädäntö että oikeudellinen ratkaisutoiminta ovat saman tehtävän eli yhteiskunnallisen toiminnan organisoinnin palveluksessa. Laki on oikeudellisessa ratkaisussa apuväline, ei ylin suvereeni. Jos laki osoittautuu tuomioistuinratkaisusta katsottuna käsiteltävänä olevan yhteiskunnallisen toiminnan kannalta ongelmalliseksi, tulee tuomioistuimilla olla mahdollisuus pyrkiä tämä epäkohta korjaamaan, *jos* se vain *oikeuden ehdoilla* on mahdollista. Myös Thomas Bull näkee parlamentin ja tuomioistuinten välisen suhteen siten, että tuomioistuin ei voi olla vain alempiasteisessa käskyvaltasuhteessa parlamenttiin nähden, eikä se voi toimia kansan tahtoa sokeasti toteuttavana orgnaanina. Tuomioistuimet voivat hänen mukaansa toimia ihmisten oikeuksien todellisena suojelijoina ja vaikuttaa poliittisiin prosesseihin siten, että ne täyttävät perustavaa laatua olevat vaatimukset avoimuudesta ja tasa-arvoisesta kohtelusta. Jos

²⁸² Tuori, Oikeus, valta ja demokratia s. 277-278.

tuomioistuimet käyttävät pidättyvästi valtaansa lähtiessään siitä, että yksityiset intressit eivät ole aina heikompia kuin yhteiset intressit, niiden vallan käyttö on yhdistettävissä demokratian ideoihin, eikä tällaista vallankäyttöä tarvitse nähdä ideologisesti ristiriitaisena demokratian kanssa.²⁸³

Koska yksittäisiä oikeudellisia ratkaisuja varten ei ole mahdollisuutta saada yhteiskuntatodellisuudesta sellaista perinpohjaista selvitystä kuin lakia säädetäessä, tulee oikeudellisessa ratkaisussa noudattaa tiettyä varovaisuutta otettaessa etäisyyttä suhteessa lakiin. Lisäksi on muistettava, että kognitiivinen epävarmuus koskien havainnon tekemistä todellisuudesta ja yhteiskunnallisista vaatimuksista ei ole ongelmana vain lainsäätämisprosessissa, vaan myös oikeudellista ratkaisua tehtäessä. Siksi oikeudellisen ratkaisun ja lainsäädäntömenettelyn suhde pitäisi nähdä jatkuvana vuorovaikutteisena ja toisiaan täydentävänä oppimisprosessina ja osana jatkuvasti meneillään olevaa valintojen yhteiskunnallisten premissien rakentumisprosessia.

Tehtävänjako lainsäätämismenettelyn ja oikeudellisen ratkaisumenettelyn välillä vaatisikin selkeyttämistä sen vuoksi, että tehtäväjako ei tehtäisi liian kategorisesti, ja toisaalta sen vuoksi, että työnjako näiden kahden välillä saataisiin organisoitua hallittavaksi kokonaisuudeksi. Tulisi tarkemmin ryhtyä pohtimaan sitä, millaisissa tapauksissa lain katsotaan ilmentävän senlaatuista intressien punnintaa tai arvokannanottoja, joiden katsotaan muodostavan esteen lain ilmentämistä rajoista poikkeamiseen ratkaisussa. Kyseistä asiaa olisi tällöin hyvä pohtia myös oikeusaloittain ja ehkä myös kunkin lain kohdalla erikseen. Selvää on, että jokainen laki ja jokainen pykälä ei tällaista eduskunnassa tapahtunutta erityisintressien punnintaa sisällä. Tulisi keskustella ja ottaa kantaa sen puolesta, mitkä ovat sellaisia yhteiskunnallisia voimasuhteita, arvostuksia sekä intressiristiriitoja ilmentäviä rajanvetoja, että niistä voidaan pätevästi päättää vain demokraattisessa menettelyssä

²⁸³ Thomas Bull, JT 2000-01 nr. 1 s. 47.

9 Oikeus yhteiskunnassa

Globalisoituneessa ja samalla lokalisoituneessa maailmassa on perusteltua siirtä ajattelemaan oikeutta yhteiskunnan oikeutena. Oikeudellisen ratkaisutoiminnan sidonnaisuuksia selitettäessä ei tarvitse enää puhua valtion oikeudesta, mutta ei välttämättä myöskään oikeusvaltiosta²⁸⁴. Tällöin voidaan luopua muun muassa Saksassa 1800-luvun loppupuolella kehittyneen *myöhäiskonstitutionaalisen koulukunnan* käsityksistä, joihin Tuorin mukaan suomalainen oikeusvaltiokäsitys kaikkein selvimmin kiinnittyy²⁸⁵. Myöhäiskonstitutionaalisen koulukunnan mukaan oikeutta oli vain positiivinen, valtiosäännön määräämässä järjestyksessä asetettu oikeus. Oikeus ei siis enää ollut valtiosta riippumaton järjestys, vaan se *samastui* valtion antamiin normeihin. Näin oikeuden ja valtion suhde kääntyi päälaelleen verrattuna aikaisempaan oikeusvaltiokäsitykseen: nyt valtio määräsi oikeutta. Ajatuksena oli tällöin se, että lainsäätäjät kontrolloi toimeenpanokoneiston yhteiskuntaan suuntautuvaa toimintaa, olipa tämä sitten juridiselta luonteeltaan hallintotoimintaa tai oikeuslauseiden antamista. Tämän ajattelutavan mukaisesti toimeenpanovallan norminanto on legitiimiä vain silloin kun delegointi perustuu lainsäätäjän nimenomaiseen, lain muodossa tehtyyn päätökseen.²⁸⁶

Tuori kirjoittaa oikeusvaltioajattelun *varhaiskonstitutionaalista koulukuntaa* kuvatessaan, että oikeusvaltioajattelun alkutaipaleella oikeus *ei* sen aikaisen käsityksen mukaan *vielä* *typistynyt* positiiviseen oikeuteen, vaan oikeus tarkoitti ensisijaisesti sellaista siveellistä järjestystä, joka oli olemassa itsenäisesti, valtiosta ja suvereniteetista riippumattomasti²⁸⁷. Tarkoittamani tapa ymmärtää oikeudellisen ratkaisutoiminnan edellytyksiä ei palaudu myöskään tähän oikeus-

²⁸⁴ Tämä ei tietenkään tarkoita sitä, että voitaisiin sivuuttaa ne ongelmat, joihin oikeusvaltioajattelun kautta on haettu vastauksia.

²⁸⁵ Tämän oikeusvaltiotulkinnan lisäksi myös ajatuksella *sosiaalisesta oikeusvaltiosta* on Suomessa keskeinen merkitys. Sosiaalisen oikeusvaltion ei tule vain pidättäytyä pahan aiheuttamisesta, vaan sen on aktiivisesti tuotettava hyvää luomalla ja ylläpitämällä sellaiset hyvän elämän edellyttämät minimipuitteet, joiden turvin yksilöillä on mahdollisuus nauttia oikeuksistaan. Ks. tästä määritelmästä Wennerström, *The Rule of Law and the European Union* s. 70-71.

²⁸⁶ Tuori, *Oikeus, valta ja demokratia* s. 116 ja 122-125 Tällainen ideaali ei tosin ole koskaan toteutunut monellakaan oikeudenalalla. Oikeudellisissa ratkaisutilanteissa ei ole lainkaan harvinaista, että ratkaisuja joudutaan jäsentämään ja ratkomaan lainsäädäntönormien puuttuessa kokonaan. Oikeusvaltiomallissa vaadittu riippuvuus lainsäädännön ja tuomioistuintoiminnan välillä kadottaa näkyvistä myös oikeudellisessa ajattelussa hyväksytyn mahdollisuuden *contra legem* ratkaisuisia.

²⁸⁷ Tuori, *Oikeus, valta ja demokratia* s. 119-120. Jyränki toteaa, että tämä koulukunta voidaan palauttaa ajatuksellisesti Ranskan vallankumousta edeltäneeseen aikaan. Vasta Ranskan vallankumouksessa nimittäin ”oikeusvaltio” -ajatteluun oli liittynyt vaatimus kansansuvereniteetista, joka merkitsi sitä, että enää vain kansalla oli oikeus asettaa oikeudellisia normeja. Jyränki, *Oikeusvaltio ja demokratia* s. 20.

valtioajattelun varhaisempaan versioon, vaikka jossain määrin muistuttaakin tätä. Toisaalta oikeuden ymmärtäminen ei nyt myöskään perustu kansalaisyhteiskunnan ja valtion eron korostamiselle Habermasin tavoin.

Systeemiteoreettisessa tarkastelussa oikeus ymmärretään yhtenä yhteiskunnan osasysteeminä sellaisten systeemien kuten taloussysteemin, politiikan sekä tieteen ja koulutussysteemin rinnalla. Nämä kaikki autopoieettiset systeemit toimivat itsereferenssiä ja toiseen viittaavuutta ("Fremdreferenz") kombinoiden, ja *vuorovaikutuksessa* toistensa kanssa toimiessaan ne muodostavat yhteiskunnallisen toiminnan kannalta välttämättömän infrastruktuurin. Tällä tavoin toimivassa yhteiskunnassa muodostuvat ja muokkautuvat myös *yhteiskunnan oikeuden* funktiot, oikeuden eri auktoriteettien kuten esimerkiksi lainsäädännön ja tuomioistuintoiminnan välinen työnjako, ja näin ollen myös oikeudellisen ratkaisutoiminnan ehdot ja mahdollisuudet. Myös yksityinen ja julkinen kohtaavat toisensa eri tavoin systeemien toiminnassa ja vuorovaikutuksessa, eikä ylintä valtaa tai ylintä vaikuttajaa voida osoittaa. Muista yhteiskuntasysteemeistä eriytynyt oikeussysteemi ei toimi valtion ohjauksessa. Oikeus ei myöskään ole valtiolle tai yksityiselle sfäärille tai julkisuudelle *alisteinen*, vaan vuorovaikutuksessa näiden kanssa. Sellaiset iskulauseet kuten "laki osoittaa julkisen vallankäytön rajat" tai "tuomioistuinten toimivalta perustuu lakiin" ovat kyllä tehokkaita, mutta niiden epätarkkuuden vuoksi niille ei voi antaa kovin suurta painoarvoa määritettäessä harkintavallan rajoja oikeudellisessa ratkaisussa.

Oikeusvaltioteoriaan kuuluu myös se, että ajatellaan lainsäädäntövallan olevan hierarkkisesti toimeenpano- ja lainkäyttövallan yläpuolella. Tällä tavoin siihen on liitetty *yläpuolella* ja *alapuolella* olemisen tila-metafora. Keskustelua on käyty muun muassa sellaisista teemoista, kuten voiko monarkki tai kansa olla oikeuden yläpuolella. Keskusteltu on myös siitä, voiko lainsäätäjälle asettaa positiivisen oikeuden *yläpuolelle* asetettuun arvojärjestykseen perustuvia rajoja. Samoin on tärkeä kysymys siitä, voiko lainsäätäjälle *alisteinen* tuomioistuinlaitos arvioida positiivista lainsäädäntöä *yliposiitivisia* kriteerejä käyttäen. Ajatus eriytyneestä oikeussysteemistä ei näissä kysymyksissä kuitenkaan rakennu tällaisten ylä–ala-dimensioihin perustuvien mielikuvien ja kielikuvien varaan.

Tällöin sellaiset elementit kuten lait, oikeudelliset ratkaisut sekä yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet voidaan nähdä ehdottamallani tavalla konstellaationa, jolloin – samoin kuin avaruudessa sijaitsevien taivaankappaleiden suhteen – ei ole mielekästä esittää kysymystä yläpuolella tai alapuolella olemisesta. Kun oikeuden esittämiseen liittyvä hierarkkisuus *tällä tasolla* puretaan, on helpompi jäsentää vuorovaikutus eri oikeudellisesti relevanttien tekijöiden välillä²⁸⁸. Näin

²⁸⁸ Tällainen hierarkioiden purkaminen ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteikö esimerkiksi puhe säädöshierarkiasta tai tuomioistuinten välisestä hierarkiasta olisi edelleen mielekästä.

voi esimerkiksi ajatella, että lainsäädäntö, oikeudellinen ratkaisutoiminta, oikeusperiaatteet sekä yhteiskunnaalliset tavoitteet ja arvot keskinäisessä vuorovaikutuksessa rajoittavat ja avaavat valinnan mahdollisuuksia oikeuden jatkuvassa reproduktiossa oikeussysteemin eriytymisvaatimuksen sekä säilymis- ja sopeutumisvaatimusten ehdoilla. Tällöin voidaan luopua myös laille annetusta *teoreettisesti etuoikeutetusta* asemasta kuten Foucault ehdottaa, ja tämän sijasta nähdä laki yhtenä *yhteiskunnan oikeuden* organisoimisen apuvälineenä.

9.1 LAIN SUHTEESTA OIKEUDELLISEEN RATKAISUUN

Oikeudellista ratkaisua ei näin ollen tarkastella parlamentin asettamien lakien soveltajana. Sen sijaan oikeudellinen ratkaisu nähdään aktina, jossa myös osaltaan reprodusoidaan yhteiskunnallista valintoja ohjaavaa rakennetta. Tällöin ratkaisussa on asetettava suhteeseen muihin valintoja ohjaavaa rakennetta reprodusoiviin aktualisointeihin yhteiskunnassa vallitsevassa kompleksisessa vuorovaikutussuhteiden verkostossa. Samalla siis kun oikeudellisessa ratkaisussa päätetään siitä, mikä yksittäistapauksessa on oikein, siinä myös osallistutaan yhteiskunnan järjestystä konstruoivien voimasuhteiden organisointiin ja reproduktioon. Valinnan tekemisen premissit ovat siten jatkuvassa rakentumisen ja artikuloitumisen liikkeessä. Tästä lähtökohdasta tutkimuksessa kritisoidaan positivistisen oikeusajattelun tapaa ajatella ratkaisun ehtoja etukäteen annettuna/asetettuna ja tästä seuraavaa kyvyttömyyttä tarkastella ratkaisun ehtojen ja mahdollisuuksien muotoutumista jatkuvassa liikkeessä olevana prosessina.

Kun luovutaan siitä ajatuksesta, että oikeudellisen ratkaisun on oltava parlamentin ylivallan alaista, tämä ei suinkaan tarkoita sitä, että oikeudellisessa ratkaisussa voitaisiin Leviathanin tavoin toimia *rajoittamattomin* valtaoikeuksin. Nykyisen modernin yhteiskunnan oikeudessa ratkaisuun kohdistuu lukemattomia vaatimuksia, joiden muodostamaan verkostoon ratkaisussa on asetettava ja näin ollen oikeudellisen ratkaisun tekeminen on aina *jo rajoittunutta*. Tapahtuu ajatuksellinen siirtymä lain avulla tapahtuvasta oikeuden *asettamisesta asettumiseen* oikeudellisessa ratkaisussa (siirrytään positivismista konstruktivismiin). Laki on yksi niistä oikeudellisista aktualisoinneista, joiden suhteen ratkaisussa on asetettava.

Lain säätämisessä on tällöin kyseessä liikkeen suuntaamisesta eli osallistumisesta tärkeällä panoksella ratkaisun ehtojen jatkuvaan reproduktioon. Parlamentin tehtävänä on osaltaan osallistua oikeudellisen ratkaisun organisoimiseen siten, että oikeudellinen ratkaisu pystyy täyttämään *responsiivisuuden vaatimuksen*. Tällä tarkoitan vaatimusta siitä, että ratkaisussa on pyrittävä tyydyttämään sekä ennakoitavuuden että (tilanneherkkyyttä edellyttävän) ratkaisu-

jen sisällöllisen onnistuneisuuden vaatimukset. Parlamentin tuottama lainsäädäntö tekee tärkeän, ja nykyään jopa välttämättömän esityön ratkaisutilanteen kompleksiteetin sääntelyn kannalta. Parlamentilla on yhteiskunnassa ainutlaatuinen mahdollisuus antaa panoksensa lakitekstien sanamuodon muotoiluun ja tuomioistuimen tulee tunnistaa laki yhdeksi niistä tekijöistä, joiden kautta määrittävät ehdot ratkaisussa tehtäville valinnoille.

Lainsäädännön ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan tehtävät nähdään olevan *toisiaan täydentäviä* siten, että ne osaltaan jatkuvasti omalla panoksellaan ja omasta näkökulmastaan reprodusoivat valinnanteon yhteiskunnallisia premissejä kaikkia yhteiskunnan osasysteemejä – ja siis myös oikeussysteemiä varten. Lainsäädännön ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan tuottamat oikeudelliset aktualisoinnit ovat *vain yksi* oikeudellisia valintoja ohjaavan yhteiskunnallisen rakenteen *alaluokka*. Oikeudellinen ratkaisu on lähtökohtaisesti tehtävä muiden yhteiskunnallisten valintatilanteiden tavoin yhteiskunnallisista (ja siis myös oikeudellisista) premissein.

Tässä tutkimuksessa ei yhdytä siihen käsitykseen, jonka mukaan parlamentin säätämät lait olisivat oikeudellisen ratkaisutoiminnan *viimekätinen* toimivaltaperusta. Lait saavat merkityksensä siinä, että niiden tehtävä on osaltaan osallistaa yhteiskunnan kompleksiteetin sääntelyyn ja yhteiskunnallisten toimintojen organisoimiseen. Kompleksiteetin (eli yhteiskunnallisten valintamahdollisuuksien) rajoittaminen on ehdoton edellytys yhteiskunnallisen toiminnan kannalta välttämättömän valintoja ohjaavan rakenteen ylläpitämiselle ja jatkuvalla kehittämiselle. Näin ollen oikeudellisen ratkaisutoiminnan tehtävänä ja samalla ”toimivaltaperustana” voidaan sanoa olevan responsiivisuusvaatimuksen mukaisesti tehdä tilanneherkkyyksivaatimuksen edellyttämiä yksittäistapausten erityispiirteet huomioon ottavia ratkaisuja, joissa myös ennakoitavuuden vaatimus on huomioitu, missä tehtävässään se samalla myös reprodusoi valinnan tekemisen ehtoja. Oikeudellisen ratkaisutoiminnan tulee olla *valjastettu tämän tehtävän toteuttamista varten*, eikä siis ole niin, että sen tulisi olla alistettu kansanedustuslaitoksen säätämille laeille. Lait ovat oikeudellisessa ratkaisussa käytettyjä apuvälineitä tämän tavoitteen toteuttamiseksi. Lait eivät voi toimia *viimekätisenä* toimivaltaperustana, sillä lain määräysten toteutumisella ja toteuttamisella ei ole itseisarvoa.

Lainsäädännöllä on tärkeä merkitys kompleksiteetin adekvaattisuuden sääntelyssä, mutta lait eivät saa muodostua esteeksi responsiivisuusvaatimuksen edellyttämälle joustavalle harkinnalle ja valinnan teolle. Lait ovat siten oikeudellisista ratkaisusta katsottuna toissijaisessa asemassa responsiivisuusvaatimukseen verrattuna. Responsiivisuuden vaatimuksiin vastaamiseksi *oikeudellinen ratkaisu* nimenomaan pitää ymmärtää sellaisena vallankäytön aktina, jossa haetaan oikeaa sijoittumista suhteessa oikeudellisiin ja yhteiskunnallisiin vaatimuksiin, eikä se tällaisenaan voi toimia vain poliittisen vallankäytön ohjauksessa ja jatkeena. Oikeudellinen ratkaisunteko nähdään siten yhtenä yhteiskunnal-

lisen vallankäytön aktina, mutta parlamentin merkityksen *ylittävää* vallankäytön keskusta siitä ei tämän ajattelun mukaan tule. Uuden lain säätäminen merkitsee aina muutosta siinä oikeudellisten aktualisointien verkostossa, jonka suhteen oikeudellisen ratkaisun on asetettava rekursiivisuusvaatimuksen vuoksi (tästä tarkemmin IV-luvussa). Lainmuutosten täydellinen huomiotta jättäminen ei yleisesti oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa voi tulla kyseeseen, sillä näin jouduttaisiin kieltämään lakien tärkeä tehtävä oikeudellisen kompleksiteetin sääntelijänä ja oikeuden reproduktion organisoijana, mikä puolestaan merkitsisi oikeuden kompleksiteetin kasvamista hallitsemattomaksi. Oikeudellisen ratkaisutoiminnan jatkumossa määrittyy jatkuvasti se, millaisen painoarvon laki saa ratkaisussa konstruoituvassa yhteiskunnallisten ja oikeudellisten aktualisointien konstellaatioissa. Ratkaisukäytäntö ei kuitenkaan tällä tavoin asetu parlamentin yläpuolelle.

Oikeudellinen ratkaisutoiminta osallistuu yhteiskunnalliseen valintoja ohjaavan rakenteen uusintamiseen oikeuden reproduktion ehdoilla ja oikeudellisen ratkaisun näkökulmasta. Oikeudellisen ratkaisun relevantit liittyvät eivätkä ilmene ratkaisusta katsottuna annettuina (positum), vaan ne konstruoidaan aina kutakin ratkaisua varten oikeudelliseen ratkaisutoimintaan kohdistuvien vaatimusten mukaisesti. Oikeudellisen ratkaisutoiminnan jatkumossa jatkuvasti määrittyy ratkaisun tekotapa eli ne ratkaisun tekemisen ehdot, joiden mukaan oikeudellinen (siis myös laki mukaan luettuna) ja yhteiskunnallinen on ratkaisussa otettava huomioon ja järjestettävä suhteessa toisiinsa. (Tästä tarkemmin tutkimuksen IV-luvussa.) Myöskään Sousa Santosin mukaan ratkaisun rajoituksia ei nykyään enää voi pitää annettuina asioina. Hänen mukaansa moderneja yhteiskuntia ei ohjaa pelkästään yksi oikeusjärjestys, vaan ne ovat monien oikeudellisten järjestelmien ohjauksessa, jotka ovat yhteyksissä toisiinsa ja jotka ovat sosiaalisesti eri tavoin jakautuneita. Tällöin oikeus ei ole yhteiskunnan toimijoille jotakin ennalta annettua, vaan oikeus on jatkuvassa muotoutumisen tilassa. Oikeuden muotoutumisen kannalta ratkaisevinta on vastata siihen kysymykseen, kuka saa oikeuden määrittämisen vallan sosiaalisten toimijoiden erilaisissa konfliktitilanteissa²⁸⁹.

9.2 LAILLISUUSPERIAATTEESTA LUOPUMINEN?

Luopuminen laillisuusperiaatteen nykyisistä formulaatioista oikeudellista ratkaisutoimintaa jäsentävänä periaatteena ei olisi lainkaan niin radikaali mullistus kuin ensisilmäyksellä voisi kuvitella. Lakiin sitoutumisen vaatimus on nimittäin oikeusvaltioajattelussakin itse asiassa vain sekundäärinen vaatimus. Vaatimuksena se liittyy sellaisiin primääreihin vaatimuksiin kuten demokratia-

²⁸⁹ Sousa Santos, *Toward a New Legal Common Sense* s. 114-115.

periaate, vallan kolmijako, kansan suvereniteetti, ennakoitavuus, oikeusvarmuus. Laillisuusperiaatteella ei näin ollen ole itseisarvoa, vaan se voidaan ymmärtää näistä *primäärivaatimuksista* johtuvaksi *johdannaisvaatimukseksi*. Toisin siis kuin yleisesti ajatellaan, laillisuusperiaatetta ei tarvitse ajatella oikeusvaltiodoktriinissa oikeudelliseen ratkaisutoimintaan kohdistettavana *keskeisenä* vaatimuksena, vaan sitä voidaan pitää vain välineenä, jonka avulla yritetään vastata oikeudellista ratkaisuntekoa koskeviin ongelmiin.

Tällä tavalla fokuksen siirtäminen oikeusvaltio-ajattelun fundamentaalimpiin teemoihin, kuten laillisuusvaatimuksen perusteluihin, avaa tilaa paitsi oikeusvaltio-ajattelun paremmalle ymmärtämiselle myös oikeusvaltioajattelun jatkekehittelyille. Jos lähdetään kehittämään eteenpäin ajatusta oikeusvaltiosta, on samankaltaisuuksien löytäminen ja historiallisen jatkumon näkeminen varsin vaikeaa, jos eri ajattelutapoja lähdetään arvioimaan sen perusteella, minä kannan ne ottavat laillisuusperiaatteeseen. Laillisuusperiaatteesta luopuva oikeudellinen ajattelu voitaisiin tällä kriteerillä nähdä jopa oikeusvaltioajattelun vastakohtana ja vallitsevasta kulttuurista ja historiasta piittaamattomana ajatuksellisenä kummajaisena. Jos taas positivistista oikeusvaltioajattelua tarkastellaan sen fundamentaalisten vaatimusten näkökulmasta, on mahdollisuus havaita liukumia sekä vähäisempiä tai suurempia siirtymiä eri ajattelutapojen välillä tavalla, jota dikotominen jaottelu lakisidonnainen–ei-lakisidonnainen ei mahdollista. Myöhäismodernissa yhteiskunnassa on mielekästä keskustella siitä, millä tavalla oikeusvaltioajattelun taustalla olevat primäärivaatimukset pitäisi formuloida ja millaisin käsittein ja millaisin johdannaisvaatimuksin näitä primäärivaatimuksia olisi pyrittävä turvaamaan.

Jos oikeusvaltioajattelun taustalla olevat primäärivaatimukset formuloidaan esimerkiksi tässä luvussa aiemmin esitetyllä tavalla, ja kun primäärivaatimuksiin lisätään vaatimus aineellisesta oikeudenmukaisuudesta, niin lakisidonnaisuuden vaatimus näyttäytyy uudessa valossa. Väitteeni on, että modernissa yhteiskunnassa ei pystytä asettamaan *etusijajärjestystä* sisällöllisen onnistuneisuuden ja ennakoitavuuden välille, molemmat tavoitteet ovat tärkeitä. Ennakoitavuuden ja sisällöllisen onnistuneisuuden vaatimukset muodostavat jännitteisen vaatimusten kentän, johon oikeudellisen ratkaisun ja sitä määrittävien käsitteiden on asetuttava. Lakisidonnaisuuden periaatteen avulla pystytään takaamaan oikeudellisten ratkaisujen tietyn asteinen ennakoitavuus. Tämä vaatimus ei kuitenkaan takaa, että lakiin sidottu ratkaisu olisi myöskin sisällöllisesti onnistunut. Kuten tässä luvussa olen aiemmin pyrkinyt osoittamaan, demokraattiseen tahdonmuodostukseen liittyvistä ongelmista johtuen demokratiaperiaate ei riitä perustelemaan sitä, miksi oikeudellisissa ratkaisuissa pitäisi ennakoitavuuden vaatimus arvostaa tärkeämmäksi kuin yksittäistapauksellista harkintaan edellyttävä sisällöllisen onnistuneisuuden vaatimus. Vaatimuksella vallan kolmijaosta ei myöskään pystytä tätä ongelmaa ratkaisemaan, sillä vallan kolmijakovaatimus voi perustella sekä yksit-

täistapauksellista harkintaa edellyttävää sisällöllistä onnistuneisuutta että ennakoitavuuden ja kontrolloitavuuden vaatimuksia.

Demokraattisen menettelyn kautta muotoutunut laki voidaan nähdä välttämättömänä oikeudellisen kompleksiteetin sääntelijänä, mutta sitä vastoin ei ole välttämätöntä yhtyä oikeusvaltiodoktriinin vaatimukseen lain sitovuudesta oikeudellisessa ratkaisussa. Sitovuus on yksi mahdollisuus nähdä lain asema oikeudellisessa ratkaisussa, mutta ei ainoa. Demokratiavaatimusta ei siten tarvitse käyttää *perusteluna lakisidonnaisuuden puolesta vaan perusteluna lain tärkeyden puolesta oikeudellisen kompleksiteetin sääntelijänä*. Koska oikeuden aktualisoinnit (eli ”oikeuslähteet”) on kuitenkin pystyttävä järjestämään suhteessa toisiinsa oikeudellisen ratkaisutoiminnan onnistumisen takaamiseksi, ja tämä järjestys pitää jollakin tavalla perustella, voidaan demokratia-argumenttia käyttää perusteluna lain korkean painoarvon puolesta. Lain ylivallan korostaminen voi siten vaihtua lain tärkeyden ja painoarvon korostamiseen ja lainsäädännön ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan toisiaan täydentävyyden korostamiseen. Ei ole myöskään syytä kieltää, ettei joillakin oikeudenaloilla – kuten tiettyillä hallinto-oikeuden osa-alueilla – olisi tärkeää *erityisesti painottaa* lain keskeisintä merkitystä ratkaisujen premissinä.

Näyttää siltä, että myös myöhäismodernissa länsimaisessa yhteiskunnassa asetetut säädökset ovat oikeudellisen ratkaisuteorian näkökulmasta tärkeitä – ellei jopa välttämättömiä – organisoitaessa oikeudellisen ratkaisutilanteen kompleksiteettia adekvaatiksi. Ennakoitavuuden ja kontrolloitavuuden vaatimuksia ei pystyttäisi täyttämään, jos ei vaadittaisi asetettujen säädösten keskeistä asemaa oikeudellisen ratkaisun premissinä. Kuitenkaan oikeudellisen ratkaisun ehtojen reproduktion kannalta ei ole välttämätöntä, että laki on parlamentin antama. Periaatteessa olisi myös mahdollista, että lakeja säätävinä eliminä toimisivat esimerkiksi tuomioistuimet itse tai ministeriöt ilman parlamentin myötävaikutusta. Monin syin, esimerkiksi vallan kasaantumisen estämisen vuoksi ja vallankäytön kontrolloitavuuden vuoksi, voidaan kuitenkin perustella demokraattisen menettelyn tärkeyttä säädösten asettamisessa.

9.3 VALTION VAI YHTEISKUNNAN OIKEUS?

Tuori toteaa perinteisen oikeusvaltioajattelun tradition mukaisesti, että moderni oikeus on modernin valtion oikeutta²⁹⁰. Niklas Luhmann puolestaan lähtee siitä, että oikeus ei ole valtion oikeutta, vaan oikeus on yhteiskunnan oikeutta (Das Recht der Gesellschaft)²⁹¹. Itse pidän myös oikeuden reduktiota valtioon ongel-

²⁹⁰ Tuori, Oikeus, Valta ja Demokratia s. 269.

²⁹¹ Luhmann toteaa muun muassa, että kaikki oikeudelliset ratkaisut ja kaikki oikeudelliset konstruktiot ovat yhteiskunnallisia ilmiöitä. (Luhmann, Das Recht der Gesellschaft s. 7 ja 17).

mallisena ja tarkastelen oikeutta yhteiskunnallisena ilmiönä, jossa kuitenkin valtiollakin on tärkeä tehtävänsä. Keskustelua oikeuden ”omistuskiihistä” valtion ja yhteiskunnan välillä ei kuitenkaan ole mielekäästä viedä kovinkaan pitkälle varsinkaan, kun sekä valtion että yhteiskunnan käsitteet ovat molemmat kiistanalaisia, epäselviä ja päällekkäisiäkin. Esimerkiksi Tuori katsoo, että valtion kuuluu niin keskitetty valtiokoneisto, kansalaisyhteiskunta kuin yksittäisten kansalaisten yhteenliittymä yhtäläisinä oikeussubjekteina²⁹².

Katsoopa oikeuden sitten olevan valtiollista tai yhteiskunnallista, ei tästä voi suoraan johtaa mitään oikeuteen kohdistuvia vaatimuksia tai ehtoja. Sinänsä on toisarvoista, käytetäänkö keskustelussa termiä ”oikeusvaltio” tai ”yhteiskunnan oikeus”. Vakiintuessaan ne ainakin johonkin pisteeseen asti helpottavat keskustelua kuten termit ”moderni” ja ”postmoderni”. Tällaiset iskusanat ja yksinkertaistukset ovat kuitenkin vain asioiden päälle liimattuja etikettejä, joiden taakse on kurkistettava heti jos niiden käyttö aiheuttaa epäselvyyttä tai ongelmia, eikä kiistely niiden ”oikeasta sisällöstä” ole mielekäästä tai tarpeellista. Oikeudellista ratkaisua koskevassa esityksessä on joka tapauksessa mentävä näiden käsitteiden taakse ja tarkasteltava, millaisia odotuksia ja vaatimuksia oikeudelliseen ratkaisuun näiden käsitteiden kautta kohdistetaan. Oikeuden liittäminen leimallisesti valtiolliseksi tai yhteiskunnalliseksi ilmiöksi on kuitenkin merkittävä valinta oikeuden esittämistavan ja käsiteltävien aihepiirien sekä korostuksien ja painopisteiden kannalta.

Kun siirrytään puheeseen yhteiskunnan oikeudesta, tarkoituksena on pyrkiä oikeuden ja yhteiskunnan raja-aidan ajatukselliseen madaltamiseen siten, että oikeutta tarkastellaan yhtenä yhteiskunnallisena ilmiönä muiden joukossa, joka muodostuu yhteiskunnan ehdoilla ja on yhteiskuntaa varten. Termivalinnalla halutaan entistä painokkaammin korostaa myös sitä, että oikeudellisen ratkaisun ehdot eivät määräydy keskeisesti yhdestä keskuksesta (valtiosta) käsin, vaan *jatkuvasti* yhteiskunnallisen kommunikaation muotoilemana²⁹³. Ennen kaikkea kyse on kuitenkin siitä, että termivalinta toimii indisiona näkökulman muutoksesta ja painopisteiden vaihtumisesta oikeudelliseen ratkaisuun kohdistuvien vaatimusten osalta. Valtiolla on edelleenkin tärkeä rooli sen osallistuessa oikeudellisen ratkaisun ehtojen organisointiin, mutta oikeutta ei enää ajatella ensisijaisesti valtion oikeudeksi. Tärkeää on myös *pyrkimys* siihen, että *oikeutta ei ajatella oikeustieteen oikeutena*, siis tieteelliselle tietämiselle asetettujen ehtojen näkökulmasta. Oikeudellista ratkaisua tarkastellaan nyt siitä näkökulmas-

²⁹² Tuori, Oikeus, valta ja demokratia s. 270.

²⁹³ Termi ”yhteiskunnan oikeus” ennakoii ja ilmentää viimeisessä luvussa tapahtuvaa siirtymää itsereferenssistä autopoieesiin. Termi ”oikeusvaltio” ilmentää oikeutta itsereferentisti suljettuna systeeminä, jonka on organisoitava avoimuutensa yhteiskuntaan. Termi ”yhteiskunnan oikeus” puolestaan yhdistää oikeuden itsereferenssin ja toiseen viittaavuuden saman käsitteen alle aivan samalla tavalla kuin autopoieesi vaatii itsereferenssin ja toiseen viittaavuuden kombinoimista oikeudellisessa ratkaisussa.

ta, millaisia vaatimuksia siihen kohdistuu yhteiskunnallisena toimintana, mikä laajimmassa merkityksessään kattaa sekä valtion että myös tieteenkin näkökulman.

Termi ”oikeusvaltio” – tai vastaavasti ”yhteiskunnan oikeus” – voidaan ymmärtää Tuorin tapaan myös normatiivisesti. Tuorin mukaan *demokraattinen oikeusvaltio* normatiivisena mittapuuna asettaa vaatimuksia myös valtiota ja oikeutta eräällä tavalla välittävälle kansalaisyhteiskunnalle sekä sen kantamalle poliittiselle ja oikeudelliselle kulttuurille²⁹⁴. Tällaisessa käytössäkin ajatus oikeusvaltiosta käytetään itse asiassa vain *yhteisnimityksenä* erilaisten normatiivisten mittapuiden ja ideaalien muodostamalle verkostolle, jonka ajatellaan olevan välttämätön oikeuden ja yhteiskunnallisen järjestyksen tuottamisen ja uusintamisen kannalta. Tällaisena ”sateenvarjokäsitteenä” oikeusvaltiolla voi ajatella olevan keskustelulle suuntaa antavaa merkitystä.

²⁹⁴ Tuori, Oikeus, valta ja demokratia s. 269.

III

Oikeuslähdeopeista

1 Oikeuslähdeopin tehtävistä

Kuten I-luvussa todettiin, oikeudelliseen ratkaisuun kohdistuvat niin suljettuisuuden ja staattisuuden vaatimukset kuin avoimuuden ja dynaamisuudenkin vaatimukset. Oikeuslähdeopilla on tärkeä merkitys tasapainoiltaessa näiden vaatimusten kanssa oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Valinnan rajoittamisen ongelma oikeudellisessa ratkaisussa voidaan systeemitieteellisesti kuvata oikeudellisen ratkaisutilanteen kompleksiteetin ja kontingenssin ongelmaksi. Kompleksiteetin ongelma liittyy valintavaihtoehtojen määrän rajoittamiseen, ja kontingenssin ongelma puolestaan mahdollisuuteen valita toisin. Jos ratkaisutilanteen kompleksiteetti olisi täysin avoin siten, että kompleksiteettiä ei olisi mitenkään rajoitettu, silloin mikä tahansa päätösvaihtoehto olisi mahdollinen, ja siten ratkaisun tekeminen olisi satunnaista. Jos puolestaan ratkaisutoiminta olisi luonteeltaan kontingenttia siten, että hyväksyttäisiin se, että jokaisessa ratkaisussa olisi aina mahdollisuus valita toisin, tällöin ratkaisuvaihtoehtojen konstruomiselle ja eri vaihtoehtojen vertaamiselle ei olisi mittapuita, joten ratkaisu olisi siis ennakoimaton ja kontrolloimaton. Mitään systeemiä ei voi muodostua tällaisen kompleksiteetin oloissa eikä mikään nykyaikainen yhteiskunta voi olla tyytyväinen tällaisella periaatteella toimivaan konfliktinratkaisuun. Toisaalta ongelmallista on myös, jos ratkaisutilanteen kompleksiteetti on liian suppea ja kontingenssia on rajattu liiaksi. Kompleksiteetin ja kontingenssin liiallinen rajaaminen ei mahdollista reagoimista vaihteleviin olosuhteisiin ja siten niiden liiallinen rajaaminen muodostuu ongelmaksi oikeuden yhteiskunnallisen responsiivisuuden ja legitiimisyyden kannalta. Näin ollen kompleksiteettiä tulee toisaalta rajata riittävästi, mutta toisaalta pitää sitä myös riittävän suurena. Tällaista kompleksisuuden astetta kutsutaan Luhmannin teoriassa *adekvaatiksi kompleksiteetiksi*.

Modernin yhteiskunnan tunnusmerkkejä ovat jatkuvasti kasvava kompleksisuus ja muutostahdin nopeutuminen. Tällaisessa tilanteessa lainsäädäntö ei yksin pysty vastaamaan yhteiskunnasta tuleviin vaatimuksiin, vaan oikeuteen ja oikeudelliseen ratkaisutoimintaan kohdistuvien vaatimusten täyttäminen edellyttää oikeussystemin sisäistä työnjakoa. Tämän työnjaon organisoimisessa on oikeuslähdeopilla keskeinen tehtävä. Näin ollen on tärkeää, että oikeuslähdeoppi pyritään muokkaamaan sellaiseksi, että se tarjoaa oikeudelliselle ratkaisukäytännölle mahdollisuuden vastata mahdollisimman hyvin yhteiskunnasta tuleviin haasteisiin. Kompleksisessa ja dynaamisessa yhteiskunnassa monimutkaisia yhteiskunnan ja oikeuden välisiä suhteita ei pystytä jäsentämään ja ottamaan haltuun oikeuslähdeopeilla, joiden oma sisäinen kompleksiteetti on vähäinen. Myös Alexander Peczenik on todennut, että yhteiskunnan kompleksisuus

suuden ja dynaamisuuden kasvamisen seurauksena *oikeuslähdeoppien kompleksisuuden* kasvamisesta on tullut kansainvälinen ilmiö²⁹⁵. Vaikka oikeuslähdeoppien on muututtava monimutkaisemmiksi, asian toinen puoli on se, että oikeuslähdeopin kompleksisuuden aste ei kuitenkaan saa nousta niin korkeaksi, että se menettää käyttökelpoisuutensa käytännön toiminnassa. Oikeuslähdeoppi on tärkeä väline organisoitaessa oikeuden toimintaa ja oikeuden ja yhteiskunnan välisiä suhteita.

Peczenikin mukaan oikeuslähdeopin säännöillä on seuraavanlaisia tehtäviä²⁹⁶:

1. Oikeuslähdeopin säännöt määräävät sen, mikä paikka eri oikeuslähteillä on oikeussysteemissä.
2. Oikeuslähdeoppisääntöjen tehtävänä on auttaa argumentatiivisten hyppyjen tekemisessä, jotta voitaisiin päästä loogisesti korrekteihin johtopäätöksiin.
3. Oikeuslähdeopin säännöt tekevät oikeudellisen perustelun käytännöstä stabiilimpaa ja ne tekevät tulkitut oikeusnormit paremmin yhteen sopiviksi ("more fixed") oikeuden koherenttiin kokonaisuuteen.
4. Oikeuslähdeopin sääntöjen tehtävänä on vaikuttaa siihen, että juridisen argumentaation tulokset ovat mitä suurimmassa määrin ennakoitavissa. Näin ne edistävät oikeusvarmuuden toteutumista²⁹⁷.

Yllä olevan perusteella voi todeta, että Peczenikin mukaan näyttäisi oikeuslähdeoppisääntöjen tehtävänä olevan oikeudenkäytön suljettuisuuden, stabiiliuden ja koherenttiuden turvaaminen. On kuitenkin tärkeää muistaa, että oikeuden reproduktion organisoinnissa oikeuslähdeopin tehtävänä ei ole vain suljettuisuuden ja stabiiliuden organisoiminen, vaan oikeuslähdeopin on osallistuttava myös avoimuuden ja dynaamisuuden organisoimiseen. Niinpä Peczenikin esittämät oikeuslähdeopin sääntöjen tehtävät eivät ole linjassa myöskään sen kanssa, että hänen mukaansa oikeuslähdeoppien tulisi pyrkiä vastaamaan yhä tärkeämmäksi muodostuneeseen dynaamisuuden vaatimukseen²⁹⁸.

Kuten totesin, oikeuden reproduktiota koskee adekvaatin kompleksiteetin vaatimus. Oikeudellisissa ratkaisussa tulee siis toisaalta pystyä reagoimaan yhteiskunnasta tuleviin muuntuviin vaatimuksiin, joka edellyttää reproduktiolta

²⁹⁵ Peczenik, On Law and Reason s. 328-329.

²⁹⁶ Peczenik, On Law and Reason s. 322.

²⁹⁷ Peczenik, Vad är rätt? s. 225.

²⁹⁸ On Law and Reason s. 328-329. Toisaalta Peczenikin oikeuslähdeopin tarkoituksena on pyrkiä myös tekemään ymmärrettäväksi käytännön juridista argumentaatiota, minkä vuoksi oikeuslähdeopin on väistämättä myös mukailtava käytännön oikeudellista argumentointia (Peczenik, Vad är rätt? s. 225). Näin ollen Peczenikin oikeuslähdeopilla on muitakin tavoitteita kuin ideaalimallin tai dynaamisen oikeuslähdeopin kehittäminen.

avoimuutta ja dynaamisuutta. Toisaalta reproduktion on tyydytettävä ennakoitavuuden vaatimukset, mikä puolestaan edellyttää reproduktiolta stabiilisuutta. Näiden jännitteisten vaatimusten vaikutukset realisoituvat yksittäisissä oikeudellisissa ratkaisuisissa. Siten oikeudellinen ratkaisutoiminta on pyrittävä organisoimaan siten, että yksittäisissä ratkaisuisissa pystyttäisiin tekemään valintoja näiden jännitteisten vaatimusten välillä. Näin ollen oikeuden reproduktion organisoimisessa keskeisen oikeuslähdeopin tehtävänä on jäsentää oikeudellisen ratkaisun tekemistä varten se, mitä vaatimuksia ratkaisua tehtäessä pitää ja voi ottaa huomioon ja mikä on tällaisten vaatimusten suhde toisiinsa. Ilman tällaista oikeuslähdeopissa tehtävää ratkaisun kompleksiteettia organisoivaa esijäsenystä vastaaminen ennakoitavuuden ja dynaamisuuden vaatimuksiin ei ole mahdollista.

Oikeuslähdeoppi on näin ollen kovan vaatimuksen edessä. Oikeuslähdeopin tulee rajoittaa oikeuden reproduktiota, mutta se ei saisi rajoittaa sitä liiaksi. Kompleksiteettia on rajoitettava, jotta ratkaisut olisivat riittävissä määrin ennakoitavissa ja kontrolloitavissa, mutta toisaalta kompleksiteetti tulee jättää avoimeksi, jotta ratkaisu pysyisi dynaamisena sekä avoimena yhteiskunnan suuntaan. Kun nämä oikeuden reproduktioon kohdistuvat jännitteiset vaatimukset tulee myös oikeuslähdeoppia konstruotaessa ottaa tosissaan, oikeuslähteille ei voi antaa kiinteitä painoarvoja tai pysyviä etusija-asemia suhteessa toisiinsa. Tätä taustaa vasten lähdän seuraavassa lyhyesti tarkastelemaan sitä, millaisia mahdollisuuksia oikeuslähdeopilla on lähteä vastaamaan näin muodostuvaan haasteeseen.

2 Oikeuslähdeoppien ääripää

Oikeuslähdeopit on jaettavissa erilaisiin kategorioihin yhtäältä niiden avoimuuden tai suljettuisuuden perusteella ja toisaalta niiden staattisuuden tai dynaamisuuden perusteella. Oikeuslähteen käsite voidaan Aarnion mukaan määritellä ahtaassa mielessä sensu stricto siten, että oikeuslähteiksi kelpuutetaan ainoastaan laki, maantapa, lainsäätäjän tarkoitus ja tuomioistuinratkaisut²⁹⁹. Tällaista suppeaa oikeuslähteiden määritelmää oikeuslähdeopin yhtenä ääripäänä voidaan Ulfrid Neumannin tukeutuen kutsua normativistiseksi reduktioksi. Normativistisen reduktion ongelma on se, että se sulkee suuren määrän ratkaisutoiminnassa käytetyistä tärkeistä perusteluista oikeuslähteiden ulkopuolelle. Toista ääripäätä voi Neumannin mukaan kutsua empiiriseksi aporiaksi. Aporia oikeuslähdeopissa aiheutuu siitä, että ei tehdä mitään rajauksia. Oikeuslähteiksi kelpaa kaikki, mitä oikeuskäytännössä käytetään ratkaisun perusteluina.³⁰⁰

Kun oikeuslähdeoppeja puolestaan tarkastelee *avoimuuden ja suljettuisuuden* välisellä akselilla, hyvänä esimerkkinä äärimmäisen suppeasta oikeuslähdekäsitteestä voi mainita Ranskassa vaikuttaneen eksegeettisen koulukunnan ajattelun, jonka mukaan oikeuslähteeksi voitiin hyväksyä vain lakitekstit. Theodor Viehwegin muotoilema topiikka sopii puolestaan hyväksi ääripään esimerkiksi sekä avoimesta että dynaamisesta oikeuslähdeajattelusta³⁰¹. Viehwegin ajatuksen mukaan lähtökohtaisesti kaikki ”ongelmaa valaisevat” argumentit ovat sallittuja ratkaisun perustelemissa. Viehweg kuitenkin rajaa topiikkansa ulkopuolelle ”enemmän tai vähemmän satunnaiset mielivaltaisella valinnalla koemielessä valitut näkökulmat”. Viehwegin edustamassa ”toisen asteen” topiikassa etsitään näkökulmia, jotka vaikuttavat sopivan tiettyyn ongelmaan. Tällaiset näkökulmat järjestetään edelleen ”topoiuetteloiksi”. Tällaisessa luettelossa ei kuitenkaan sanota mitään näiden näkökulmien välisistä suhteista, vaan ne järjestetään aakkoselliseen järjestykseen, ja niiden lukumäärä on käytännössä rajoittamaton. Topoiuettelon sisältö määräytyy kulloinkin käsiteltävänä olevasta *ongelmasta käsin* siten, että luettelon sisältämien näkökulmien on palveltava ongelman hahmottamista tai toimittava ratkaisun tekemisen ohjaajina (”sie müssen als Orientierungsmöglichkeiten oder Leitfäden des Gedankens verstan-

²⁹⁹ Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 219.

³⁰⁰ Neumann, Wandlungen der Rechtsquellenlehre in der neueren Rechtstheorie s. 85.

³⁰¹ Viehwegin topiikan ohella yhtenä oikeuslähdeoppien ääripäänä voidaan pitää myös pragmaattista oikeusajattelua, jos pragmatismi ymmärretään siten, että ratkaisun ainoana kriteerinä pidetään onnistuneita yhteiskunnallisia vaikutuksia. Tällaisesta pragmatismikäsitelmästä Dworkin, Law's Empire s. 147.

den werden”)³⁰². Tällaisen oikeuslähdeopin ongelma on se, että se ei tosiasiaassa toimi ratkaisun kompleksiteettia jäsentävänä tekijänä.

Raimo Siltala on puolestaan hahmottanut oikeuslähdeoppien ääripäät *dynaamisuuden ja staattisuuden* välisellä akselilla. Siltalan mukaan *staattisen oikeuslähdeopin* tunnusmerkkinä voidaan pitää sitä, että ”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”. Siltala mainitsee esimerkkinä *staattisesta* oikeuslähdeopista Aarnion ja Peczenikin oikeuslähdeopit, joissa oikeuslähteet jaetaan kolmeen kiinteään oikeuslähdekategoriaan³⁰³. Dynaamisessa oikeuslähdeopissa tällainen vakioitavuus puolestaan kiistetään. Tällöin hänen mukaansa on kyse tilannesidonnaisesta arvioinnista, ”jota ei ole mahdollista ennalta tai edes jälkikäteen vakioida ja yleistää staattisen oikeuslähdeopin edellyttämällä tavalla”.³⁰⁴ Dynaaminen oikeuslähdeoppi sivuuttaa hänen mukaansa kelseniläisen käsityksen oikeudesta hierarkkisena normijärjestyksenä sekä muun muassa analyyttisen oikeuspositivismin edustaman puhtaasti sääntökeskeisen oikeusnormikäsitteen. Samoin dynaamisessa oikeuslähdeopissa sivuutetaan Aarnion ja Peczenikin tekemä jaottelu kolmen eri oikeuslähdekategorian välillä. Siltala toteaa, ettei dynaamisessa oikeuslähdeopissa ole mahdollista esittää mitään yleistä ja vakioitua, tuomaria ennakkollisesti velvoittavaa oikeuslähteiden hierarkiaa, vaan erilaisten oikeuslähteiden suhteellinen painoarvo on ratkaisuharkinnassa vain tapauskohtaisesti ja tilannekohtaisesti. Siltala puhuu tätä tarkoittaen tilannekohtaisesti muuttuvista eli systeemisesti ”kelluvista” ratkaisuperusteista.³⁰⁵

³⁰² Ks. Viehwegin topiikasta Karl Larenzin esitystä, Methodenlehre s. 146.

³⁰³ Siltala, Oikeudellinen tulkintateoria s. 379. Staattisen oikeuslähdeopin vastakohtaisena ääripäänä Siltala pitää Juha Karhun artikkelissaan Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi hahmottelemaa oikeuslähdeoppia (LM 2003/5). Tämä arvio on kuitenkin siinä mielessä hieman liian nopeasti annettu, että kyseisessä artikkelissa vasta luonnostellaan oikeuslähdeoppia ja dynaamisen oikeuslähdeopin taustoja, mutta ei rakenneta vielä varsinaista oikeuslähdeoppia. Ks. tästä kirjoitustani Kaivattua ja tarpeellista keskustelua oikeuslähdeopista (LM 1/2004). Toisaalta, koska Karhu vaatii oikeudellisen ratkaisun tekemisen sitomista perusoikeuksiin, ei Karhun hahmotelma pärjää Viehwegin topiikalle kilpailtaessa ääripään paikasta.

³⁰⁴ Siltala, Oikeudellinen tulkintateoria s. 375.

³⁰⁵ Siltala, Oikeudellinen tulkintateoria s. 377.

3 Staattis-dynaamisista oikeuslähdeopeista

Aleksander Peczenikin kehittämä teoria oikeuslähdeopeista on varsin mielenkiintoinen. Myös Aulis Aarnio ja Raimo Siltala ovat kirjoittaneet tästä muunnelmansa. Pidän Peczenikin oikeuslähdeoppia merkittävänä pyrkimyksenä yhdistää oikeuslähdeoppiin kohdistuvat dynaamisuuden ja staattisuuden vaatimukset. Seuraavassa otan oikeuslähdeoppien jatkokehittelyä varten tarkasteluun sen, miten Peczenikin ja häntä seuraten myös Aarnion ajattelu on oikeuslähdeopin osalta muuntunut 1980-luvulta nykypäivään. Tarkastelen myös lopuksi Raimo Siltalan näiden teorioiden pohjalta kehittämää oikeuslähdeoppia. Arvelen oikeuslähdeoppien olevan erittäin tärkeä oikeusteorian mielenkiinnon kohde lähitulevaisuudessa. Oikeuslähdeoppien kehittäminen dynaamisuuden ja staattisuuden välisen jännitteen yhä parempaa hallinnoimista varten on tärkeä haaste oikeusteorialle. Siksi pidän tärkeänä ottaa perinpohjaiseen tarkasteluun ne oikeuslähdeoppien versiot, joiden avulla tähän mennessä on pyritty ongelmaan vastaamaan. Tällöin ei riitä, että analysoidaan vain oikeuslähdeoppien uusimpia versioita, vaan jotta kehiteltyjen mallien heikot ja vahvat puolet saadaan näkyviin, on syytä tarkastella myös nykyisten oikeuslähdeoppien aikaisempia versioita. On tärkeää ottaa oppia tehdyistä virheistä, jotta samoja tai samankaltaisia virheitä ei tehdä uudestaan. Tässä mielessä olen täysin eri linjoilla Aarnion kanssa siitä, että hänen aikaisemmin kehittämänsä oikeuslähdeopin kritisoiminen olisi Aarnion omia sanoja lainatakseni vain ”ruudin haaskaamista variksiin”³⁰⁶.

Peczenikin ja Aarnion oikeuslähdeoppeja pidetään hyvin usein keskenään lähes identtisinä. Lähemmässä tarkastelussa kuitenkin osoittautuu, että tällainen samaistaminen ei ole perusteltua. Esimerkiksi Raimo Siltalan mukaan sekä Peczenik että Aarnio käyttävät oikeuslähdeoppiensa justifikaatioperusteena pragmatistisen filosofian mukaista kysymystä siitä, mitä on todennäköisimmin seurauksena, jos tuomari päättää olla soveltamatta oikeuslähdeoppia³⁰⁷. Tämä on kuitenkin näkökanta, josta Peczenik jopa nimenomaisesti sanoutuu irti, kuten jäljempänä käy ilmi.

³⁰⁶ Aarnio, Tulkinnan teoria s. 291.

³⁰⁷ Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 216, 284.

3.1 PECZENIKIN OIKEUSLÄHDEOPIN KRITIIKKI

3.1.1 Yleistä

Peczenikin oikeuslähdeopin voidaan nähdä muodostuvan kolmesta keskeisestä osasta.³⁰⁸ Ensinnäkin Peczenik määrittelee oikeuslähteen käsitteen, toiseksi määrittellään oikeuslähteiden kolmijakoinen hierarkia ja tarkastellaan oikeuslähdekategorioiden välisiä suhteita sekä kolmanneksi pohditaan oikeuslähdeoppisääntöjen luonnetta. Keskityn Peczenikin oikeuslähdeopin tarkastelussa näihin kolmeen keskeiseen teemaan. Koska Peczenikin oikeuslähdeoppia ei kuitenkaan voi tarkastella erikseen siitä, mitä Peczenik on kirjoittanut auktoriteetti- ja asiaperustelujen suhteesta, aloitan Peczenikin teoriaan syventymisen tästä jaottelusta.

3.1.2 Auktoriteettiperustelujen ja asiaperustelujen suhde oikeudellisessa ratkaisussa

Asiaperusteet ovat Peczenikin mukaan väitteitä (statements), joiden sisältö voi tukea oikeudellista johtopäätöstä. Tämä tuki johtuu yksinomaan sisällöstä eikä muista tekijöistä, kuten esimerkiksi siitä kuka perusteluita käyttää. Esimerkkeinä asiaperusteluista Peczenik mainitsee moraaliset, taloudelliset, poliittiset ja institutionaaliset perustelut.³⁰⁹ Auktoriteettiperustelut puolestaan ovat perusteluja, joita käytetään jonkin muun syyn kuin niiden sisällön vuoksi eli niiden auktoriteetin vuoksi.³¹⁰ On syytä huomata, että ero auktoriteettiperustelujen ja asiaperustelujen välillä ei kuitenkaan voi olla niin selvärajainen kuin Peczenik esittää. Eroa asiaperustelujen ja auktoriteettiperustelujen välillä lieventää se seikka, että ainakin osaa auktoriteettiperusteluista käytetään sekä niiden auktoriteetin että sisällön vuoksi. Esimerkiksi kun Peczenikin teoriassa sallittuja oikeuslähteitä auktoriteettiperusteluina *ei ole välttämätöntä* käyttää ratkaisussa, niin *on oletettava* niitä käytettävän juuri niiden sisällön vuoksi. Siten olisi parempi sanoa, että auktoriteettiperusteluja käytetään *myös* muun syyn kuin niiden sisällön vuoksi.

Mikä sitten on näiden erilaatuisten perustelujen suhde toisiinsa oikeudellista ratkaisua perusteltaessa? Robert Summers on sitä mieltä, että asiaperustelut

³⁰⁸ Aloitan Peczenikin oikeuslähdeoppia koskevien kirjoitusten tarkastelun kirjasta On Law and Reason (1989), jossa Peczenik on tärkeällä tavalla kehittänyt aikaisempia oikeuslähdeopista kirjoittamiaan ajatuksia. Tämän jälkeen tarkastelen hänen viimeisintä oikeuslähdeopin esitystään kirjasta Vad är rätt? vuodelta 1995.

³⁰⁹ Peczenik, On Law and Reason s. 313-314 Peczenik esittelee myös laajemmin asiaperusteluja mm. päämääräperusteluja ja oikeudenmukaisuusperusteluja Robert Summersin esityksen pohjalta.

³¹⁰ Peczenik, On Law and Reason s. 315.

ovat tärkeämpiä oikeudellisen ratkaisun kannalta kuin auktoriteettiperustelut, sillä ne vaikuttavat auktoriteettiperusteluja enemmän siihen, mitkä ratkaisut ja justifikaatiot ovat parhaita.³¹¹ Tätä kantaa Peczenik pitää kuitenkin liiaksi yksinkertaistavana. Peczenik esittelee oman käsityksensä auktoriteetti- ja asiaperustelujen välisestä suhteesta³¹². Seuraavaksi esittelen Peczenikin luettelosta vain kohdan 3, jolla on välitöntä merkitystä nyt kyseessä olevan pohdinnan kannalta.

Asia-argumentit (substantive reasons) voidaan ohittaa rutiiniratkaisuissa, mutta ne ovat välttämättömiä vaikeissa ”hard case”-tulkintatilanteissa. Ne ovat välttämättömiä kolmessa merkityksessä: 1. silloin kun halutaan tehdä arvioiva tulkinta jonkin oikeuslähteen esimerkiksi lain tai ennakkopäätöksen sisällöstä. 2. Asiaperusteet ovat välttämättömiä silloin kun pohditaan, kuinka suuri auktoriteetti eri oikeuslähteillä on, eli mikä on niiden prima facie -järjestys suhteessa toisiinsa. 3. Asiaperusteet ovat silloin välttämättömiä kun ratkaisija on siinä harvinaisessa tilanteessa, että joutuu pohtimaan, onko koko kyseessä oleva normatiivinen systeemi ylipäänsä validia oikeutta.³¹³

Peczenik lähtee siitä, että jos ratkaisussa ei ole käytetty yhtään auktoriteettiperustetta hyväksi, kyse ei ole silloin oikeudellisesta ratkaisusta. Jos taas ratkaisu perustuu kokonaan auktoriteettiargumenteille ilman liityntää asiaperusteisiin, silloin kyse ei myöskään ole oikeudellisesta ratkaisusta, vaan vallanpitäjien nöyrytelystä.³¹⁴ Oikeudellisessa ratkaisussa on Peczenikin mukaan punnitettava auktoriteetti- ja asiaperusteluja keskenään. Auktoriteettiperustelujen painoarvo riippuu niiden asemasta oikeuslähteiden prima facie -hierarkiassa, kun taas asiaperustelujen painoarvo on tästä hierarkiasta riippumaton³¹⁵.

Peczenikin teoriassa kysymys auktoriteetti- ja asiaperustelujen suhteesta näyttää jäävän epämääräiseksi. Peczenikin mukaan oikeuslähteiden ulkopuolelle jääviä asiaperusteluja *pitää* käyttää ratkaisun perusteluina. Näin näyttäisi siltä, että asiaperustelut ovat merkittävämpiä ratkaisun kannalta kuin should- ja may-kategorioiden oikeuslähteet. Asiaperustelujahan nimittäin *pitää* käyttää ratkaisussa, mutta edellä mainittuja oikeuslähteitä vain *pitäisi* tai *voi* käyttää ratkaisun perustelemiseen. Epäselvyyttä asiaperustelujen ja auktoriteettiperustelujen välisessä suhteessa lisää se, että asiaperustelut ovat käsitteillä ”must”, ”should” ja ”may” ilmaistavan prima facie -jaottelun ulkopuolella. Millaista siten voi olla Peczenikin tarkoittama pakko asiaperustelujen käyttämiseen, jos sitä ei ole arvioitavissa käsitteillä ”must” tai ”should”? Vaikuttaa siltä, että pak-

³¹¹ Ks. tästä Peczenikin esitystä (On Law and Reason s. 316), jossa viitataan Summersin tutkimukseen: Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification s. 730.

³¹² Peczenik, On Law and Reason s. 316-317.

³¹³ Peczenik, On Law and Reason s. 317.

³¹⁴ Peczenik, On Law and Reason s. 317.

³¹⁵ Peczenik, On Law and Reason s. 330.

ko asiaperustelujen käyttämiseen ratkaisussa jää Peczenikin teoriassa roikku-
maan tyhjän päälle.

Siitä olen täysin samaa mieltä Peczenikin kanssa, että ei ole kuviteltavissa modernia oikeussysteemiä, jossa päätökset tehtäisiin pelkästään asiaperusteilla, sillä tämä johtaisi oikeuden kompleksiteetin hallitsemattomaan lisääntymiseen. Ei myöskään riitä se, että oikeudelliset ratkaisut tehtäisiin pelkästään auktoriteettiperustein. Tällainen oikeussysteemi on kyllä kuviteltavissa, mutta ei ole kuviteltavissa, että tällainen oikeussysteemi pystyisi vastaamaan modernin yhteiskunnan tarpeisiin eli legitiimiyden vaatimuksiin. Jos oikeussysteemi ei pysty tuottamaan legitiimejä ratkaisuja, se menettää itse legitiimiytensä, ja tällainen oikeussysteemi pitää korvata jollakin paremmalla konfliktinratkaisusysteemillä.

Peczenikin teoriassa asiaperusteilla näyttää olevan tärkeä tehtävä oikeuden avaamisessa yhteiskunnallisen kommunikaation suuntaan. Asiaperusteluja on välttämättä käytettävä oikeudellisessa ratkaisussa, eikä Peczenikin mukaan (harkinta)ratkaisu ole edes oikeudellinen ratkaisu, jos siinä ei lainkaan käytetä asiaperusteluja hyväksi. Toisaalta asiaperusteiden mukanaolosta huolimatta asiaperustelujen tosiasiallinen merkitys oikeudellisessa ratkaisussa on vaarassa jäädä vähäiseksi. Asiaperustelut ovat Peczenikin teoriassa toissijaisessa asemassa suhteessa auktoriteettiperusteluihin. Asiaperustelujen pääasiallinen merkitys on siinä, kun pohditaan jonkin *oikeuslähteen* merkityssisältöä tai kun on tarpeen arvostaa *oikeuslähteitä* suhteessa toisiinsa. Näin ollen auktoriteettiperustelut ovat ratkaisussa primääristi käytettäviä premissejä kun taas *tosiasiassa* sekundäärisiksi jääviä asiaperusteluja voidaan käyttää jos se ratkaisun perustelemisen kannalta näyttää tarpeelliselta. Asiaperustelut näyttävätkin tulevan Peczenikin teoriassa mukaan vasta jos oikeussysteemissä itsessään on sellainen puute, että siitä ei yksiselitteisesti vastausta ole löydettävissä. Näin korostuu oikeuden sisäinen aspekti eli oikeuden suljettisuus suhteessa yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin. Jos ratkaisuteoriassa halutaan lähteä tosissaan jäsentämään avoimuuden ja suljettisuuden sekä toisaalta jäykkyyden ja joustavuuden ongelmaa, niin auktoriteettiperustelujen ja asiaperustelujen suhde on nähtävä huomattavasti tasa-arvoisempana. Oikeuslähteopin ei siten tulisi tehdä hierarkista eroa auktoriteetti- ja asiaperusteiden välille, eikä sen myöskään tulisi pitää asiaperusteluja sekundäärisinä, vaan auktoriteettiperustelujen ja asiaperustelujen tulee ajatella olevan toisiaan täydentäviä, komplementaarisessa suhteessa toisiinsa.

Oikeuden avoimuuden ja dynaamisuuden kannalta on epätydyttävää myös se, että Peczenikin mukaan *rutiiniratkaisuissa* asiaperustelut voidaan sivuuttaa. Tämä väittäminen ilmentää ajattelutapaa, jonka mukaan jotkin ratkaisut voidaan nähdä a priori ikään kuin jo luonteeltaan rutiiniratkaisuiksi. Kuitenkin on lähdettävä siitä, että rutiiniratkaisu on vasta silloin kyseessä, *jos* voidaan todeta, että yksiselitteisen oikeuslähteen lisäksi muiden auktoriteettiperustelujen ja

asiaperustelujen relevanssi ei nyt realisoidu yksittäisessä ratkaisussa. Alun perin yhden oikeuslähteen perusteella yksiselitteiseltä vaikuttava tilanne voi muuttua monimutkaisemmaksi silloin kun perehdytään muihin asiaa koskeviin auktoriteetti- ja asiaperusteluihin. Yhden oikeuslähteen selkeästä sanamuodosta huolimatta muista auktoriteettiperusteluista tai auktoriteettiperustelujen ja asiaperustelujen yhdistelmästä saattaa löytyä vaihtoehtoisia vaatimuksia ja tapoja asian ratkaisemiseen. Ei siis ole niin, että rutiiniratkaisuissa asiaperustelut voidaan sivuuttaa, pikemminkin rutiiniratkaisu on kyseessä silloin kun kaikki muut auktoriteetti- ja asiaperustelut on jo sivuutettu ratkaisussa sillä kertaa relevanttien premissien joukosta³¹⁶. Esittämäni rutiiniratkaisun formulointi on omiaan edistämään oikeuden herkkyyttä yhteiskunnan ja dynaamisuuden suuntaan.

3.1.3 Oikeuslähteen käsitteestä

Sen lisäksi, että Peczenik tekee erottelun asia- ja auktoriteettiperustelujen välille, hän ottaa käyttöön myös ”oikeuslähteen” käsitteen. Peczenik ei perustele tämän käsitteen käyttöönottoa, hän vain toteaa, että oikeussysteemiä ei ole kuviteltavissa ilman oikeuslähteitä³¹⁷. Tällainen itsestäänselvyys saattaa kuitenkin olla pettävää, sillä kuten Kaarle Makkonen huomauttaa, vaikeuksia saattaa aiheuttaa pikemminkin kielen tuttuus kuin kielen vieraus. Probleeman ydin jää usein huomaamatta vain siitä syystä, että käytetyt käsitteet ovat liian tuttuja.³¹⁸ Seuraavaksi tarkastelen Peczenikin käyttämän ”oikeuslähde”-käsitteen ongelmallista asemaa hänen teoriassaan.

Peczenik on oikeuslähteen määrittelyn osalta hyvin niukkasanainen. Hän ilmoittaa oikeuslähdeoppia koskevan pohdintansa aluksi, että kaikki oikeudelliset perustelut ovat laajimmassa merkityksessä oikeuslähteitä, mutta Peczenikin omaksuman suppeamman määrittelyn mukaan oikeuslähteitä ovat vain tekstit, käytännöt ja niin edelleen, joita lakimiehen täytyy, pitäisi tai joita hän voi käyttää auktoriteettiperusteluina³¹⁹.

³¹⁶ Saman suuntaisesti myös Tuori toteaa, että tuomari kyllä tukeutuu rutiinijutuissakin myös oikeuskulttuuriin ja oikeuden syvärakenteeseen, mutta hänen ei tarvitse saattaa niitä koskevaa tietoaan diskursiiviseen muotoon (Kriittinen oikeuspositivismi s. 214).

³¹⁷ Peczenik, *On Law and Reason* s. 319.

³¹⁸ Makkonen, *Luentoja yleisestä oikeustieteestä* s. 96.

³¹⁹ Peczenik, *On Law and Reason* s. 318 Peczenikin formulointi osoittautuu tässä epätarkaksi. Nimenomaisesta sanamuodostaan huolimatta Peczenikin tekstiä ei tule ymmärtää niin, että lakimiehillä olisi harkinnanvaraa sen suhteen, mitä tekstejä ”täytyy”, ”pitäisi” tai ”voi” pitää auktoriteettiperusteluina. Auktoriteettiperustelut ovat Peczenikillä määritelmän mukaisesti perusteluja, joita käytetään muun syyn kuin niiden sisällön vuoksi, täten perustelun auktoriteettiluontoisuus ei voi olla harkinnanvarainen asia. Peczenikin aikaisemmista oikeuslähdekäsitteen määritelmistä ks. Timonen, *Ennakkotapaukset ja niiden merkitys oikeuslähteenä* s. 119.

Laajimmassa merkityksessä siis Peczenikin mukaan sekä asia- että auktoriteettiargumentteja voidaan pitää oikeuslähteinä. Suppean määritelmän mukaan oikeuslähteiksi nimitetään kuitenkin vain sitä tiettyä osaa *auktoriteettiargumenteista* eli niitä argumentteja, joita *täytyy, pitäisi* tai *voi* käyttää oikeudellisessa ratkaisussa perusteluina. Tämä suppea määritelmä on hyvin lähellä Peczenikin auktoriteettiperustelujen määritelmää: Auktoriteettiperusteluja ovat sellaiset perustelut, joita *käytetään* oikeudellisessa ratkaisussa niiden auktoriteetin vuoksi. Lähempi tarkastelu osoittaa, että asiallisesti nämä määritelmät eivät poikkea toisistaan tavalla, jolla olisi teoreettista tai käytännöllistä merkitystä. Auktoriteettiperusteluja *käytetään* niiden auktoriteetin vuoksi ja oikeuslähteitä ovat sellaiset auktoriteettiperustelut, joita täytyy, pitäisi tai voi käyttää oikeudellisessa ratkaisussa perusteluna. Joukon alkioiden määrä tai sisältö ei vaihteile sillä perusteella, että toisessa määritelmässä alkioita käytetään ja toisessa määritelmässä niitä täytyy, pitäisi tai voi käyttää. Auktoriteettiargumenttien joukko ja suppeasti määriteltyjen oikeuslähteiden joukko muodostuvat Peczenikillä siis samoista alkiosta.

Auktoriteettiargumenttien määritelmä ja oikeuslähteen suppea määritelmä eroavat kuitenkin siinä toisistaan, että oikeuslähteen suppeassa määritelmässä samalla myös jaetaan oikeuslähteet kolmeen kategoriaan, must-, should- ja may-argumentteihin. Tällä lisäyksellä ei kuitenkaan ole relevanssia pyrittäessä tekemään eroa auktoriteettiargumenttien ja oikeuslähteiden välille. Näin Peczenikin määritelmä osoittautuu itse asiassa nominaalimääritelmäksi. Nominaalimääritelmällä tarkoitetaan sopimusta siitä, että jokin sana merkitsee samaa kuin toinen sana tai sanojen yhdistelmä³²⁰. Niiniluodon mukaan kielellisinä sopimuksina nominaalimääritelmät ovat enemmän tai vähemmän käyttökelpoisia ja niiden *pätevyyden kriteerinä* on pidettävä niiden käyttökelpoisuutta³²¹.

Miten sitten on Peczenikin käyttämän määritelmän käyttökelpoisuuden laita? Näyttää vahvasti siltä, että Peczenikin lausuma siitä, että oikeutta ei ole kuviteltavissa ilman oikeuslähteitä, voidaan korvata lausumalla, jonka mukaan oikeutta ei ole kuviteltavissa ilman auktoriteettiargumentteja. Peczenikin ajatusta ei myöskään millään tapaa rikastuta se, että määritelmän mukaan oikeuslähteet on jaettavissa kolmeen kategoriaan sen sijasta, että auktoriteettiperustelut jaettaisiin kolmeen kategoriaan.

Kun lisäksi muistaa, että Peczenikin mukaan sekä auktoriteettiperusteluja että asiaperusteluja *pitää* käyttää oikeudellista ratkaisua tehtäessä, voidaan kysyä, mitä merkitystä voi olla oikeuslähteen supistavalla määrittelemisellä, jos myös sellaisia perusteluja *voidaan ja pitää* käyttää ratkaisua perusteltaessa, jotka eivät oikeuslähteisiin kuulu. Näin ollen voidaan todeta, että ”oikeuslähteen” suppea määritelmä ja itse asiassa myös ”oikeuslähteen” käsite ovat turhia sekä

³²⁰ Makkonen, Luentoja yleisestä oikeustieteestä s. 102.

³²¹ Niiniluoto, Johdatus tieteen filosofiaan s. 159.

Peczenikin teorian että myös yleensäkin oikeudellisen ratkaisutoiminnan ja sen teoreettisen mallintamisen kannalta. Näyttääkin siltä, että Peczenikin on vain ollut vaikea ottaa etäisyyttä perinteiseen oikeudelliseen ajatteluun käyttäessään teoriassaan käsitettä, jota ei itse asiassa enää tarvitse. Käsite ”oikeuslähde” ei myöskään selvennä Peczenikin teoriaa, vaan päinvastoin näyttää siltä, että ”oikeuslähde”-käsitteen poisjättäminen olisi selventänyt sekä Peczenikin teoriaa että hänen omaa ajatteluaan. Peczenikiltä itseltään jää nimittäin huomaamatta määritelmänsä nominaaliluontoisuus, mikä paljastuu, kun tarkastellaan sitä, miksi Peczenik näkee tarpeellisenä erottelun tekemisen oikeuslähteiden ja asiaperusteluiden välille.

Peczenik perustelee asiaperusteiden jättämistä oikeuslähteiden ulkopuolelle seuraavin perustein³²². Ensinnäkin asiaperustelut pitäisi Peczenikin mukaan jättää oikeuslähteiden ulkopuolelle sillä ne ovat laadullisesti erilaisia kuin auktoriteettiperustelut. Jos sanan oikeuslähde voi korvata termillä auktoriteettiperustelu sisällön siitä muuttumatta, niin Peczenikin ensimmäisen perustelun voi kirjoittaa muotoon: Asiaperustelut jäävät auktoriteettiperustelujen ulkopuolelle sillä ne ovat laadullisesti erilaisia kuin auktoriteettiperustelut. Näin ollen perustellessaan sitä, miksi asiaperustelujen ei tulisi kuulua oikeuslähteiden joukkoon, Peczenik itse asiassa perustelee sitä, miksi asiaperustelut eivät kuulu auktoriteettiperusteluiden joukkoon. Tämä on tietenkin turhaa silloin kun asiaperustelut ja auktoriteettiperustelut ovat jo määritelmällisesti eri asioita. Toiseksi Peczenik toteaa, että melko vakiintuneen kielenkäytön mukaan tehdään usein erottelu auktoritatiivisten lähteiden ja muiden lähteiden välille. Tämäkin perustelu, paitsi että se on ”on katsottava”-luontoinen, on turha silloin kun ero auktoriteetti- ja asiaperustelujen välillä on jo määritelmän mukaan laadullinen. Kolmanneksi asiaperustelut tulee Peczenikin mukaan jättää oikeuslähteiden ulkopuolelle sen vuoksi, että niiden paikkaa on hankala määrittää oikeuslähteiden kolmijakoisessa hierarkiassa. Tämäkään perustelu ei vakuuta. Ei ole kovinkaan onnistunut ratkaisu tehdä erottelua oikeuslähteiden ja asiaperusteiden välille vain siitä syystä, että asiaperusteet sopivat huonosti Peczenikin teoriakehikoon. Parempi vaihtoehto olisi mielestäni ollut tarkastella kriittisesti oikeuslähteiden kolmijakomallin onnistuneisuutta.

Lopuksi on vielä hyvä todeta, että vaikka ”oikeuslähde”-käsitteen suppeaa määritelmää ei voidakaan pitää onnistuneena, niin sitä vastoin oikeuslähteiden *laajan* määritelmän ansiona voidaan pitää sitä, että se osoittaa oikeudellisessa ratkaisussa olevan relevantteja myös sellaisien tekijöiden, joiden merkittävyys ei perustu niiden auktoriteettiin. Saman asian voi ilmaista ilman oikeuslähteen käsitettäkin Peczenikin tapaan toteamalla, että sekä auktoriteettiperustelut että asiaperustelut ovat välttämättömiä oikeudellisen ratkaisun kannalta. Tietenkin on niin, että ratkaisutilanteen kompleksiteetin rajoittamiseksi relevanttien rat-

³²² Peczenik, *On Law and Reason* s. 329-330.

kaisuperusteiden keskinäiset suhteet on tavalla tai toisella järjestettävä. Siten on välttämätöntä konstruoida jonkinlainen oppirakennelma ratkaisussa käytettävien perustelujen välisistä suhteista. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että oikeuden kompleksiteetin rajoittamiseen tarvittaisiin *oikeuslähteitä* tai *oikeuslähdeoppia*. Oikeuden kompleksiteetti on hallittavissa – ja ehkä jopa paremmin hallittavissa – ilman näitä jossain määrin pulmallisia käsitteitä. Palaan tähän teemaan vielä lyhyesti tämän luvun lopussa.

3.1.4 Kolme oikeuslähteiden hierarkkista kategoriaa

Peczenikin mukaan oikeuslähteet on väistämättä jaettava ainakin kahteen kategoriaan. Peczenik sanoo myös, että on kuviteltavissa, että oikeussysteemi hyväksyisi vain yhden oikeuslähdekategorian, mutta ennemmin tai myöhemmin tällainen oikeussysteemi joutuisi tilanteeseen, jossa oikeuskirjallisuus ja ennakkopäätökset tosiasiaassa toimisivat auktoritatiivisina oikeuslähteinä. Sen vuoksi on turha yrittää kieltää näiden asemaa auktoritatiivisina oikeuslähteinä. Demokraattisessa yhteiskunnassa ei kuitenkaan Peczenikin mukaan voida hyväksyä sitä, että esimerkiksi oikeuskirjallisuudesta tulisi yhtä sitova oikeuslähde kuin laeista. Sen vuoksi oikeuslähteet tulee jakaa kahteen kategoriaan: pakollisiin ja hyväksytyihin (mandatory and permissive).³²³

Peczenik ei kuitenkaan näe riittävänä sitä, että oikeuslähteet jaetaan vain kahteen kategoriaan. Hänen mielestään sellainen tilanne on *epättydyttävä*, jossa esimerkiksi ennakkopäätökset ja oikeuskirjallisuus kuuluvat samaan kategoriaan. Hänen mukaansa on *järkevää* antaa ennakkopäätöksille korkeamman auktoriteetin asema kuin oikeuskirjallisuudelle. Näillä perustein (!) Peczenik päätyy puoltamaan kolmen oikeuslähdekategorian mallia.³²⁴ Peczenik jakaa siten oikeuslähteet ”must”-, ”should”- ja ”may”-kategorioihin. Tämä jaottelu on Peczenikin mukaan ajatuksellinen (idealisation), ja siksi oikeuslähteiden jako kolmeen hierarkkiseen kategoriaan ei ole ainoa mahdollinen vaihtoehto oikeuslähteiden kompleksiteetin hallitsemiseen. Hän toteaa myös, että kategorioiden määritelmät voidaan tehdä vain yleisellä tasolla eikä niitä voida välttämättä ulottaa edes koko oikeussysteemiä koskevaksi.³²⁵

Osoituksena puheena olevan jaottelun ideaalisesta luonteesta Peczenik tarkentaa sitä, mitä po. luokittelulla voidaan tarkoittaa. Kyseessä on itse asiassa eri oikeuslähteiden *keskinäisen tärkeysjärjestyksen* osoittamisesta. Peczenik esit-

³²³ Peczenik, On Law and Reason s. 319.

³²⁴ Peczenik, On Law and Reason s. 320.

³²⁵ Peczenik, On Law and Reason s. 320 Peczenikin ja Aarnion oikeuslähteiden kolmijakoa tarkastlee kriittisesti Pekka Timonen kirjassaan ”Ennakkotapaukset ja niiden merkitys oikeuslähteenä” ks. etenkin jaksto 4.2 ja 4.3.

tää yhden mahdollisen tavan siitä, kuinka tätä tärkeysjärjestystä voidaan tämentää.³²⁶

Must-lähteet ovat tärkeämpiä kuin should-lähteet ja should-lähteet ovat tärkeämpiä kuin may-lähteet

- a) Tärkeämpiä oikeuslähteitä voidaan pitää painavampina perusteluina kuin vähemmän tärkeitä oikeuslähteitä.
- b) Perustelut, jotka ovat riittäviä *justifioimaan* vähemmän tärkeän oikeuslähteen *sivuuttamisen* voivat olla heikompia kuin ne perusteet, joita vaaditaan tärkeämmän oikeuslähteen sivuuttamisen *justifioimiseksi*.
- c) Jos tärkeämpi oikeuslähde on yhteensopimaton vähemmäntärkeän kanssa, silloin edellinen on *prima facie* etuasemassa jälkimmäiseen nähden. Tällöin siis tulee soveltaa tärkeämpää oikeuslähdetä, elleivät riittävän painavat perustelut tue päinvastaista johtopäätöstä.
- d) Monet kumuloituneet heikot perustelut usein ovat etuasemassa suhteessa harvalukuisempiin vahvoihin perusteluihin verrattuna.
- e) Kuka tahansa, joka haluaa hylätä prioriteettijärjestyksen, on perusteluvollinen.

Peczenikin oikeuslähdeoppi näyttää siis olevan varsin joustava ja soveltuvan modernin yhteiskunnan oikeuden dynaamisuuden vaatimuksiin. Seuraavissa jaksoissa on tarkoitus perehtyä tarkemmin Peczenikin hahmotteleman kolmijaksoon yksityiskohtiin ja tarkastella hänen oikeuslähdeoppiaan nimenomaan staattisuuden, dynaamisuuden sekä avoimuuden ja suljettuisuuden kannalta.

3.1.5 Oikeuslähdekategorioiden tarkempi sisältö ja kriteerit

Peczenikin mukaan on käsitteellisesti mahdotonta, että voimassaolevalla oikeudella ei olisi sitovaa vaikutusta. Voimassaolo ilman sitovuutta on kuin ”naimisissa oleva poikamies tai neliön muotoinen ympyrä”. Siten on lähdettävä siitä, että kun on olemassa voimassaolevaa oikeutta, niin on olemassa myös sitovia oikeuslähteitä. Tämä on Peczenikin mukaan syy sille, että on oltava oikeuslähdekategoria, johon kuuluu sitovia oikeuslähteitä. Voimassaolo on myös ensimmäiseen kategoriaan kuulumisen edellytys.³²⁷

Toiseen kategoriaan kuuluvat tekstit joilla ei ole sitovuutta mutta jotka kuitenkin tosiasiaassa ovat auktoritatiivisia. Peczenik perustelee heikosti velvoittavien oikeuslähteiden kategoriaa niiden *tosiasiallisella* ohjaavalla *vaikutuksel-*

³²⁶ Peczenik, On Law and Reason s. 320-321.

³²⁷ Peczenik, On Law and Reason s. 216 ja 319.

la³²⁸. (Vrt. Aarnio, joka perustelee heikosti velvoittavien oikeuslähteiden kategoriaa ratkaisun pysyvyyden tavoitteluun vedoten.) Hänen mukaansa joillakin oikeuslähteillä on erityinen auktoriteetti, joka ei ole paljoa vähäisempi kuin laeilla. Ne *ohjaavat* oikeuskäytäntöä. Peczenik ei ota kantaa siihen, mitä oikeuslähteitä tähän kategoriaan kuuluu, hän vain toteaa, että Ruotsissa tällaista ohjausvaikutusta on ennakkopäätöksillä sekä lain esitoilla.

Toista oikeuslähdekategoriaa kuvatessaan Peczenik tulee myös tarkentaneeksi ylimmän kategorian kriteerejä. Voimassaololla, johon liittyy sitovuusvaikutus, Peczenik tarkoittaa vain *muodollista voimassaoloa*. Tosiasiallisesti voimassaolevat ennakkopäätökset eivät Peczenikin mukaan kuulu sitovien oikeuslähteiden kategoriaan. Tähän johtopäätökseen voidaan tulla myös analogisesti sitä kautta, että Peczenikin mukaan demokraattisessa yhteiskunnassa ei ole hyväksyttävää pitää *oikeuskirjallisuutta* yhtä sitovana kuin voimassaolevia säännöksiä³²⁹. Jos siis demokraattinen päätöksentekomenettely on edellytyksenä sille, että oikeuslähde on pidettävä sitovana, niin tällöin täytyy myös ennakkopäätösten jäädä ensimmäisen kategorian ulkopuolelle. Näin ollen käy ilmi myös, että Peczenik ei oikeuslähdeopissaan hyödynnä omaa määritelmäänsä oikeuden voimassaolosta³³⁰, vaan tukeutuu perinteiseen muodollisen voimassaolon käsitykseen.

Kolmanteen kategoriaan kuuluu myös oikeuslähteitä, joilla on tosiasiallista vaikutusta, mutta niiden merkitys on vähäisempi kuin toisen kategorian oikeuslähteillä. Kolmannen kategorian tarpeellisuuden perustelemiseen Peczenik ei ole paneutunut huolella. Peczenikin mukaan nimittäin monet syyt puhuvat sen puolesta, että tarvitaan myös kolmas kategoria ja on myös järkevää (reasonable) myöntää ennakkopäätöksillä olevan korkeampi auktoriteettiasema kuin oikeuskirjallisuudella.³³¹ Kolmanteen kategoriaan kuuluu Peczenikin oikeuslähdeopin mukaan oikeuskirjallisuus.

Kolmannen kategorian oikeuslähteiden tunnusmerkkinä on se, että niillä on tosiasiallista auktoriteettia ja toisaalta se, että niiden auktoriteetti on vähäisempi toisen kategorian oikeuslähteisiin verrattuna. Peczenik ei nähdäkseen onnistu tyydyttävästi osoittamaan sitä, miten erottelu toisen ja kolmannen kategorian välille on tehtävissä. En myöskään usko, että on löydettävissä sellaisia yksiselitteisiä ja yleispäteviä kriteerejä, joilla tyhjentävän *kategorisen eron* tekeminen ennakkopäätösten ja oikeuskirjallisuuden välille voitaisiin pitävästi perustella. Onko esimerkiksi selvää, että oikeustieteen konstruoimat yleiset opit ovat vain sallittujen oikeuslähteiden asemassa? Voittaako prejudikaatti aina oikeuden systematiikkaan perustuvan argumentin?

³²⁸ Peczenik, On Law and Reason, s. 320.

³²⁹ Peczenik, On Law and Reason s. 319.

³³⁰ Ks. Peczenikin määritelmää voimassaolosta, On Law and Reason s. 213-214. Jaksossa 3.1.8 käsittelen Peczenikin voimassaolokäsitettä lyhyesti.

³³¹ Peczenik, On Law and Reason s. 320.

3.1.6 Must-, should- ja may-kategorioiden arviointia adekvaatin kompleksiteetin organisoijana

Jos ratkaisut tehtäisiin pelkästään asiaperustein, oikeuden reproduktiossa ei pystyttäisi takaamaan ennakoitavuutta ja kontrolloitavuutta. Tämän vuoksi on välttämätöntä, että ratkaisussa käytetään (lisäksi) auktoriteettiargumentteja. Oikeudellisen kompleksiteetin supistamista varten on edelleen välttämätöntä lähteä siitä, että kaikilla *auktoriteettiperusteilla* ei ole samaa painoarvoa oikeudellisen ratkaisun kannalta. Kompleksiteetin supistaminen ei kuitenkaan ole oikeuslähdeopin ainoa tehtävä, vaan oikeuslähdeopissa on otettava kantaa myös avoimuuden ja dynaamisuuden mahdollisuuksiin oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Seuraavaksi tarkastelen sitä, miten Peczenikin oikeuslähdeoppi vastaa kompleksiteetin adekvaattisuuden haasteisiin.

Peczenikin mukaan laki on riittämätön ainoana oikeuslähteenä sen vuoksi, että ennemmin tai myöhemmin ennakkopäätökset ja oikeustiede tulevat saamaan auktoriteettia, minkä vuoksi olisi tarpeetonta yrittää kieltää niiden käyttämistä oikeuslähteenä. Tämä ei kuitenkaan ole oikeussysteemin todellinen ongelma. Yksi oikeuslähde on riittämätön sen vuoksi, että sen avulla ei pystytä vastaamaan kompleksiteetin adekvaattisuuden vaatimukseen. Esimerkkinä yhden oikeuslähteen varassa toimivasta oikeusajattelusta voi mainita Oskar Bülowin teorian, joka lähti siitä, että jos lain sanamuoto jättää paljon tulkinnan varaa yksittäistapauksissa, niin tuomarin tulee valita mahdollisista merkityksistä se, joka hänen mielestään vaikuttaa ”keskimäärin oikeimmalta”. Bülow ei kuitenkaan esitä mitään kriteerejä sille, miten ”keskimäärin oikea” tulkinta voitaisiin löytää³³². Bülowin ajattelu rakentui siis vain yhden oikeuslähteen, lain varaan. Tällainen yhteen oikeuslähteeseen eli vapaaseen laintulkintaan perustuva ratkaisu ei kuitenkaan pysty täyttämään dynaamisuuden, kontrolloitavuuden ja ennakoitavuuden vaatimuksia. Bülowin voluntaristinen oikeuskäsitys ei pysty vastaamaan adekvaatin kompleksiteetin haasteeseen sen vuoksi, että tuomarin harkintavaltaa ei ole sidottu riittävän useisiin elementteihin. Tämä on juuri se syy, miksi oikeuslähteitä on oltava useampia kuin yksi. Reproduktion stabiiliutta ja ratkaisujen ennakoitavuutta ei voida turvata, jos kompleksiteettiä ei ole riittävästi rajattu.

Kokonaisuudessaan Peczenikin tekemä jaottelu oikeuslähdekategorioiden välillä näyttää parhaiten palvelevan oikeuslähteiden keskinäisten (staattisten) hierarkkisten suhteiden jäsentämistä. Laki on tärkein oikeuslähde ja esityöt, joiden auktoriteetti ei ole paljon vähäisempi kuin lakien, ovat tosiasiallisen merkityksensä vuoksi toiseksi tärkein oikeuslähde. Oikeuskirjallisuudella on tosiasiallista vaikutusta, mutta sen merkitys on vähäisempi kuin toisen kategorian oikeuslähteillä. Oikeuslähteiden mahdollisia keskinäisiä konfliktitilanteita

³³² Näin Karl Larenz teoksessaan *Methodenlehre* s. 59.

varten tällainen jaottelu palvelee periaatteessa hyvin oikeuskäytännön tarpeita. Peczenikin jaottelu tarjoaa selkeät säännöt tällaisten konfliktitilanteiden ratkaisemiseen ja siten edistää koherenssivaatimuksen saavuttamista.

Peczenikin jaottelusta ei kuitenkaan silloin ole apua, jos lähdetään pohtimaan mahdollisuuksia uudenlaisten ratkaisulinjojen etsimiseen muuttuneissa olosuhteissa. Näin siitäkkin huolimatta, että Peczenikin tarkoituksena on sellainen *prima facie* -oikeuslähteiden keskinäisen tärkeysjärjestyksen osoittaminen, josta eri oikeuden aloilla ja konkreettisissa päätöksentekotilanteissa voidaan perustellusti poiketa. Tämä johtuu siitä, että yllämainitut *perusteet*, joilla Peczenik tekee eron eri oikeuslähdekategorioiden välille, *eivät tue* mahdollisuuksia oikeuslähteiden keskinäisten painoarvojen *uudelleen arviointeihin*. *Prima facie* -ajatusta ei myöskään tue se, että Peczenik perustelee *oikeuslähteiden kolmija-koa* vain argumenteilla, jotka korostavat oikeuslähteiden etukäteistä hierarkkista jaottelua ja oikeussysteemin vakautta. Muodollinen voimassaolo, sitovuus ja oikeuslähteen vakiintunut tosiasiallinen painoarvo ovat Peczenikillä keskeisimmät elementit jäsennettäessä oikeuslähteiden välisiä suhteita.

Miten kategorioiden *prima facie* -luonteisuus siten sopii yhteen ylimmän oikeuslähdekategorian hegemonia-aseman kanssa? Vaikka Peczenikin mukaan myös must-lähde on sivuutettavissa painavin perustein, niin eikö *prima facie* -ajatus ole ristiriidassa sen kanssa, että must-lähteen sitovuus on seurausta käsitteellisestä välttämättömyydestä? Tällaisen välttämättömyyden edessä dynaamisuutta korostava *prima facie* -oikeuslähdeoppi on nähdäkseni voimaton. Jos oikeuslähde on sitova sen olemuksesta tai sisäisestä luonteesta johtuen, ei kai jää muuta mahdollisuutta oikeuslähteen ei-sitovuudelle kuin se, että tämä luonne tavalla tai toisella muuttuu toisenlaiseksi. Näin ollen lain voi jättää perustelujen ulkopuolelle vain sen vanhennuttua. Näin ollen näyttää siltä, että painavaakaan perustelu ei oikeuta laista poikkeamiseen, vaan ensin täytyy todeta vanhentumisen tapahtuneen. Ratkaisua harkittaessa ei siis itse asiassa ole vastakkain laki ja muut painavat perusteet. Ratkaisussa on ensin keskityttävä pelkäämään lain ”kuntoisuuden” selvittämiseen. Vasta jos tässä havaitaan riittävän vakavia puutteita, voidaan laki jättää huomioimatta.

Näin ollen voimassaolevan lain sitovuuden perusteleminen käsitteellisellä välttämättömyydellä heikentää mahdollisuuksia oikeuslähteiden kolmijaon tarkasteluun aidosti *prima facie* -luonteisena. Peczenikin oikeuslähdeoppi vaikuttaa tässä kohdin ristiriitaiselta, tai ainakin voi sanoa, että Peczenikin oikeuslähdeoppi jättää tämän kollision ratkaisun epäselväksi. Peczenikin oikeuslähdeopissa ei vastata myöskään siihen kysymykseen, että jos *prima facie* -jaottelu todella voi vaihdella *oikeusjärjestelmän osasta* toiseen, niin miten ja millä *perusteilla* voi vaihdella muodollisen voimassaolon vuoksi sitovien oikeuslähteiden asema eri oikeudenalojen välillä.

Mahdollisuuksia oikeuslähteiden keskinäisten painoarvojen uudelleen arviointiin tuskin tukevat myöskään ne termit, joilla Peczenik oikeuslähdekatego-

riat nimeää. Miten esimerkiksi olisi ajateltavissa, että oikeuslähteet, joita voi käyttää ratkaisussa, voisivat yksin tai yhdessäkään saada suuremman painoarvon kuin oikeuslähteet, joita on *pakko* käyttää ratkaisussa? Käsitteet ”should” ja ”may” eivät myöskään ole omiaan edistämään niiden tosiasiallista huomioon ottamista ratkaisua tehtäessä. Edes vaikeissa tulkintatilanteissa should- ja may-lähteitä ei ole välttämätöntä käyttää. Ratkaisussa voidaan esimerkiksi tukeutua pelkkään lakitekstiin ja käyttää sanamuodon mukaista tulkintaa, vaikka sanamuoto tosiasiaassa olisikin monimerkityksinen. Mitään pakkoa tai velvollisuutta eivät termit ”should” ja ”may” aseta oikeudellisen ratkaisun suhteen. Tällainen tilanne on tietenkin sangen epätydyttävä adekvaatin kompleksiteetin kannalta. Satunnaisten ja huonosti harkittujen ratkaisujen mahdollisuus kasvaa, jos should- ja may-lähteitä ei pidetä lain tavoin vakavasti otettavina ratkaisun premisseinä oikeudellista ratkaisua tehtäessä.

Kokonaiskuvan muodostamista Peczenikin oikeuslähdeopista vaikeuttaa se, että hän toisaalta sanoo oikeuslähdeopissaan olevan kyse idealisaatiosta, joka voidaan hahmottaa myös toisinkin, mutta toisaalta hän antaa ymmärtää oikeuslähdeoppia koskevassa kirjoituksessaan olevan kyse Ruotsissa tosiasiaassa käytössä olevasta oikeuslähdeopista. Ruotsissa vallitsevaa tilannetta hän kuvaa muotoilemansa hierarkkisen kolmijaon ja siihen sopivien käsitteiden avulla³³³. Varsinkin kun Peczenik should- kategoriaa hahmotellessaan ei mainitse tähän kategoriaan kuuluvista oikeuslähteistä muuta kuin sen, että Ruotsissa tähän kategoriaan kuuluvat esityöt ja enakkopäätökset, raja idealisaation ja todellisuuden välillä käy hämäräksi.

3.1.7 Oikeuslähdeopin sääntöjen tehtävästä ja prima facie -luonteisuudesta

Peczenik tarkastelee oikeuslähdeoppinsa lopuksi vielä metatasolla sitä, mitkä ovat *oikeuslähdeoppisääntöjen* tehtävät ja millaisia oikeuslähdeopin säännöt ovat luonteeltaan. Peczenik lähtee siitä, että *oikeuslähdeoppisääntöjen* tehtävänä tulee olla oikeudellisten *perustelukäytäntöjen* stabiiliuden varmistaminen. Tästä olen samaa mieltä, sillä dynaamisuusvaateen kanssa ei ole ristiriitaista se, että ratkaisujen *perustelukäytännöt* ovat ennakoitavia ja yhdenmukaisia. Päinvastoin tämä on välttämätöntä kompleksiteetin adekvaattisuuden kannalta. Perustelukäytäntöjen stabiiliuden vaatimus ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteikö oikeuslähdeopin säännöillä voisi samalla olla myös tärkeä asema etsittäessä uusia tulkintamahdollisuuksia.

Sen lisäksi, että Peczenikin oikeuslähdeopissa *oikeuslähteiden kolmijako* on prima facie -luonteinen, myös kaikki *oikeuslähdeoppisäännöt* ovat Peczenikin

³³³ Peczenik, On Law and Reason s. 313, 325-327.

mukaan *prima facie* -luonteisia. Konkreettisessa ratkaisutilanteessa *mikä tahansa* tällaisista säännöistä voidaan jättää huomioimatta, jos sivuuttamisen joustifioi riittävän vahvat perusteet³³⁴. On kuitenkin suhtauduttava epäillen siihen, että oikeussysteemi voisi säilyttää kompleksiteetin adekvaattisuuden, jos *kaikki* oikeuslähdeopin säännöt käsitetään tällä tavoin *prima facie* luonteisiksi. Esimerkiksi jos vallitseva oikeuslähdeoppi jakaa oikeuslähteet must-, should- ja may-lähteisiin, ei yksittäisessä oikeudellisessa ratkaisussa voi painavinkaan perustein konstruoida yksittäistä tapausta varten uudenlaista oikeuslähdejaotusta ja uudenlaisia oikeuslähdeopin sääntöjä.

3.1.8 Lopuksi

Voimassaoloa käsittelevässä jaksossa Peczenik toteaa, että *voimassaolon käsitteen* määrittelyssä hän ottaa tietoisesti etäisyyttä muodollisen voimassaolon määritelmästä ja näin tavoitteena on vaikuttaa kahden oikeudellista ratkaisua koskevan ristiriitaisen vaatimuksen pysyvyyden (engl. *fixity*) ja rationaalisuuden optimaaliseen *yhteensovittamiseen ja punnintaan*³³⁵. *Oikeuslähdeoppia* käsittelevän jakson alussa Peczenik puolestaan ilmoittaa tarkoituksenaan olevan sen tutkiminen, miten stabiiliuden ja rationaalisuuden vaatimukset *vaikuttavat* oikeuslähdeoppiin. Näiden tavoitteiden hienoinen erilaisuus näkyy Peczenikin kehittelemässä oikeuslähdeopissa. Peczenik näyttää ottaneen oikeuslähdeoppiinsa erilaisia stabiiliutta ja dynaamisuutta korostavia elementtejä kuitenkin pyrkimättä näiden ristiriitaisten vaatimusten *yhteensovittamiseen ja punnintaan*. Tätä on ehdottomasti pidettävä puutteena, sillä oikeuslähdeopin pitäisi – oikeudellisen ratkaisutoiminnan tavoin – tavoitella optimaalista tasapainoa oikeuden reproduktioon kohdistuvien oikeudellisten ja yhteiskunnallisten vaatimusten välillä, eikä vain tarkastella oikeuslähteitä näistä näkökulmista.

Kaiken kaikkiaan Peczenikin oikeuslähdeoppia on kuitenkin pidettävä merkittävänä askeleena siirryttäessä stabiilista ja suljetusta lakikeskeisyydestä kohti avointa ja dynaamista oikeudellista ratkaisua. Peczenikin teoria sisältää jo monia niistä elementeistä, joita myöhäismodernin oikeuden oikeuslähdeopilta vaaditaan, mutta tarkentamisen varaakin vielä on. Se että asiaperustelut katsotaan auktoriteettiperustelujen ohella välttämättömäksi oikeudellista ratkaisua perusteltaessa, avaa ratkaisun yhteiskunnallisen kommunikaation suuntaan. Toisaalta Peczenikin oikeuslähdeoppi tekee mahdolliseksi oikeudellisen ratkaisutilanteen kompleksiteetin rajoittamisen järjestämällä auktoriteettiargumentit

³³⁴ Peczenik, *On Law and Reason* s. 322.

³³⁵ Peczenikin oikeuden voimassaoloa koskevan teorian tarkoitus on vaikuttaa seuraavien vaatimusten optimaaliseen punnintaan: Ensinnäkin oikeudellisen perustelun tulisi olla niin koherenttia ja diskursiivisesti rationaalista kuin mahdollista. Toiseksi oikeuden pitää olla niin stabiilia (fixed) kuin mahdollista. (Peczenik, *On Law and Reason* s. 215)

hierarkkisiin kategorioihin. Kolmanneksi Peczenikin teoria sisältää ajatuksen oikeuslähdekategorioiden joustavista keskinäisistä suhteista, mikä palvelee dynaamisuuden vaatimusta. Näin ollen oikeuden dynaamisuus ja avoimuus on kylläkin otettu huomioon oikeuslähdeopissa, mutta tosiasiaa ne kuitenkin jättävät sivurooliin stabiiliuden ja suljettuisuuden muodostuessa oikeuslähdeopin keskeisiksi elementeiksi. Siten oikeuslähteiden *prima facie* -luonteisuudelle olisi syytä lähteä hakemaan Peczenikin mallia toimivimpia ratkaisuja.

3.2 VAD ÄR RÄTT?

Seuraavaksi tarkastelen niitä keskeisimpiä muutoksia, joita Peczenikin oikeuslähdeopissa tapahtui vuonna 1995 ilmestyneessä kirjassa ”Vad är rätt?”. Alustavasti voi todeta, että oikeuslähteiden määrä eri *oikeuslähdekategorioissa* on kasvanut. Kun Peczenik ei aikaisemmassa kirjassaan tehnyt selvää eroa ideaalimallin ja oikeuspraksiksessa käytettävän oikeuslähdeopin välille, niin teoksessa ”Vad är rätt?” tämä puute korjataan. Peczenik täsmentää oikeuslähdeoppinsa suhdetta oikeudellisen ratkaisutoiminnan käytäntöön Ruotsissa. Hän toteaa oikeustieteilijän tehtävän olevan löytää oikeuskäytännössä vakiintuneita yleisiä periaatteita ja samalla kertaa yrittää vaikuttaa näihin käytäntöihin ohjaavasti ja korjaavasti³³⁶. Tältä perustalta hän löytää nyt oikeuskäytännöstä keskeisen oikeuslähdeopillisen periaatteen: tuomioistuintoiminnan tulee perustua lakiin. Laki kuluu niihin oikeuslähteisiin, joita tulee ottaa huomioon auktoriteettiperusteluna juridisessa argumentaatiossa. Toinen tähän kategoriaan kuuluva oikeuslähde on tapaoikeudelliset säännöt. Tämä oikeuslähdeopin sääntö ei kuitenkaan Peczenikin mukaan estä sitä, etteikö tietyissä tapauksessa lakia, siihen perustuvaa säännöstä tai käytäntöä voisi syrjäyttää ja pitää niitä vanhentuneena tai tapaoikeuden kumoamina.³³⁷

Seuraavaan oikeuslähdekategoriaan kuuluvat oikeuslähteet, joita pitäisi (bör) käyttää auktoriteettiperusteluna juridisessa argumentaatiossa. Tällaisia lähteitä ovat prejudikaatit, lain esityöt, ja sellaiset vakiintuneet tavat, jotka eivät kuulu ensimmäiseen oikeuslähdekategoriaan mutta jotka ovat juurtuneet yhteiskuntaan ja jotka ilmaisevat yleisiä oikeusperiaatteita ja/tai ne on viranomaisten hyväksymiä. Tähän kategoriaan kuuluvat myös kansainväliset sopimukset, joiden pohjalta on säädetty valtion sisäistä oikeutta, samoin tällaisten sopimusten esityöt ja muu vastaava tulkintamateriaali. Peczenik esittää myös pitkän listan oikeuslähteitä, joita *saa* käyttää juridisessa argumentoinnissa auktoriteettiperus-

³³⁶ Peczenik, Vad är rätt? s. 213.

³³⁷ Peczenik, Vad är rätt? s. 214 Peczenikin mukaan myös tiettyjä muita oikeuslähteitä voidaan pitää ylimpään oikeuslähdekategoriaan kuuluvina, jos niin on laissa tai muussa säädöksessä säädetty. Tällaisesta oikeuslähteestä Peczenik mainitsee muun muassa sopimukset ja työehtosopimukset ja valtion veroviraston lain tuella antamat sitovat normit.

teluna. Näitä en lähde tässä yhteydessä luettelemaan, vaan esimerkin omaisesti mainitsen oikeustieteellisen kirjallisuuden, verohallituksen (riksskatteverket) ja kirjanpitolautakunnan ohjeet sekä sellaiset tuomioistuinten päätökset, jotka eivät ole prejudikaatteja ja vieraiden valtioiden oikeus.³³⁸

3.2.1 Oikeuslähdekategorioista

Oikeuslähteiden jakaminen kolmeen eri kategoriaan on Peczenikin mukaan vain ideaalimalli, jonka tarkoituksena on helpottaa oikeudellisen argumentaation ymmärtämistä. Kyseessä on siis ainoastaan mahdollisesta jaottelusta, ja tämä jaottelu voidaan korvata esimerkiksi kompleksisemmalla mallilla. Oikeuslähteiden auktoriteetti voi vaihdella myös oikeusaloittain. Esimerkiksi vero-oikeuteen sopiva oikeuslähdeoppi voi aiheuttaa epävarmuutta siviilioikeuden puolella. Toisaalta tuomioistuinlähdeopista konstruoidun oikeuslähdeopin ei tarvitse olla täsmälleen yhteensopiva hallinto-oikeuden alueella kehitellyn oikeuslähdeopin kanssa.³³⁹

Kategorioita on tässäkin oikeuslähdeopin versiossa edelleen kolme, siis oikeuslähteet, joita täytyy (skall), pitäisi (bör) ja saa (får) käyttää auktoriteettiperusteluna oikeudellisessa argumentaatiossa. Peczenikin mukaan ne oikeuslähteet, joita *täytyy* käyttää auktoriteettiperusteluina, ovat sitovia oikeuslähteitä, muut eivät ole. Tämän erottelu perustuu Peczenikillä kuitenkin kehäpäätelmään. Tärkeä oikeuslähteen sitovuuden tuntomerkki on hänen mukaansa nimitäin sen käytön välttämättömyys juridiselle argumentaatiolle. Jos johtopäätös ei tukeudu sen paremmin lakiin kuin tapaoikeuteenkaan, silloin johtopäätös ei ole juridinen.³⁴⁰ On huomattava, että tämä päätelmä pitää paikkansa vain silloin, jos juridinen argumentaatio määrittää Peczenikin ehdottamalla tavalla. Hän ei kuitenkaan perustele sitä, miksi näin pitäisi tehdä tai miksi jotakin muuta tapaa määrittellä argumentaation juridisuus ei voitaisi hyväksyä. Peczenikin mukaan ratkaisua perustelemaan lausejoukkoon on liityttävä myös lain määräys, muutoin ratkaisulla ei ole lain tukea eikä sitä tämän vuoksi voida pitää juridisena.³⁴¹

Miten tällaiset perustelut vaikuttavat oikeuslähdeopin dynaamisuuteen ja ajatukseen siitä, että oikeuslähteiden painoarvot oikeudellisessa argumentaatiossa ovat vain lähtökohtaisia (prima facie) painoarvoja? Kuten aikaisemmasakin oikeuslähdeoppinsa versiossa Peczenikillä lait (ja maan tapa) ovat sitovia oikeuslähteitä, kun taas muut oikeuslähteet eivät ole sitovia. Jo käsitteellisellä

³³⁸ Peczenik, Vad är rätt? s. 215-216.

³³⁹ Peczenik, Vad är rätt? s. 222.

³⁴⁰ Peczenik, Vad är rätt? s. 218.

³⁴¹ Peczenik, Vad är rätt? s. 228.

tasolla tarkasteltuna on ongelmallista, että *ei-sitovat* oikeuslähteet voisivat nousta *sitovia* oikeuslähteitä tärkeämpään asemaan. Myös toinen Peczenikin käyttämä peruste on ongelmallinen dynaamisuuden kannalta. Lakia ei sittenkään voi jättää käyttämättä *oikeudellisen* ratkaisun perusteluna, sillä lain syrjäyttävä ratkaisu ei Peczenikin määritelmän mukaan ole oikeudellinen ratkaisu.

Peczenik esittää vielä lisäperusteluita *lain* erityisaseman puolesta oikeuslähteiden joukossa. Nämä perustelut liittyvät demokratiaan, oikeusvaltioon ja oikeusvarmuuteen³⁴²:

- Laki kuuluu ensimmäiseen oikeuslähdekategoriaan, sillä se on demokraattisesti valitun parlamentin antama.
- Lait sisältävät yleisiä toimintaohjeita, jotka määräävät verrattain tarkasti mikä on määrätty, sallittu tai kielletty.
- Lakien voimassaolo on periaatteessa riippumaton ulko-oikeudellisista jossain määrin epämääräisistä säännöistä ja voimassaolon lähteistä.
- Lait luovat tiettyjä institutionaalisia faktoja, kuten esimerkiksi oikeudellisesti sitovan sopimuksen, avioliiton, kansalaisuuden ja niin edelleen. Tätä myötä muodostuu suhteellisen kiinteä yhteiskunnallinen kehys, jonka puitteissa eri yksilöt voivat suunnitella elämäänsä.
- Lait tukevat mitä suurimmassa määrin myös muodollista oikeusvarmuutta siten, että oikeudellinen päätös, joka subsumoidaan lain alaisuuteen, on ennakoitava eikä se ole mielivaltainen.

Tämä sekava joukko väittämiä ei kuitenkaan kokonaisuudessaan ole omiaan perustelemaan sitä, miksi juuri *laki* pitäisi asettaa oikeuslähteenä esimerkiksi prejudikaattien yläpuolelle. Ei esimerkiksi ole mahdotonta, etteikö myös prejudikaattiin voisi sisällyttää verrattain tarkasti määriteltäviä yleisiä toimintaohjeita. Toisaalta lakiteksti voi myös olla mitä suurimmassa määrin tulkinnanvaraisesti muotoiltu. Muista yllä olevista perusteista *oikeuslähdeopin* kannalta relevantin poikkeuksen tekee kuitenkin demokratia-argumentti, joka on käyttökelpoinen perustelu lain oikeuslähdeopillista asemaa määriteltäessä. Toisaalta, kuten II-luvussa olen osoittanut, demokratia ei perustele ratkaisun ehdotonta sitomista lakiin. Tarkoittamallani tavalla tulkittuna demokratia-argumentti on sopu-soinnussa oikeuslähdeoppiin ja oikeuslähteiden käyttämiseen kohdistuvan dynaamisuusvaatimuksen kanssa.

Demokratia-argumentti ei estä sitä, etteikö oikeuslähdeopissa voisi kehittää sellaisia tilanteita, joissa esimerkiksi prejudikaatti (ainakin yhdessä muiden oikeuslähteiden kanssa) olisikin lakia merkittävämpi peruste oikeudellista ratkaisua tehtäessä. Peczenik viittaa itsekin toisessa yhteydessä siihen mahdollisuu-

³⁴² Peczenik, Vad är rätt? s. 228.

teen, että eräästä näkökulmasta katsottuna voi esiintyä tilanteita, joissa myös lain esitöitä voitaisiin pitää lakia painavampana oikeudellisena perusteluna. Lainsäätäjän tahdon subjektiivisen tulkintamallin mukaisesti *lainsäätäjän tarkoitus* on nimittäin tärkeämpi kuin itse lakiteksti, joka saattaa olla tätä tahtoa vastaamattomasti muotoiltu³⁴³. Tässä valossa Peczenik näyttää muuttaneen aikaisempaa tiukkaa kantaansa, jonka mukaan lain sitovuus perustuu voimassa-oloon liittyvään käsitteelliseen välttämättömyyteen.

Kuten Peczenik toteaa, kaikki oikeuslähteet eivät voi kuulua lähtökohtaisen arvostuksensa puolesta samaan kategoriaan. Tällainen oikeuslähteiden käyttö ei nimittäin voisi lainkaan turvata oikeusvarmuutta, kun argumentaation lähtökohdaksi voitaisiin ottaa mikä tahansa oikeuslähde. Siksi Peczenikin mukaan oikeuslähdekategorioita on oltava vähintään kaksi. Tämä on nähdäkseni pätevä lisäperuste, jolla Peczenik täydentää aikaisempaa demokratia-argumenttiin perustunutta kantaansa. Peczenikin mukaan kahden kategorian vaatimuksesta seuraa se, että tarvitaan kahdenlaisia oikeuslähteitä, sitovia ja ei-sitovia.³⁴⁴ On kuitenkin huomautettava, että tämä johtopäätös ei ole perusteltu Peczenikin esittämästä premissistä käsin. Keskustella voidaan nimittäin edelleenkin siitä, tarvitaanko sitovien oikeuslähteiden kategoriaa vai ei. Se, että oikeuslähdekategorioita tarvitaan kaksi, ei vielä perustele sitä, että ylempään kategoriaan kuuluvia oikeuslähteitä olisi pidettävä sitovina.

Peczenikin perustelu kolmannen oikeuslähdekategorian tarpeelle on valitettavan keskeneräinen. Hänen mukaansa oikeuskirjallisuutta ei voida pitää yhtä auktoritatiivisena oikeuslähteenä, koska monissa maissa on esitetty joukko perusteluja kompleksisemmän oikeuslähdeopin puolesta, ja esimerkiksi prejudikaateille on annettu jonkin verran vahvempi asema kuin oikeuskirjallisuudelle.³⁴⁵ Tältä osalta tarve kolmanteen oikeuslähdekategoriaan jää Peczenikillä edelleen täsmentämättä. Peczenik esittää kuitenkin myöhemmin vakuuttavia perusteita sille, miksi esitöitä, prejudikaatteja ja oikeudellista kirjallisuutta ylipäätään on syytä pitää oikeudellisina argumentaatiolähteinä³⁴⁶. Esimerkkinä argumentista, jolla Peczenik perustelee *esitöiden* käyttämistä laintulkinnan apuvälineenä, mainittakoon vaatimus lain tulkitsemisesta lain tavoitteiden mukaisesti. Lain esityöt ovat hyviä apuvälineitä selvitettäessä lain tarkoitusta³⁴⁷.

³⁴³ Peczenik, Vad är rätt? s. 242.

³⁴⁴ Peczenik, Vad är rätt? s. 223.

³⁴⁵ Peczenik, Vad är rätt? s. 223 Peczenik esittää lisäksi (s. 238) perusteita ja vastaperusteita sille, miksi prejudikaatteja pitäisi (bör) käyttää ratkaisun perusteluina. Nämä perustelut kyllä sinänsä pätevästi osoittavat minkä vuoksi prejudikaattien käyttö ratkaisun perusteluina on järkevää, mutta näidenkään syiden perusteella ei kuitenkaan vielä voi yksiselitteisesti arvostaa prejudikaatteja oikeuskirjallisuutta tärkeämmäksi oikeuslähteeksi.

³⁴⁶ ks. tästä Peczenikin erinomaista esitystä, Vad är rätt? s. 232-264.

³⁴⁷ Peczenik, Vad är rätt? s. 246.

Prejudikaattien käyttöä oikeuslähteenä perustelea puolestaan se, että niiden käyttö vaikuttaa oikeudellista tulkintakäytäntöä yhdenmukaistavasti, ja siten ne lisäävät oikeusvarmuutta, ennakoitavuutta ja eettistä hyväksyttävyyttä³⁴⁸. Oikeustieteen tulokset ovat hänen mukaansa tarpeellisia oikeuslähteitä muun muassa siitä syystä, että oikeustiede kokoaa eri oikeuslähteistä saatavan tiedon systemaattiseksi ja rationaaliseksi kokonaisuudeksi. Tässä mielessä laintulkinnan rationaalisuus edellyttää oikeustieteen tulosten käyttämistä perusteluna³⁴⁹. On kuitenkin vaikea ajatella, että tällaiset perustelut olisivat sillä tavalla yhteismittallisia, että nämä oikeuslähteet voitaisiin laittaa etukäteiseen ja jäykkään etusijajärjestykseen. Raja-aitojen pystyttämisen sijasta olisi pikemminkin syytä pohtia sitä, onko prejudikaatteja, esitöitä ja oikeuskirjallisuutta mielekästä laittaa tiukasti eri oikeuslähdeluokkiin, vai onko järkevämpää pohtia niitä tekijöitä, joiden vaikutuksesta vuoroin prejudikaatit, vuoroin oikeuskirjallisuus ja lain esityöt voivat saada keskinäisen etusijan argumentaatiossa.

3.2.2 Prima facie

Vakavin kritiikki Peczenikin oikeuslähteoppia kohtaan on esitetty yllä, ja se liittyy eri oikeuslähdekategorioiden perusteluihin. Peczenikin oikeuslähteopin parasta antia ovat puolestaan ne ajatukset, joita hänellä on oikeuslähteiden prima facie -luonteisuudesta. Peczenikin esityksessä kaikki oikeuslähdekategoriat ovat lähtökohtaisia (prima facie) jaotteluita, ja ne voidaan argumentaatiossa syrjäyttää painavin perustein. Jos tärkeämpi ja vähemmän tärkeä oikeuslähde ovat kollisiossa keskenään, tällöin tärkeämpi oikeuslähde on etusija-asemassa, ellei esitetä painavampia perusteluita, jotka kumoavat tämän prioriteettijärjestyksen. Vastaavasti, jos vähemmän tärkeä oikeuslähde asetetaan tärkeämmän oikeuslähteen edelle, täytyy pystyä esittämään hyvät juridiset argumentit. Tällaisia perusteita tarvitaan esimerkiksi silloin, kun seurataan lain sanamuodon sijasta useiden prejudikaattien muodostamaa linjausta. Prima facie tärkeämpi oikeuslähde voi olla painoarvoltaan kevyempi kuin suuri joukko vähemmän tärkeitä oikeuslähteitä. Esimerkiksi joukko yhdessä vaikuttavia prejudikaatteja voi joissakin tapauksissa olla arvoltaan painavampi lakitekstiin verrattuna. Lisäksi oikeuslähteiden jakaminen kolmeen hierarkkisesti järjestäytyneeseen prima facie -kategoriaan merkitsee sitä, että sellainen vasta-argumentti, jonka perusteella pystytään sivuuttamaan kakkoskategoriaan (bör) kuuluva oikeuslähde, ei kuitenkaan vielä välttämättä riitä syrjäyttämään ylimpään oikeuslähdekategoriaan kuuluvaa oikeuslähdettä. Lain syrjäyttäminen vaatii enemmän kuin prejudikaatin syrjäyttäminen. Vastaavasti ratkaisua tehtäessä on helpompaa

³⁴⁸ Peczenik, Vad är rätt? s. 238.

³⁴⁹ Peczenik, Vad är rätt? s. 262-263.

luopua lain esitöistä kuin lakitekstistä.³⁵⁰ Peczenikin mukaan sellaiset auktoriteettiperustelut kuten laki, prejudikaatit ja lain esityöt ovat niin painavia perusteita, että vain hyvin vahvat asiaperustelut voivat syrjäyttää ne. Tämä edellyttää kuitenkin erityisen syvälleikäyvää ja kattavaa argumentaatiota. Minkä tahansa argumentaatioissa käytettäväksi edelletyn lauseen voi oikeudellisessa ratkaisussa sivuuttaa, jos riittävän vahvat syyt perustelevat tätä. Peczenikin mukaan ei kuitenkaan ole mahdollista yhdellä kertaa hylätä kaikkia tai lähes kaikkia tällaisia lauseita, ja edelleen argumentoida juridisesti.³⁵¹

Esimerkiksi prejudikaattien aseman *prima facie* -luonteisuudesta Peczenik toteaa, että alemmissa oikeusasteissa voidaan vastustaa korkeimpien oikeuksien prejudikaatteja periaatteessa vain silloin, kun halutaan antaa ylemmille instansseille mahdollisuus koetella käytäntöään. Tällainen tilanne voi tulla kyseeseen esimerkiksi silloin kun kyseessä oleva prejudikaatti näyttää olevan ristiriidassa lain, lain esitöiden tai jonkin muun korkeimman oikeuden antaman prejudikaatin kanssa.³⁵² Epäilemättä tällaisia painavia syitä voidaan konstruoida muitakin ja tällaista poikkeamaa voidaan perustella myös muidenkin auktoriteettiperusteiden ja asiaperusteiden muodostamalla ketjulla.

Pidän erinomaisena ideana sitä, että Peczenikin tavoin pohditaan perusteita, jotka puoltavat jonkin oikeuslähteen käyttämistä, mutta lisäksi myös esitetään perusteita, jotka puhuvat oikeuslähteen käyttämistä vastaan. Tällaista pohdintaa Peczenik esittää varsinkin lain esitöiden ja prejudikaattien osalta³⁵³. Samaan tapaan on myös mahdollista esittää perusteita sille, mitkä tekijät vaikuttavat oikeuslähteen painoarvoa vahventavasti ja heikentävästi. Tällä tavalla perustelujen ja vastaperustelujen avulla saadaan tehtyä sellaisia hienojakoisempia erotte-luja joita oikeuslähdeoppiinkin kohdistuva tilanneherkkyyden vaatimus edellyttää tasapainoiltaessa (tai pikemminkin jonglööratessa) staattisuus- ja dynaamisuusvaatimusten kanssa.

Raimo Siltalan mukaan ajatus oikeuslähteiden painoarvojen *prima facie* -luonteisuudesta on vaarassa muuntaa oikeuslähdeopin avoimeksi ja ei-hierarkiseksi oikeuslähdeopiksi, missä yksittäisen oikeuslähteen painoarvo on vain tapaus- ja tilannesidonnaisesti määritettävissä.³⁵⁴ Tästä olen eri mieltä. *Prima facie* painoarvot eivät tarkoita sitä, että jokaisessa oikeudellisessa ratkaisussa niiden merkitys jouduttaisiin arvioimaan ikään kuin puhtaalta pöydältä uudelleen. Ajatus *prima facie* -luonteisuudesta tuo oikeuslähdeoppiin dynaamisuuden elementin, ei satunnaisuuden elementtiä.

³⁵⁰ Peczenik, Vad är rätt? s. 220.

³⁵¹ Peczenik, Vad är rätt? s. 206.

³⁵² Peczenik, Vad är rätt? s. 239. Peczenik toteaa myös (s. 241), että prejudikaattien auktoriteettiarvo voi vaihdella myös oikeudenaloittain. Prejudikaateilla on esimerkiksi suuri merkitys vero-oikeudessa, kun taas siviilioikeudessa niiden merkitys on jonkin verran vähäisempi.

³⁵³ Peczenik, Vad är rätt? s. 232-264.

³⁵⁴ Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 219.

3.3 AARNION OIKEUSLÄHDEOPIN TARKASTELUA

Aarnion perusteellisin esitys oikeuslähdeopista löytyy hänen kirjastaan ”Laintulkinnan teoria”³⁵⁵, siksi otan kyseisessä teoksessa esitetyn oikeuslähdeopin tarkastelun lähtökohdaksi selvittäessäni Aarnion kehittelemän oikeuslähdeopin vaihteita. Kirjassaan ”Laintulkinnan teoria” Aarnio esittää Suomen oikeustieteessä ja myös oikeuskäytännössä laajaa vaikutusta saaneen oikeuslähdeoppinsa. Tämän suuren merkityksensä vuoksi on syytä ottaa Aarnion oikeuslähdeoppi perusteelliseen tarkasteluun. ”Laintulkinnan teoria” on ensisijaisesti tarkoitettu oppikirjaksi, mutta kyse ei ole pelkästään oppikirjasta. Aarnio toteaa muun muassa: ”Tämän esityksen johtoajatus on rakentaa nimenomaan ’parhaan mahdollisen’ (optimaalisen) tulkinnan malli”³⁵⁶. Tässäkin mielessä ”Laintulkinnan teoria” tulee ottaa tarkasteltavaksi myös muuna kuin oppikirjana.

Myös Aarnio on oikeuslähdeopissaan lähtenyt vastaamaan jäykkyyden ja joustavuuden ongelmaan. Kansan suvereenius, demokratia, valtiovallan kolmijako-oppi, ennakoitavuus ja objektiivinen tulkinta ovat hänen oikeudellisen ajattelunsa sekä oikeuslähdeoppinsa kulmakiviä. Aarnion oikeuslähdeoppi pyrkii täyttämään ja se myöskin täyttää oikeusvaltioajattelun kriteerit. Myös oikeusteoreettisen aikalaiskeskustelun vaikutukset näkyvät Aarnion oikeuslähdeopin muotoutumisessa. Hän on pyrkinyt yhdistämään ajattelussaan muodollisen voimassaolon, tosiasiallisen voimassaolon ja hyväksyttävyysoimassaolon vaatimukset. Jäykkyyden ja joustavuuden vaatimuksiin on pyritty vastaamaan konstruomalla oikeuslähdeoppi, joka sisältää elementtejä muodollisen, tosiasiallisen ja hyväksyttävyysoimassaolon elementtejä. Toisaalta on kai hie-man virheellistä puhua Aarnion kehittelemästä oikeuslähdeopista, sillä oikeuslähdeoppeja näyttää olevan Aarniolla ainakin kaksi, ellei jopa kolme. Aarnio nimittäin lähtee siitä, että tuomarilla ja tutkijalla on erilaiset oikeuslähdeopit. Tosin hän määrittelee vain *käytännön tuomarin* sekä *optimaalisen tulkintatilanteen* oikeuslähdeopit, kun taas *tutkijan* oikeuslähdeoppi jää eksplikoimatta.

3.3.1 Oikeuslähteet Aarnion mukaan

Aarnion oikeuslähteiden luettelo on varsin laaja. Lakien ja muiden virallislähteiden lisäksi siihen kuuluvat myös arvot ja arvostukset sekä teleologiset argumentit³⁵⁷. Kuitenkaan Aarnio ei hyväksy oikeuslähteiden laajinta mahdollista määritelmää (*sensu largissimo*), vaan tyytyy oikeuslähteiden laajaan määritel-

³⁵⁵ Tätä mieltä on myös Aarnio itse, ks. Aarnio, Tulkinnan taito s. 291. Tämän oikeuslähdeopin aikaisempi versio löytyy Aarnion teoksesta Oikeussäännösten tulkinnasta s. 87-103.

³⁵⁶ Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 222.

³⁵⁷ Laintulkinnan teoria s. 218-219.

mään (*sensu largo*), joka sulkee muun muassa kieleen liittyvät semanttiset ja syntaktiset argumentit oikeuslähteiden ulkopuolelle³⁵⁸. Kuitenkin on huomattava, että Aarnio ei pyri tyhjentävään oikeuslähteiden luettelemiseen, vaan jättää sallittujen oikeuslähteiden luettelon avoimeksi³⁵⁹. Tältä osin Aarnion oikeuslähteoppi toteuttaa hyvin oikeuden avoimuuden vaatimukset.

Aarnio toteaa, että *sensu largo* -määritelmän mukaisessa oikeuslähdeluettelossa oleville oikeuslähteille ei ole annettu minkäänlaista painoarvoa, vaan se määräytyy *tulkintaongelman* ja *tulkintatilanteen* mukaan³⁶⁰. Tällainen käsitys vastaa Viehwegin tooppisen ajattelun mallia ja on myös argumentaatioteorian ideaalin mukainen. Liian sallivuutensa vuoksi se ei kuitenkaan ole käyttökelpoinen oikeudellisen ratkaisunteen käytännön tarpeita ajatellen. Niinpä Aarniokaan ei ole pitänyt tästä ideaalista kiinni sen paremmin käytännön ratkaisutoiminnan oikeuslähteoppia kuin optimaalisen tulkinnan oikeuslähteoppia kehitellessään, vaan on omaksunut Peczenikin tavoin ajatuksen oikeuslähteiden jakamisesta *prima facie* -kategorioihin.

3.3.2 Prima facie -jaottelu ja sen arviointi

Tuomarin ja hallinnollisen lainkäyttöelimen *käytännön* ratkaisutoimintaa varten muotoilemassaan oikeuslähteopissa Aarnio jakaa oikeuslähteet kolmeen ryhmään eli vahvasti velvoittaviin (pakollisiin), heikosti velvoittaviin ja sallittuihin oikeuslähteisiin. Velvoittavuudella vahvassa mielessä Aarnio tarkoittaa, että oikeuslähteen sivuuttamisesta seuraa *lainsoveltajalle* sanktio eli rangaistus virkavirheestä. Näin ollen voidaan sanoa, että oikeuslähteen käyttö ratkaisutoiminnassa on pakollista. Vaatimuksesta voidaan Aarnion mukaan poiketa *contra legem* -tilanteessa, ja silloin vaatimuksena on, että laista poikkeamiselle on oltava *painavat perusteet*³⁶¹. Aarnio perustelee *vahvasti velvoittavien* oikeuslähteiden sitovuutta oikeudenkäymiskaaren OK 1:11 ja OK 24:3 §:n säännöksiin³⁶².

³⁵⁸ Toisaalta tämän rajauksen kanssa ehkä ristiriitaisesti Aarnio toteaa (s. 217): ”Tulkintaperusteeksi voidaan määritellä jokainen tulkintavaihtoehdon valintaa perusteleva seikka riippumatta tuon perusteen ominaislaadusta tai sisällöstä.”

³⁵⁹ Laintulkinnan teoria s. 221.

³⁶⁰ Laintulkinnan teoria s. 218.

³⁶¹ Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 220. Siltala ei pidä vakuuttavana tätä Aarnion argumentaatiota. Hänen mukaansa on niin, että kun vahvasti velvoittavuutta perustellaan virkavirhesyytteen nojalla, silloin ongelmaksi muodostuu *desuetudo*-tapausten ja *contra legem* -tulkintatilanteiden selvittäminen. Tällöinhän lain soveltamatta jättäminen on oikeudellisesti perusteltua eikä virkavirhesanktionuhka lainkaan aktualisoidu. (Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 219). Siltala katsoo tämän kritiikin koskevan myös Peczenikin oikeuslähteoppia, mutta kuten todettua, Peczenik ei vetoa tähän perusteeseen vahvasti velvoittavuuden kategoriaa määritellessään.

³⁶² Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 220. Myös Peczenik toteaa, että Ruotsissa lakeja pidetään sitovina oikeuslähteinä sen vuoksi, että Ruotsin perustuslaissa edellytetään julkisen vallankäytön

Olkoonkin niin, että kyseinen oikeudenkäymiskaaren kohta ilmentää oikeusvaltioajattelun keskeisimpiä arvoja, on lain osalta kyse kuitenkin vain oikeusajattelun perusteista johdettavissa olevasta ”pintatason” ilmiöstä³⁶³. En pidä onnistuneena ajatuksena sitä, että *oikeuslähdeoppi* on riippuvainen kulloisestakin säädännäisen oikeuden sisällöstä. Oikeudellisen ajattelun ja päättelyn keskeisimmät säännöt ja periaatteet ovat yksinkertaisesti eri tason ilmiöitä kuin säädännäinen oikeus. Kuten Peczenik toteaa, oikeuslähdeopin säännöt ovat ”yhtä rappua ylemmänä” kuin laki ja muut oikeuslähteet³⁶⁴. Lainsäädäntöä voidaan pitää ”liian vähäisenä tekijänä” sääntelemään oikeuslähdeoppia, eikä oikeuslähdeoppi osana *oikeudellista ajattelua* oikein myöskään sovi lainsäädännön kohteeksi. Eri asia on se, että oikeuslähdeopin säännöt voivat saada ilmauksensa myös lakiteksteissä, jotka täten antavat tukensa oikeuslähdeopin säännöille.

Myöskään Peczenik ei pidä onnistuneena ratkaisuna perustella oikeuslähdekategorioiden eroja siten kuin Aarnio tekee. Hänen mukaansa se, että sitovien oikeuslähteiden sivuuttamisesta voi seurata *virkasyyte* tai että heikosti velvoittavien oikeuslähteiden käyttämättä jättämisestä voi valituksen vuoksi seurata *päätöksen muuttuminen*, ovat vain tiettyjä institutionaalisia seuraamuksia, joiden teoreettinen relevanssi on kuitenkin jokseenkin rajallinen. Perusteluna Peczenik mainitsee muun muassa, että virkavirheen rikosoikeudellisen vastuun lailliset perustelut seuraavat jokseenkin oikullisia lainmuutoksia. Esimerkiksi Ruotsin virkavirhettä koskeva lainsäädäntö on muuttunut useita kertoja.³⁶⁵

Heikosti velvoittavuudesta on Aarnion mukaan kyse silloin kun oikeuslähteen syrjäyttämisestä ei seuraa virkavirhesanktiota. Sen sijasta on hyvin todennäköistä, että päätös tulee muuttumaan ylemmässä oikeusasteessa. Siten heikosti velvoittavuudella tarkoitetaan itse asiassa teknistä normia: ”jos haluat päätöksesi pysyvän, sinun tulee käyttää hyväksesi myös heikosti velvoittavia oikeuslähteitä”. *Sallittujen oikeuslähteiden* sivuuttamisesta puolestaan ei seuraa oikeudellista sanktiota, eikä niihin sovellu edes yllä mainittu tekninen normi. Niiden tehtävänä on vain argumentaation vahvistaminen, mutta Aarnion mukaan niiden sivuuttamisesta ei ole ennustettavia seurauksia.³⁶⁶

olevan lakiin sidottua (On Law and Reason s. 319). Peczenik on kuitenkin myöhemmin luopunut tästä perustelusta.

³⁶³ Tällä linjalla näyttää myös Aarnio – oikein tulkittuna – olevan perustellessaan sitä, miksi optimaalisen ratkaisun mallissa ratkaisun on perustuttava lakiin (Laintulkinnan teoria s. 222). Tässä kohtaa Aarnion ajattelu on kömpelöstä muotoilustaan huolimatta kohdallaan. Demokraattisen oikeusvaltioidean mukaisesti ratkaisujen tulee olla lain mukaisia.

³⁶⁴ Peczenik, Vad är rätt? s. 227.

³⁶⁵ Peczenik, Vad är rätt? s. 220-221.

³⁶⁶ Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 221. Kirjassaan Oikeussäännösten tulkinnasta s. 95-96 Aarnio lähtee siitä, että heikosti velvoittavien oikeuslähteiden syrjäyttämisestä aiheutuu *todistusvelvollisuus*. Jos tähän ryhmään kuuluvaan oikeuslähteeseen ei vedota, harkinnan rationaalisuus edellyttää, että tulkitsija perustelee, miksi lähde sivuutettiin. Esitöiden heikko velvoittavuus perustuu siihen ajatukseen, että lain vaietessa on pyrittävä selvittämään, mihin lailla on pyritty. Nämä ajatukset Aarnio on valitettavasti jättänyt pois oikeuslähdeoppinsa myöhemmästä versiosta.

Tämä ajatus *heikosti velvoittavien* oikeuslähteiden luokasta perusteluineen on jossakin määrin ongelmallinen. On esimerkiksi kysyttävä, miksi *nimenomaan* ennakkopäätöksiin ja lain esitöiden poisjättäminen ratkaisuun vaikuttavista premisseistä johtaisi siihen, että tuomiota muutettaisiin. Monet syyt puhuvat sen puolesta, miksi lain esitöitä on hyvä käyttää ratkaisun premissinä, mutta ei ole lainkaan välttämätöntä, että nimenomaan esitöiden käyttämättä jättämisen pitäisi johtaa *suurella todennäköisyydellä* päätöksen muuttamiseen, mutta esimerkiksi oikeuskirjallisuuden kannanottojen pois jättäminen ei johtaisi samaan seuraukseen. Herää kysymys siitä, kuuluvatko lain esityöt ja ennakkopäätökset ollenkaan samaan oikeuslähdekategoriaan, ja jos kuuluvat, niin silloin perusteluna pitäisi olla jokin muu kuin halu päätöksen pysyttämiseen. Pysyvyyden kriteeri sopii nähdäkseni huonosti perustelemaan lain esitöiden asemaa oikeudellisessa ratkaisussa. Siten esitöiden sijoittaminen heikosti velvoittavien oikeuslähteiden luokkaan vaikuttaakin oikeuslähdeopissa otetulta normatiiviselta kannanotolta sen puolesta, missä asemassa esitöiden pitäisi oikeuslähteenä laintulkinnassa olla.

Herää myös kysymys siitä, mikä viesti sisältyy siihen ajatukseen, kun sanotaan päätösten pysyvän silloin, jos ennakkopäätökset on otettu ratkaisussa huomioon. Tällainen ajatus viittaa vahvasti siihen, että aikaisemmissa tuomioissa omaksuttuja linjauksia tulisi kaavamaisesti noudattaa: Jos ratkaiset ennakkopäätöksestä ilmenevällä tavalla, niin ratkaisusi pysyy. Tällainen viesti käytännön oikeudelliselle ratkaisutoiminnalle ei ole ongelmaton. Kaavamaisen ennakkopäätösten noudattamisen malli on nimittäin omiaan heikentämään ratkaisutoiminnan mahdollisuutta dynaamisuuteen ja avoimuuteen. Yhteiskunnasta tulevat muutospaineet tai aiheellinenkin prejudikaattia kohtaan osoitettu oikeudellinen kritiikki tulevat helposti torjutuksi, jos ajatuksena on se, että myöhempien ratkaisujen täytyy olla samanlaisia kuin aiemmat ennakkopäätökset. Tällainen ajattelumalli ei rohkaise ratkaisijaa oikeudellisten mahdollisuuksien kokonaisvaltaiseen arvioimiseen ja uusien parempien ratkaisujen etsimiseen. Toisaalta on tietenkin niin, että ei ole mahdollista jättää kokonaan huomioimatta sitä, millainen kanta ennakkoratkaisussa on johonkin asiaan otettu. Kyse onkin siitä, että tuntemalla oikeudellisen reproduktion kriteerit voidaan lähteä tavoittelemaan uusissa ratkaisussa niin vahvaa argumentaatiota, että se vakuuttaa myös ennakkopäätöksen antaneen tuomioistuimen uudenlaisen linjauksen paremmuudesta. Ratkaisun pysyvyyden tulisi perustua siis oikeudellisen ratkaisun rationaliteetin ja realiteettien tuntemiseen eikä ennakkoratkaisujen lopputulosten imitointiin ja noudattamiseen.³⁶⁷

³⁶⁷ Voi tietenkin väittää yhdenvertaisuuden vaarantuvan jos ennakkopäätöksistä alettaisiin poiketa. Tämä voi osittain pitää paikkansakin, mutta toisaalta yhdenvertaisuus ei ole ainoa yhteiskunnasta ratkaisuun kohdistuva vaatimus. Voi myöskin kysyä, onko yhdenvertaisuutta se, että ensin tehdään ratkaisuja parhaan saatavissa olevan tiedon mukaan ja ennakkopäätöksen jälkeen ratkaisuja tehdään kaavamaisesti omaksuttua ratkaisulinjaa noudattaen, vaikka ratkaisu olisikin jo toisella tavalla arvioitavissa muuttuneessa oikeudellisessa tai yhteiskunnallisessa tilanteessa.

Miten sitten tulee suhtautua siihen ajatukseen, että *sallittujen oikeuslähteiden* tehtävänä on vain argumentaation vahvistaminen, eikä niiden sivuuttamisesta ole ennustettavia seurauksia. Tällainen asenne on erittäin ongelmallinen oikeuden responsiivisuuden ja dynaamisuuden kannalta. Tällaisen ajattelun juuret johtavat legalistiseen ajatteluun, jossa oikeudellinen ratkaisutoiminta nähdään lainsäätäjän antamien normien soveltamisena ja noudattamisena. *Modernin yhteiskunnan oikeudessa* niin sanottujen sallittujen oikeuslähteiden kuten oikeustieteen kannanottojen ja yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden tulee kuitenkin olla *elimellinen osa* oikeudellisen ratkaisun tekoa. Tällaisten oikeuslähteiden sivuuttamisella voi olla suurta merkitystä oikeuden yhteiskunnallisten tehtävien toteuttamisen kannalta. Yhteiskunnan vaikutusta ei saada tällaisessa ajattelussa ratkaisussa läsnä olevaksi. Siten voi hyvällä syyllä sanoa, että sallittujen oikeuslähteiden puuttuminen ratkaisusta on hälyttävä merkki oikeudellisen ajattelun sulkeutuneisuudesta ja sisäänpäin kääntyneisyydestä sekä vahva indisio siitä, että ratkaisu ei perustu ajantasaiseen ja asiantuntevaan käsitykseen oikeudelliseen ratkaisuun kohdistuvista vaatimuksista. Sallittujen oikeuslähteiden tehtävä ei voi olla pelkkä argumentaation vahvistaminen, vaan niillä tulee olla merkittävä rooli ratkaisuvaihtoehtoja ja niiden keskinäistä paremmuutta harkittaessa. Jos vielä lisäksi on niin, että sallittujen oikeuslähteiden sivuuttamisesta ei ole ennustettavia seurauksia edes tuomion muuttumisen muodossa, niin silloin vika on vallitsevassa oikeudellisessa ajattelussa ja oikeussysteemissä.

Lisäksi on vielä syytä tarkastella prima facie -jaottelun oikeuslähdeopillista merkitystä kokonaisuudessaan. Oikeuslähteiden jako eri kategorioihin on Aarnion mukaan prima facie -luonteinen, eli siitä voidaan tilanteen mukaan myös poiketa. Aarnion oikeuslähdeopissa jää kuitenkin epäselväksi se, mitä oikeuslähteiden prima facie -luonteisuus täsmällisesti ottaen tarkoittaa ja mitä se tarkoittaa ennen kaikkea käytännön ratkaisutoiminnan kannalta. Aarnio antaa hyvin vähän vihjeitä siitä, millaisissa tilanteissa ja millaisin ehdoin hänen ehdottamastaan jaottelusta voidaan poiketa. Kuten yllä jo on käynyt ilmi, Aarnio kyllä sivuaa kysymystä *vahvasti velvoittavien* oikeuslähteiden osalta todeten, että contra legem -tilanteessa painavin perustein voidaan laki sivuuttaa, mutta tämänkin tarkastelu jää sikäli vajavaiseksi, että ”painavien perusteluiden” määritelmää ei lähdetä tarkentamaan.

Tällä epäselvyydellä on vaikutusta myös käytännön ratkaisutoimintaan. Aarnion oikeuslähdeoppi tarjoaa selkeän pääsäännön sen suhteen, millaisessa järjestyksessä keskeisimmät oikeuslähteet ovat suhteessa toisiinsa. Sikäli kuin oikeuskäytäntö omaksuu tämän pääsäännön toimintansa lähtökohdaksi, jää oikeuslähteiden prima facie -luonteisuuden täsmentäminen oikeuskäytännön vastuulle. Jos oikeuskäytännössä ei tällaisia selkeäköjiä yleisiä linjauksia synny, muodostuu oikeuslähdeopista tosiasiaassa perusta kaavamaiselle ja jäykälle tavalle jäsentää oikeuslähteiden suhteet toisiinsa. Tämän suuntaista vaikutusta tu-

kee myös se seikka, että prima facie -velvoittavuuden jaottelussa on Aarnion mukaan kysymys lainkäyttöjärjestelmän pelisäännöistä eli siitä, millaisten oikeuslähteiden nojalla yhtäältä vältetään virkavirhe ja toisaalta turvataan ratkaisun pysyvyys³⁶⁸.

Tämäkin ajatus on ongelmallinen modernin yhteiskunnan oikeudessa. Virkavirheen välttäminen ei voi mielestäni olla hyvien tulkintaa koskevien ”pelisääntöjen” tarkoitus. On selvää, että ratkaisua tekevälle juristille kysymys siitä, millaisia seurauksia hänelle itselleen voi aiheutua tekemästään ratkaisusta, on erittäin tärkeä ja mielenkiintoinen. Oikeuslähdeoppisääntöjen tarkoitus ei kuitenkaan voi pelkästään tai edes ensisijaisesti olla siihen kysymykseen vastaaminen, millaisia seurauksia virheellisestä toiminnasta aiheutuu *ratkaisua tekevälle henkilölle*. Oikeuslähdeopin tehtävänä on toimia ratkaisun apuvälineenä tilanteissa, jossa ratkaisuun kohdistuu erilaisia oikeudellisia ja yhteiskunnallisia vaatimuksia. Siten oikeuslähdeopin ensisijaisena tehtävänä on yrittää jäsentää mahdollisuuksia oikeudellisten ja yhteiskunnallisten vaatimusten huomioonottamiseen ja kombinoimiseen ratkaisussa³⁶⁹. Näin ollen ”pelisääntöjen” tehtävänä ei myöskään voi olla *vain* pyrkimys ratkaisun pysyvyyden turvaamiseen, vaan niiden on ennen kaikkea pyrittävä turvaamaan ratkaisujen ajantasaisuus, mikä edellyttää sitä, että oikeuslähdeopin sääntöjen on otettava huomioon sekä pysyvyyden että dynaamisuuden vaatimukset.

3.3.3 Tutkijan ja tuomarin oikeuslähdeopeista

Aarnio lähtee siitä, että oikeuslähteiden velvoittavuuden prima facie kolmijako koskee tuomarin ja hallinnollisen lainkäyttöelimen käytännön toimintaa. Tämä tarkoittaa Aarnion mukaan sitä, että ”oikeuslähteiden arkista käyttöä ajatellen tutkijalla ja tuomarilla siis on erilainen sitoutuneisuus oikeuslähteisiin.” Perusteluna Aarnio käyttää sitä, että tutkijalla ei ole oikeudellisesti sanktioitua velvollisuutta eri oikeuslähteiden käyttämiseen, eikä tutkijan myöskään tarvitse pohtia kysymystä ”päättöksen pysyvyydestä”³⁷⁰.

Ajatus tuomarin ja tutkijan erilaisista oikeuslähdeopeista herättää monenlaisia kysymyksiä.³⁷¹ Alustavana kysymyksen jäsennyksenä on syytä todeta, että on kaksi eri asiaa se, millaisiin oikeuslähteiden jaotteluihin tutkija ja tuomari ovat sitoutuneita, ja toisaalta *millä perusteilla* tuomari ja tutkija eri oikeusläh-

³⁶⁸ Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 222.

³⁶⁹ Siksi tarvittaisiin oikeuslähdeoppia, jossa oikeuslähteiden painoarvot ja niiden relevanssi ratkaisujen kannalta on erotettu siitä, millaisia vaikutuksia jonkin oikeuslähteen käyttämättä jättäminen *ratkaisun tekijälle* pienemmällä tai suuremmalla todennäköisyydellä aiheuttaa.

³⁷⁰ Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 222.

³⁷¹ Ks. tästä esimerkiksi Pekka Timonen, Tutkijan ja tuomarin oikeuslähdeoppi, LM 5/1989 s. 666-688.

teisiin sitoutuvat. Käsittelen kysymystä siitä, missä määrin tuomari ja tutkija todella ovat eri asemassa, jos he jättävät voimassaolevan lain huomioimatta. Milä edellytyksillä ratkaisua voidaan pitää virheellisenä? Jos tuomariin kohdistuva vaatimus formuloidaan siten että tuomaria uhkaa virkavirhe lain huomiotta jättämisestä, unohdetaan Aarnion tekemä tärkeä varaus. Tätä formulaatiota pitääkin täydentää niin, että tuomaria uhkaa sanktio virkavirheestä *vain siinä tapauksessa*, että lain huomiotta jättämistä ei ole perusteltu *riittävän painavin perustein*. Lyhyesti sanoen erot tuomarin ja tutkijan välillä ovat siinä, että tutkija ei oikeusvaltiossa joudu tulkintasuosituksensa perusteella lain huomiotta jättämisestä tai virheellisestä laintulkinnasta virkavastuuseen, kun taas tuomaria virkavastuu *saattaa* kohdata. Kuitenkin *lainmukaisuudesta voi aina poiketa riittävin oikeudellisin perustein, niin tutkija kuin tuomarikin*. Sekä tutkijan että tuomarin pitäisi pyrkiä tekemään sekä oikeudellisesti päteviä että yhteiskunnallisesti kestäviä tulkintoja.

Kyseessä ei siten niinkään ole erilainen *sitoutuminen* oikeuslähteisiin, vaan pikemminkin kyse on siitä, että *seuraamukset tutkijalle ja tuomarille* tiettyjen oikeuslähteiden käyttämättä jättämisestä ovat erilaiset. Toisaalta ei ehkä myöskään ole syytä ylikorostaa tuomariin kohdistuvan sanktiouhkan ja tutkijaan kohdistuvan epävirallisen professionaalisen paheksunnan uhkan tosiasiallisia eroavaisuuksia. Ryhmän jäseneensä kohdistama epävirallinen paheksunta saattaa joskus olla virheen tekijälle virallista sanktiota kovempi seuraamus.

Onko sitten niin, että tutkijaa ei kosketa ongelma ”päättöksen pysyvydestä”³⁷². Selvää on se, että tutkimustuloksia ei voi muuttaa tai kumota samankaltaisessa menettelyssä kuin tuomioistuimen ratkaisuja, mutta toisaalta on myös niin, että omavaltaisesti valittua ad hoc oikeuslähdeoppia käyttämällä aikaan saatu tutkimuksen tulos hyvin äkkiä kumotaan tieteellisessä keskustelussa ja sikäli kuin virheellisyys huomataan, se jää vaille merkitystä myös oikeuskäytännössä. Selvää on myös se, että tutkija on velvollinen tavoittelemaan sellaisia tutkimustuloksia, joilla on niin painavat perusteet, että kannanottoa ei heti seuraavassa hetkessä todeta kestävämmiksi.

Yleisen tason tarkastelussa ei voi pitää onnistuneena sitä ratkaisua, että tuomarin ja tutkijan sanotaan sitoutuvan erilaisiin oikeuslähdeoppeihin. On nimittäin itsestään selvää, että tulkintasuosituksia antavan lainopin on käytettävä samaa oikeuslähdeoppia kuin tuomarinkin. Jos käytännön ratkaisunteossa ja oikeustieteen tekemisessä sitoudutaan erilaisiin oikeuslähdeoppeihin, tämä johtaisi oikeustieteen kannalta mahdottomaan tilanteeseen. Oikeustiede, joka ei hyväksy samaa oikeuslähdeoppia, johon käytännön ratkaisutoiminnassa ollaan sitouduttu, ei voi saada aikaan relevantteja tutkimustuloksia. Oikeuden reproduktion adekvaattisuuden vaatimuksesta johtuen oikeuden reproduktion on kai-

³⁷² Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 222.

killä tasoillaan sitouduttava samankaltaiseen oikeudelliseen ajatteluun, siltä osin kuin nämä tasot ovat toisiaan leikkaavia.

On toisaalta myös selvää, että *de lege ferenda* ym. kriittinen tutkimus voi käyttää tulkintakannanotoissaan myös sellaista laajempaakin perusteluaineistoa, johon tuomarilla arkipäivän ratkaisutoiminnassa ei ole käytännön mahdollisuuksia. *Periaatteessa* on kuitenkin myös mahdollista, että tuomari punnitesaan eri argumenttien painoarvoja ja ratkaisuvaihtoehtoja käyttäen hyväksi samoja argumentteja kuin tutkijakin. *Käytännössä* vähäisillä aikaresursseilla toimiva tuomari ei ratkaisuja tehdessään välttämättä kuitenkaan pysty samanlaiseen tarkkuuteen tilanteen hahmottamisessa kuin asiaan perehtyvä tietyn erityisalan asiantunteva tutkija.

Näin ollen sen sijaan, että puhuttaisiin oikeuslähdeoppien yhteneväisyyksistä tai erilaisuudesta, olisikin asianmukaisempaa kiinnittää huomio tuomarin ja tutkijan *tehtävien erilaisuudesta* johtuviin erilaisiin painotuksiin suhteessa ratkaisussa relevanteiksi katsottaviin yhteiskunnallisiin ja oikeudellisiin liityntöihin. On esimerkiksi selvää, että tuomarilta ei *ensisijassa* odoteta ratkaisuisaan rohkeita ja uudenlaisia *de lege ferenda* -linjanvetoja. Koska oikeustiede ja tuomioistuimet ovat oikeuden reproduktiossa eri rooleissa, niin viesti jota oikeusteorian tulisi tuomioistuimille ja tutkijoille painottaa on se, että roolien samalaisuuksista ja eroavaisuuksista pitäisi käytännön toiminnassa olla jatkuvasti tietoisia. Kyseessä on siis oman toiminnan oikeudellisten ja yhteiskunnallisten vaikutusten reflektiosta eli tutkijoiden ja tuomarien pitäisi jatkuvasti olla valppaana sen suhteen, miten näiden roolien väliset eroavaisuudet vaikuttavat käytännön toimintaan.

En pidä hedelmällisenä tavoitteena pyrkimystä tuomarin ja tutkijan oikeuslähdeoppien eriyttämiseen. Tällainen kategorinen erottelu tuskin voi toimia tutkijoille tai tuomareille tarkoitettuna käytännön ohjeena, sillä tilanteesta riippuen tuomarin ja tutkijan käytännön toiminta on välillä lähempänä ja välillä kauempana toisistaan. Sen sijaan pidän kannatettavana ajatuksena sitä, että oikeuslähdeopit vaihtelisivat oikeudenalasta riippuen. Oikeudenalat ja niiden käsiteltävänä olevat oikeudelliset ongelmat saattavat jo siinä määrin olla erkaantuneita toisistaan, että olisi syytä sallia oikeuslähdeoppien oikeusalakohtainen eriytyminen.

3.3.4 Optimaalisen tulkinnan oikeuslähdeoppi

Käytännön ratkaisutoimintaa ajatellen tuomarilla ja tutkijalla on Aarnion mukaan erilainen sitoutuneisuus oikeuslähteisiin. Hän kuitenkin täsmentää, että *ratkaisun teoriaa* ajatellen ajatus tuomarin ja tutkijan oikeuslähdeoppien erotamisesta on kuitenkin vajavainen, jos silmämääränä pidetään ”parasta ajateltavissa olevaa” ratkaisua eli tulkintaa, jossa kaikki asianhaarat on otettu huo-

mioon. Tällöin tuomari ja tutkija ovat samassa asemassa. Optimaalisen tulkinnan teoriassa Aarnion mukaan jokainen muu oikeuslähde kuin laki on ”heikosti velvoittava” ja ratkaisun on sananmukaisesti oltava lainmukainen. Oikeuslähteen heikosti velvoittavuus tarkoittaa sitä, että oikeuslähdetä on käytettävä perusteluna, jos vastaan puhuvia syitä ei ole. Tutkija ja tuomari ovat tässä mallissa sidottuja myös tekniseen normiin: ”jos haluat tehdä optimaalisen ratkaisun, sinun on käytettävä hyväksesi kaikkea käytettävissä olevaa ja asiaan vaikuttavaa aineistoa”. Lisäksi jokaisella oikeuslähteellä on optimaalisen ratkaisun teorias-
sa oman materiaalsen painoarvonsa mukainen merkitys. Jokainen ”relevantti” perustelu vaikuttaa tapaan, jolla lakia on luettava.³⁷³

Optimaalisen tulkinnan malli merkitsee eräitä muutoksia verrattuna siihen oikeuslähdeoppiin, johon tuomari Aarnion mukaan on käytännön toiminnas-
saan sidottu. Ensimmäinen eroavaisuus, johon huomio kiinnittyy käytännön oi-
keuslähdeoppia ja optimaalisen tulkinnan mallia vertailtaessa on se, että opti-
maalisen tulkinnan oikeuslähdeopissa luovutaan prima facie -velvoittavuuden
mukaisesta kolmijaosta. Oikeuslähdekategorioita on enää kaksi: laki ja muut
oikeuslähteet. Tämän oikeuslähdeopin mukaan jokainen muu oikeuslähde lakia
lukuun ottamatta on ”heikosti velvoittava” eli kategorista eroa heikosti velvit-
tavien ja sallittujen oikeuslähteiden välille ei enää tehdä. Toiseksi ”heikosti vel-
voittavien” oikeuslähteiden joukkoa ei luetella, vaan niiden määrittely jätetään
avoimeksi: ratkaisussa on käytettävä hyväksi kaikkea käytettävissä olevaa ja
asiaan vaikuttavaa aineistoa. Näin ollen poiketen tuomarin oikeuslähdeoppia
koskevasta *sensu largo* oikeuslähteiden määritelmästä näyttäisi optimaalisen
tulkinnan oikeuslähdeopissa siirrytyn oikeuslähteiden määritelmään *sensu lar-
gissimo*.

Muutoksia tapahtuu myös niissä *perusteissa*, joilla oikeuslähteitä *luokitel-
laan* eri kategorioihin. Lain sitovuus ei enää perustu oikeudellisen sanktion uh-
kaan, vaan optimaalisessa ratkaisussa ”lain avainasema perustuu siihen, että jo-
kainen juridinen ratkaisu on voitava aina sitoa lakiin”³⁷⁴. Tässä kohtaa Aarnion
argumentaatio on kehämäistä, mutta taustalla oleva ajatus on kyllä helposti
konstruoitavissa: kyseessä on mitä ilmeisimmin vaatimus oikeusvaltioajattelun
mukaisesta demokratiaperiaatteen ja legaliteettiperiaatteen huomioimisesta oi-
keudellisessa ratkaisussa.

Lisäksi muutoksia tapahtuu myös niissä *perusteissa*, joiden perusteella yksit-
täisessä tapauksessa arvioidaan oikeuslähteen soveltuvuutta tapaukseen. Lain
sitovuuden peruste optimaalisessa mallissa on käytännössä sama kuin käytän-
nön ratkaisussakin eli ratkaisun on oltava lain mukainen eli laki on ratkaisussa
edelleen pakollinen *muodollisen statuksensa* vuoksi. Optimaalisen ratkaisun
mallissa ”heikosti velvoittavuuden” peruste on kuitenkin eri kuin tuomarin

³⁷³ Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 222.

³⁷⁴ Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 222.

konkreettista ratkaisuntekoa ohjaavassa oikeuslähdeopissa. Prima facie -mallissa ratkaisijan tulee sitoutua heikosti velvoittaviin oikeuslähteisiin, jos hän haluaa päätöksensä pysyvän. Optimaalisen tulkinnan mallissa puolestaan, eli jos tavoitellaan ”parasta mahdollista” ratkaisua, kaikkia ”heikosti velvoittavia” oikeuslähteitä on käytettävä tulkinnan perusteena, *jos vastaan puhuvia syitä ei ole*. Heikosti velvoittavien oikeuslähteiden keskinäinen järjestys puolestaan määräytyy niiden materiaalsen painoarvon mukaan: ”Jokaisella oikeuslähteellä on *materiaalsen* painoarvonsa mukainen merkitys *lakia tulkittaessa*.”³⁷⁵ Nämä eri oikeuslähdeopit eroavat toisistaan siinä, että kun ensimmäisessä on tavoitteena ratkaisun pysyvyyden takaaminen, jälkimmäisessä tavoitellaan parasta mahdollista laintulkintaa, mikä edellyttää kokonaisvaltaisempaa oikeudellisten ratkaisun vaikutusten pohdintaa ja siten merkitsee jo askelta dynaamisemman oikeuskäsityksen suuntaan. Näin ollen se tältä osin sopisi paremmin modernin oikeuden ratkaisutoiminnan oikeuslähdeopiksi.

Aarnion kahden oikeuslähdeopin malli on niiden eroavaisuuksista johtuen ongelmallinen käytännön tuomarin tai tulkitsijan tarpeita ajatellen. Aarniokaan ei ota kirjoituksessaan kantaa siihen, mikä voisi olla näiden kahden eri oikeuslähdeopin suhde toisiinsa. Näin ollen Aarnion ohjelma yhteiskunnan tarpeet huomioon ottavien (hyväksyttävien) oikeudellisten ratkaisujen puolesta näyttää jäävän keskeneräiseksi. Sekä käytännön ratkaisutoimintaa varten muotoiltua oikeuslähdeoppia että optimaalisen ratkaisun oikeuslähdeoppia voidaan kuitenkin pitää yrityksinä kehittää oikeuden dynaamisuutta. Käytännössä kuitenkin oikeuslähdeopeissa painottuvat enemmän suljettuisuuden ja staattisuuden elementit.

3.3.5 Loppuarviota

Viimeiseksi tarkastellaan vielä kokonaisuudessaan sitä, miten Aarnion käytännön ratkaisutoimintaa varten konstruoitu oikeuslähdeoppi vastaa avoimuuden ja suljettuisuuden sekä staattisuuden ja dynaamisuuden haasteisiin. Yleisellä tasolla ongelmana voidaan mielestäni pitää sitä, että Aarnion *oikeuslähdeopin sisällöstä* ei nimenomaisesti käy ilmi se, että oikeuslähdeopin tavoitteena on muodollisen ja aineellisen oikeudenmukaisuuden väliseen jännitteeseen vastaaminen. Virkavastuun uhan ja ratkaisun pysyvyyden nostaminen oikeuslähdeopin keskeiseksi elementiksi päinvastoin peittää tämän ongelmanasettelun näkyvistä. Näin ollen vaikka avoimuuden ja suljettuisuuden ongelman pohtiminen näkyy tehtävänasettelussa, niin oikeuslähdeopissa ei kuitenkaan haeta selkeästi vastausta sille, miten tämä ongelma olisi haltuun otettavissa.

³⁷⁵ Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 222.

Dynaamisuu den esteenä on myös se, että oikeuslähteiden painoarvoluokitukset ymmärretään luonteeltaan kiinteiksi. Oikeuslähteet jaetaan vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin, jolloin oikeuslähteiden erot ovat kvalitatiivisia. Tämän jaottelun mukaan ei ole mahdollista se, että lakitekstin, ennakkoratkaisun tai minkä tahansa muun oikeuslähteen merkitys voisi heiketä tai vahventua. Oikeuslähteiden kvaliteetti ei voi muuttua toiseksi. Näin ollen on mahdollista, että mitään argumenttien yhdistelmää ei katsota riittäväksi painoarvoltaan vahvimpana oikeuslähteenä pidetyn lain sivuuttamiseen silloinkaan, kun se olisi täysin perusteltua. Eri oikeuslähteiden ja yhteiskunnallisten vaatimusten yhdistelmää ei ehkä koeta riittävän painavaksi perusteeksi laista poikkeamiseen, sillä kyseessä on vain ”vähempiarvoisista” oikeuslähteistä ja niiden avulla muodostetuista vähempiarvoisista argumentaatioketjuista. Myös se, että yhteiskunnallisten arvostusten paikka on sallittujen oikeuslähteiden ryhmässä, on ongelmallinen oikeuden tosiasiallisen avoimuuden kannalta. Oikeuslähdoppi kiinnittää ratkaisijan huomion kahteen ensimmäiseen oikeuslähdekategoriaan ja sallittujen oikeuslähteiden ryhmä jää ikään kuin oman onnensa nojaan, mielenkiinnottomaksi.

Tarkasteltaessa oikeudellisen ratkaisun avoimuutta ja dynaamisuutta voidaan vielä lisäksi luoda katsaus siihen osaan Aarnion esitystä, jossa hän esittelee argumentaatioteoreettista erittelyä sisäisen ja ulkoisen perustelun välillä. Sisäinen perustelu tarkoittaa Aarnion mukaan premisseistä johtopäätökseen etenevää subsumptiota. Ulkoinen perustelu puolestaan tulee kyseeseen silloin jos ratkaisun premissi tai jokin premisseistä riitautetaan. Tällöin premissi on perusteltava lisäpremissillä³⁷⁶. Siten vasta silloin jos jonkin oikeuslähteen käyttö ratkaisun premissinä riitautetaan (tai jos arvellaan premissin tulevan riitautetuksi), on ratkaisija velvollinen laajentamaan argumentaatiotaan eli kyse on ”ulkoisen perustelun dialogiluonteesta”.³⁷⁷

Tähän sisältyy se ongelma, että mielikuva lakitekstin yksiselitteisyydestä saattaa olla myös virheellinen. Tosiasiaa toisista oikeuslähteistä voisi saada asiaan merkittävästi vaikuttavaa tietoa, mutta ne voivat jäädä huomioon ottamatta jos laki näyttää olevan yksiselitteinen. Näin esimerkiksi heikosti velvoittavat tai sallitut oikeuslähteet saattavat jäädä kokonaan käyttämättä, vaikka niillä voisi olla suurikin merkitys ratkaisun lopputuloksen suhteen. Jos arvot ja arvostukset tulevat relevanteiksi vain silloin jos argumentti riitautetaan, merkitsee tämä pitkälle menevää oikeussysteemin tosiasiallista sulkemista yhteiskunnasta. Varsinkin legalistisesti orientoituvassa oikeuskulttuurissa jätetään helposti muut oikeuslähteet käyttämättä, jos luotetaan siihen, että laki riittää ratkaisujen ainoaksi perusteeksi.

³⁷⁶ Tämä vaatimus on itse asiassa ristiriitainen sen optimaalisen tulkinnan mallissa esitetyn idean kanssa, että oikeuslähdettä on käytettävä perusteluna, jos vastaan puhuvia syitä ei ole.

³⁷⁷ Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 197-200.

Kokonaisarviona Aarnion oikeuslähdeopista voi todeta, että siinä dynaamisuus ja avoimuus ovat kyllä mukana olevia elementtejä, mutta niitä ei helposti saa läsnä oleviksi ratkaisussa. Aarnion oikeuslähdeopin hyvä puoli on se, että siinä on pyritty ottamaan kantaa oikeuden kompleksiteetin avoimuuden ongelmaan. Sen ongelmaksi kuitenkin jää suljettuisuuden ja staattisuuden liiallinen korostaminen. Oikeuslähdeopissa ei ole lähdetty hakemaan tasapainoa oikeuden avoimuuden ja suljettuisuuden tai staattisuuden ja dynaamisuuden välille. Siten oikeuslähdeoppi ei myöskään anna oikeuden dynaamisuudelle ja avoimuudelle kovin suuria mahdollisuuksia. Tässä mielessä Aarnion oikeuslähdeoppi on tyypillinen oikeusvaltioideologian tuote.

3.4 UUSI OIKEUSLÄHDEOPPI

Myös Aarnio on esittänyt jatkoverion oikeuslähdeopistaan teoksessaan ”Tulkinnan taito” (2006). Tässä versiossa oikeuslähteiden luettelo on pysynyt oleellisesti samana vahvasti velvoittavia oikeuslähteitä lukuun ottamatta. Aarnio jakaa vahvasti velvoittavat oikeuslähteet nyt kansallisen oikeuden ulkopuoliseen normistoon ja kansallisen oikeuden normistoihin. Ensimmäiseen ryhmään kuuluvat Aarniolla eurooppaoikeuden sitovat osat, Euroopan ihmisoikeussopimuksen normit, EU-tuomioistuimen tietyt prejudikaatit ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tietyt prejudikaatit. Kansalliseen normistoon on lain ohelle lisätty myös Suomen perustuslain perusoikeudet, kansallisen oikeuden osaksi saatetut kansainväliset sopimukset sekä *systeemiperusteet* ja maantapa.

Tarkastelen ensiksi *systeemiperusteita* oikeuslähdeopin osana. Aarnio on oikeassa todetessaan, että hänen oikeuslähdeoppiaan koskevat aikaisemmat esityksensä ovat olleet omiaan hämärtämään systeemin keskeistä roolia tulkinnassa³⁷⁸. Oikeuden systemiset yhteydet ovat todellakin keskeisempi tekijä ratkaisun muotoutumisessa, kuin Aarnio on tähän asti antanut ymmärtää. En itse kuitenkaan nimeäisi oikeuden systematiikkaa oikeuslähteeksi. Kyse on pikemminkin *oikeudellisen ajattelun* yhdestä keskeisestä elementistä ja ammattitaitoisen juristin työvälineestä. Systeemiperusteet eivät istu hyvin myöskään Aarnion tarkoittamiin oikeuslähdekategorioihin. Aarnion luokituksessa systeemiperusteet on sijoitettu kumottavissa olevan sitovuuden piiriin kuten myös laki ja maan tapakin. Tällaiset oikeuslähteet voidaan Aarnion mukaan ohittaa, jos jokin erityinen peruste niin vaatii. Tämä ajatus lyö kuitenkin korvalle sitä Aarnion ajatusta, että oikeuden systematiikka tekee mahdolliseksi oikeudellisten ongelmien tunnistamisen ja osoittaa käytettävissä olevat ratkaisu- ja tulkintavaihtoehdot.³⁷⁹

³⁷⁸ Aarnio, Tulkinnan taito s. 299.

³⁷⁹ Aarnio, Tulkinnan taito s. 292, 294, 297-299. Pidän tärkeänä Aarnion toteamusta siitä, että nimenomaan oikeuden kokonaisvaltainen käsitéjärjestelmä eli systematiikka tekee mahdolliseksi

Oikeuden systematiikkaa ei oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa nähdäkseni tule syrjäyttää painavallakaan argumentilla, mutta sitä vastoin voisi olla painavin perustein syytä korjata ja täsmentää oikeuden systematiikkaa tarpeen vaatiessa. Aarnion ehdotuksessa systematiikan sijoittaminen oikeuslähdeoppiin on ongelmallinen myös sen vuoksi, että Aarnio puhuu vain kansallisen oikeuden systematisoinneista, mutta ei eurooppaoikeuden systematisoinnista. Kun Aarnio sijoittaa kansallisen oikeuden ja eurooppaoikeuden eri oikeuslähdekategorioihin, herää kysymys siitä, kuuluvatko eurooppaoikeuden ja kansallisen oikeuden systematiikat myös eri oikeuslähdekategorioihin. Lisäksi oikeuslähdeopilliselta kannalta olisi pohdittava sitä, miten oikeuden systematiikkaa tarkastellaan niissä tapauksissa, joissa eurooppaoikeuden ja kansallisen oikeuden systematiikat ovat edes osittainkaan toisiinsa lomittuneita.

3.4.1 Oikeuslähdekategoriat perusteluineen

Aarnio pitää edelleen kiinni oikeuslähteiden kolmijaosta vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin oikeuslähteisiin. Aarnio kuitenkin perustelee nämä kategoriat aikaisemmasta poikkeavalla tavalla. Tälläkin kertaa Aarnio tukeutuu Peczenikin ajatuksiin oikeuslähdeoppinsa kehittelyssä viitaten Peczenikin muodollista sitovuutta koskevaan kirjoitukseen³⁸⁰. Aarnio tarkoittaa nyt oikeuslähteen vahvalla velvoittavuudella *vahvaa muodollista sitovuutta*. Tämä tarkoittaa sitä, että oikeuslähteen sivuuttaminen tulkinta- tai ratkaisuperusteena tekee tulkinnasta (ratkaisusta) lain vastaisen, minkä vuoksi se tulee kumota muutoksenhaussa. *Vahva muodollinen sitovuus* jakautuu edelleen kahteen kategoriaan. Ensimmäiseen näistä kategorioista kuuluvat *ankarasti sitovat* (strictly binding) oikeuslähteet. Tällaista oikeuslähdettä on käytettävä jokaisessa tapauksessa, jota se koskee. Toista oikeuslähdekategoriaa määrittelee puolestaan *kumottavissa oleva* (defeasibly binding) *sitovuus*. Tämän mukaan oikeuslähdettä on käytettävä jokaisessa tapauksessa, jota se koskee, jollei jokin poikkeus sitä estä. Nämä poikkeukset voivat olla määriteltyjä tai tulkinnanvaraisia.³⁸¹

oikeudellisten ongelmien tunnistamisen ja osoittaa käytettävissä olevat ratkaisu- ja tulkintavaihtoehdot (s. 298). Tämä käsitejärjestelmä mahdollisine variaatioineen on nimittäin lupaavampi tilanneherkkyyteen pyrkivän oikeudellisen ratkaisutoiminnan kannalta kuin se Aarnion aikaisemmin ilmaisema ajatus, jonka mukaan lakitekstin tulkintavaihtoehdot voidaan selvittää *kielentuntemuksen* perusteella. Aarnio toteaa, että lakitekstin ”tulkintavaihtoehtoja $T_1 \dots T_n$ voidaan nimittää kielellisesti eli semanttisesti mahdollisiksi tulkinnoiksi. Ne voidaan selvittää yleisen kielen tuntemuksen ja juridisen erityismerkitysten tuntemuksen perusteella. Semanttisten mahdollisuuksien kartoittamista on joskus kutsuttu myös orientoivaksi analyysiksi. Se paljastaa vaihtoehtot, ei muuta.” (Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 193).

³⁸⁰ Aarnio, Tulkinnan taito s. 293 viittaa Peczenikin kirjoitukseen The Binding Force of Precedent teoksessa Interpreting Precedents, toim. Neil MacCormick ja Robert S. Summers (1997).

³⁸¹ Aarnio, Tulkinnan taito s. 293-294.

Muodollisen sitovuuden toinen tapaus on sellainen, jossa oikeuslähde *ei ole muodollisesti sitova* vahvan sitovuuden merkityksessä, mutta sillä on merkitys-tä argumentaatioissa. Tämäkin ryhmä jakaantuu Aarnion mukaan kahtia. Ensimmäiseen ryhmään kuuluvat oikeuslähteet, joilla on *kumottavissa olevaa perusteluvoimaa* (defeasible force). Tämän mukaan oikeuslähdettä pitää käyttää, jollei tunnisteta poikkeusta, joka estää siihen vetoamisen. Toiseen ryhmään kuuluvat oikeuslähteet, jotka tukeutuvat *harkinnanvaraiseen perusteluvoimaan* (outweighable force). Oikeuslähdettä on käytettävä, jollei ole vastaan puhuvia (painavampia) argumentteja. Aarnion mukaan kaikki *heikosti velvoittavat* oikeuslähteet kuuluvat tähän muodollisen sitovuuden kategoriaan.³⁸²

Muodollisen sitovuuden kolmannen alalajin muodostavat Aarnion esityksen mukaan ne oikeuslähteet, joilla ei ole muodollista sitovuutta eikä myöskään sitovaa voimaa edellisen kategorian tarkoittamassa mielessä mutta joilla on *perusteluvoimaa vahvistava merkitys*. Niihin kuuluvat *kaikki sallitut oikeuslähteet*. Kokonaan sitovuuskeskustelun ulkopuolelle jäävät puolestaan sellaiset argumentit, joilla on pelkästään esimerkiksi oikeusongelmaa havainnollistava arvo mutta joilla ei ole painoarvoa ratkaisargumentteina.³⁸³

Peczenikin kirjoitus ”The Binding Force of Precedent”, johon Aarnion luokittelu perustuu, käsittelee *prejudikaatteja*, eikä Aarnion tapa muuntaa Peczenikin ajatus koko oikeuslähdeoppia koskevaksi ole lainkaan ongelmaton³⁸⁴. Ensimmäinen mahdollinen ongelma koskee ankarasti sitovia oikeuslähteitä, joita Aarnion mukaan on käytettävä jokaisessa tapauksessa, joita ne koskevat. Tämä vaatimus merkitsee ensinnäkin selvää irtisanoutumista Peczenikin tarkoittamasta ja oikeuden dynaamisuuden kannalta merkittävästä *prima facie* -ajatuksesta. Toiseksi, jos ajatellaan esimerkiksi tähän kategoriaan kuuluvia Euroopan ihmisoikeussopimuksen normeja ja kansallisia perusoikeusnormeja, niin niiden voidaan nähdä yleensä jollakin tavalla koskevan hyvin suurta osaa kaikista tuomioistuimissa käsiteltävistä oikeudellisista ongelmista. Aarnion *oikeuslähdeoppi* näyttäisi johtavan siihen lopputulokseen, että suuri osa oikeudellisista ongelmista voidaan tuomioistuinkäsittelyssä nähdä ja ne pitäisikin yrittää nähdä ihmisoikeus- ja perusoikeusongelmina.

Toinen ongelma on ylimmän oikeuslähderyhmän kategoriamääritelmän ja sen sisällön välinen ristiriita. Aarnio määrittelee *vahvan muodollisesti sitovan* oikeuslähdekategorian siten, että *oikeuslähteen sivuuttaminen* tulkinta- ja ratkaisuperusteena *tekee tulkinnasta lain vastaisen*, minkä vuoksi se tulee kumota muutoksenhaussa. Tähän oikeuslähdekategoriaan kuuluvat Aarnion mukaan ankarasti sitovat oikeuslähteet ja oikeuslähteet, joiden sitovuus on kumottavissa. Kumottavissa oleva sitovuus tarkoittaa sitä, että oikeuslähdettä on käytettä-

³⁸² Aarnio, Tulkinnan taito s. 294.

³⁸³ Aarnio, Tulkinnan taito s. 294.

³⁸⁴ Ks. Peczenik, The Binding Force of Precedent s. 461-479.

vä jokaisessa tapauksessa, jota se koskee, *jollei jokin poikkeus sitä estä*. Jotta kyseessä olevan oikeuslähdekategorian määritelmä olisi yhdenmukainen tämän viimeksi mainitun määritelmän kanssa, tulee sanottu poikkeusehto ottaa myös osaksi kategoriamääritelmää. Vahvasti muodollisesti sitova oikeuslähteiden *kategoria* olisikin nyt määriteltävä esimerkiksi siten, että oikeuslähteen sivuuttaminen tulkinta- ja ratkaisuperusteena tekee tulkinnasta lain vastaisen, minkä vuoksi se tulee kumota muutoksenhaussa, *jollei esiinny poikkeusta*, joka estää oikeuslähteen käyttämisen ratkaisuperusteena. Tästä uudelleen muotoilusta aiheutuu seurauksia Aarnion oikeuslähdeopin kokonaisuuteen.

Kun vahvasti muodollisesti velvoittavien oikeuslähteiden kategoria joudutaan määrittelemään tällä tavalla, seuraa vakavia rajaongelmia suhteessa seuraavaksi alempaan oikeuslähteiden kategoriaan. Nimittäin yksi tämän oikeuslähdekategorian alalaji on oikeuslähde, jolla on *kumottavissa olevaa perusteluvoimaa* (defeasible force). Tämä tarkoittaa Aarnion mukaan sitä, että oikeuslähdettä pitää käyttää, *jollei tunnisteta poikkeusta*, joka estää siihen vetoamisen. Tästä määritelmien yhteneväisyydestä aiheutuu lähtökohtaisen tärkeysjärjestyksen häviäminen kahden ylimmän oikeuslähdekategorian väliltä. Esimerkiksi kun ylempään kategoriaan kuuluvaa lakia pitää käyttää perusteluna, *jollei jokin poikkeus sitä estä*, niin vastaavalla tavalla Aarnion määritelmän mukaan myös alempaan oikeuslähdekategoriaan kuuluvia oikeuslähteitä pitää käyttää, *jollei tunnisteta poikkeusta*, joka estää siihen vetoamisen. Tällainen määrittely asettaa lain ja alemman oikeuslähdekategorian ratkaisuperusteet oikeuslähdeopillisesti samalle viivalle lähtökohtaisen painoarvonsa puolesta.

Ongelmia on myös ylintä oikeuslähdekategoriaa seuraavaksi alimman kategorian sisällä. Aarnion mukaan tämä oikeuslähdekategoria on jaettavissa kahtia, kuten yllä todettiin. Ensimmäiseen ryhmään kuuluvat oikeuslähteet, joilla on kumottavissa olevaa perusteluvoimaa (defeasible force). Tämän mukaan oikeuslähdettä pitää käyttää, *jollei tunnisteta poikkeusta*, joka estää siihen vetoamisen. Toiseen ryhmään kuuluvat oikeuslähteet, jotka tukeutuvat harkinnanvaraiseen perusteluvoimaan (outweighable force). Oikeuslähdettä on käytettävä, *jollei ole vastaan puhuvia (painavampia) argumentteja*. Aarnion mukaan sekä lain esityöt että ennakkoratkaisut kuuluvat tähän oikeuslähdekategoriaan. Aarnio ei kuitenkaan kerro kumpi näistä oikeuslähteistä kuuluu niihin, joita määrittää kumottavissa oleva perusteluvoima, ja kumpaa määrittää harkinnanvarainen perusteluvoima. Hän ei myöskään anna kriteerejä, joiden mukaan tämä kahtiajako ennakkoratkaisujen ja esitöiden välillä voitaisiin tehdä. Aarnio antaa kuitenkin vielä lisäkriteerin ennakkoratkaisujen oikeuslähdeopillisen painoarvon määrittelemiseen. Hän toteaa, että ennakkoratkaisun heikko velvoittavuus perustuu seuraavaan tekniseen normiin. Jos haluat tuottaa ratkaisun, jonka muuttaminen ylemmässä asteessa on epätodennäköistä, anna ennakkoratkaisulle oi-

keuslähteen painoarvo³⁸⁵. Tämän lisäyksen johdosta oikeuslähdekategorian sisäinen logiikka muuttuu suorastaan mahdottomaksi.

Viimeisessä huomautuksessani Aarnion oikeuslähdekategorioita kohtaan ei ole kyse teorian sisäisestä puutteesta, mutta selvästikin asiasta, joka vaatii jatkokkehittelyä. Aarnio nimittäin sijoittaa edelleenkin oikeustieteen ja seuraamus-harkinnan vain sallittujen oikeuslähteiden joukkoon, joilla on vain perusteluvoimaa vahvistava merkitys. Oikeustieteen sijoittaminen tähän ryhmään tuntuu oudolta, kun kuitenkin oikeuden systematiikan Aarnio arvostaa sitovaksi oikeuslähteeksi. Onhan oikeustieteen yksi tunnustettu tehtävä nimenomaan oikeuden systematisointi. Eikö pikemminkin voisi ajatella niin, että oikeustiede tuottaa hyvin eritasoista materiaalia oikeuslähdekategorioita ajatellen? Kuten esimerkiksi Raimo Siltala toteaa, oikeuskirjallisuudessa esitettyjen tulkintakananottojen painoarvo vaihtelee niiden tueksi esitettyjen perustelujen vakuuttavuuden ja tiedeyhteisön kantojen yksimielisyyden tai jakautuneisuuden mukaisesti³⁸⁶. Toiseksi, miksi oikeustiede olisi vain sallittu oikeuslähde, kun Aarnion oikeuslähdeopissa olisi tarjolla selkeä ja parempikin paikka oikeustieteen tuloksille? Eikö juuri oikeustieteen tulosten voisi ajatella kuuluvan ainakin sen tason oikeuslähteisiin, joiden perusteluvoima on kumottavissa (defeasible force)? Oikeustieteen tuloksia siis pitäisi käyttää oikeudellisen ratkaisun perusteluna, jollei tunnisteta poikkeusta, joka estää siihen vetoamisen. Myöskin ratkaisun tosiasialliset seuraukset nostaisin sallituista oikeuslähteistä ainakin yhtä tasoa ylemmäksi. Aarnion jaottelussa ratkaisun seuraukset näyttäisivät parhaiten sijoittuvan niiden oikeuslähteiden kategoriaan, joilla on harkinnanvaraista perusteluvoimaa (outweighable force). Niihin tulisi siis ratkaisuisissa tukeutua, jollei sen käyttöä vastaan esitetä sitä vastaan puhuvia (painavampia) argumentteja.

3.5 SILTALAN OIKEUSLÄHDEOPISTA

3.5.1 Oikeuslähteiden painoarvojen määräytymisestä

Raimo Siltalan mukaan oikeuslähteen argumentaatioteoreettinen painoarvo eli oikeudellinen ratkaisuarvo on riippuvainen kolmesta eri tekijästä. Ensinnäkin oikeuslähde on ratkaisuperusteena sitä painavampi, mitä suurempi on sen sääntöformalismin aste. Painoarvo on siis sitä suurempi, mitä enemmän oikeuslähde on irtautunut aineellisesta synty- ja oikeuttamisperustastaan eikä sitä ole tarpeen palauttaa sen taustalla vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvoperusteisiin ja/tai tavoiteperusteisiin sen oikeudellisen velvoittavuuden perustelemiseksi ja

³⁸⁵ Aarnio, Tulkinnan taito s. 300.

³⁸⁶ Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 203.

tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi. Toiseksi yksittäisen oikeuslähde painaa ratkaisuperusteena sitä enemmän, mitä suurempi on sen nauttima institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä erilaisissa vakiintuneissa, oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä. Kolmanneksi oikeuslähteen painoarvoon vaikuttaa se, kuinka suuri on sen taustalla vaikuttavan institutionaalisen oikeuttamisperiaatteen merkitys valitsevan oikeudellisen metateorian eli oikeuden institutionaalisen metakontekstin valossa.³⁸⁷

Lailla on Siltalan mukaan lähtökohtaisesti *korkea sääntöformalismin* aste, sillä sen voimassaolo ja tulkinnallisen merkityssisällön määrittäminen ovat ainakin lähtökohtaisesti irtautuneet sen alkuperäisistä syntyperusteista ja justifikaatioperusteista, siis lainsäädännön taustalla vaikuttaneista yhteiskunnallisista arvolähtökohdista ja/tai tavoitelähtökohdista. Esimerkkinä *sääntöformaalisti heikosta* oikeuslähteestä voidaan puolestaan mainita oikeusperiaatteet. Ne ovat kietoutuneet yhteen niiden ilmentämisen yhteiskunnallisten arvoperusteiden ja/tai tavoiteperusteluiden kanssa. Oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavanlaisten ratkaisustandardien soveltaminen yksittäiseen oikeustapaukseen edellyttää niiden taustalla vaikuttavien yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden punnintaa, sekä tilannesidonnaista tasapainottamista suhteessa muiden asiaan vaikuttavien oikeusperiaatteiden ja ratkaisustandardien vastaaviin yhteiskunnallisiin taustaperusteisiin. Kyseessä on ns. ”weighing and balancing”-harkinnasta.³⁸⁸ Niinpä Siltalan mukaan lailla on suurempi painoarvo oikeudellisessa ratkaisutilanteessa kuin oikeusperiaatteella.

Formaalisuuden aste oikeuslähteen painoarvon kriteerinä ei kuitenkaan ole ongelmaton. En näe kysymyksen sääntöformalismin asteiden vaihtelusta eri oikeuslähteiden välillä ratkaisevan ongelmaa siitä, millaisia painoarvoja oikeuslähteille *pitäisi* antaa suhteessa toisiinsa. Oikeuslähdeopissa voidaan tietenkin esittää normatiivinen vaatimus siitä, että korkeamman sääntöformalismin asteen oikeuslähteitä on pidettävä muita painavampina, mutta tällainen vaatimus edellyttää lisäperusteluja. Muutoin se ei oikeuslähdeopin perusteluna ole yhtään sen vakuuttavampi kuin esitettävissä oleva mahdollinen vastakkainen normatiivinen vaatimus: Alhaisen sääntöformaaliuden asteiset oikeuslähteet ovat painavampia ratkaisuperusteluja kuin muut oikeuslähteet. Toisaalta deskriptiivisessä oikeuslähdeopissa (jota Siltala käsityksensä mukaan tekee) voidaan todeta, että korkean formaalisuuden asteen saavuttaneet oikeuslähteet ovat *tosi-asiassa toteutuneissa* oikeudellisissa käytännöissä merkityksellisempiä kuin muut oikeuslähteet. Tällainen deskriptio ei kuitenkaan vielä kerro sitä, onko kyse satunnaisesta yhteydestä vai onko oikeuslähteiden korkea-asteinen for-

³⁸⁷ Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 246.

³⁸⁸ Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 204 ja 208.

maailisuus todellakin syy sille, että tietyt oikeuslähteet saavat muita korkeamman painoarvon oikeudellista ratkaisua tehtäessä.

Lisäksi pitää paikkansa, että korkean sääntöformaaliuden asteen saavuttaneita oikeuslähteitä *voidaan* käyttää lähtökohtaisesti irrallaan niiden taustalla olevista yhteiskunnallisista tavoitteista ja arvoista, mutta on varsin kyseen alaista, missä määrin tällainen oikeuslähteiden käyttö on yhteiskunnan oikeudessa toivottavaa. Yhteiskunnallisista arvostuksista ja yhteiskunnallisista tavoitteista irtautunut ”omaa elämäänsä elävä” oikeudellinen ratkaisukäytäntö ei liene mikään tavoitteellinen asiantila yhteiskunnan kannalta. Toisaalta en myöskään pitäisi mahdolltomana, että myös sellaisia *oikeusperiaatteita* kuin *pacta sunt servanda*, nolla poena sine lege ja nullum crimen sine lege voisi käyttää käytännön ratkaisutoiminnassa ratkaisun perusteena irrallaan niistä yhteiskunnallisista arvoista ja tavoitteista, joita nämä periaatteet edistävät.

3.5.2 Institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen arvoperusta

Toinen oikeuslähteiden eri painoarvoja perusteleva tekijä on Siltalan mukaan seuraava. Oikeuslähteen painoarvon ratkaisee sen *rakenteistuminen* Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan. Tämän mukaan yksittäinen oikeuslähde painaa ratkaisuperusteena sitä enemmän, mitä suurempi on sen nauttima institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä erilaisissa vakiintuneissa, oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä tai vain vallitsevan yhteiskuntamoraalin ohjaamissa käytännöissä. Siltala toteaa ajatuksen institutionaalisesta tuesta olevan peräisin Ronald Dworkinin ajattelusta. Dworkin viittaa institutionaalisella tuella hajanaiseen, ajallisesti muuntuvaan ja vain tilannesidonnaisesti määriteltävissä olevaan yhteiskunnallisten arvoperusteiden kokonaisuuteen, mistä yksittäisen *oikeusperiaatteen* merkitys on ratkaisuharkinnassa pääteltävissä.³⁸⁹

Dworkinin mukaan ei ole osoitettavissa mitään mallia, jonka avulla voitaisiin arvioida sitä, millainen institutionaalinen tuki on välttämätöntä ja kuinka paljon institutionaalista tukea tarvitaan, jotta periaatteesta voi tulla *oikeusperiaate*. Vielä vaikeampaa tämän arvioiminen on yritettäessä määrittää oikeusperiaatteelle tiettyä paikkaa jonkin tärkeysjärjestyksen sisällä. Tietyn periaatteen puolesta voi argumentoida joukolla muuttuvia, kehittyviä ja toistensa kanssa vuorovaikutussuhteissa olevia standardeja, jotka itsekkin ovat pikemminkin periaatteita kuin sääntöjä. Nämä standardit määrittävät esimerkiksi institutionaalisia vastuita, oikeudellista tulkintaa, erilaisten prejudikaattien painoarvoja sekä näiden kaikkien suhdetta nykyhetkisiin moraalikäytäntöihin ja suhdetta koko joukkoon muita standardeja. Tätä kaikkea ei Dworkinin mukaan voida tiivistää yh-

³⁸⁹ Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 212-213.

deksi tunnistamissäännöksi, ja jos voitaisiinkin, niin lopputulos olisi varsin erilainen Hartin tarkoittamaan kohtuullisen vakaaseen tunnistussääntöön verrattuna.³⁹⁰

Siltala toteaa, että institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän vaatimus on mahdollista määritellä myös laajemmin. Niinpä hänen tutkimuksessaan sen alaisuuteen lukeutuu myös lainsäädännön ja oikeuskäytännön sääntömuotoiselle oikeudelliselle ratkaisuperusteelle tarjoama, Dworkinin tarkoittamaa suhdetta välittömämpi tuki. Oikeusperiaatteista poiketen oikeussäännöt on identifioitavissa niiden muodollisen syntyvän perusteella Hartin oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön tai Kelsenin perusnormin tarkoittamalla tavalla. Siten myös oikeussäännöt nauttivat yhteiskunnassa institutionaalista tukea, mutta nyt tuo tuki voidaan *palauttaa* määrättyyn *yksittäiseen lainsäädännökseen* tai tuomioistuinratkaisuun oikeusperiaatteiden edellyttämän välillisemmän tai epäsuoremman päättelyn sijaan.³⁹¹

Lisäksi oikeuslähteen institutionaalinen tuki viittaa Siltalan mukaan sen tueksi esitettävissä oleviin *sääntösidonnaisten yhteiskunnallisten käytäntöjen* kokonaisuuteen. Siltala tarkoittaa sellaisten sääntösidonnaisten käytäntöjen kokonaisuutta, joissa muodostuu yhteiskunnan oikeudellinen ja moraalinen resurssienjako, toimivallan jako ja vastuunjako eri institutionaalisten toimijoiden, kuten lainsäätäjän ja tuomioistuinten välillä. Tällaiset käytännöt ovat kuitenkin Siltalan ajattelussa keskeisesti sidottuja voimassaolevan oikeuden sääntöihin ”vallitsevan yhteiskuntamoraalin” ohjaamien käytäntöjen jäädessä vähäiseen sivuosaan. Siltala mainitsee esimerkkinä joitakin erityistapauksia, oikeudellisten ja yhteiskuntamoraalin alaan kuuluvien käytäntöjen lomittumisesta toisiinsa. Tällaisia liittymäkohtia ovat muun muassa vahingonkorvausoikeudelliset vastuurajoitukset, kysymys toisin toimimisen mahdollisuuksista rikosvastuun osalta, sekä sopimusoikeudelliset kohtuullistamisperiaatteet.³⁹²

Tältä osin Siltalan tarkoittama institutionaalinen tuki poikkeaa olennaisesti esikuvana olleesta Dworkinin ajatuksesta. Yhteiskuntamoraali ja moraaliset käytännöt ovat kyllä mukana Siltalan määritelmässä, mutta ei enää Dworkinin tarkoittamassa mielessä oikeuslähteiden painoarvoihin vaikuttavana tekijänä, vaan pikemminkin inklusiivisen positivismin tarkoittamalla tavalla. Siis ei ajatella, että moraali ja oikeus pitäisi välttämättä olla erossa toisistaan, kiistetään vain se, että niillä olisi välttämätön keskinäinen yhteys³⁹³. Dworkinin mukaan (oikeusperiaatteen nauttimaa) *institutionaalista tukea* voi pyrkiä artikuloidaan ja argumentoidaan joukolla muuttuvia, kehittyviä ja toistensa kanssa vuorovaikutussuhteissa olevia standardeja, jotka itsekin ovat pikemminkin pe-

³⁹⁰ Dworkin, *Taking Rights Seriously* s. 40.

³⁹¹ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria* s. 213.

³⁹² Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria* s. 214.

³⁹³ Ks. tästä aiheesta Niemi, *Ajatuksen kouluista ja ajatuksia kouluista* s. 181.

riaatteita kuin sääntöjä. Siten vaikka Siltala sanoo määrittelevänsä käsitteen ”institutionaalinen tuki” Dworkinia laajemmin, hän itse asiassa päätyy Dworkinin määrittelyä suppeampaan kantaan. Siltalan määritelmä ei siis tosiasiaassa merkitse institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän laajempaa määrittelemistä, sillä yhteiskunnallisen hyväksynnän vaatimus näyttää kuihtuvan pois, kun oikeuden yhteiskunnallista rakenteistumista ilmaiseva tekijä voidaan palauttaa määrättyyn yksittäiseen lainsäännökseen tai tuomioistuinratkaisuun. Siltala näyttää huomaamattaan palaavan takaisin Dworkinista Hartiin ja siten kompleksisista elementeistä muodostuvasta institutionaalisesta tuesta verrattain yksinkertaiseen tunnistussääntöön.

Siltalan mukaan oikeussääntöjen nauttima institutionaalinen tuki voidaan siis palauttaa määrättyyn *yksittäiseen* lainsäännökseen tai tuomioistuinratkaisuun. Mitä tällöin voidaan enää tarkoittaa jonkin oikeuslähteen *rakenteistumisella* Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen *arvoperustaan*? Tuorin tekemä erottelu oikeuden pintatason ja syvätason välillä tarjoaa tätä pohdintaa varten toimivan välineen. Suomen oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen arvoperusta on selvästikin ymmärrettävissä nimenomaan syvätason ilmiönä. Syvätasolle puolestaan on Tuorin mukaan ominaista oikeuden pintatasoa verkkaisemmat muutokset. Tällaiseen muutoksen hitauteen ymmärrän myös Siltalan viittaavan käsitteellä ”rakenteistuminen”. Yksittäiset lainsäätämiskäytännöt ja tuomioistuinratkaisut puolestaan sijoittuvat Tuorin jaottelussa nopeammin muuttuvalle oikeuden pintatasolle, eikä voi ajatella pintatason muutoksen merkitsevän samanaikaisesti ja välittömästi muutosta myös syvätasolla³⁹⁴. Suomen oikeuden arvoperustan ei voi olettaa rakenteistuvan yksittäisellä lainsäätämiskäytännöllä tai yksittäisellä tuomioistuinratkaisulla. Se, että Hartin tarkoittamalla tai siihen verrattavissa olevalla tunnistamissäännöllä pystytään tunnistamaan velvoittava oikeussääntö, ei vielä tarkoita sitä, että kyseessä olisi samalla Suomen oikeuden arvoperustan tai sen muuttumisen tunnistamisesta³⁹⁵.

Voidaan tietenkin ajatella, että Suomen oikeuden arvoperustaan on rakenteistunut yleinen ajatus lainsäätämiskäytännöllä voimaan saatettujen lakien kor-

³⁹⁴ Ymmärrän Tuorin tarkoittaman oikeudellisen positivismin eroavan perinteisistä positivismin malleista siinä, että Tuorilla oikeuden positiivisuus ei viittaa vain yksittäisiin pintatason oikeutta luoviin akteihin. Oikeuden positiivisuus syvätasolla ei siis palaudu *yksittäisiin* akteihin pintatasolla, vaan *useampiin* yksittäisiin pintatasolla tehtyihin tahdonvaltaisiin päätöksiin pidemmällä aikavälillä.

³⁹⁵ Siltala ei näytä tekevän selvää eroa oikeuden syvätason ja pintatason ilmiöiden muutosnopeuden välille. Hänen mukaansa esimerkiksi Suomen liittyttyä Euroopan ihmisoikeussopimukseen ja korkeimman oikeuden alettua yhä useammin viitata sopimuksen 6 artiklan oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevaan kohtaan, on suomalaisen tuomarin soveltama oikeuden tunnistamissääntö eli vallitsevan tuomarinideologian sisältö muuttunut (Siltala, Oikeustieteen tieteen teoria s. 311). Herää kuitenkin kysymys siitä, voidaanko ajatella, että olisi saatu aikaan muutos *myös vallitsevassa tuomarinideologiassa* pelkästään solmimalla yksittäinen valtiosopimus tai silloin kun korkein oikeus on yhä useammin alkanut viitata tiettyyn ihmisoikeussopimuksen artiklaan.

keasta ratkaisuarvosta oikeudellisissa ratkaisutilanteissa. Tästä ei kuitenkaan tulisi päätellä yksittäisen lain painoarvoa yksittäisessä oikeudellisessa ratkaisussa. Yksittäinen lakipykälä saattaa olla ongelmallisesti muotoiltu, vanhentunut tai muuten muuttunut epäajanmukaiseksi, tai koskea käsiteltävänä olevaa tapausta vain näennäisesti. Siten pitäisin parempana Dworkinin alkuperäistä ideaa, jonka mukaan yksinkertaisen tunnistussäännön sijasta oikeuslähteen nauttiman *institutionaalisen tuen* voi pyrkiä artikuloimaan ja argumentoimaan joukolla muuttuvia, kehittyviä ja toistensa kanssa vuorovaikutussuhteissa olevia standardeja.

On lisäksi syytä kiinnittää huomio vielä yhteen seikkaan Siltalan tavassa käyttää rakenteistuneisuuden astetta oikeuslähteen painoarvoon vaikuttavana tekijänä. Siltala (Oikeustieteen tieteenteoria s. 214) toteaa, että ”Mitä suurempi on yksittäisen ratkaisuperusteen oikeudellinen ja yhteiskunnallinen rakenteistuneisuus Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eli sen nauttima institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä erilaisten vakiintuneiden ja oikeudellisesti merkityksellisten sääntösidonnaisten yhteiskunnallisten käytäntöjen merkityksessä, sitä suurempi on sen ratkaisuarvo yksittäisessä oikeudellisessa ratkaisutilanteessa”. Tämä ajatus on selvästi kehämainen: Siltala siis sanoo, että mitä suurempi on oikeuslähteen nauttima arvostus oikeuskäytännössä, sitä merkittävämpi tämä oikeuslähde on oikeuskäytännön kanalta. Kyseessä ei kuitenkaan välttämättä ole tautologiasta tai vahingollisesta kehästä. Esimerkiksi ajatuksella oikeuden autopoiesista voidaan tällainen kehä muuntaa toimivaan muotoon (ks. esitystäni tästä IV-luvussa).

3.5.3 Oikeuslähdeopin institutionaaliset oikeuttamisperusteet

Siltalan mukaan vallitseva oikeuslähdeoppi saa lisäksi tukensa keskeisten oikeuslähteiden taustalla vaikuttavista institutionaalisista oikeuttamisperiaatteista sekä niitä vastaavista institutionaalisista käytännöistä. Oikeuslähteittäin eriytyneiden *institutionaalisten oikeuttamisperiaatteiden* avulla on mahdollista osoittaa yksittäiset oikeudelliset ratkaisuperusteet moraalifilosofisessa ja arvoteoreettisessa katsannossa oikeutetuiksi. Lisäksi voidaan osoittaa, että nämä oikeuttamisperiaatteet nauttivat institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä käytännöissä kuten esimerkiksi lainsäädännössä, oikeuskäytännössä, tavanomaisoikeudellisissa käytännöissä, sopimuskäytännöissä, ja näiden välisissä keskinäisissä suhteissa.³⁹⁶

Siltala nimeää oikeusvaltioperiaatteen *vallitsevaksi metateoriaksi*, joka sisältää oikeuslähdeoppia perustelevat neljä institutionaalista oikeuttamisperiaatetta. Vallitsevan metateorian ja sen sisältämien periaatteiden tehtävänä on Silta-

³⁹⁶ Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 224.

lan oikeuslähdeopissa asettaa oikeuslähteet tärkeysjärjestykseen. Mitä suurempi on yksittäisen ratkaisuperusteen taustalla vaikuttavan institutionaalisen oikeuttamisperusteen merkitys vallitsevan oikeudellisen metateorian (siis oikeusvaltioajattelun) eli oikeuden institutionaalisen metakontekstin valossa, sitä suurempi on sen oikeudellinen ratkaisuarvo yksittäisessä oikeudellisessa ratkaisutilanteessa. Yksittäiset oikeuslähteet ja niiden taustaperiaatteet tulee siis suhteuttaa toisiinsa vallitsevan metateorian mukaisesti.³⁹⁷ Demokratiaperiaate, oikeussubjektien yksityisoikeudellisen tahdonautonomian kunnioittaminen, oikeudellinen yhdenvertaisuus, hallinnollinen suvereniteettiperiaate sekä vallitseva käsitys aineellisesta oikeudenmukaisuudesta ovat vallitsevan oikeuslähdeopin taustalla vaikuttavat institutionaaliset ja ei-institutionaaliset oikeuttamisperusteet.³⁹⁸

Demokratiaperiaate eli lainsäätäjän tahdon kunnioittaminen perustelee lainsäädännön ja välillisesti myös lainvalmisteluaineiston velvoittavuuden tuomarin ratkaisuharkinnassa. *Tahdonautonomia* eli kansalaisten sopimusvapauden kunnioittaminen perustelee yksityisten kansalaisten siviilioikeudellisen määräämisvaltansa turvin tekemien sopimusten sitovuuden ja velvoittavuuden tuomarin ratkaisuharkinnassa, ja myös tavanomainen oikeus voidaan tavallisesti palauttaa oikeussubjektien hiljaisesti hyväksymän sopimuskonstruktion alaisuuteen. *Oikeudellinen yhdenvertaisuus* ja ennakoitavuus eli kansalaisten muodollinen oikeusturva perustelee prejudikaattiperustaisen oikeuden sekä yleisemmin vakiintuneen tuomioistuin- ja viranomaiskäytännön velvoittavuuden tuomarin ratkaisuharkinnassa. *Suvereniteettiperiaate* eli ylimmän vallanpitäjän antamien määräysten noudattaminen perustelee (yhteisöoikeudellisen) lainsäädännön pakottavuuden siltä osin kuin se ei ole palautettavissa demokratiaperiaatteeseen sekä tuomioistuinratkaisusta johdettavien yleisten oikeusohjeiden velvoittavuuden siltä osin kuin ne eivät ole palautettavissa oikeudellisen yhdenvertaisuuden periaatteeseen.³⁹⁹

Tärkeimmäksi taustaperiaatteeksi Siltala nostaa demokratiaperiaatteen eli lainsäätäjän tahdon kunnioittamisen. Lakien ja perustuslain velvoittavuuden taustalle ei tarvitse enää olettaa Kelsenin mallin mukaisesti transsendentaalista perusnormia, vaan vetoaminen yhteiskunnan institutionaaliseen perustaan ja sen sisältämään institutionaaliseen oikeuttamisperusteeseen – demokratiaan – riittää. Tältä osin kyse on Hartin tarkoittamasta oikeuden viimekätisestä tunnistamissäännöstä, joka on empiirisesti todennettavissa oleva yhteiskunnallinen tosiasia. Demokratiaperiaatteen kunnioitus onkin Siltalan mukaan todennettavissa tuomarien ja muiden viranomaisten tosiasiallisista ratkaisukäytännöistä ja muissa vastaavissa yhteiskunnallisissa käytännöissä, jotka ilmentävät lainsää-

³⁹⁷ Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 241, 243.

³⁹⁸ Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 230.

³⁹⁹ Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 228.

täjän tahdonilmausten keskeistä roolia voimassa olevan oikeuden soveltamisessa. Myös juristien *ammattillisen itseyttä* mukaan legalistisilla perusteilla on huomattava merkitys oikeudellisia ratkaisuja tehtäessä. Demokratiaperiaate perustelee myös *lain esitöiden* asemaa oikeuslähteinä siinä määrin kuin ne palvelevat lainsäätäjän historiallisen tarkoituksen selvittämistä.⁴⁰⁰ Prejudikaatit puolestaan velvoittavat, koska *oikeudellinen yhdenvertaisuus* eli kansalaisten muodollinen oikeusturva sitä edellyttää. Oikeudellisen yhdenvertaisuuden merkitys on tunnustettu myös perustuslaissa, joten se saa tukea myös lainsäätäjän tahdon kunnioittamista edellyttävältä demokratiaperiaatteelta.⁴⁰¹

3.5.4 Arviointia

Kuten yllä on todettu, Siltalan mukaan oikeuslähteittäin eriytyneiden *institutionaalisten oikeuttamisperiaatteiden* avulla on mahdollista osoittaa yksittäiset oikeudelliset ratkaisuperusteet moraalifilosofisessa ja arvoteoreettisessa katsannossa oikeutetuiksi. Toiseksi, mitä suurempi on yksittäisen ratkaisuperusteen taustalla vaikuttavan institutionaalisen oikeuttamisperiaatteen merkitys vallitsevan oikeudellisen metateorian eli oikeuden institutionaalisen metakontekstin valossa, sitä suurempi on sen oikeudellinen ratkaisuarvo yksittäisessä oikeudellisessa ratkaisutilanteessa. Mielestäni tällainen lähestymistapa oikeuslähdeoppiin on lupauksia herättävää, ja tulevissakin oikeuslähdeopeissa kehittämisen arvoinen.

Yksittäisten oikeuslähteiden oikeuttamiseen voidaan nähdäkseni hyvinkin käyttää moraalifilosofisia ja arvoteoreettisia perusteluita. Haastavampi tehtävä puolestaan on erilaisten pysyvien ja yksittäisen ratkaisutilanteen kontekstista riippumattomien painoarvojen perusteleminen erilaisten periaatteiden ja arvojen välille. Eri periaatteet ja arvot eivät välttämättä ole aina edes yhteismitallisia sen paremmin arvoteoreettisesti arvioituna kuin oikeuskäytännössä syntyneiden arvostustenkaan näkökulmasta arvioituna. Toiseksi yksittäisenkin periaatteen merkitys oikeuslähdeopin perusteluna riippuu siitä, miten tämä periaate määritellään. Esimerkiksi kun demokratiaperiaatteen näkee ilmentymänä lainsäätäjän tahdon kunnioittamisen vaatimuksesta, tällöin demokratiaperiaatteen voi ajatella tukevan lain asemaa sitovana oikeuslähteenä. Jos demokratia puolestaan ymmärretään monivivahteisempänä asiana, kuten II-luvussa ehdotin, tällöin demokratiaperiaate ei välttämättä tue lakiin sitoutumisen vaatimusta oi-

⁴⁰⁰ Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 232-233.

⁴⁰¹ Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 235. Siltalan mukaan demokratiaperiaate on yhdenvertaisuusperiaatetta merkittävämpi periaate oikeuslähdeopin perustelemissa. Tämän mukaisesti lain esitöiden pitäisi olla merkittävämpi oikeuslähde kuin prejudikaattien. Kun Siltala kuitenkin sijoittaa nämä oikeuslähteet samaan oikeuslähdekategoriaan painoarvoiltaan saman suuruusina, vaatisi tämä rinnastaminen vielä lisäperustelua.

keudellisessa ratkaisussa. Demokratiaperiaatteella voidaan myös tukea ajatusta yhteisvastuullisesta työnjaosta lainsäädäntötoiminnan ja tuomioistuintoiminnan välillä.

Toinen mielenkiintoinen havainto liittyy yhdenvertaisuusperiaatteeseen oikeuslähdeopin perusteluna. Kuten Juha Karhu usein muistuttaa, oikeuskulttuurissamme keskeinen yhdenvertaisuusperiaate ei tarkoita vain sitä, että samanlaisia on kohdeltava samalla tavalla, vaan kyse on siitä, että ”samanlaisia on kohdeltava samalla tavalla, *ja* erilaisia eri tavalla”. Eikö siis myös ajatus erilaisten kohtelemisesta eri lailla olisi korotettava oikeuslähdeoppia perustelevien oikeuttamisperusteiden joukkoon⁴⁰²? Eikö myös tämänkin periaatteen voi ajatella olevan rakenteistunut osaksi suomalaisen oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa? Tämä ajatus nostaisi erilaisuuden arvioinnissa tarvittavat reaaliset argumentit ja niihin liittyvän aineellisen oikeudenmukaisuuden vaatimuksen yhdeksi keskeiseksi oikeuslähdeopin osatekijäksi⁴⁰³. Reaaliset argumentit saisivat myös sitä kautta keskeisemmän aseman oikeuslähteiden joukossa, jos *luottamuksensuojaperiaate* ymmärrettäisiin II-luvussa esittämälläni tavalla. Tällöin luottamuksen suojalla tarkoitettaisiin ennakoitavuusvaatimuksen lisäksi sitä, että suojattaisiin yhteiskunnallisten toimijoiden luottamusta ratkaisujen onnistuneisuuteen.

Institutionaalisten oikeuttamisperiaatteiden oikeuslähdeopillisen merkityksen kannalta Euroopan yhteisön oikeus muodostuu ongelmaksi. EY-tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamien prejudikaattien velvoittavuus perustuu myös ainakin osittain yhdenvertaisuuden sekä ennakoitavuuden ideaan⁴⁰⁴. Siltä osin kuitenkin kuin demokratiaperiaate tai oikeudellisen yhdenvertaisuuden ideaali ei kykene tarjoamaan yhteisöoikeudelliselle lainsäädännölle tai EU-tuomioistuinten prejudikaateille riittävää institutionaalista justifikaatioperustetta, sen oikeuttamisperusteena on Siltalan mukaan residuaalinen eli vain jäännösperiaatteen tavoin toimiva suvereniteettiperiaate. Kyse on ylimmän vallanpitäjän antamien määräysten oikeudellisesta pakottavuudesta silloin kun lainsäädäntö tai oikeuskäytäntö ei voi tukeutua demokratiaperiaat-

⁴⁰² Näkemykseni mukaan oikeusvaltioteoria ja siihen perustuva oikeudellisen ratkaisun teoria ovat ylikorostaneet samankaltaisuutta erilaisuuden kustannuksella. Oikeusfilosofian tehtävänä olisikin ryhtyä vastahyökkäykseen erilaisuuden nostamiseksi kilpailemaan tasavertaisena kumppanina samanlaisuuden rinnalle. Tähän tarkoitukseen sopiva taustafilosofia saattaisi löytyä esimerkiksi Emmanuel Levinasin etiikasta, jossa eettisyys tarkoittaa nimenomaan erilaisuuden kunnioittamista ja vastuun ottamista toisesta. Myös oikeudessa ja oikeudellisessa ratkaisuteoriassa levinasilainen eetos on otettava vakavasti. Ks. erinomainen johdatus Levinasin etiikkaan Susanna Lindroos-Hovinheimo, *Oikeus* 3/2007 s. 283-301.

⁴⁰³ Vrt. kuit. Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria* s. 238. Siltalan mukaan aineelliset argumentit ovat kaikkia institutionaalista tukea nauttavia oikeuslähteitä heikompia perusteluita. Vastakkaista kantaa edustaa Peczenik, jonka mukaan ei olisi oikein sanoa, että prejudikaatit *prima facie* menisivät asiaperusteluiden edelle (*Vad är rätt?* s. 217).

⁴⁰⁴ Myöhemmässä teoksessaan *Oikeudellinen tulkintateoria* s. 399 Siltala mainitsee myös luottamuksen suojan näiden prejudikaattien oikeuslähdeopillista asemaa tukevana periaatteena.

teeseen tai yhdenvertaisuuden periaatteeseen. Suvereniteettiperiaate painottaa oikeudellisen ja hallinnollisen määräämisvallan itsesarvoisuutta, jota ei ole tarpeen – tai ainakaan mahdollista – palauttaa parlamentaariseen tahdonmuodotukseen tai muulla avoin ilmaistuun yhteisölliseen hyväksyntään. Suvereniteettiperiaate täydentää demokratiaperiaatetta etenkin Euroopan yhteisön oikeudessa, jota demokratiavaje yhä keskeisesti rasittaa. EY-tuomioistuimen ennakopäätökset eivät Siltalan mukaan tukeudu demokratiaperiaatteeseen, sillä ne ovat demokraattisen kontrollin ulottumattomissa eivätkä ne myöskään yksiselitteisesti palaudu yhdenvertaisuuden ja ennakoitavuuden periaatteeseen, sillä ne ovat luoneet pikemminkin yllätyksellisyyttä kuin ennakoitavuutta.⁴⁰⁵

Kuten Siltala toteaa, oikeudellisen norminannon itseisarvoiseen pakottavuuteen sekä taloudellis-hallinnolliseen tehokkuuteen perustuva suvereniteettiperiaate eurooppaoikeuden keskeisenä taustaperusteluna vaikuttaa ilman, että se voitaisiin asettaa laajempaan oikeudelliseen metakontekstiin. Vielä varsin jäsentymätön idea yhtenäisestä Euroopasta ei ole oikeusvaltioperiaatteen tavoin kiteytynyt oikeudelliseksi ideaaliksi. Eurooppaoikeudellisen oikeusnormiston taustajustifikaatio on Siltalan mukaan olennaisesti heikompi kuin kansallisen lainsäädännön tai kansallisten prejudikaattien. Tämä johtuu tärkeältä osaltaan siitä, että eurooppaoikeuden oikeuttamiseksi joudutaan turvautumaan myös arvovoteoreettisessa katsannossa varsin heikkoon suvereniteettiperiaatteeseen. Sitä eurooppaoikeudellisten normistojen asema on suomalaisen tuomarin ratkaisuharkinnassa vahva, tai ainakin se voi olla vahva osin ulko-oikeudellisten eli toteutuneen integraatioprosessin taloudellis-poliittisten tekijöiden vuoksi.⁴⁰⁶ Kun eurooppaoikeudelliset normistot ovat kuitenkin suuressa määrin jäsenvaltioita ja niiden toimijoita velvoittavaa oikeutta ja ne voivat myös syrjäyttää kansallisen oikeuden ratkaisuperusteluna, on tällöin varsin ongelmallista vedota Siltalan tarkoittamalla tavalla institutionalisoituneiden oikeuslähdeopin *taustaperiaatteiden keskeiseen merkitykseen* yksittäisten oikeuslähteiden argumentatiivista *painoarvoa* arvioitaessa.

On ymmärrettävää, että Siltala haluaa *positivistisen tradition* edustajana konstruoida nimenomaan suvereniteettiperiaatteen eurooppaoikeudellisen oikeusnormiston taustajustifikaatioksi. Periaate perustuu hänen mukaansa oikeudellisen norminannon itseisarvoiseen pakottavuuteen sekä taloudellis-hallinnolliseen tehokkuuteen. Kyse on ylimmän vallanpitäjän antamien määräysten oikeudellisesta pakottavuudesta niiden tehosteena olevien virallisten sanktioiden

⁴⁰⁵ Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 230, 237. Ilmeisestikin osoituksena tietynlaisesta oikeuslähdeopin viimeistelemättömyydestä Siltala on esityksessään nimennyt suvereniteettiperiaatteen vallitsevan oikeuslähdeopin *institutionaaliseksi oikeuttamisperiaatteeksi* (siis oikeusvaltioideologiaan kuuluvaksi periaatteeksi), eikä siirtänyt sitä käyttämäänsä ei-institutionaalisten oikeuttamisperusteiden kategoriaan.

⁴⁰⁶ Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 241, 243.

perusteella.⁴⁰⁷ Tämä positivistin valinta on ymmärrettävä, sillä näin ei-asetetun oikeuden ja yhteiskunnallisen tavoiteharkinnan rooli oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa saadaan jätettyä sivurooliin. Jos tällaisesta positivismille tyypillisestä positioista päästään kuitenkin ylitse, niin tällöin ensinnäkin yhteismarkkinoiden toiminnallisten edellytysten parantaminen *teleologisena* periaatteena voisi nousta oikeuslähdeopin peruseriaatteenksi. Tämän kautta yhteiskunnallista tavoiteharkintaa korostava teleologia olisi mahdollista yleistää myös koko oikeuslähdeoppia perustelevalksi yleiseksi periaatteenksi. Eurooppaoikeuden esi-merkkiä seuraten olisi mahdollista perustella teleologisten ja reaalisten argumenttien keskeistä merkitystä useammillakin oikeudenaloilla. Toinen eurooppaoikeuden luonteva taustaperustelu olisi formuloitavissa luonnonoikeudelliseksi ihmisoikeuksiin palautuvaksi oikeuttamisperiaatteenksi. Teleologiaa ja luonnonoikeutta voitaisiin yleisemminkin pitää demokratiaperiaatteen haastavina ja tasavertaisesti kilpailevina oikeuslähdeopin oikeuttamisperusteina, eikä eurooppaoikeudenkaan alalla tarvitsisi tyytyä vain demokratiaperiaatetta täydentävään suvereenisuusperiaatteen residuaalisena jäännösperiaatteenä. Tällöin eurooppaoikeudellisen oikeusnormiston taustajustifikaatio ei enää olisi olennaisesti heikompi kuin kansallisen lainsäädännön tai kansallisten prejudi-kaattien taustaperiaatteen ja eurooppaoikeudellisten normistojen vahva asema kansallisen oikeuden rinnalla voitaisiin perustella myös arvoteoreettisesti. Toisin kuin suvereniteettiperiaate, nämä periaatteen on mahdollista sijoittaa oikeuden jo institutionalisoituneeseen metakontekstiin, ja ne ovat myös suvereniteettiperiaatetta vahvemmin perusteltavissa arvoteoreettisesti ja moraalifilosofisessa keskustelussa⁴⁰⁸.

3.5.5 Dynaamisuus Siltalan oikeuslähdeopissa

Siltala puhuu dynaamisuudesta oikeuslähteiden eli ratkaisuperusteiden *syntyvän* yhteydessä. Siltalan mukaan Suomen vallitsevaan oikeuslähdeoppiin sisältyy aineksia sekä staattisesta että dynaamisesta oikeuslähdeajattelusta. Lainsäädäntö sekä EY-lainsäädännön että kansallisen sääntelyn merkityksessä edustaa edelleen perinteistä staattista oikeuslähdekäsitystä, sillä ratkaisevaa on tietyn oikeudellisen ratkaisuperusteen *muodollinen syntyminen* parlamentaarisen lainsäädäntömenettelyn tuloksena. Laki velvoittaa, koska se on säädetty voimassa

⁴⁰⁷ Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 237.

⁴⁰⁸ Tähän suuntaan viittaa myös Siltala teoksessaan Oikeudellinen tulkintateoria. Suvereniteettiperiaatteen voidaan hänen mukaansa liittää (joskin toissijaisesti) myös taloudellisen tehokkuuden edistämisen vaatimus ja aineellisen oikeudenmukaisuuden toteuttamisen vaatimus (s. 411 ja 412). On kuitenkin huomattava, että jos näin ajatellaan, niin kyse ei kuitenkaan ole enää Siltalan alun perin tarkoittamasta sellaisesta suvereniteettiperiaatteen, joka perustuu itseisarvoiseen pakottavuuteen ja hallinnolliseen tehokkuuteen.

olevan perustuslain tarkoittamalla tavalla. Tästä poiketen EY-tuomioistuimen sekä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen ilmentämien yleisten oikeusohjeiden oikeuslähteopillinen arvo ei ole määritettävissä yksin niiden syntyperän mukaisesti. Tässä mielessä ne ovat dynaamisia ratkaisuperusteita, sillä ratkaisevaa ei ole vain oikeudellisen ratkaisuperusteen synty tapa, vaan sen rakenteistuminen Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvo-perustaan, sekä eurooppaoikeudellisen normiston osalta myös yleiseurooppalaiseen oikeuskäytäntöön. Ratkaisevaa on toisin sanoen niiden nauttima institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä erilaisissa sääntösidonnaisissa ja oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä.⁴⁰⁹ Siltalan mukaan dynaamisuus luonnehtii keskeisesti myös kansallisten prejudikaattien, tavanomaisen oikeuden, lainopillisen kirjallisuuden sekä reaalisten argumenttien painoarvoa ratkaisuharkinnassa.⁴¹⁰

Siltala toteaa, että EY-tuomioistuimen ja ihmisoikeustuomioistuimen tekemien ratkaisujen painoarvo oikeuslähteenä saattaa vaihdella huomattavasti. Osa näistä ratkaisuista rinnastuu kansalliseen perustuslakiin tai voi ristiriitatilanteessa mennä jopa sen edellekin. Toisaalta suurella osalla näistä prejudikaateista on huomattavasti vähäisempi arvo oikeuslähteenä. On esimerkiksi runsaslukuinen joukko prejudikaatteja, jotka rinnastuvat lähinnä vain kansallisiin prejudikaatteihin. Lisäksi on myös sellaisia merkitykseltään vähäisiä prejudikaatteja, jotka väistyvät kansallisten säädösten ja kansallisten prejudikaattien tieltä. Jotkut EU-tuomioistuinten prejudikaateista saattavat jäädä jopa kokonaan vaille ratkaisuarvoa suomalaisessa oikeuskäytännössä esimerkiksi sen vuoksi, että suomalainen oikeuskulttuuri ei lainkaan tunnista kyseisessä prejudikaatissa käsiteltävää oikeudellista järjestelyä, käsitettä tai instituutiota. Osa ratkaisuista on saattanut vanhentua tai käydä muutoin epäasianmukaiseksi joko yhteiskunnassa tapahtuneiden muutosten tai EU-tuomioistuinten ratkaisulinjoissa tapahtuneiden käänteiden vuoksi. Prejudikaatteja ei kumota siinä merkityksessä kuin vanhentuneita tai epäajanmukaisia säädöstekstejä voidaan kumota, siihen ei ole käytettävissä tätä varten tarkoitettua muodollista menettelyä. Tämän vuoksi oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa on oltava valpas prejudikaattien suhteen, sillä niiden painoarvo oikeuslähteenä saattaa merkittävästikin muuttua, kun ne asettuvat muun eurooppaoikeuden tai muun eurooppalaisen oikeudenkäytön yhteyteen. Kun lisäksi prejudikaattien perusteella konstruoidut velvoittavat oikeusohjeet (ratio decidendi) voidaan muotoilla ratkaisusta toiseen eri tavalla, saattaa oikeudellisessa ratkaisutilanteessa jäädä tietyn prejudikaatin painoarvo ratkaisuperusteena etukäteen arvioiden varsin epämääräiseksi.⁴¹¹

⁴⁰⁹ Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 203.

⁴¹⁰ Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 203.

⁴¹¹ Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 290-293. Lisäksi Siltala toteaa (s. 287), että EY-tuomioistuimen ja ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin johdettujen oikeusohjeiden velvoittavuus voi merkittävästi vaihdella kyseisen ratkaisun aineellisesta sisällöstä sekä kansallisten tuo-

Siltalan mukaan dynaaminen oikeuslähdeoppi on kyseessä silloin, kun sen mukaan ei ole mahdollista esittää mitään yleistä, tuomaria tai muuta lainsoveltajaa ennakkolisesti velvoittavaa oikeuslähteiden hierarkiaa, vaan eri oikeuslähteidenpainoarvo tuomarin ratkaisuharkinnassa on määritettävissä vain tapaus- ja tilannekohtaisesti⁴¹². Näin ollen oikeuslähteopin dynaamisuus ei itse asiassa ole Siltalalle mikään tavoittelemisen arvoinen asia, vaan pikemminkin puute, joka johtuu siitä, että oikeuslähteille ei pystytä määrittämään vakiintuneita painoarvoja. Itse en kuitenkaan olisi valmis sanomaan Siltalan tarkoittamaa oikeuslähteoppia dynaamiseksi, vaan kyse on pikemminkin epävakaudesta tai ambivalenssista.

Siltalan kuvaama oikeuslähdeoppi ei suinkaan ole dynaaminen, sillä ei ole syytä puhua epämääräisyyden tai satunnaisuuden mahdollistavasta ja satunnaisuuksiin perustuvasta toiminnasta dynaamisena toimintana. Hyvin toimivalla oikeussysteemillä ei itse asiassa ole edes varaa antaa oikeuslähteiden painoarvojen määräytymisen tapahtua pelkästään tapauskohtaisesti tai tilannekohtaisesti. Oikeuslähdeoppi on konstruoitava juuri sitä varten, että sen avulla pystytään satunnaisuuksien välttämiseksi supistamaan rajoittamatonta kompleksiteettia oikeussysteemissä hallittavaan muotoon. Oikeuslähdeoppi on vasta silloin onnistunut dynaamisuudessaan, kun pystytään (oikeuskäytännön tarpeita varten) osoittamaan kriteerejä, joiden avulla yksittäisen oikeuslähteen painoarvon vahvenemista ja heikkenemistä voidaan arvioida. Yksittäiset ratkaisutilanteet voidaan nähdä osana oikeudellisen ratkaisutoiminnan *jatkumoa*, jolloin menneissä oikeudellisissa ratkaisuissa eri oikeuslähteille annetuille painoarvoille on nykyhetkessä annettava merkitystä harkittaessa oikeuslähteen painoarvoa yksittäistapauksissa. Tällöin oikeuslähteiden painoarvo ei ole määritettävissä täysin tapaus- ja tilannekohtaisesti, vaan niiden painoarvo on jo ainakin jossakin määrin vakiintunut. Tämän ajattelumallin mukaan niillä voi hyvinkin ajatella olevan lähtökohtaisia painoarvoja, jotka eivät kuitenkaan estä pienempää tai suurempaa variaatiota yksittäisen oikeuslähteen painoarvoa punnittaessa yksittäisten ratkaisujen osalta.

Lopuksi eräs huomio Siltalan tarkoittamasta oikeuslähteopin staattisuudesta. Oikeuslähteoppien staattisena ääripäänä Siltala pitää Aarnion ja Peczenikin oikeuslähteoppeja, sillä niiden mukaan oikeuslähteiden ratkaisuarvo on ennalta vakioitavissa vahvasti velvoittaviksi, heikosti velvoittaviksi ja sallituiksi oikeuslähteiksi. Tällainen arvio ei kuitenkaan tee oikeutta varsinkaan Peczenikin

mioistuinten ja viranomaisten hyväksyvistä tai torjuvasta suhtautumisesta riippuen. Sivulla 309 Siltala puolestaan toteaa brusiinmaisesti, että eurooppaoikeudellisen säädöksen tai EY-tuomioistuinten antamien prejudikaattien saattaa olla käytännössä mahdotonta syrjäyttää edes kansallista lakia tai asetusta, jos ne koetaan räikeällä tavalla Suomen oikeuden ja yhteiskunnan keskeistä arvoperustaa loukkaaviksi. Otto Brusiinhan lähti siitä, että tuomarin on jätettävä laki soveltamatta, jos hän toteaa lain soveltamisen johtavan vallitsevan oikeusvakaumuksen vastaiseen tulokseen.

⁴¹² Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 202.

oikeuslähdeopille, joka korostaa oikeuslähdekategorioiden *prima facie* -luonteisuutta. Oikeuslähteiden saamat panoarvot ovat siis Peczenikin mukaan vain lähtökohtaisia, ja niistä voidaan poiketa painavin juridisin perustein. Tällä perusteella minun näkemykseni mukaan voidaan Peczenikin oikeuslähdeoppia pitää jopa Siltalan oikeuslähdeoppia dynaamisempana. Siltalalta puuttuu nimittäin Peczenikillä oleva korostus oikeuslähteiden painoarvojen *prima facie* -luonteisuudesta. Tosin Siltala pitää mahdollisena vahvenemis- ja heikkenemiskehitystä *oikeusperiaatteiden* oikeuslähdeopillisen painoarvon osalta⁴¹³.

3.5.6 Deskriptiivistä ja autenttista?

Siltala toteaa oman oikeuslähdeoppinsa olevan tarkoitettu mahdollisimman autenttiseksi rekonstruktioksi Suomessa vallitsevasta oikeuslähdeopista. Oikeuslähdeopin tarkoituksena ei siis ole olla sen paremmin normatiivinen kuin kriittinenkään. Siltalan oikeuslähdeoppi on hänen mukaansa analyttis-deskriptiivinen.⁴¹⁴ Siltalan mukaan analyttis-deskriptiivinen oikeuslähdeoppi on sitoutunut valitsevan tuomarinideologian oikeuslähdeopillisiin premisseihin eli niihin oikeusläheisiin, joita tuomioistuimet ja viranomaiset ovat kollektiivisesti hyväksyneet voimassa olevan oikeuden pätevyyskriteereiksi.⁴¹⁵ Siltalan tekstistä selviää, että kriittistä hänen oikeuslähdeoppinsa ei ole. Kuitenkin on aika uskallettua puhua deskriptiivisestä ja autenttisesta oikeuslähdeopista silloin kun tutkimustulokset eivät laisinkaan perustu empiirisiin tutkimuksiin. Siltalalla on siten ehkä kyse oikeustieteellisestä oikeuslähdeopin konstruoimisesta, jolla oikeustieteen auktoriteetin vuoksi saattaa olla oikeuskäytäntöön nähden ainakin heikkoa normatiivista vaikutusta.

Ilman empiiristä tutkimusta emme siis voi olla varmoja Siltalan oikeuslähdeopin autenttisuudesta suhteessa oikeudelliseen ratkaisutoimintaan. Se, että aineellinen oikeudenmukaisuus ratkaisuaargumenttina on Siltalan oikeuslähdeopissa varsin heikossa asemassa⁴¹⁶, panee kuitenkin epäilemään oikeuslähdeopin autenttisuutta. Voisi nimittäin olettaa, että oikeuskäytännössä pyrkimys ratkaisun oikeudenmukaisuuteen saattaa osin olla tärkeässäkin roolissa ratkaisuja konstruoitaessa⁴¹⁷. Herää myös kysymys siitä, onko oikeustiede Siltalan re-

⁴¹³ Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 215. Lisäksi Siltala toteaa s. 309 sisällöllisten näkökohtien olevan merkityksellisiä tiettyjen oikeuslähteiden painoarvoa arvioitaessa.

⁴¹⁴ Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 224.

⁴¹⁵ Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 278.

⁴¹⁶ Näin Siltala esimerkiksi: Oikeustieteen tieteenteoria s. 229 ja 246.

⁴¹⁷ Tähän viittaa esimerkiksi Kaijus Ervastian tuomareille tekemä haastattelututkimus. Tämän tutkimuksen perusteella näyttää olevan niin, että ei ole lainkaan harvinaista se, että alioikeustuomarit ovat valmiit joustamaan sääntöjen noudattamisen vaatimuksesta, jos oikeudenmukaisuus ja kohtuus niin vaativat. Ervasti, Käräjäoikeuksien sovintomenettely s. 400-409.

konstruktiossa oikealla paikallaan oikeuslähteiden joukossa, hänhän sijoittaa oikeustieteen kategoriaan ”mahdolliset muut oikeuslähteet”⁴¹⁸. Oikeustiede ei *käytännön ratkaisutoiminnassa* ehkä ole niin heikossa asemassa oikeuslähteiden joukossa kuin Siltalan oikeuslähdeoppi antaa ymmärtää. Kuvaako Siltala oikeuslähdeopissaan siis oikeusvaltioideologiaa autenttisesti sellaisena kuin se ilmenee ratkaisukäytännöissä, vai onko kyse pikemminkin oikeuskäytännön kuvaamisesta ”akateemisen” oikeusvaltioteorian muodostaman linssin läpi katsottuna? Tähän mahdollisuuteen viittaa se, että Siltala sanoo perustelevansa oikeuslähdeoppinsa tavalla, joka onnistuneesti väistää muiden oikeuslähdeoppeja perustelevien teorioiden *tutkimukselliset karikot*⁴¹⁹.

3.5.7 Lopuksi

Haluan kiinnittää huomion vielä siihen, että Siltalan käyttämät kriteerit oikeuslähteiden painoarvojen arvioimiseen sisältävät myös yhden ristiriitaisuuden, joka teorian jatkokehittelyssä olisi pyrittävä poistamaan. Yhtäältä oikeuslähde on ratkaisuperusteena sitä painavampi, mitä suurempi on sen nauttima institutionaalinen tuki ja *yhteisöllinen hyväksyntä*. Toisaalta oikeuslähteen painoarvo on sitä suurempi, mitä suurempi on sen sääntöformaaliuden aste eli sen itsenäisyys suhteessa sen alkuperäisiin synty- ja justifikaatioperusteisiin erilaisten yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoitenäkökohtien merkityksessä⁴²⁰. Kun yhteisöllisen hyväksynnän saaminen edellyttää oikeuslähteen läheistä liityntää yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin, niin sääntöformalismin vaatimuksen kautta puolestaan arvostetaan oikeuslähde sitä korkeammalle, mitä ohuempi yhteys sillä on sanottuun arvoperustaan.

Siltalan esittämä ajatus institutionaalisen tuen vaikutuksesta ratkaisuperusteen painoarvoon on mielenkiintoinen myös oikeuslähdeopin jatkokehittelyjen kannalta. Oikeuslähteiden yhteydessä voitaisiin institutionaalisella tuella tarkoittaa pelkästään sitä, että kyseinen oikeuslähde yhdistetään johonkin nimenomaiseen oikeuden institutionalisoituneeseen toimintaan. Tällainen oikeuden aktualisointi saattaa siten olla peräisin lainsäädäntöprosessista, *oikeustieteellisesti* tutkimuksesta tai tuomioistuinratkaisusta. Tällöin oikeuslähteen painoarvoa perustelevana tekijänä toimii se, että kyseisen aktualisoinnin on konstruoinut oikeussysteemin institutionalisoitunut ja arvostettu toimija (”test of pedigree”). Toinen painoarvoon vaikuttava tekijä voisi tällöin olla se, kuinka vahvan tuen yksittäinen oikeuslähde (yksittäistapauksissa) saisi yhteiskunnallisista arvoista ja tavoitteista. Tällöin vastaavasti oikeuslähteen epäsovivuus suhteessa

⁴¹⁸ Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 307.

⁴¹⁹ Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 225–226.

⁴²⁰ Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 215.

yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin heikentäisi sen arvoa oikeudellisena ratkaisuperusteena. Lisäksi, jos jokin oikeuslähde nähtäisiin irrallisena tai erkaantuneena yhteiskunnallisista tavoitteista ja arvoista, sillä (tämän kriteerin mukaan) pitäisi olla vain vähäinen oikeudellinen ratkaisuarvo tai ei laisinkaan painoarvoa. Tässä mielessä sääntöformalistiseen ajattelutapaan verrattuna kyse on päinvastaisesta ajattelutavasta. Tällöinkin voitaisiin lähteä siitä, että esimerkiksi niin sanotuissa rutiiniratkaisuissa ei työekonomisista syistä ole tarpeen lähteä pohtimaan ratkaisuperusteen suhdetta yhteiskunnallisiin arvoihin tai tavoitteisiin. Myös adekvaatin kompleksiteetin vaatimus näyttäisi edellyttävän, että ratkaisun ja ratkaisuperusteiden yhteiskunnallisia liityntöjä ei aina oteta ratkaisuissa tarkastelun kohteeksi. Joka tapauksessa on kuitenkin selvää silloin, kun aineellisen oikeudenmukaisuuden vaatimus otetaan vakavasti, että ratkaisuperustetta ei saa nähdä yhteiskunnallisesta taustastaan, siis arvoista ja tavoitteista irrallisena asiana.

4 Jatkokehittelyä

Alexander Peczenikin mukaan oikeuslähdeoppien jatkuva kehitys on vastausta jatkuvaan yhteiskunnan kompleksiteetin kasvuun. Moderni valtio tarvitsee monta ohjausvälinettä.⁴²¹ Hannu Tolonen on puolestaan ehdottanut, että oikeuslähteiden kysymystä lähestyttäisiin jollakin uudella tavalla, joka tekisi oikeutta sekä muodollisille, moraalisille että yhteiskuntapainotteisille perspektiiveille⁴²².

Oikeuslähdeopin ja sen jatkokehittelyjen tarve onkin nykyaikana ilmeinen, eikä oikeustiedekään saisi säästellä jatkuvaan kehittelytyöhön käytettäviä voimavaroja. Oikeuslähteitä ei tulisi vain tarkastella stabiiliuden ja dynaamisuuden näkökulmista, vaan tulee pyrkiä myös etsimään ratkaisuja tämän jännitteen hallinnointiin. Oikeuslähdeopin ei tarvitse pystyä antamaan yksiselitteisiä oikeuslähteiden käyttöohjeita jokaiseen ratkaisutilanteeseen, mutta sen täytyy vähintäänkin konstruoida sellaiset työvälineet, joiden avulla yksittäisissä ratkaisutilanteissa perustellut valinnat eri oikeuslähteiden välillä ovat mahdollisia. Oikeuslähdeopin tehtävänä on yksittäisiä ratkaisutilanteita varten rajoittaa valinnan mahdollisuuksia ratkaisuperusteiden suhteen, ja toisaalta myös osoittaa perusteita erilaisille päätösvariaatioille dynaamisuuden ja aineellisen oikeuden mukaisuuden nimissä. Oikeuslähdeoppien konstruoinnin tehtävää ei tietenkään helpota oikeuslähdeopin arvopohjan pluralisoituminen. Demokratiaperiaatteen rinnalle ovat nousseet luonnonoikeudelliset ihmisoikeudet ja perusoikeudet sekä Eurooppa-oikeuden myötä myös yhä suurempaa merkitystä saanut teleologinen argumentointi⁴²³. Oikeudellisia ratkaisuja tehtäessä ei ole aina selvää, mitä näitä oikeuslähdeopillista tausta-arvoista kulloinkin on painotettava⁴²⁴.

4.1 OIKEUSLÄHDEOPPIEN POLYSENTRIA

Näyttää siltä, että tietynlaisesta polysentriasta on muodostunut oikeuslähdeoppien yksi keskeinen piirre. Aarnion mukaan tällainen kehitys on ollut havaitta-

⁴²¹ Peczenik, *Vad är rätt?* s. 223.

⁴²² Tolonen, *Oikeuden tasot ja toiminnot*. Oikeus 4/2000 s. 523.

⁴²³ Myös Karhu on todennut eurooppalaisten supernormistojen haastaneen kansallisen lain auktoriteettivoittavuuteen perustuvan aseman oikeuslähdeopissa. Ihmisoikeuksilla, perusoikeuksilla ja EU-oikeudellisilla säännöksillä on lakeja vahvempi asema oikeuslähteinä, minkä lisäksi nämä moraaliiin ja käytännön näkökohtiin tiukasti sidoksissa olevat supernormistot vahventavat merkittävästi moraaliiin, käytännön näkökohtien ja oikeusperiaatteiden merkitystä oikeuslähteenä. Ks. Karhu, *Tilannekohtainen oikeudellinen harkinta ja oikeuslähdeoppi* s. 30-31.

⁴²⁴ Näin myös Karhu, *Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi* s. 795-797.

vissa jo 1980-luvulla oikeuslähdeoppien hajautuessa eri oikeudenaloilla eri sisältöisiksi. Hänen mukaansa esimerkiksi hallinto-oikeuden oikeuslähdeopin sisältö ei ole sama kuin varallisuus oikeudessa. Oikeuslähdeopillinen polysentria on kuitenkin saanut jo toisenlaisiakin muotoja. Aarnion mukaan oikeuslähdeoppi voi vaihdella jopa yhden oikeudenalan sisällä. Samankin oikeudenalan sisällä oikeuslähteiden määrä ja painotus voivat olla erilaisia. Aarnion esimerkin mukaan aviovarallisuus oikeuden vastikesääntöjä tulkittaessa ratkaisun lopputuloksen määräävät lakitekstien lisäksi myös vahvasti oikeudenalan systematiikkaan perustuvat argumentit, kun taas perusoikeuksilla ei ole tällaisissa tapauksissa juurikaan käyttöä. Toisin on kuitenkin esimerkiksi lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevissa tapauksissa, jossa lapsen etua sääntelevät perusoikeudet saattavat olla ratkaiseva argumentti. Sen vuoksi Aarnion mukaan tulisi-kin puhua yhtenäisen oikeuslähdeopin sijaan ongelma-, oikeusala-, tai jopa tilannekohtaisesta oikeuslähdeopista.⁴²⁵

Oikeuslähdeoppien pluralisoitumiseen avautuu tärkeä näkökulma myös Boaventura de Sousa Santosin yhteiskuntaa ja oikeutta koskevista näkemyksistä. Sousa Santosin mukaan globalisaatiota ei tule ymmärtää vain homogenisoitumiseksi ja yhdenmukaistumiseksi. Globalisoituminen etenee yhdessä lokalisoitumisen uusien ja vanhojen muotojen kanssa. Sosiaalisten suhteiden deterritorisoituminen etenee yhdessä sosiaalisten suhteiden reterritorisoinnin kanssa. Nämä eri tendenssit ilmenevät mitä erilaisimpina kombinaatioina ja artikulaatioina eri valtioissa ja eri sosiaalisten käytäntöjen alueilla.⁴²⁶ Vaikka valtion vallitseva lainsäädäntöideologia on yleensä aina erilaisten poliittisten ja ideologisten logiikkojen määrittämää, niin de Sousa Santosin mukaan nyt eletään vaihetta, jolloin valtiollisen sääntelyn sisäinen heterogenisoituminen on saanut aivan uusia mittasuhteita. Tämä johtuu hänen mukaansa suurelta osin ajalle tyypillisistä valtioihin kohdistuvista transnationalisista paineista. Niiden sosiaalisten osa-alueiden osalta, joihin nämä paineet kohdistuvat, valtion sääntely ilmenee selvästi johdannaisena, alkuperältään valtion alueen ulkopuolise-
na, eräänlaisena poliittisena franchising-ilmionä tai aliurakointina. Näin ”semi-autonomiset oikeudelliset alueet” näyttävät kehittyvän valtioiden sisällä pikem-
minkin kuin niiden ulkopuolella. Niinpä Sousa Santosin mukaan saatamme nyt olla todistamassa sellaista oikeusjärjestysten uuden tyyppistä pluralisoitumisen
kehitystä, jossa suhteellisen erilliset ja varsin erilaiset sääntelylogiikat vaikutta-
vat yhtä aikaa saman valtiollisen oikeusjärjestyksen sisällä. Samalla kun valtio
ja oikeusjärjestys menettävät koherenssinsa sosiaalisen sääntelyn yhdentävänä
voimana, valtiot muuttuvat mikrovaltioiden verkostoksi, jossa kukin suorittaa

⁴²⁵ Aarnio, Tulkinnan teoria s. 289. Oikeuslähdeopin polysentriasta puhui Pohjoismaissa ensimmäisenä Henrik Zahle artikkelissa *Polycentri i retskildelæren*, joka julkaistiin teoksessa Anders Bratholm et al. (red.): *Samfunn, Rett, Rettferdighet*. Tano: Oslo 1986. Ks. myös Peczenik, *Vad är rätt?* s. 222 ja Tuori, *Oikeuden ratio ja voluntas* s. 310.

⁴²⁶ Sousa Santos, *Toward A New Legal Common Sense* s. 188-189.

yhtä osaa suvereenista (tai sen katoamisesta), kukin omalla erityisellä sääntelyn logiikalla ja tyylillä.⁴²⁷

Tällainen kehitys ei tietenkään voi olla vaikuttamatta konstruoitaviin oikeuslähdeoppeihin, jolloin tämäkin aspekti tulee ottaa huomioon teoreettisena perusteena eri oikeudenalojen oikeuslähdeoppeja muotoiltaessa. Teoreettisesti ja käytännön kannalta ei kuitenkaan ole riittävää se, että eri oikeudenalat formuloivat oikeuslähdeoppeja omiin tarpeisiinsa, vaan lisäksi tarvitaan yhteistä yleisen tason oikeuslähdeoppia. Yleisen tason oikeuslähdeoppi on tarpeellinen työkalu erillisten oikeuslähdeoppien formuloimisessa, minkä lisäksi se vaikuttaa myös erillisiä oikeuslähdeoppeja yhdentävästi. Vaikutus ei tässä prosessissa kuitenkaan etene vain yleisestä yksittäiseen, vaan oikeuslähdeoppien kehitys eri oikeusaloilla vaikuttaa myös tarpeeseen muotoilla yleisen tason oikeuslähdeoppia uudelleen. Oikeuslähdeoppien muotoilu ja hiominen voisi toimia hyvänä esimerkkinä sellaisesta eri oikeudenalan osajia yhdistävästä projektista, jossa Linus Torvaldsin tunnetuksi tekemä ”open source”-menetelmä saattaisi osoittautua erittäin toimivaksi ratkaisuksi.

4.2 TYYPPI OSANA OIKEUSLÄHDEOPPIA

Oikeuslähdeoppien tulevaisuutta saattaisi olla tyyppi-ajattelun ottaminen osaksi oikeuslähdeoppeja. Theodor Bühlerin mukaan juridisessa ajattelussa käsite ”tyyppi” (”Typus”) tarkoittaa ”tunnusmerkkien rykelmää”. Vastaavasti käsitteeseen ”käsite” kuuluvat sellaiset ominaisuudet, jotka ovat riittäviä ja välttämättömiä identifioitaessa käsitteen kohteena olevia asioita. ”Käsite” on silloin riittämätön tietyn kohteen paikantamiseen, jos tämä kohde tai asia esiintyy todellisuudessa erilaisissa muodoissa. Tällaisten ilmiöiden kuvaamiseen ja erottelemiseen tarvitaan *typologioita*. Käsitteen määritelmään kuuluvat vain sellaiset tunnusmerkit, jotka ovat välttämättömiä ja riittäviä karakterisoimaan käsitteen identiteettiä. Jos taas käsitteen sijasta tarkastellaan tyyppiä, niin tällaisten tunnusmerkkien lisäksi tai niiden sijaan on ajateltavissa myös sellainen joukko muita tunnusmerkkejä, jotka käsitteen määrittelemisessä voidaan jättää pois tai jotka ovat johdettavissa käsitteen tunnusmerkeistä mutta joita ilman se tunnusmerkkien kokonaisuus, jota ”*tyyppi*” esittää, olisi epätäydellinen.⁴²⁸

Myös Karl Larenz on pohtinut saksalaisessa oikeustieteellisessä keskustelussa yleistä tyyppin käsitettä. Jokin asia kuuluu tietyn *käsitteen* alaisuuteen silloin kun kaikki käsitteen tunnusmerkit täyttyvät. Tätä ei kuitenkaan hänen mukaansa edellytetä ”tyypin” ollessa kyseessä. Tyyppin määrittelyssä käytettyjä tunnusmerkkejä ei tarvitse kaikkia käyttää yhtäaikaaisesti jonkin tyyppillä tarkoitettun

⁴²⁷ Sousa Santos, Toward A New Legal Common Sense s. 200-201.

⁴²⁸ Bühler, Rechtsquellenlehre, Band 2 s. 128-129.

asian tai tilanteen tunnistamiseksi. Tyypin tunnusmerkit voidaan yleensä laittaa jonkinlaiseen tärkeysjärjestykseen, ja ne voivat olla myös keskenään vaihtoehtoisia. Yksittäiset tyypin tunnusmerkit vain indikoivat tyypin olevan kyseessä. Ratkaisevaa on niiden yhdistäminen konkreettiseen ilmiöön. Jonkin asian kuulumista tyypin alaisuuteen ei siis arvioida sen perusteella, täytyvätkö kaikki tyyppiä määrittävät tunnusmerkit. Tyypin tunnusmerkkien täytyminen edellyttää kokonaisharkintaa, jossa pohditaan, ovatko tarkasteltavassa ilmiössä riittävässä määrin tunnistettavissa tyypille ominaiset tunnusmerkit. Tyyppiä ei siis itse asiassa määritellä, vaan se kuvataan tunnusmerkkiensä avulla. Tyypipitilanteen määrittäminen ja tunnistaminen on arvosidonnaista harkintaa, ei subsumptiota.⁴²⁹ Joustavuutensa ja tilannesidonnaisuutensa vuoksi *oikeuslähdekategorioiden* ymmärtäminen käsitteen sijasta tyyppinä voisi tuoda kaivattua dynaamisuutta oikeuslähdeoppeihin. Tätä tarkoitusta palvelisi myös eri oikeuslähdekategorioiden nimeäminen *aikaisempaa neutraalimmilla* nimityksillä. Jos nimitäin jokin oikeuslähdekategoria nimetään esimerkiksi ”sitovaksi”, on tämän jälkeen hankala enää lähteä keskustelemaan tähän oikeuslähdekategoriaan kuuluvien oikeuslähteiden painoarvon muutoksista oikeudellisen päätöksenteon kanalta.

Tyypiperusteisessa jaottelussa esimerkiksi oikeuslähdekategorioihin k, l, m tai n kuulumisen olisi kiinni vaihtelevien tunnusmerkkiihdistelmien täyttymisestä. Samaan oikeuslähdekategoriaan voisi luokitella eri ”oikeuslähteitä” sellaisen tunnusmerkistöjoukon avulla, jotka voisivat olla vaihtoehtoisia. Tiettyyn kategoriaan pääseminen edellyttäisi esimerkiksi tunnusmerkin x *tai* y toteuttamista, tai useamman tunnusmerkistön yhteisvaikutuksesta syntyvän kriteeristön täyttymistä. Oikeuslähdekategorian tunnusmerkkejä voisi käyttää myös kumulatiivisesti, eikä olisi välttämätöntä, että kaikkia tunnusmerkkejä käytettäisiin yhtäaikaisesti oikeuslähteen kategorialuokitusta ja lähtökohtaista painoarvoa määritettäessä.

Oikeuslähdeoppia kehiteltäessä tulisi keskustella yksittäisen oikeuslähteen painoarvojen vaihteluista. Dynaamisen oikeuslähdeopin tulisi esittää tulkinta siitä, millä ehdoin jokin ratkaisuperusteen arvo oikeuslähteenä vahvenee tai heikkenee. Ensiaskeleita tähän suuntaan on jo ottanut Raimo Siltala todetessaan yksittäisen ratkaisuperusteen painoarvon vahvenemiseen vaikuttavan sen oikeudellisen ja yhteiskunnallisen rakenteistumisen aste sekä toisaalta formalisoitumisen aste. Ratkaisuperusteen painoarvon heikkenemistä hän puolestaan luonnostelee ajatuksilla niiden destrukturoidumiskehityksestä sekä deformaloitumiskehityksestä. Sisällöltään ja erottelukykynsä puolesta tämä Siltalan malli on vielä alkuvaiheessa, mutta selvästikin edelleen kehittämisen arvoisen.⁴³⁰

⁴²⁹ Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft s. 221.

⁴³⁰ Ks. tästä jäsenyyksestä Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 212-215.

Toisaalta olisi hyvä rakentaa malleja siitä, millaisten eri oikeuslähdekategorioihin kuuluvien oikeuslähteiden yhdistelmällä voitaisiin syrjäyttää lähtökohdaisesti painavammassa kategoriassa oleva oikeuslähde. Oikeuslähdeoppia konstruoidessa täytyy olla niin, että vähäisemmän painoarvon oikeuslähde ei yksinään voi syrjäyttää painavampaa oikeuslähdetä, muutoin kategoriat menettäisivät merkityksensä. Voisi esimerkiksi pohtia, voidaanko laki syrjäyttää, jos valinta on perusteltavissa oikeuskäytännöllä, oikeustieteen kannanotoilla, taroituksenmukaisuudella, esitöillä, oikeusperiaatteilla tai yhteiskunnassa tapahtuneilla arvojen muutoksella. Kyse on lisäksi siitä, vaaditaanko lain syrjäyttämiseen näitä kaikkia pro-argumentteina, vai riittääkö vain osa tällaisista lähteistä toisiinsa kombinoituneina ja kumuloituneina.

4.2.1 Oikeuslähdetypin kehittelyä

Theodor Bühler lähtee kirjoituksessaan ”Faktische Rechtsquellen” siitä, että eräiden kansainvälisesti tunnustettujen toimijoiden määrittelemiä teknisiä normeja voidaan pitää *faktisina oikeuslähteinä*. Tässä ei paneuduta siihen mitä Bühler tarkoittaa faktisten oikeuslähteiden kategorialla, sen sijaan mielenkiinnon ansaitsee se, miten nämä kansainväliset organisaatiot itse määrittelevät normin syntymisen. Näissä organisaatioissa tehtyjen määritelmien avulla voi esimerkinomaisesti luonnostella sitä, mitä *oikeuslähdetypillä* voidaan tarkoittaa. Bühler mainitsee kaksi kansainvälisesti tunnustetun toimijan määritelmää teknisestä normista. ISO:n (International Organization for Standardization) mukaan normi on tekninen määritys tai jokin muu julkinen dokumentti, joka on laadittu kaikkien intressitahojen yhteistyössä ja joka perustuu saavutettuun konsensukseen tai yleiseen hyväksyntään. Sen tulee perustua tieteen, tekniikan ja kokemuksen yhtenäisiin saavutuksiin tai johtopäätöksiin, sen tavoitteena on suurin mahdollinen yleinen hyöty, ja se on ansioituneen ja pätevän toimitielimen tunnustama kansallisella, paikallisella tai kansainvälisellä tasolla. Vastaavasti YK:n Euroopan talouskomission mukaan (ECE, DIN 820 osa 3) normi on yhteisymmärryksessä laadittu dokumentti, joka on tunnustettujen instituutioiden hyväksymä ja jonka yleinen ja toistuva käyttö vahvistaa toimintaa tai sen tulosta varten säännön, suuntalinjan tai tunnusmerkin, jolloin samalla tavoitellaan optimaalista järjestyksen tasoa kyseisessä yhteydessä. Kuten Bühler toteaa, tekniset normit eivät nojaudu valtiolliseen auktoriteettiin, vaan asiantuntijoiden hyväksyntään, ja niiden tehokkuus oikeuslähteinä perustuu niiden adressaattien ja käyttäjien hyväksyntään.⁴³¹

Näitä ISO:n ja YK:n Euroopan talouskomission määritelmiä voi käyttää hyväksi konstruoidessa esimerkinomaisesti yhtä osaa oikeuslähdetyppejä sisäl-

⁴³¹ Bühler, Faktische Rechtsquellen s. 155, 159, 163.

tävään oikeuslähdeoppiin. Voi ajatella esimerkiksi sellaisen oikeuslähdeyyppikategorian muotoilua, johon kuuluvat kansainvälisissä organisaatioissa laaditut toimintastandardit. Tähän oikeuslähdeyyppikategoriaan kuulumisen edellytyksiä voitaisiin hahmotella seuraavasti:

1. Standardi käy ilmi julkisesta dokumentista.
2. Standardi on laadittu kaikkien asiaa koskevien intressitahojen yhteistyössä.
3. Standardi tukeutuu intressitahojen konsensukseen tai yhteiseen hyväksyntään.
4. Standardi perustuu tieteen ja tekniikan tuloksiin sekä käytännön kokeuksesta saatuun tietoon.
5. Standardilla tavoitellaan suurinta mahdollista yleistä hyötyä.
6. Standardin tulee olla alalla toimivan tunnustetun kansallisen, paikallisen tai kansainvälisen toimielimen hyväksymä.
7. Standardia käytetään alalla yleisesti ja toistuvasti.
8. Standardilla tavoitellaan optimaalista järjestyksen tasoa.

Yllä mainitut kahdeksan kriteeriä muodostavat tässä oikeuslähdeyyppin tunnusmerkistön. Nämä tunnusmerkit on mahdollista laittaa jonkinlaiseen tärkeysjärjestykseen, ja eri kriteerit voivat olla myös keskenään vaihtoehtoisia. Näiden tunnusmerkkien ei tarvitse täytyä yhtäaikaaisesti, mutta oikeuslähteen vahvuus perusteluna vaihtelee sen mukaan, kuinka usea tunnusmerkki kulloinkin täyttyy. Johonkin standardiin liitettävissä olevat tunnusmerkistöt voivat tietenkin myös muuttua ajan kuluessa. Vastaavanlaisia tunnusmerkistöjä voi ehkä kehitellä esimerkiksi myös lakeja, ennakkoratkaisuja tai oikeustieteen kannanottoja varten. Oikeuslähteiden tyypittelyssä käytetyt tunnusmerkit voisivat osittain olla myös samoja. Esimerkiksi oikeuslähdeyyppin K tunnusmerkit voisivat olla a,b,c ja d, ja oikeuslähdeyyppin L tunnusmerkit voisivat olla c,d,e ja f.

4.3 OIKEUSLÄHTEIDEN MERKITYKSESTÄ

Ulfrid Neumannin mukaan positivistinen oikeuslähdekäsitys on sellainen, johon liitetään ajatus päättelysuhteesta (Folgerungsbeziehung). Hänen mukaansa oikeuslähteen tunnusmerkkinä voidaan päättelysuhteen sijasta pitää myös argumenttisuhdetta (Argumentbeziehung). Tällöin ei ajatella, että oikeudellinen ratkaisu olisi loogisesti johdettavissa oikeuslähteestä, vaan ratkaisu vain tukeutuu yhteen tai useampaan oikeuslähteeseen⁴³². Nähdäkseni dynaamisen oikeuslähdeopin yhteyteen sopii nimenomaan ajatus oikeuslähteen ja ratkaisun argu-

⁴³² Neumann, Wandlungen der Rechtsquellenlehre in der neueren Rechtstheorie s. 88.

menttisuhteesta. Voisi myös ajatella, että *argumentaationsuhteen* lisäksi oikeuslähteen ja ratkaisun välistä suhdetta voisi pitää *artikulaationsuhteena*. Tällöin ajatellaan ratkaisun muodostuvan oikeuslähteiden vaikutuksesta (context of discovery), minkä lisäksi oikeuslähteitä käytetään myös ratkaisun argumentointiin (context of argumentation). Ratkaisun oikeudellisuus seuraa nyt siitä, että ratkaisun lopputulos on muodostettu ja argumentoitu tavalla, joka identifioidaan oikeudelliseksi (oikeudelliseksi identifioinnin jatkumossa). Tämänkin muotoilun tarkoituksena on sulkea pois se oikeuslähteiden yksi mahdollinen käyttötapa, että ratkaisu tehdään tosiasiaassa piiloon jätettävin perustein, ja ratkaisu vain argumentoidaan jälkikäteen oikeuslähdeoppia hyväksi käyttäen siten, että ratkaisu näyttää oikeudelliselta.

Tarvitsemmeko sitten oikeuslähteitä? Kuten aikaisemmin jo totesin, sen lisäksi, että Peczenik tekee erottelun asia- ja auktoriteettiperustelujen välille, hän ottaa käyttöön myös termin ”oikeuslähde”. Peczenik ei perustele tämän termin käyttöön ottoa, hän vain toteaa, että oikeussysteemiä ei ole kuviteltavissa ilman oikeuslähteitä⁴³³. Itse asiassa kuitenkin ajateltaessa oikeutta yhteiskunnan oikeutena, ajatus ”oikeuslähteen” käsitteestä luopumisesta vaikuttaa varsin houkuttelevalta. Toisin kuin tässä tutkimuksessa, jossa perinteiseksi muodostunutta ilmaisutapaa noudattaen on vielä käytetty termiä ”oikeuslähde”, sen käytöstä olisi varsin suotavaa luopua jo kokonaan⁴³⁴. Koska oikeus on osa yhteiskuntaa ja se on olemassa yhteiskuntaa varten, voisi myös käytettävien termien valinnalla korostaa tätä yhteyttä. Toisin kuin termi ”oikeuslähde” viittaa, oikeus ei ole oikeuslähtöistä, vaan yhteiskuntalähtöistä, sen ollessa aina kytköksissä yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin. Oikeuslähteiden sijasta voisi Siltalan tavoin puhua vaikkapa *ratkaisuperusteista* tai luhmannilaisittain *oikeuden aktualisoinneista*. Opit oikeudellisen ratkaisun perusteista ja oikeudellisista ratkaisuperusteista ovat varsin lähellä toisiaan, ja tätä yhteyttä voisi korostaa myös terminologisesti.

⁴³³ Peczenik, *On Law and Reason* s. 319.

⁴³⁴ Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, etteikö olisi edelleen järkevää puhua esimerkiksi lakikirjasta *oikeudellisen informaation lähteenä*.

IV

Oikeudellisesti rakenteistuva ratkaisu

1 Johdanto

”Nykyisin elämä on jälleen hyvin monimutkaista, ongelmat vain ovat erilaisia. Enää emme niinkään ponnistele noudattaaksemme sääntöjä mahdollisimman konformistisesti, vaan olemme ajautuneet kompleksiseen tilanteeseen siksi, että haluamme vastata haasteisiin. Sääntöjen konformi noudattaminen (conformity) ja haasteisiin vastaaminen (adequacy), ne ovat kaksi eri asiaa. Konformistisuudessa, jonka minä siis ymmärrän mukautumisen tarpeeksi, on kysymys normien mukaan elämisen ja standardien täyttämisen vaikeudesta. Haasteisiin vastaaminen on puolestaan toisenlaisia monimutkaisuutta. Silloin elämä muuttuu, avautuu uusia tarjouksia ja mahdollisuuksia. Kysymys ei ole enää mukautumisesta vaan kuntoisuudesta, kyvystä mennä sinne missä mahdollisuudet ovat. Toisin sanoen, jos vanha monimutkaisuus merkitsi identiteetin ennalta määriteltä rakentamista kerros kerrokselta, tiili tiililtä, edeten loogisesti yhdestä vaiheesta seuraavaan, edellyttää tämän hetkinen kompleksisuus identiteetin pitämistä joustavana.”

(Zygmunt Bauman)

Väitöskirjan neljännessä ja viimeisessä luvussa konstruoidaan systeemiteoriaan tukeutuen käsitteellistä ja ajatuksellista välineistöä, joka on hyödynnettävissä, kun vastataan ongelmaan *oikeudellisen* ratkaisun konstruoinnin ehdoista ja kontrolloitavuuden ehdoista. Myös tässä luvussa haetaan vastausta ensimmäisessä luvussa konstruoituun oikeudellisen ratkaisun keskeiseen ongelmaan. Millaiset tekijät ovat siis merkityksellisessä ja ratkaisevassa asemassa silloin kun yksittäisessä ratkaisussa on tehtävä valintoja eri yhteiskunnallisten arvojen, päämäärien ja intressien relevanssin ja niiden keskinäisten painotusten välillä? Kyse on ratkaisuun kohdistuvien avoimuuden ja suljettuisuuden sekä staattisuuden ja dynaamisuuden vaatimusten tasapainottamisen ongelmasta. Toiseksi on yritettävä myös vastata siihen, mitkä tekijät ovat merkityksellisessä ja ratkaisevassa asemassa päätettäessä siitä, voidaanko nykyhetkessä ratkaisutilanteessa pysyttää tai muuttaa aikaisemmissa *oikeuden aktualisoinneissa* kuten lainsäätämisaktissa tai ennakkoratkaisussa tehdyt valinnat arvojen, päämäärien ja intressipunnintojen suhteen. Toisin sanoen kun eri oikeuslähteissä on jo tehty valintoja tiettyjen arvojen, päämäärien tai intressien puolesta, onko nämä valinnat nyt toistettava vai voidaanko niitä muuttaa. Tähän liittyy myös kysymys siitä, mikä merkitys ratkaisussa voidaan antaa lakitekstin lauseiden sanamuodoille ja lakitekstin semanttisesti mahdollisten tulkintojen joukolle.

Oikeudellisen ratkaisuteorian tehtävänä on pyrkiä kehittelemään nykyhetkeen sopivia välineitä näiden ongelmien hallinnoimiseen. Oikeudellisen ratkaisun teoriassa staattisuutta ei lähtökohtana saa myöhäismodernissa yhteiskun-

nassa nostaa dynaamisuusvaatimuksen yläpuolelle, vaan ratkaisuteoria on jo lähtökohtansa osalta pyrittävä asettamaan staattisuuden ja dynaamisuuden välisen jännitteen varaan. Tätä tarkoitusta varten otan tässä luvussa käyttöön systeemiteoreettisia käsitteitä ja ajatusmalleja.

Oikeuslähdeoppi voi auttaa ratkaisutilanteen kompleksiteetin ja kontingenssin hallinnassa vain osittain. Peczenikin mukaan sellaiset auktoriteettiperustelut kuten laki, prejudikaatit ja lain esityöt ovat niin painavia perusteita, että vain hyvin vahvat asiaperustelut voivat syrjäyttää ne. Tämä edellyttää kuitenkin erityisen syvälleikäyvää ja kattavaa argumentaatiota. Minkä tahansa argumentaatiossa käytettäväksi edelletyn lauseen voi oikeudellisessa ratkaisussa sivuuttaa, jos riittävän vahvat syyt perustelevalle tätä. Peczenikin mukaan ei kuitenkaan ole mahdollista yhdellä kertaa hylätä kaikkia tai lähes kaikkia tällaisia lauseita, ja edelleen argumentoida juridisesti.⁴³⁵ Lisäksi hänen mukaansa monet kumulointuneet heikot perustelut usein ovat etuasemassa suhteessa harvalukuisempiin vahvoihin perusteluihin verrattuna⁴³⁶.

Oikeuslähdeoppia tarvitaan selvitetessä eri oikeuslähteiden keskinäisiä painoarvoja ja painoarvojen vahvenemis- ja heikkenemiskehitykseen vaikuttavia seikkoja. Oikeuslähdeoppi ei pysty kuitenkaan antamaan vastausta siihen, miten valinnat viimekädessä tehdään. Jos mikä tahansa oikeuslähde voidaan syrjäyttää painavin perustein, niin millaisin käsittevälinein ja ajattelumallein voidaan ratkaista se, tuleeko jokin oikeuslähde käytettäväksi vai syrjäytykö se. Mitä tekijöitä voidaan pitää merkityksellisinä tätä harkittaessa tai harkittaessa sitä, onko jokin perusteluketju riittävän painava? Nämä ovat tärkeitä ongelmia, joihin myös oikeusteorian on omalta osaltaan konstruoitava vastauksia. Tässä luvussa esitetään yksi mahdollinen näkökulma näiden ongelmien pohtimiseen ja ratkaisemiseen.

Tarve oikeudellisen ratkaisun oikeellisuusharkintaa ohjaavien vaatimusten pohtimiseen staattisuuden ja dynaamisuuden kannalta liittyy myös tapahtuneisiin oikeudellisen ajattelun muutoksiin. Eurooppaoikeudessa omaksutut oikeudelliset tulkintamallit antavat toiveita siirtymisestä oikeudellisen ratkaisutoiminnan jäsentämisessä staattisuuden korostamisesta paremman tasapainon hakemiseen staattisuuden ja dynaamisuuden välille. Esimerkiksi EU-tuomioistuin on voimakkaasti korostanut yhteisöoikeuden teleologista eli tavoitehakuista tai päämäärähakuista tulkintaa ratkaisuisaan. Vastaavasti Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on korostanut ihmisoikeusajattelun dynaamisuutta, muuntuvuutta ja ihmisoikeusnormiston tulkinnan evolutiivisuutta ihmisoikeussopimuksen ja ihmisoikeusjärjestelmän kohtaamien uusien haasteiden edessä⁴³⁷. Tällainen kehitys herättää toiveita myös suomalaisen legalistisen ratkaisukulttuurin muu-

⁴³⁵ Peczenik, Vad är rätt? s. 206.

⁴³⁶ Peczenik, On Law and Reason s. 320-321.

⁴³⁷ Näin Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria s. 293.

toksen vauhdittumisesta dynaamisempaan ja ratkaisun sisällöllistä onnistuneisuutta korostavampaan suuntaan.

Tässä luvussa hahmotellaan sellaista käsitystä oikeudellisen ratkaisun sidonnaisuuksista ja korrektiuden edellytyksistä, joka ei palaudu sen paremmin moderniin positivismiin kuin pragmatismiin. Positivismi edellyttää ratkaisun tekemistä asetetun standardijärjestelmän mukaisesti, kun taas pragmatismissa ratkaisu on pyrittävä tekemään tavoitellen parhaita mahdollisia yhteiskunnallisia seurauksia. Tässä tutkimuksessa pyritään formuloimaan sellainen tapa ajatella oikeudellista ratkaisua, jossa on mukana aineksia näistä molemmista ajattelutavoista. Tällöin ratkaisuteoriassa päädytään lähelle aristoteelista dialektiikkaa, joka perinteisesti määritellään järkeilyksi todennäköisyyksistä käsin. Kun premissit eivät ole annettuja, vaan enemmän tai vähemmän todennäköisiä, niin yhden premissin valintaa toisen premissin sijasta voidaan dialektisesti perustella argumentein, jotka ovat järkeviä ja vakuuttavia, mutta eivät kuitenkaan koskaan lopullisia⁴³⁸. Teen ehdotuksen siitä, millaisia käsittevälineitä voidaan ajatella käytettäväksi, jos ajatusta oikeudellisen ratkaisutoiminnan sitomisesta voimassa olevaan oikeuteen halutaan modifioida.

Niklas Luhmannin mukaan systeemin täytyy sopeutua sekä ympäristöönsä että omaan kompleksiteettiinsä. Kutsun tällä tavalla konstruoituvaa vaatimusten kokonaisuutta ratkaisuun kohdistuviksi *yhteiskunnallisiksi vaatimuksiksi*. Yleisellä tasolla voi siis sanoa, että oikeudellinen ratkaisu on tehtävä *yhteiskunnallisten vaatimusten* mukaisesti ja että nämä vaatimukset sisältävät *myös* oikeudellisiksi Nimetyt vaatimukset. Tämä formulaatio tuo voimassa olevan oikeuden noudattamisvaatimusta paremmin esille ajatuksen oikeuden yhteiskunnallisuudesta. Se mitä tälläkin formulaatiolla rajataan ulos, on ratkaisun tekemiseen osallistuvien henkilöiden henkilökohtaiset mieltymykset ratkaisujen premissinä. Ratkaisutilanteeseen kohdistuvat puolueettomuuden ja mielivallan kiellon vaatimukset edellyttävät, että ratkaisun tekemiseen osallistuvan tuomarin henkilökohtaiset mieltymykset absorboidaan pois ratkaisun tekemisestä niin pitkälle kuin se vain on mahdollista⁴³⁹. Vaikka tuomarin rooli laajeneekin nyt oikeuden palvelijasta yhteiskunnan palvelijaksi, niin ei kuitenkaan niiden heraksi⁴⁴⁰. Tällöin ei tarvitse ajatella, että oikeudellisen ratkaisun rajat pitäisi löytää *välillisen demokratian* menettelyissä määritellyillä ehdoilla.

⁴³⁸ Rentto, Lainopin ajatuskulkuja, LM 6/1991 s. 726.

⁴³⁹ Tällaisella ajattelulla on Suomessakin pitkät perinteet. Jo Olaus Petrin kirjaamissa tuomarin ohjeissa esimerkiksi kohdassa 35 todetaan, että ”Jokaisella tuomiolla pitää olla selvät perusteet ja todistukset tukena, sillä tuomari älköön mitään tuomitko muutoin kuin perusteiden ja todisteiden mukaan.”

⁴⁴⁰ Myöhäismodernissa oikeudessa on vaikea nähdä, että ”oikeuden herran” paikkoja olisi ylipäättään jaossa. Sen sijaan tuomarin roolin voisi ylentää oikeuden palvelijasta *oikeuden emännäksi*. Tällöin tuomarin rooliin kohdistuu seuraava maksimi: Tuomarin tulee toimia kuin hyvä perheen emäntä ”bonus mater familias”, jotta oikeuden poluille ei pilvisiä päiviä useinkaan sattuisi.

Kuten I-luvussa esitin, sekä lainsäädännössä että oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa on sopeuduttava yhteiskunnallisten vaatimusten muodostamaan monimutkaiseen verkostoon. Voluntas ei esiinny puhtaana tahtona poliittisessa päätöksenteossa, vaan (hyvin toimivan) päätöksenteon on sopeuduttava erilaisiin yhteiskunnallisiin realiteetteihin ja erilaisiin yhteiskunnallisen toiminnan rationaliteetteihin. Vastaavasti oikeudellinen ratkaisutoiminta ei voi olla puhdasta ratiota, vaan päätöksentekoon liittyy myös voluntas. Myös oikeudellisen ratkaisutoiminnan on sopeuduttava erilaisiin yhteiskunnallisiin realiteetteihin ja yhteiskunnallisen toiminnan rationaliteetteihin. Ajatus oikeuden *löytämisestä* tai ratkaisun tekemisestä *asetetun* oikeuden mukaisesti muuttuu ongelmalliseksi.

Kun vaaditaan, että ratkaisu on tehtävä yhteiskunnallisten vaatimusten mukaisesti, edellyttää tämä reflektiota sekä oikeudellisen että muiden yhteiskunnallisten vaatimusten suuntaan, eikä ratkaisussa toisin sanoen saa olla välinpitämätön sen paremmin oikeudellisten kuin muidenkaan yhteiskunnallisten *vaatimusten* ja *vaikutusten* suhteen. Oikeudellisessa ratkaisussa ei saa olla välinpitämätön esimerkiksi oikeuslähdeopin tai oikeudellisten tulkintaperiaatteiden suhteen tai oikeuslähteiksi nimitettyjen oikeuden aktualisointien suhteen, eikä myöskään sellaisten yhteiskunnallisten seikkojen suhteen kuten arvot ja moraalit. Ratkaisu on siis tehtävä itseen ja toiseen viittaavuutta selektiivisesti kombinoiden, kuten jäljempänä tarkemmin esitetään. Relevantteja ovat tällöin esimerkiksi arviot ratkaisujen tosiasiallisista seurauksista oikeudellisen ratkaisutoiminnan kannalta ja muun yhteiskunnallisen toiminnan kannalta.

Valintaa sen suhteen, onko ratkaisussa nyt päädyttävä staattiseen aikaisemmin aktualisoituja rajauksia toistavaan lopputulokseen ei ratkaise yksin se, kuinka yksiselitteisesti systeemihistoria puhuu staattisen valinnan puolesta. Toisaalta se, miten tehokkaasti muita yhteiskunnallisia vaatimuksia tai vaikutuksia pystytään käyttämään ratkaisussa oikeuden dynaamisuuden pro argumenttina, ei riipu pelkästään siitä, kuinka merkittävä yhteiskunnallinen tarve puhuu muutoksen puolesta. Parhaidenkin tosiasiallisten vaikutusten tavoittelusta täytyy luopua, jos lopputulosta ei voida sen hetkisessä tilanteessa pitää oikeudellisesti mahdollisena. Toisaalta ratkaisuissa re-produsoidaan jatkuvasti sitä, mikä on oikeudellisesti mahdollista tai välttämätöntä eli sitä, miten yksittäisessä ratkaisussa voi tai pitää asettua oikeuden reproduktion jatkumoon. Ratkaisussa on esimerkiksi päätettävä siitä, voidaanko ennakoitavuuden vaatimuksesta nyt tinkiä ratkaisun sisällöllisen onnistuneisuuden hyväksi. Valintatilanne on siinä mielessä aito, että modernista yhteiskunnasta ei löydy premissejä, joilla joko ennakoitavuus tai sisällöllinen onnistuneisuus voitaisiin asettaa ehdottomalle etusijalle toisiinsa verrattuina. Tässä suhteessa nyt esitetty eroa positivistisista teorioista, joissa ennakoitavuutta pidetään keskeisimpänä vaatimuksena.

Myös Aulis Aarnio on kirjoittanut oikeuden ja yhteiskunnan välisen vuoro-vaikutussuhteen moninaisuudesta, hänen mukaansa onkin pahoin harhaanjohtavaa puhua oikeudesta puhtaana sääntöjärjestelmänä.⁴⁴¹ Aarnio ei kuitenkaan vielä puhu oikeudellisen ratkaisun tekemisestä yhteiskunnan ehdoilla, vaan edelleen legalistisen perinteen mukaisesti toteaa oikeudellisessa ratkaisussa olevan kyse ylimmän valtioelimen antamien abstraktien normien soveltamisesta. Hänen mukaansa oikeudellinen ratkaisu on aina tasapainoilua lain kirjaimen ja muiden asiaan vaikuttavien perusteiden välillä. Oikeudellisen ratkaisun ongelma on Aarnion mukaan epätietoisuus sovellettavasta säännöstä, ja tuomarin kysymys on tällöin se, miten kulloinenkin tilanne on voimassaolevan oikeuden mukaan ratkaistava⁴⁴².

⁴⁴¹ Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 15-17.

⁴⁴² Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 21, 29.

2 Ratkaisun oikeellisuuden vaatimuksesta

2.1 OIKEELLISUUSVAATIMUKSEN JA OIKEELLISUUSKRITEERIEN ONGELMALLISUUDESTA

Jos satunnaista ratkaisuntekoa ei hyväksytä, on tavalla tai toisella voitava arvioida, onko ratkaisu tehty oikein. Sen vuoksi on mielenkiintoista pohtia, miksi oikeudellisen ratkaisun korrektiuden kriteerit ja oikeellisuutta määriteltäessä käytettävät käsitteet muodostuvat kussakin yhteiskunnassa sellaiseksi kuin ne muodostuvat. Nähdäkseni ratkaisun oikeellisuuskriteerien keskeisenä tehtävänä on pyrkiä varmistamaan se, että oikeudellinen ratkaisu asettuu *yhteiskunnallisten toimintojen* ja *valtakonstellaatioiden* joukossa siltä edellytetyyn paikkaan. Esimerkiksi vaatimus ratkaisun tekemisestä lain mukaan tai asetetun normin mukaisesti sopii hyvin ajattelumalliin, jossa tuomioistuimen odotetaan ”kolmantena tahona” ratkaisevan yhteiskunnallisten toimijoiden välisen konfliktin tavalla, jonka itseään määräävä *kansa tai sitä edustava parlamentti suvereenina on määrännyt*, jolloin tuomioistuin on norminantajaan nähden hierarkisesti alisteisessa asemassa. Toisaalta nämä kriteerit korostavat positivistiseen oikeusajatteluun sopivasti ennakoitavuutta ja yhdenvertaisuutta erilaisuuden kunnioittamisen sijasta.

Länsimaiden historiassa on eri vaiheiden kautta kuljettu pitkä matka arkais-tisten heimoyhteisöjen konfliktinratkaisumenetelmistä moderniin positiiviseen oikeuteen. Tänä aikana ratkaisun oikeellisuudelle asetetut vaatimukset, käytetyt käsitteet ja kontrollimenetelmät ovat vaihdelleet suuresti yhteisöstä ja ajasta toiseen. Mitään näistä ratkaisulle asetetuista vaatimuksista ja eri ”oikeudellisista” ajattelutavoista ei ole syytä anakronismien ja oman etnisen kulttuurin ihan-noinnin välttämiseksi julistaa oikeaksi tai edes toista paremmaksi, vaan kukin ajatusrakennelma on vastannut tai ainakin pyrkinyt vastaamaan kulloistakin tap-paa jäsentää yhteiskunnallista todellisuutta. Positiivistisen oikeusajattelun juuret historiallisena ilmiönä voidaan selvimmin jäljittää (ainakin uudella ajalla) va-listuksen ajatteluun ja Ranskan suureen vallankumoukseen sekä yhteiskunnan teollistumiseen ja siihen kytkeytyvään liberalistiseen yhteiskuntafilosofiaan. Toisaalta esimerkiksi positivismissakin keskeinen ajatus konfliktinratkaisun si-dottuisuudesta (hierarkkisesti ylemmältä tasolta) annettuihin käskyihin on huomattavasti vanhempaa perua kuin valistuksen tai liberalismiin aatteet. Näiden lähtökohtien valossa ei ole yllättävää, että demokratiaperiaate kansansuvereeni-suuden välittäjänä on saanut keskeisen aseman myös modernin yhteiskunnan

oikeudellisessa ajattelussa. Koska kansan ajatellaan itse tietävän parhaiten sen, mikä sen hyvinvoinnin, kehittymisen ja tarpeiden kannalta on parasta, siten myös oikeusajattelussa on katsottu parhaaksi sitoutua ajatukseen kansan itsemääräämisoikeudesta (kansansuvereenista), ja ajatus oikeudellisen ratkaisun korrektiudesta on sovitettu tämän ajatuksen mukaiseksi. Luvussa II olen esittänyt tämän ajattelutavan kritiikkiä.

Oikeusvaltioajattelun mukaan ratkaisut on tehtävä voimassaolevan lain mukaisesti. Voimassaolevan *lain mukaisuus* on näin ollen oikeudellisen ratkaisun oikeellisuuden mitta. Laki tulee voimassaolevaksi silloin kun *kansansuvereenia* edustava parlamentti on säätänyt normin vaaditunlaisessa menettelyssä. Korrektiuskriteeriä edelleen selittää ja korrektiuskriteeriä täsmentää ajatus tuomioistuintoiminnan *hierarkkisesta alemmuudesta* suhteessa parlamenttiin *valtiovallan kolmijakoajatuksen* mukaisesti. Ratkaisu on tehtävä *asetetun oikeuden* mukaisesti, siis demokraattisesti valitun parlamentin asettamilla ehdoilla. Käsitteet 'normi' ja 'voimassaolo' ja *voimassaoloon kytkeytyvä 'sitovuus'* toimivat välittävinä lenkkeinä parlamentin ja tuomioistuimen suhteen kuvauksessa. Näiden käsitteiden avulla kuvattu suhde käskyn antajan ja käskyn alaisen (parlamentin ja tuomioistuimen) välillä mahdollistaa myös ajatuksen ainakin jonkin asteisesta "oikeuden puhtaudesta" suhteessa politiikkaan ja moraaliin. Tämän ajatuksen avulla korrektin ratkaisun määritelmää voidaan edelleen täsmentää poissuljennan avulla: Oikein tehty ratkaisu *ei ole politiikkaa*, eikä kyse ole moraaliarvostelmasta. Kun oikeuden voidaan ajatella sijoittuvan erityiseen oikeudelliseen "pitämisen maailmaan" erotuksena "olemisen maailmasta", on tästä jaottelusta edelleen tehty päätelmiä ratkaisuihin noudatettavan harkinnan suhteen: Olemisesta eli yhteiskunnallisista tosiasioista ei voi johtaa pitämistä eli *voimassaolevia* normilauseita, joihin ratkaisun on perustuttava. Yhdeksi keskeiseksi ratkaisuun kohdistuvaksi vaatimukseksi on lisäksi asetettu satunnaisien ja mielivaltaisten ratkaisujen kieltö *oikeusturvavaatimuksen* ja sen keskeisen elementin *ennakoitavuusvaatimuksen* muodossa.

Kun vaaditaan oikeudellisen ratkaisutoiminnan tavoitteena olevan tasapainon hakeminen stabiiliuden ja dynaamisuuden välillä, niin yllä mainittu oikeudellisen ratkaisun oikeellisuuskriteerien ja sidonnaisuuksien määrittely vaikuttaa lähinnä hämmäntävältä. Oikeudellisen ratkaisun sidonnaisuudet on keskeisesti määriteltä ilman minkäänlaista dynaamisuuteen viittaavaa elementtiä. Kun oikeudellinen ratkaisun ehdot ja ratkaisun asema oikeussysteemissä määritellään tällaisen käsitteverkoston avulla, jäävät aineellisen oikeudenmukaisuuden, kohtuuden ja tarkoituksenmukaisuuden vaatimukset lähinnä koristeiksi kakun pinnalle. On kyseenalaista, voidaanko näitä dynaamisuuteen liittyviä vaatimuksia todella ottaa vakavasti oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Tästä esimerkkinä voi mainita ratkaisun tosiasiallisten seuraamusten jättämisen vain *sallittujen oikeuslähteiden* asemaan. Tämänkaltaisen kritiikki kohdistuu parhaiten *eksklusiivisen* positivismiin malleihin, mutta myöskään *inklusiivinen* po-

sitivismi, joka tukeutuu samojen käsitteiden ja ajatusmallien varaan, ei ole vapaa tästä ongelmasta.

Modernissa yhteiskunnassa oikeudelliseen ratkaisuun kohdistuu monenlaisia vaatimuksia. Ratkaisujen tulee olla muun muassa demokraattisessa päätöksentekomenettelyssä syntyneiden päätösten mukaisia, valtiovallan kolmijakoa toteuttavia, tarkoituksenmukaisia, ennakoitavia, kohtuullisia, sellaisin premissein tehtyjä, jotka kaikki ovat etukäteen yhteiskunnallisten toimijoiden tiedossa, yhteiskunnan keskeisimpien eettisten arvojen mukaan hyväksyttäviä ja tosiasiallisesti hyväksyttyjä. Kun oikeudelliseen ratkaisuun näin kohdistuu modernissa yhteiskunnassa monenlaisia vaatimuksia, voidaan edellyttää, että oikeellisuusharkinnassa on otettava huomioon joko kaikki nämä vaatimukset tai sitten tyydytään siihen, että *korrektiuden kriteerit* muotoillaan siten, että niiden avulla pyritään vain tiettyjen ratkaisuun kohdistuvien vaatimusten täyttämiseen.

Vaikka oikeusvaltioajattelussa ratkaisuun kohdistetaan muun muassa kohtuullisuuden ja tosiasiallisen yhteiskunnallisen hyväksymisen vaatimukset, näiden vaatimusten toteutumista ei kuitenkaan pystytä turvaamaan korrektiuden kriteerein. Toisin sanoen oikeudellisen ratkaisun oikeellisuuden tai oikeudellisen pätevyyden toteaminen ei välttämättä edellytä, että ratkaisu on kohtuullinen, eikä ratkaisun oikeellisuus voi olla myöskään siitä riippuvainen, hyväksytäänkö ratkaisu tosiasiaissa vai ei. Ratkaisu voidaan todeta korrektiksi muodollisin perustein. Toinen esimerkki ratkaisutoimintaan kohdistuvasta vaatimuksesta, jota on hyvin vaikea, ellei mahdoton toteuttaa ainakaan *oikeellisuuskriteerien* keinoin, on transparenssin vaatimus (ks. transparensista II-luku jakso 4.4). Niin kauan kuin oikeudellisen ratkaisun tekeminen ja oikeudellisen ajattelun reproduktio on erityiskoulutuksen saaneen ja *erityisterminologiaa* käyttävän juristiprofession käsissä, niin kauan oikeudelliseen ratkaisuun johtaneet syyt voivat suurella todennäköisyydellä jäädä oikeuden ulkopuolelta katsottuna hämärän peittoon. Esimerkiksi oikeuden systematiikkaan perustuvan laintulkinnan, tai oikeusperiaatteiden, sekä korkeimpien oikeuksien tai EU-tuomioistuimen antamien ennakkopäätösten vaikuttaessa ratkaisujen lopputuloksiin karkaa toive ratkaisutoiminnan transparensista varsin kauaksi. Kun oikeudellinen ratkaisutoiminta on modernissa yhteiskunnassa eriytynyt oikeudelle tyypillisen käsitteistön ja ajattelutavan mukaan toimivaksi, on oikeudellisten ratkaisujen ymmärrettävyys jo tästä syystä suurelta osin karannut juristikoulutusta vailla olevien ulottumattomiin.

Se, että ratkaisun korrektiuden kriteerien avulla pystytään kontrolloimaan vain osaa ratkaisuun kohdistuvista vaatimuksista, on hyvin ymmärrettävää, valitettavaa, mutta todennäköisesti välttämätöntä. Jos ratkaisun korrektiuden saavuttamiseksi edellytettäisiin kaikkiin ratkaisuun kohdistuvien jopa ristiriitaisienkin vaatimusten täyttämistä, korrektia ratkaisua ei milloinkaan pystyittäisi tekemään. *Yhteiskunnassa institutionalisoituneen konfliktinratkaisun kannalta on kuitenkin tarpeellista, että jatkuva riittämättömyys ratkaisuun kohdistuvien*

vaatimusten täyttämisessä saadaan häivytettyä näkyvistä ja että ratkaisut saadaan ainakin näyttämään ja tuntumaan oikeilta. Voidaan esimerkiksi ajatella, että *oikeuden toimintakyvyn*, kompleksiteetin supistamisen ja oikeudellisen val-lankäytön kontrolloitavuuden vuoksi korrektiivivaatimus olisi välttämätön.

Korrektiivikriteerien täyttyminen näyttäytyy *oikeuden uskottavuuden* ja yhteiskuntarauhan säilymisen kannalta tärkeänä asiana. Näin ollen ratkaisun oikeellisuudella näyttää olevan tärkeä tehtävä sekä oikeuden että yhteiskunnan kannalta, ja se voi aina toimia vähintäänkin pakopaikkana, jonka takana riittämätöntä ongelmanratkaisukykyä voi piilotella. Kritiikiltä voi suojautua yksinkertaisesti toteamalla ratkaisun olevan joskaan ei hyvä, niin ainakin muodollisesti oikea. Oikeellisuuden tärkeiden oikeudellisten ja yhteiskunnallisten funktioiden vuoksi on jokaisessa ratkaisussa tähdittävä *oikeaan* lopputulokseen, ja loppujen lopuksi jokaisen ratkaisun on ”julistettava itsensä oikeaksi”. On ajateltavissa, että tässä yhteydessä käsitteellä ”oikea” voisi olla samankaltainen sosiaalinen funktio kuin käsitteillä ”totuus” tai ”tieto”. Tiedon ja totuuden määritelmät saattavat ikuisesti jäädä vajavaisiksi, epämääräiseksi ja kiistanalaisiksi, mutta siitä huolimatta on tärkeää yhteiskunnan ja maailman tapahtumien jäsentämisen kannalta, että voimme ajatella *tietävämme* joitakin asioita, tai voimme ajatella jonkin asian olevan *tosi* tai, että voimme puhua *totta*.

Oikeellisuusvaatimus ja siihen liittyvät korrektiuden kriteerit peittävät alleen ne perustavampaa laatua olevat vaatimukset, joihin oikeellisuusvaatimuksella on tarkoitus vastata. Esimerkiksi positivistisessa oikeusajattelussa korrektiuden kriteerinä voidaan pitää lainmukaista ratkaisua, ja tämän vaatimuksen taustaperusteluna on demokratiaperiaate ja ajatus siitä, että ratkaisujen sisällöllinen onnistuneisuus pyritään tätä kautta turvaamaan. Lain mukaisuus ratkaisun oikeellisuuden kriteerinä muodostuu kuitenkin silloin ongelmalliseksi, kun lain mukainen ja sisällöllisesti onnistunut ratkaisu ovat eri asioita. Nimenomaan lainmukaisuusvaatimusta perustellaankin usein myös ratkaisujen ennakoitavuuden turvaamisen tarpeella ja sillä, että yhteiskunnallisten toimijoiden tulee olla tietoisia niistä premisseistä, joilla oikeudellinen ratkaisu tehdään. Kuitenkin on ilmeistä, että positivistisessa ajattelussakaan ratkaisun korrektiutta ei voi asettaa riippuvaiseksi siitä, onko ratkaisu tosiasiaassa ollut ennakoitu (ja kenen ennakoitavissa sen olisi pitänyt olla?). Pahimmassa tapauksessa voi käydä jopa niin, että ns. lainmukainen – siis oikea – ratkaisu ei olisi sen paremmin sisällöllisesti onnistunut kuin ennakoitukaan. Tämä oikeellisuusvaatimukseen liittyvä ongelma on syytä pitää mielessä, kun keskustellaan ratkaisun oikeellisuudesta ja oikeudellisen ratkaisun ehdoista ja mahdollisuuksista, ja on varottava sitä, ettei ratkaisun oikeellisuuden kriteerit muodosta itsenäisiä tavoitteita ja ala elää omaa elämäänsä oikeuden kommunikaatiossa. Muotoilemalla oikeudellisen ratkaisun kriteerit samalla otetaan nykyhetken tarpeita ajatellen kantaa siihen, mitä ratkaisuun kohdistuvista eri vaatimuksista pidetään toisia tärkeämpinä tai mahdollisina kontrolloida. Niinpä, kun pohditaan kysymystä ratkaisun oikeelli-

suudesta tässä tutkimuksessa esitetyllä tavalla, on syytä muistaa, että *kyse on itse asiassa vain liittännäisestä kysymyksestä*, joka on asetettava yhteyteen oikeellisuusvaatimuksen taustalla vaikuttavien vaatimusten kanssa. *Oikeellisuusvaatimuksen yhtenä tehtävänä* voi ajatella olevan näiden (jopa ristiriitaistenkin) taustavaatimusten suhteuttaminen toisiinsa.

Ratkaisun oikeellisuusvaatimuksen ongelmallisuudesta johtuen puhun jatkossa *oikeellisuuskriteerien* sijasta mieluummin *oikeellisuusharkintaa ohjaavista vaatimuksista*. Oikeellisuuskriteerien formuloiminen on hankalaa siitä syystä, että oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa ei ehkä tulla modernissa oikeudessa toimeen yhden oikeellisuuskriteerin avulla. Tästä osoituksena on muun muassa positivistinen vaatimus ratkaisun tekemisestä voimassaolevan lain mukaisesti, kun samalla kuitenkin joudutaan myöntämään, että ratkaisu voidaan tehdä myös *contra legem* tai ilman kirjoitetun lain tukea. Jos oikeellisuuskriteerit puolestaan joudutaan formuloimaan useampia, tällöin pitäisi pystyä formuloimaan myös metakriteerit, joiden avulla kriteerien välinen etusija voidaan aina ratkaista. Toinen mahdollisuus on se, että kriteerit muotoillaan varsin väljiksi. Tällöin ne ovat kuitenkin vaarassa menettää erottelukykyisyytensä.

2.2 OIKEELLISUUSHARKINTAA OHJAAVIEN VAATIMUSTEN KONSTRUOIMISEN MAKSIIMI

Jos lähdetään siitä, että modernissa yhteiskunnassa *tarvitaan* sellaista konfliktinratkaisuinstituutiota, jossa riidan ratkaiseminen ja tarvittaessa pakkotäytännönpano on uskottu konfliktin osapuolien ulkoisen ”kolmannen” tahon käsiin (esim. vahvemman oikeuden välttämiseksi), on itsestään selvää ja välttämätöntä vaatia tällaisen instituution toimintakykyisyyttä ja toimintakyvyn säilyttämistä. Koska tässä tutkimuksessa esitetyn käsityksen mukaan oikeuden toiminnan edellytykset reprodusoidaan jatkuvasti oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa, ovat vaatimukset oikeuden säilymisestä ja toimintakykyisyyden säilymisestä (ja kehittymisestä) myös ratkaisuun ja ratkaisutoimintaan kohdistuvia vaatimuksia. Oikeudelliseen ratkaisuun kohdistuvina vaatimuksina ne ovat niin keskeisiä, että ne on otettava vakavasti ratkaisun *oikeellisuusharkintaa ohjaavia vaatimuksia* konstruoitaessa.

Toimintakykyisyyden säilyminen edellyttää, että ratkaisussa ei saa päätyä sellaisiin premissivalintoihin tai lopputuloksiin, joiden seurauksena oikeuden kompleksiteetti kasvaisi hallitsemattomaksi (näin käy muun muassa silloin, jos ratkaisussa tehdään valintoja, joita ei pystytty oikeudellisesti arvioiden asianmukaisesti perustelemaan). Ylisuuri kompleksiteetti johtaisi ratkaisujen yhteneväisen oikeudellisen identiteetin häviämiseen ja näin ollen ratkaisuoperaatioiden sellaiseen eriytymiseen toisistaan, että *oikeudelliseksi identifioituvalle* rakenteistumisella (ratkaisujen verkostoitumisella toisiinsa) ei olisi enää jatku-

misen mahdollisuuksia. Oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa on siis keskeistä oikeuden rakenteistumisprosessin jatkuvuuden turvaaminen. Ratkaisun oikeellisuusharkintaa ohjaavat vaatimukset on siksi konstruoitava sellaisiksi, että niiden avulla pystytään vaikuttamaan oikeuden kompleksiteetin riittävään rajoittamiseen. Modernin yhteiskunnan oikeudessa tämä ei kuitenkaan riitä, kuten seuraavassa osoitetaan.

Kuvitellaanpa oikeutta ”laboratorio-olosuhteissa” täysin kaikesta muusta yhteiskunnallisesta eristetyksi itsenäiseksi kokonaisuudeksi. Tällaisissa olosuhteissa ratkaisuun kohdistuvien vaatimusten ja oikeellisuuskriteerien ainoana tehtävänä on varmistaa systeemin toimintakyvyn säilyminen ja kehittäminen. Ainoa todellinen uhka tällaisen systeemin säilymiselle olisi se, että systeemin sisäinen eheys sirpaloituisi siten, että erilliset ratkaisut eivät pystyisi enää identifioitumaan oikeudellisiksi ratkaisuiksi, ja tällöin oikeutta uhkaisi joko jakautuminen useammanlaisiksi systeemeiksi tai sitten toiminnan lakkaaminen kokonaan. Laboratorio-olosuhteissa olisi järkevä pyrkiä täydelliseen sisäiseen ristiinriittävyyteen sekä kompleksiteetin ja kontingenssin mahdollisuuden täydelliseen poistamiseen ratkaisutilanteista. Kompleksiteetin lisääntyminen ja kontingenssin salliminen merkitsee nimittäin aina uhkaa systeemin toiminnan ja eheyden kannalta. Tällöin ratkaisun oikeellisuusharkintaa ohjaavien vaatimusten tehtävänä olisi pyrkiä ohjaamaan toimintaa sellaiseksi, että systeemin eheys pystytään säilyttämään ja sitä pystytään kehittämään. Näiden ”korrektiuskriteerien” ainoa tavoite on pyrkiä varmistamaan se, että oikeuden identiteettiä, olemassaoloa ja toimintakykyisyyttä ei uhkaa minkäänlainen toiminnasta itsestä aiheutuva (sisäisistä syistä johtuva) rappeutuminen. Oikeus toimii sitä paremmin, mitä täydellisemmin oikeuden identiteettiä, eheyttä ja ”puhtautta” vaarantavat tekijät saadaan kitketyksi ratkaisutoiminnan ulkopuolelle. Ainoastaan tähän päämäärään pyritään myös ratkaisuille asetettavilla ”korrektiuden” kriteereillä ja oikeudellisen ratkaisun rakenteistamiseen pyrkivällä oikeudellisella käsitteen muodostuksella. Tällaisessa tarkastelussa ovat irrelevantteja kysymykset oikeuden sopeutumisesta ympäristöönsä tai kysymys oikeuden kyvystä vastata yhteiskunnasta ja käsiteltävästä tapauksesta nouseviin vaatimuksiin.

Särjetäänpä kuvitelma oikeuden erillisyydestä ja tarkastellaan oikeutta yhtenä yhteiskunnan osasysteeminä, jolla on siis yhteiskunnan osasysteemien toimintaan liittyviä tehtäviä ja johon kohdistuu siten myös vaatimuksia toisista yhteiskunnan osasysteemeistä. Oikeuteen kohdistuu nyt vaatimus sopeutua yhteiskunnasta tuleviin vaatimuksiin. Muuttuvissa tilanteissa vastaaminen muiden yhteiskunnallisten toimijoiden vaatimuksiin ja odotuksiin edellyttää oikeuden sisäisen kompleksiteetin avoimuutta ja mahdollisuutta kontingenssiin, eli mahdollisuutta valita toisin. Näistä haasteista johtuen on tärkeää, että oikeudellisen ratkaisun korrektiuden kriteerejä reflektoidaan ja että niistä käydään jatkuvaa keskustelua. Jos oikeudellinen ratkaisutoiminta on jatkuvasti kyvytön

tuottamaan yhteiskunnallisesti tarkoituksenmukaisia ja sisällöllisesti onnistuneita ratkaisuja ja jos oikeudelliseen ratkaisuun kohdistuvia (korrektiuden) vaatimuksia ollaan haluttomia tai kyvyttömiä muuttamaan, tällöin ainoat mahdollisuudet oikeuden säilyttämisessä yhteiskunnallisten konfliktien ratkaisuvälineenä on turvautuminen pakottavaan väkivaltaan, sen uhkaan tai mielipidemanipulaatioon, jossa uskotellaan ratkaisujen olevan kaikesta huolimatta hyviä ja oikeudenmukaisia⁴⁴³. Oikeuden säilyttäminen tällaisin keinoin saattaa kuitenkin onnistua vain lyhytaikaisesti. Biologisen evoluution historia on osoittanut, että vahvin ei säily, vaan se, jolla on sopeutumiskykyä. Saman periaatteen voi olettaa toimivan myös kulttuurievoluution puolella. Jos oikeus ei lainkaan pystyisi tuottamaan muun yhteiskunnan kannalta tarkoituksenmukaisia ratkaisuja, olisi tällainen oikeus yhteiskunnallisten toimijoiden kannalta mieletön, ja jos oikeus omilla ehdoilla (esim. laillisuusperiaatteen varassa) toimiessaan tuottaa niitä vain satunnaisesti, olisi sääli, jos yhteiskunta joutuisi tällaiseen oikeuteen tyytymään. Reaktiona oikeuden heikentynyttä ongelmanratkaisukykyä vastaan yhteiskunnassa alkaa syntyä vaihtoehtoisia oikeudellisen menettelyn korvaavia konfliktinratkaisusysteemejä.

Mitä huonommin oikeus vastaa yhteiskunnassa formuloituneita vaatimuksia ja odotuksia, sitä välttämättömämpää on oikeuden säilyttämiseksi (konfliktinratkaisuinstituutiona) turvautua eettiseltä kannalta arveluttaviin keinoihin kuten väkivallan uhkaan tai mielipidemanipulaatioon. Vastaavasti mitä enemmän valtaa tai mielipidemanipulaatiota käytetään, sitä vähemmän merkitystä on oikeuden *toimintakykyisyydellä*. Toisaalta ei voi kieltää sitä, etteikö hyvin toimivalla oikeussysteemillä voisi olla myös tärkeä manipulatiivinen funktio. Nimittäin silloin kun oikeussysteemi toimii hyvin *omilla kriteereillään* arvioituna, ajatusta oivallisesti toimivasta oikeudesta voidaan käyttää mielikuvan luomiseen hyvästä oikeudesta. Vastaavasti uhkaa (uhkailua) oikeuden toimintakyvyn vaarantumisesta ja sortumisesta satunnaisiin ratkaisuihin voidaan käyttää myös muodollisesti hyvin toimivaan oikeuteen kohdistuvan kritiikin torjumisessa.

On myös niin, että mitä enemmän valtaa tai mielipidemanipulaatiota harjoitetaan, sitä vähemmän merkitystä on oikeuden kyvyllä sisällöllisesti onnistuneiden ratkaisujen tekemiseen. Mitä vähemmän on tarvetta kiinnittää huomiota oikeuteen kohdistuviin yhteiskunnallisten toimijoiden odotuksiin, sitä vähemmän on tarvetta huolehtia siitä, että oikeudella on kyky näihin odotuksiin ja tarpeisiin vastata. Siis, mitä enemmän valtaa ja manipulaatiota käytetään, sitä suurempia puutteita oikeuden toiminnassa niillä pystytään kompensoimaan. Kun tämän ajatuksen kääntää toisin päin tullaan siihen päätelmään, että mitä

⁴⁴³ Kiinni pitäminen ongelmalliseksi muodostuneista ratkaisukriteereistä ei ole merkki pelkäämistä oikeudellisen ajattelun jumittumisesta vanhoiksi ja ongelmallisiksi muodostuneisiin käsitteisiin ja ajattelutapoihin. Tällaisen oikeuden ylläpitäminen voi olla myös valtakeskittymien intressien mukaista. Esimerkkinä kirkollinen avioliitto-oikeus keskiajalla tai laki, jonka mukaan puolet sakoista tai vahingonkorvauksesta oli maksettava kuninkaalle.

vähemmän *halutaan turvautua* väkivaltaan tai manipulaatioon oikeudellisen ratkaisutoiminnan ja sen yhteiskunnallisen aseman pönkittämisessä, sitä enemmän on tarvetta kantaa huolta siitä, kuinka oikeudellisissa ratkaisuissa pystytään vastaamaan yhteiskunnassa formuloituviin vaatimuksiin, ja sitä tärkeämpänä pidetään ajatuksellisten välineiden kehittämistä ”oikeuden yhteiskunnallista palvelutehtävää” varten.

Huoli *oikeuden kuntoisuudesta* vastata yhteiskunnallisiin vaatimuksiin muodostuu yhä tärkeämmäksi. Ajatuksellisten ja käsitteellisten välineiden kehittäminen yhteiskunnan vaatimuksiin parempaa vastaamista varten on eettinen valinta. Vastaavasti on epäeettistä tukeutua sellaisiin käsitteisiin, jotka soveltuvat huonosti yhteiskunnallisiin odotuksiin vastaamiseen. Niinpä *oikeudellista ratkaisuteoriaa* ohjaavana *maksiimina* tulee olla *jatkuva pyrkimys* sellaisten ajattelumallien sekä oikeellisuusharkintaa selittävien ja ratkaisutoimintaa rakentavien käsitteiden kehittämiseen, joiden avulla tarve väkivallan uhan ja manipulaation käyttämiseen muodostuu mahdollisimman pieneksi. Se, miten *oikeudellisuuden säilyttävä* yhteiskunnassa formuloituviin tarpeisiin ja odotuksiin vastaaminen on mahdollista, riippuu paljolti niistä käsitteistä ja ajattelumalleista, joilla oikeutta ja sen suhdetta yhteiskuntaan määritellään.

Loppujen lopuksi on kuitenkin niin, että koska oikeuden kompleksiteetin käsittelykyky ei pysty kohoamaan niin korkeaksi, että aina pystyttäisiin vastaamaan kaikkiin kompleksisesta yhteiskunnasta tuleviin odotuksiin, on väkivallan uhkalla ja manipulaatiolla oma merkityksensä jopa silloin kun sisällöllisesti onnistuneiden ratkaisujen tuottamisaste on korkea. Koska oikeussysteemi ei pysty vastaamaan kaikkiin yhteiskunnasta tuleviin vaatimuksiin, on yhteiskunnassa myös kehittynyt tietty määrä toleranssia huonosti toimivaa oikeutta kohtaan.

Toimintakykyisyyden säilymisen ongelma siis myös täsmentyy tärkeällä tavalla, kun sitä tarkastelee yhteiskunnan kontekstissa. Kun kysymystä toimintakyvyn säilyttämisestä ja kehittämisestä ei voi tarkastella pelkästään oikeussysteemin sisäisenä ongelmana, myöskään kompleksiteetin ja kontingenssin minimointi *ei enää voi toimia toimintaa ohjaavana ideaalina*. Oikeuden sisäinen ristiriidattomuus on tavoitteena ongelmaton vain, jos samalla pystytään pitämään kompleksiteetti ja mahdollisuus kontingenttiin ratkaisuntekoon avoimena. Yhteiskunnan kontekstissa ongelmassa oikeuden toimintakyvyn säilyttämisestä ja kehittämisestä on kyseessä *kuntoisuuden* ylläpitämisestä. Kyseessä on huolen pitäminen oikeuden toimintaedellytyksistä sillä tavalla, että oikeudellisella ratkaisutoiminnalla on kuntoisuutta vastata omien sisäisten vaatimustensa lisäksi myös yhteiskunnallisiin odotuksiin. Oikeuden *toimintaedellytysten säilyminen* on eri asia kuin oikeuden *säilyminen yhteiskunnallisena konfliktinratkaisuinstituutiona*: Mitä huonommin oikeus onnistuu yhteiskunnallisiin odotuksiin vastaamisessa, sitä suuremmalla todennäköisyydellä konfliktinratkaisu alkaa siirtyä oikeuden ulkopuolelle.

Kun oikeudelta edellytetään toimintakyvyn lisäksi myös sopeutumista yhteiskuntaan, ei eksklusiivista lakipositivismia voi pitää adekvaattina osana oikeudellisen ratkaisun teoriaa. Positivismin merkkiahmon John Austinin mukaan ”The existence of law is one thing; its merit or demerit another”⁴⁴⁴. Tällaista kantaa ei voida tässä jaksossa todetuin perustein hyväksyä. Sama ongelma koskee myös Hartin edustamaa inklusiivista positivismia. Hartin mukaan lakipositivismi ei edellytä lain ja moraalin välttämätöntä eroa, vaan se kiistää vain niiden välttämättömän yhteyden. Tämän välttämättömän yhteyden kiistäminen voi toimia modernissa yhteiskunnassa kuitenkin vain filosofisen argumentin tasolla. Yhteiskunnassa *toimiva* oikeussysteemi on kuitenkin aina sidottu sopeutumisvaatimuksen kautta myös moraliin.

Toisaalta konfliktinratkaisuja aletaan hakea oikeuden ulkopuolta myös silloin, jos oikeudellisissa ratkaisuissa aletaan mennä liian pitkälle pyrittäessä täyttämään yhteiskunnallisia odotuksia. Sillä, että voidaan osoittaa ratkaisujen olevan nimenomaan oikeudellisia, on myös oma yhteiskunnallinen arvonsa. Niinpä oikeudellinen ratkaisu on pystyttävä pitämään erillään muun muassa puoluepoliittisesta päätöksenteosta. Esimerkiksi yhdenvertaisuuden ja ennakoitavuuden kannalta on tärkeää, että yhteiskunnassa vaihtelevat puoluepoliittiset valtasuhteet eivät suoraan vaikuta yksittäisten tapausten ratkaisuun. Oikeudellisen ratkaisun arvoa ja mahdollisuuksia modernin yhteiskunnallisena konfliktinratkaisuinstituutiona vähentäisi myös se, jos ratkaisuissa suosittaisiin selvästi esimerkiksi jotakin yhteiskuntaryhmää (tai etutahoa) tai poliittista ideologiaa, tai jos modernissa yhteiskunnassa ratkaisut tehtäisiin esimerkiksi puhtaasti uskonnollisin argumentein.

Oikeellisuusharkintaa ohjaavien *vaatimusten muotoilemisen* kannalta ei ole tarpeellista eikä suotavaakaan asettaa sopeutumisvaatimusta ja säilymisvaatimusta etusijajärjestykseen keskenään (tämän vuoksi esim. laillisuusperiaate on vaatimuksena ongelmallinen). Voi ajatella oikeellisuusvaatimuksen tehtävänä olevan toimintakyvyn säilyttämis- ja sopeutumisvaatimuksen *tasapainottamisen ja niiden suhteuttamisen toisiinsa*. Tällöin kysymys ratkaisun oikeellisuudesta ei ”elä omaa elämäänsä”, vaan se esiintyy aina toimintakykyisyys- ja sopeutumisvaatimuksen yhteydessä.

2.3 POSITIVISTISISTA OIKEELLISUUDEN KRITEREISTÄ

Historiallisista ja aatehistoriallisista syistä positivistisen oikeusajattelun ensisijaisena tavoitteena on tuomiovallankäytön rajoittaminen ja sääntely. Tuomiovalan rajoittamisen välineenä on nimenomaan asetettu oikeus, joten ratkaisutoi-

⁴⁴⁴ Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* s. 157.

minnassakin on positivismiin vaatimusten mukaan keskittyttävä muodollisesti voimassa olevan *oikeuden* sisällön selvittämiseen. Tällöin keskeisenä mielenkiinnon kohteena ovat oikeudellisen voimassaolon kvaliteetin omaavat premisit, jolloin ratkaisujen tarkoituksenmukaisuus ja muut ratkaisujen sisällölliseen onnistuneisuuteen vaikuttavat tekijät jäävät toissijaiseen asemaan. Tietenkin tarkoituksenmukaisuuskysymykset ja muut ratkaisun sisällölliseen onnistuneisuuteen vaikuttavat tekijät *voidaan* ottaa huomioon tulkittaessa tai täsmennettäessä sitä, mikä kulloinkin on voimassaolevan oikeuden mukaista. Tarkoituksenmukaisuuspremissit ovat kuitenkin vasta toissijaisia, sillä näiden premissien relevanssi saattaa aktualisoitua vain, *jos* voimassaoleva oikeus (esimerkiksi lakiteksti) näyttää epäselvältä. Tämänkaltaisia premissejä ei ole siis tarpeen ottaa lainkaan käyttöön silloin kun voimassaolevan oikeuden sisältö (esimerkiksi lakitekstin merkitys) vaikuttaa yksiselitteiseltä, vaikka samalla näyttäisikin siltä, että ratkaisu johtaa sisällöllisesti epäonnistuneeseen ratkaisuun. Ongelma korostuu silloin kun oikeusvaltioteorian mukaisesti oikeudellinen ratkaisu kytkeään sellaiseen käsitteverkostoon, jossa *contra legem* -ratkaisulle ei löydy muihin käsitteisiin kiinteästi liittyvää luontevaa paikkaa.

Pitää toisaalta paikkansa, että positivistisessa oikeudellisen ratkaisun selittämässä ainakin idean tasolla hyväksytään mahdollisuus voimassaolon käsitteestä irtautuvaan yksittäistapaukselliseen kohtuusharkintaan oikeudellisia ratkaisuja tehtäessä: ”Se mikä ei ole oikeus ja kohtuus, ei saata olla lakikaan.” Suomessa positivistiset oikeudellisen ratkaisun teoriaan lukeutuvat *oikeuslähteopit*, tulkintateoriat ja keskeiset *käsitteet* ovat kuitenkin verrattain alikehittyneitä antamaan ohjeita tällaisten tilanteiden tunnistamista ja niiden käsittelyä varten. Positivismiin kannalta yksittäistapauksellinen voimassaolevaan lakiin tukeutumaton sisällöllinen harkinta tai oikeuden dynaaminen kehittäminen oikeudellisissa ratkaisuissa on ongelmallista siksi, että tällainen ratkaisunteko on välillisen demokratian ideaalin, valtiovallan kolmijakoajatuksen ja kansansuvereniteettiajatuksen vastaista. Ilman riittäviä käsitteellisiä ja ajatuksellisia työkaluja dynaamisesti oikeutta kehittäviin, sisällöllisesti onnistuneisiin ratkaisuihin pyrkiminen yksittäisissä tapauksissa jää ”anomalian” asemaan. Koska oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa ei voida säännönmukaisesti keskittyä ”anomalliseen” ratkaisujen tekemiseen, tästä seuraa se yhteiskunnan kannalta ongelmallinen tilanne, että oikeudellisissa ratkaisuissa ollaan virheellisesti valmiita noudattamaan voimassaolevaa oikeutta myös niissä tapauksissa, kun ratkaisu muodostuu voimassa olevaa oikeutta noudattaen sisällöllisesti epäonnistuneeksi. Vaatimus voimassaolevan oikeuden noudattamisesta tuottaa siis riittävien ajatuksellisten ja käsitteellisten välineiden puuttuessa ratkaisutoimintaan sisään rakentuneen valmiuden pitää voimassa olevaa oikeutta premissinä, vaikka laki ei ”oikeus ja kohtuus olisikaan”.

Käsitteeseen ”voimassaolo” liitetään ajatus sitovuudesta, pakottavuudesta tai velvoittavuudesta. Esimerkiksi Peczenikin mukaan on käsitteellisesti mahdo-

tonta, että voimassaolevalla oikeudella ei olisi sitovaa vaikutusta. Voimassaolo ilman sitovuutta on hänen mukaansa kuin ”naimisissa oleva poikamies tai neliön muotoinen ympyrä”. Voimassaoloon liitettävien sitovuuden ja velvoittavuuden vaikutus oikeudelliseen ratkaisuun on se, että ratkaisussa ollaan *velvollisia välttämään* voimassaolevan oikeuden vastaisia ratkaisuja. Vastaavasti voimassaolevan oikeuden mukaisuuden vaatimuksesta *ei seuraa*, että ratkaisussa ollaan *velvollisia välttämään* sisällöllisesti epäonnistuneita ratkaisuja. Myöskään tuomariin kohdistuva virkavirhesanktion uhka ei tule kyseeseen sisällöllisesti huonon ratkaisun takia, vaan nimenomaan voimassaolevan oikeuden vastaisen ratkaisun takia. Tällä tavalla positivismiin käsitteillä tahattomasti harhautetaan ratkaisuharkinnan fokus pois sisällöllisistä kysymyksistä. Oikeussysteemin suljettisuus ja staattisuus painottuvat avoimuuden ja dynaamisuuden kustannuksella.

3 Tuomioistuinten ja parlamentin välisestä suhteesta

Ratkaisun oikeellisuuteen liittyvien pohdintojen ohella myös tuomioistuinten ja parlamentin välisten suhteiden tarkastelu on yksi aspekti pohdittaessa oikeudellisen ratkaisutoiminnan mahdollisuutta dynaamisuuteen ja avoimuuteen. Luhmann sanoo teoriansa yhtenä tarkoituksena olevan provosoida oikeusteoriaa tarkistamaan käsityksiään oikeudesta. Etupäässä tämä tarkoittaa uudenlaisten käsitteiden ja ajattelumallien tarjoamista oikeuden tarkastelun välineiksi, mutta Luhmann esittää myös eksplikoidun haasteen olettamalla, että tuomioistuimen asemaa suhteessa lainsäätäjään (ja demokratiaan) ei ole tyydyttävällä tavalla ymmärretty⁴⁴⁵. Tästä esimerkkinä Luhmann ottaa esille yhden huomionarvoisen seikan. Hänen mukaansa *tuomioistuinten oikeudenkäytön ominaispiirteet määritellään ensisijaisesti ellei jopa yksinomaisesti lain asettamisen ja oikeudenkäytön välisen eron avulla*⁴⁴⁶. Kuten tunnettua, modernissa oikeusajattelussa ajatellaan lain tehtävänä olevan rajojen asettaminen oikeudelliselle ratkaisulle tai ainakin kelpuutus oikeudellisen ratkaisun antamiseen on voitava palauttaa lakiin.

Kompleksisessa yhteiskunnassa modernin oikeuden kysymys on, miten se pystyy selviämään yhteiskunnan kompleksiteetin aiheuttamista ylisuurista vaatimuksista. Luhmannin mukaan vastaukseksi ongelmaan ei riitä se, että tunnustetaan tuomarinoikeuden olemassaolo. Myöskään vastaukseksi ei riitä luopuminen siitä klassisesta ajatuksesta, että lainsäätäjä on hierarkkisesti korkeammalla tasolla tuomioistuimiin nähden, ja tämän ajatuksen korvaaminen käsityksellä näiden kahden instituution vastavuoroisesta vaikuttamisesta. Luhmann ei kuitenkaan kuvaa oikeusjärjestelmää täysin hierarkiattomaksi systeemiksi. Luhmannin tuki lähtee siitä, että tuomioistuinlaitos on sisäisesti järjestäytynyt hierarkkisesti ja että säädöstenantokompetenssin käyttö tapahtuu hierarkkisesti eri tasoilla, mutta *Luhmann luopuu ajattelemasta lakia säätävän elimen ja tuomioistuimen välistä suhdetta hierarkkisena suhteena*.⁴⁴⁷ Luhmannille hierarkia on oikeuden sekundäärinen struktuuri. Oikeuden autopoieesi perustuu pikemminkin symmetriseen rekursiivisuuteen, ja tämän mukaan myös kaikki hierarkkiset struktuurit ovat symmetrisiä struktuureita: Oikeudellisten ratkaisujen pätevyys

⁴⁴⁵ Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* s. 305.

⁴⁴⁶ Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* s. 305.

⁴⁴⁷ Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* s. 320-324. Olen II-luvussa esittänyt yhteiskuntafilosofiset perustelut sille, miksi parlamentin ja tuomioistuinten välistä suhdetta ei ole enää välttämättöntä tarkastella hierarkkisena suhteena.

perustuu oikeudellisiin sääntöihin, joiden pätevyys (Geltung) puolestaan perustuu oikeudellisiin ratkaisuihin.⁴⁴⁸ Lainsäädännön ja tuomioistuinten välillä hierarkiamallin korvaa ajatus oikeuden eriytymisestä *keskukseen ja periferiaan*.

Luhmannin mallissa tuomioistuinlaitos on oikeussysteemin keskus ja lainsäädäntö oikeuden periferiaa (niin kuin yksittäisten toimijoiden tekemät sopimuksetkin). Tuomioistuin toimii oikeussysteemin keskuksena sillä perusteella, että sillä on ratkaisupakko. Tässä erottelu keskuksen ja periferian välillä ei tarkoita kuitenkaan tärkeysjärjestystä eikä se tarkoita myöskään erottelua yhteiskunnallisen relevanssin suhteen. Se, että tuomioistuinlaitosta ajatellaan oikeussysteemin keskuksena, ei tarkoita Luhmannilla sitä, että se voisi antaa määräyksiä lainsäätäjälle. Tuomioistuimet sitä vastoin määrittävät ne ehdot, mitä tuomioistuimet voivat ymmärtää, hyväksyä tai tehdä. Oikeussysteemin keskuksena tuomioistuimilla on ratkaisupakko kun taas periferiassa olevalta lainsäätäjältä oikeudellinen ratkaisupakko puuttuu. Sekä ratkaisupakolla että ratkaisupakon puuttumisella on oikeussysteemissä Luhmannin mukaan tärkeä merkitys. Kun *lainsäädäntöelimestä* ei ole pakko tehdä ratkaisua, pystytään oikeussysteemin autonomia takaamaan. Näin taataan se, että oikeussysteemi ei toimi vain muiden yhteiskuntasysteemien ehdoilla vailla omaa ohjauskykyä.⁴⁴⁹

Luhmann toteaa, että modernissa oikeusajattelussa lainsäädännön ja tuomitsemisen välisen asymmetrian ylläpitämisellä ja sopivalla käsitevälineistöllä (esimerkiksi oikeuslähdeopilla) pyritään välttämään sitä kehämäisyyttä, että tuomari ”luo” sen oikeuden, mitä hän itse ”käyttää”. Ennen kaikkea tätä tarkoitusta palvelee myös tuomioistuinten ratkaisujen stilisoiminen siihen muotoon, kuin ratkaisussa olisi kyse oikeuteen kohdistuvasta tiedosta.⁴⁵⁰ Tästä stilisoinnista ei luovuta edes silloin kun tuomioistuinten on ratkaisupakon vuoksi annettava ratkaisu, mutta tuomioistuin ei pääse varmuuteen siitä, miten pitää ratkaista. Muodollisesti tuomioistuimet käyttäytyvät niin, että niiden tekemät ratkaisut ovat vain voimassaolevan oikeuden määräämiä. Tuomio ilmaistaan siten kuin se olisi voimassaolevan oikeuden tuntemisen tulos tai kyseessä olisi voimassaolevan oikeuden käyttäminen. Ja oikeudessa on Luhmannin mukaan käytössä riittävästi erilaisia sääntöjä (esimerkiksi todistustaakkasääntöjä) sen takaamiseksi, että tämä on kaikissa tapauksissa mahdollista.⁴⁵¹ Jos tällaisesta konformistisuuden pakosta voitaisiin oikeudellisessa ajattelussa luopua, se avaisi uusia mahdollisuuksia oikeuden avoimuuden ja dynaamisuuden suuntaan.

⁴⁴⁸ Luhmann, Rechtssoziologie s. 359.

⁴⁴⁹ Luhmann, Das Recht der Gesellschaft s. 320-324.

⁴⁵⁰ Luhmann, Das Recht der Gesellschaft s. 306.

⁴⁵¹ Luhmann, Das Recht der Gesellschaft s. 328.

3.1 OIKEUDELLINEN RATKAISU OIKEUDEN REPRODUKTIOSSA

Ajatus parlamentin ja tuomioistuinten välisen hierarkkisen suhteen ongelmallisuudesta saa tukensa myös oikeudellisesta ratkaisuteoriasta ja oikeuden rakeneteoriasta. Suppeasti ymmärrettynä laintulkinnassa voi ajatella olevan kyse lakitekstien merkityksen selventämisestä tai valinnan tekemisestä toistensa kanssa ristiriitaisten säädöstekstien kesken. Niinpä esimerkiksi *Matti Ilmari Niemen* mukaan lain tunteminen tarkoittaa tällöin annetun normin *löytämistä*, mikä erottaa *laintulkinnan* lain säätämisestä ja siihen kuuluvasta vapaasta harkinnasta. Kun ratkaisun perusteena käytettävää lakia pidetään *löytämisen asiana*, tällöin oikeudellinen ratkaisutoiminta, jossa pyritään *aineellisesti* mahdollisimman hyviin tuloksiin, näyttäytyy toimintana, jossa käytetään harkintaa *lainsäätäjän roolissa*. Niemi toteaa tällaisen lakipositivismin ilmeisenä ongelmana olevan sen, että tällainen asetelma ei näytä tunnistavan varsinaista oikeudellista argumentaatiota. Oikeudellisessa argumentoinnissa on nimittäin kyseessä luovasta ja justifioivasta päättelystä erilaisten oikeuslähteiden perusteella erilaisissa tilanteissa niitä eri tavalla painottaen. Oikeudellinen argumentaatio kattaa myös virallislähteiden, säädösten tai ennakkopäätösten *kriittisen tarkastelun* lainkäytön tai lainopin yhteydessä siten, että olennainen osa käytettyjä argumentteja ovat aineelliset argumentit tai kansallisen oikeusjärjestyksen ulkoiset normit. Tällainen argumentoinnissa tehtävä kriittinen punninta oikeuttaa supistavat tai laajentavat tulkinnat, se mahdollistaa tiettyjen tulkintavaihtoehtojen valinnan tai poissulkemisen ja voi oikeuttaa jopa virallislähteen sivuuttamiseen. Näin ollen kuten Niemi toteaa, oikeudelliselle argumentaatiolle ei ole vierasta se, että virallislähteiden ulkopuolisille lähteille ja argumenteille annetaan merkitys, joka ylittää ei-velvoittavan ja sallitun oikeuslähteen aseman.⁴⁵²

Lakipositivistisen ajattelun mukaan lain tuntemisen, siis sen ”löytämisen” ja lain säätämistä edeltävän vapaan harkinnan välillä voidaan tehdä selvä ero. Niemen mukaan ”löytämisessä” ajatellaan tällöin olevan kyse filosofisen realismin mukaisesti *annetun* tiedon kohteen osoittamisesta, kun taas ”säätämisessä” on kyse luovasta tulkinnasta, jolla pyritään oikeuttamaan uuden lain asettaminen joko yksittäisten ratkaisujen tai lainopillisten tulkintasuositusten muodossa. Kuitenkin Niemen mukaan tosiasiallinen lainkäytössä ja lainopissa käytettävä tulkinta ja argumentointi osoittavat, että tällaista yksiselitteistä tai laadullista eroa ei voida tehdä, sillä argumentointi on paljon monivivahteisempaa ja moniaineksisempaa. Niinpä tulkintatoiminta sekä lainkäytössä että lainopissa on pikemminkin monipuolista argumenttien käyttämisestä ja erilaisten ja eri tilanteisiin sovitettujen johtopäätösten oikeuttamista.⁴⁵³

⁴⁵² Niemi, Ajattelun kouluista ja ajatuksia kouluista s. 202-203.

⁴⁵³ Niemi, Ajattelun kouluista ja ajatuksia kouluista s. 203.

Niemen ajatus oikeudellisen argumentaation luonteesta antaa mielenkiintoisen näkökulman muun muassa myös Aarnion teorian tarkasteluun. Aarniohan esittää oikeudellisen argumentaation olevan varsin vapaata erilaisten näkökulmien keskinäistä punnintaa mutta toisaalta vaatii ratkaisun sitomista lakiin, mitä puoltaa myös hänen oikeuslähdeoppinsa. Tämä on varsin ymmärrettävä kanta kun ajatellaan Aarniota nimenomaan analyttisen koulukunnan edustajana. Kuten Päivi Paasto toteaa, analyttisen koulukunnan edustajat siirtyivät käyttämään enenevässä määrin reaalisia argumentteja, joille vapautui tilaa, kun irtaannuttiin oikeuksien olemuspohdinnoista, mutta samalla sitouduttiin normatiiviseen lähtökohtaan eli argumentit pyrittiin tukemaan lainsäätäjän käyttämiin tai edellyttämiin perusteisiin. Vaikka reaalisten argumenttien käyttö näin nähdäänkin relevanttina, niin Paaston mukaan niitä tosiseikastoja, joihin liittyvistä seuraamuksista oltiin kiinnostuneita, etsittiin ja etsitään normeista. Kysymys on tässä perustavassa mielessä lain tulkinnasta ja selvittämisestä. Paaston mukaan oikeuden lähtökohtana ovat tällöin edelleen ennalta asetetut kaikkia samalla tavalla velvoittavat säännöt, joiden tulkinnasta oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa on kysymys. Siten kysymys on pitkälti juuri lain tulkinnasta ja sen merkityksen selvittämisestä.⁴⁵⁴ Tämä pätee yhtä hyvin eksklusiiviseen kuin inklusiiviseenkin positivismiin.

Aarniolla aineellisen oikeudenmukaisuuden periaatteet ja reaaliset argumentit saavat sijansa pohdittaessa sitä, mikä tulkittavana olevan lakitekstin semanttisista merkityksistä loppujen lopuksi valitaan oikeudellisen ratkaisun premisiksi. Aarnion mukaanhan ennen varsinaisen tulkinnan käynnistämistä tulkinnan ensimmäisessä vaiheessa selvitetään lakitekstin semanttiset merkitysvaihtoehdot yleisen *kielentuntemuksen* ja juridisen kielen erityismerkitysten tuntemuksen perusteella. Tätä vaihetta voidaan hänen mukaansa kutsua orientoivaksi analyysiksi, joka paljastaa vaihtoehdot, ei muuta.⁴⁵⁵ Jos asiaa kuitenkin ajattelee argumentaatioteorian kannalta, niin voi väittää, että oikeudellisen argumentaation keskeinen piirre ei välttämättä ole sen paremmin lain semanttisten merkitysvaihtoehtojen selvittäminen kuin oikeuslähdekategorioiden tiukka noudattaminenkaan silloin kun luovutaan tiukasta erottelusta oikeuden luomisen ja soveltamisen (löytämisen) välillä.

Nähdäkseni oikeudellisessa ratkaisun tekemisessä semanttinen tulkinta ja oikeudellinen tulkinta tapahtuvat rinnakkain ja yhtä aikaa siten, että oikeudellinen tulkinta hakee argumentteja tekstin sanamuodoista, mutta viimekädessä oikeudellinen tulkinta on semanttista tulkintaa merkittävämpi asia. Oikeudellinen tulkinta on jotakin enemmän kuin vain tekstin ymmärtämistä, sillä sen onnistuminen edellyttää ymmärrystä ratkaisuun kohdistuvista yhteiskunnallisista ja

⁴⁵⁴ Päivi Paasto, Varallisuus-oikeuden keskeiskäsitteistä modernin oikeuden rakennepiirteinä s. 166-168.

⁴⁵⁵ Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 193.

siis myös oikeudellisista vaatimuksista. Oikeudellisen tulkinnan lopputuloksesta voidaan päätyä sellaiseen vaihtoehtoon, jota ei voida selkeästi pitää yhtenäisen tekstin semanttisista tulkintavaihtoehtoista, tai voidaan myös päätyä tulkintaan, jossa väite päätyemisestä johonkin tulkittavan tekstin semanttisesti mahdollisista merkityksistä *kielentuntemuksen perusteella* ei ole uskottava. Esimerkkinä tapaus KKO 1989:15, jossa korkein oikeus päätyi rattijuopumus-tapausta käsitellessään kantaan, jonka mukaan ajoneuvoa kuljettaneen henkilön vieressä istuneen humalaisen matkustajan *nykäisy käsijarrusta* kesken ajon voitiin tulkita lain sanamuodon mukaiseksi ”ajoneuvon kuljettamiseksi”.

Oikeudellisen argumentaation teoria ei myöskään välttämättä edellytä vaatimusta ratkaisun sitomisesta lakiin. Itse asiassa argumentaatioteorian liittäminen lakiin sitoutumisen vaatimukseen toimii vain silloin jos hetkeksi unohdetaan mahdollisuus *contra legem* -ratkaisuun. Oikeudellisessa argumentaatiossa voi yksittäisissä ratkaisuisa ajatella olevan kysymys lain semanttisten merkitysvaihtoehtojen selvittämisestä *tai* *contra legem* -ratkaisun perustelemisestä. Se päädytäänkö ratkaisussa lain mukaiseen vai *contra legem* -ratkaisuun, riippuu argumenteista. Näin ollen lakitekstin mahdolliset semanttiset merkitykset eivät määrää oikeudellisen ratkaisun lopputulosta tai aseta sille rajoja. Ratkaisevaa on nyt arvioitu mahdollisuus vakuuttaa auditorio tehdyistä valinnoista premissivalinnan ja lopputuloksen suhteen.

Jopa oikeusvaltiossa on ongelmallista vaatia oikeudellisen ratkaisun sitomista nimenomaan lain ja muiden virallisenormien muodostamaan *oikeusjärjestykseen*. Esimerkiksi Tuorin mukaan *oikeusjärjestykseksi* kutsuttu oikeusmateriaali edustaa oikeuden pintailmiötä, mutta oikeus on kuitenkin *vasta oikeusjärjestelmäksi muuntuneena* toimiva tuomioistuinten päätöksiä ohjaava normatiivinen kokonaisuus. Tästä muuntamistyöstä vastaavaa oikeuden kerrostumaa voi Tuorin mukaan kutsua oikeusideologiaksi tai oikeuskulttuuriksi. Ammatillisen oikeuskulttuurin välityksellä laeista muodostuva oikeusjärjestys siis muuntuu oikeusjärjestelmäksi. Ammatillisen oikeuskulttuurin keskeisinä osina voi pitää oikeusperiaatteita, oikeuskäsitteitä sekä tulkinta- ja argumentaatiostandardeja. Käytännössä oikeuskulttuuri kuitenkin vaikuttaa eräänlaisena *eriytymättömänä normatiivisena kokonaisuutena*, joka muun muassa ohjaa tuomioistuimia niiden päätöksenteossa. Tuorin mukaan auktoritatiivinen oikeudellinen aineisto – siis oikeusjärjestys – ei voi ikään kuin puhtaassa tilassa tarjota päätöksenteolle normatiivista perustaa⁴⁵⁶.

Tällainen kuvaus oikeudellisten ratkaisujen sidonnaisuuksista tarjoaa jo paljon hedelmällisemmän pohjan oikeudellisen ratkaisun aseman ymmärtämiseksi oikeussysteemissä. Systeemitoreettisessa kuvauksessa pitää oikeusjärjestelmän lisäksi ottaa mukaan vielä oikeuden aktualisointien väistämätön kytkeyty-

⁴⁵⁶ Tuori, Oikeus, valta ja demokratia 231-232. Oikeusjärjestyksen muuntumisesta oikeusjärjestelmäksi myös Tuori, Oikeuden ratio ja voluntas s. 108-109.

minen *toiseen viittaavuuden* kautta myös muuhun yhteiskunnalliseen kommunikaatioon, kuten esimerkiksi tarkoituksenmukaisuuskysymyksiin sekä moraalisiin. Tällöin oikeudellisen ratkaisun teoria ei voi enää tyytyä pitämään tuomioistuimen ja parlamentin välisiä suhteita tarkastelunsa keskiössä. Oikeudellisen ratkaisun sidonnaisuuksia ei myöskään ole tarpeen ajatella kahden – tuomarin ja voimassaolevan oikeuden – välisenä asiana, jolloin näiden välinen relaatio ilmaistaan käsitteellä ”sitovuus”. Niinpä oikeudellista ratkaisutoimintaa ei tarvitse ajatella voimassaolevien lakien tai sääntöjen tulkintana. Oikeudellisessa ratkaisussa voi pikemminkin ajatella olevan kyse sen selvittämisestä, millaisia valintoja ratkaisussa pitää tehdä ratkaisuun kohdistuvien nykyhetkisen yhteiskunnallisten ja siis myös oikeudellisiksi Nimettyjen vaatimusten valossa.

Oikeudellisessa ratkaisussa on voimassaolevaan oikeuteen sitoutumisen sijasta kyse pikemminkin Niemen ilmaisemalla tavalla monipuolisesta argumenttien käyttämisestä erilaisten ja eri tilanteisiin sovitettujen johtopäätösten oikeuttamiseksi. Oikeudellisessa ratkaisussa on päätettävä siitä, mitkä vaatimukset ovat relevantteja kyseiselle ratkaisulle. Tätä päätöstä ei kuitenkaan voi tehdä ad hoc, vaan ratkaisu on *sidottu vaatimukseen* ratkaisutoiminnan jatkumisen edellytysten säilyttämisestä sekä vaatimukseen sopeutua yhteiskunnan vaatimuksiin, esimerkiksi jäljempänä jaksossa 5. esitettävällä tavalla. Kun oikeutta ei ajatella *edes kielikuvan tasolla* ontologisena entiteettinä (kuten esimerkiksi oikeusjärjestyksenä, jonka *sisältö* olisi selvitettävissä), vaan jatkuvasti meneillään olevana prosessina, tällöin myöskään ratkaisutoiminnan sidonnaisuuksia ei pyritä jäsentämään kahden olion ja niiden välistä suhdetta kuvaavan sitovuusrelaation avulla. Tämän sijasta yksittäiset ratkaisut on nähtävä yksittäisinä hetkinä sellaisessa oikeudellisen ratkaisutoiminnan jatkumossa, jossa jatkuvasti reprodusoidaan (vahvennetaan tai muutetaan) niitä vaatimuksia, joihin yksittäisissä ratkaisuissa on pystyttävä vastaamaan. Hierarkia tuomioistuinten ja parlamentin välillä on myös tähän ajatteluun sopimaton elementti, pikemminkin on kyse näiden välisestä tehtävänjaosta.

4 Oikeuden aika

”Aika on olennainen seikka olosuhteiden sekä nämä olosuhteet muodostavien toimien keskinäisessä tulkinnallisessa työstämisessä. Toimintaa tulkitaan väistämättä sekä tulevaisuuden että jo tapahtuneen kannalta.”

(Garfinkel)

Oikeudellisen ratkaisun ehtoja ja mahdollisuuksia pohdittaessa on syytä käsitellä esikysymyksenä myös ongelmaa oikeuden ajasta. Näkemys ajasta ja aikaperspektiivien läsnäolosta oikeudellisessa ratkaisutilanteessa vaikuttaa osaltaan siihen, miten kysymykseen ratkaisun ehdoista ja mahdollisuuksista voidaan vastata. Tuori toteaa, että esimodernissa oikeudessa painottui menneisyyden merkitys ratkaisussa tuomareiden ollessa oikeudellisten traditioiden vartijoita. Vastaavasti myös modernissa oikeudessa menneisyys on tuomarille tärkeä aika-kaulottavuus. Ratkaisun oikeudelliset premissit (re)konstruoidaan menneisyyden tarjoamasta oikeuslähteaineistosta. Hänen mukaansa tulevaisuuteen suuntautuvilla näkökohdilla saattaa myös olla oma merkityksensä muun muassa silloin kun oikeuslähteiden tulkinnassa sovelletaan teleologista menetelmää. Tämänkaltainen tavoiterationaalinen harkinta on kuitenkin toissijaista ja vaikuttaa vain ensisijaisen menneisyyteen suuntautuvan näkökulman sallimissa rajoissa.⁴⁵⁷ Kysymykseen oikeuden ajasta voidaan kuitenkin ottaa myös systeemitoe-reettinen näkökulma.

Luhmann monien muiden ajattelijoiden joukossa irtautuu siitä Heideggerin vulgaariksi ja naiiviksi nimittämästä aikakäsityksestä, jonka mukaan aikaa ajatellaan eräänlaisena yhdensuuntaisena viivana, jonka alkupäässä on menneisyys, välissä nykyisyys ja loppupäässä tulevaisuus.⁴⁵⁸ Juha Karhu on meillä osoittanut, että oikeutta ja aikaa voidaan tarkastella muutoinkin kuin lineaariseen aikakäsitykseen ja kalenteriaikaan sidottuna⁴⁵⁹. Guy Haarsher toteaa, että filosofisen kokemuksen mukaan menneisyyttä ei ole koskaan ollutkaan muutoin kuin vain nykyisyyden ainakin osittain muodostamana, perustamana tai kokoamana ja konstituoimana. Kun nykyisyydestä katsotaan menneisyyttä, niin menneisyys nykyistetään valikoimalla siitä ainekset, jotka katsoja pystyy itse tavoittamaan⁴⁶⁰. Myöskään gadamerilaisen tulkinnan suhde menneisyyteen ei ole koskaan puhdas. On mahdotonta siirtyä päättäneeseen aikakauteen, joka

⁴⁵⁷ Tuori, Oikeuden traditiot. Niin & Näin 2/2005 s. 82-83.

⁴⁵⁸ Haarscher, Oikeuden aika ja totalitaarinen kokemus. Niin & Näin 2/2005 s. 96.

⁴⁵⁹ Pöyhönen, Oikeustieteen ajanmukaisuus. LM 3/1997 s. 357-375, etenkin s. 375.

⁴⁶⁰ Haarscher, Oikeuden aika ja totalitaarinen kokemus. Niin & Näin 2/2005 s. 96.

oleilee enää vain osittaisina ja yksipuolisina jälkinä. Mennyttä aikaa ymmärrettäänkin välttämättömästi tämän päivän näkökohtien mukaisesti⁴⁶¹.

Haarscherin mukaan radikaali dekonstruktionismi tai postmoderni näkökulma kärjistävät tämän Gadamerin ajatuksen. Niiden mukaan kullekin aikakaudelle kuuluu oma menneisyytensä. Kun nykyisyys puretaan pelkäksi nykyisyyden menneisyydeksi, tällöin menneisyydellä ei ole mitään substanssia. Se typistyy kuvitteelliseksi projektioksi, joka noudattaa vain tulkitsijan tai katsojan tai nykykulttuurin etuja, pyyteitä ja kiinnostuksia.⁴⁶² Myös oikeudellisen ratkaisuteorian olisi pyrittävä sijoittautumaan vulgäärin aikakäsityksen ja radikaalin dekonstruktionismin välille. Pyrkimys lainsäätäjän alkuperäisen tahdon tai tarkoituksen selvittämiseen liittyy yllä mainittuun naiivin aikakäsityksen ongelmaan, jonka mukaan on mahdollista ikään kuin puhtaasti ja vaivattomasti siirtyä menneisyyteen toteamaan, miten asiat silloin todellisuudessa olivat. Toisaalta nykyisyyden ei voi myöskään antaa määrätä menneisyyttä radikaalin dekonstruktionismin tarkoittamalla tavalla. Kuten Haarscher toteaa, tällainen johtaisi ”yleistettyyn oikeusturvattomuuteen”, toimijat eivät voisi toimintansa hetkellä tietää sitä, millaiset intressit ovat vallitsevia tulevassa nykyisyydessä tuomion antamishetkellä⁴⁶³.

Seuraavassa esittelen Luhmannin teorian kautta ratkaisuehdotusta oikeuden ajan ongelmaan. Luhmannin mukaan autopoieettinen systeemi on myös *ajallisesti suljettu* systeemi. Oikeuden aktualisointi (ratkaisu) tapahtuu Luhmannin mukaan aina nykyhetkessä, systeemin menneisyyden ja tulevaisuuden toimiesä ratkaisun horisontteina. Käsitys oikeuden ajasta on tutkimukseni kannalta relevantti siinä yhteydessä kun myöhemmin esitellään ratkaisun sidonnaisuuksiin määräytymisen kannalta keskeisiä rekursiivisuusvaatimusta ja liittymiskelpoisuusvaatimusta, siis tarkasteltaessa oikeudellista ratkaisua ratkaisutoiminnan jatkumon yhtenä hetkenä.

Autopoieettisen systeemin itseprodusoivissa operaatioissa kaikki, mikä tapahtuu, tapahtuu nykyhetkessä. Tämä tarkoittaa myös, että kaikki mikä tapahtuu, tapahtuu saman aikaisesti. Menneisyys ja tulevaisuus ovat yhtäaikaaisesti relevantteja horisontteja nykyhetkessä tapahtuville operaatioille, ja ne voidaan *erottaa* toisistaan vain nykyhetkessä tapahtuvissa operaatioissa. Toisaalta myös *liittynyt* menneisyyteen ja tulevaisuuteen konstruoidaan nykyhetken aktuaalisissa operaatioissa.⁴⁶⁴ Näin Autopoieettisen systeemin operaatiot (esimerkiksi oikeudelliset ratkaisut) ovat aikaan sidottuja operaatioita, ne ovat sidottuja siihen aikaan, joka aktuaalisessa systeemin operaatioissa kulloinkin konstruoidaan menneisyyden ja tulevaisuuden horisonteiksi⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ Haarscher, Oikeuden aika ja totalitaarinen kokemus. Niin & Näin 2/2005 s. 96.

⁴⁶² Haarscher, Oikeuden aika ja totalitaarinen kokemus. Niin & Näin 2/2005 s. 96.

⁴⁶³ Haarscher, Oikeuden aika ja totalitaarinen kokemus. Niin & Näin 2/2005 s. 98.

⁴⁶⁴ Luhmann, Das Recht der Gesellschaft s. 45.

⁴⁶⁵ Luhmann, Das Recht der Gesellschaft s. 46.

Oikeussysteemi toimii yksittäisten operaatioiden ketjuna, ja tätä varten se konstituoit itselleen ajan (Eigenzeit), joka on enemmän tai vähemmän hyvin synkronisoitavissa oikeussysteemin ulkopuolisten aikojen (Umweltzeiten) kanssa. Näin oikeuden eriytymisellä muista yhteiskuntasysteemeistä on myös selvä temporaalinen puolensa.⁴⁶⁶ Koska aika on aina havaitsijan muodostama konstruktio, täytyy yhteiskunnassa pystyä synkronisoimaan eri havainnoissa syntyneet aikakäsitykset. Tämä tapahtuu rekursiivisella liityntämahdollisuuksien rajoittamisella. Tämän vuoksi tuomioistuimilta on vaadittava sääntöjen jatkuvaa produktiota tulevia ratkaisuja varten.⁴⁶⁷

Luhmannin mukaan oikeussysteemeissä käsiteltävä tapahtuma alistetaan säännöille, jotka tekevät oikeusprosessin riippumattomaksi siitä, milloin tai miten jokin on alkanut tai milloin tai miten jokin loppuu. Ei esimerkiksi ole merkitystä sillä, milloin riita on alkanut tai kuka sen on aloittanut, merkitystä on vain sillä, kuka oikeuden mukaan on oikeassa tai väärässä. Muutoin sotkeuduttaisiin loputtomaan menneiden tapahtumien sarjaan. Ehtona oikeussysteemin eriytymiselle ajallisessa mielessä on siis se, että menneiden tosiasioiden relevanssi ja järjestys (suhde toisiinsa) on yksinomaan siitä riippuvainen, mitä oikeuden normit itse rajaavat sisälle tai ulos. Mikä ja milloin jokin on alkanut, on oikeussysteemin oma konstruktio. (Esimerkkeinä Luhmannilla kiinnitysrekisteri ja saatavan vanhentuminen, jotka helpottavat todistelua ja rajoittavat regressiä menneisiin tapahtumiin kapeampiin rajoihin.)⁴⁶⁸ Voisi ajatella myös, että esimerkiksi silloin kun rikosprosessissa käsitellään raiskaussyytettä, on prosessissa ratkaistava, milloin oikeudellisen arvioinnin kannalta relevantti tapahtumien ketju on alkanut. Kuuluuko esimerkiksi ravintolaillan aikana vaihdettu katse relevanttina seikkana tapahtumaketjuun konstruoitaessa sitä, mitä tapahtui, tai konstruoitaessa arviota uhrin myötävaikutuksesta? Siitä kysymyksestä, mistä hetkestä lähtien eri tekoja aletaan pitää relevantteina käsiteltävänä olevan tapauksen kannalta, saattaa syytetyllä, uhrilla, syyttäjällä, tuomarilla ja tapausta rekonstruoivalla oikeustieteen tutkijalla olla eri käsitykset. Kysymykseen siitä, milloin jokin on alkanut, liittyy erottamattomasti kysymys siitä, mikä on alkanut. Tähänkin seikkaan eri osapuolilla saattaa olla eri vastaukset. Tulkitaanko ravintolaillan aikana vaihdettu katse jonkin aluksi, vai onko sitä käsiteltävä irrallisena tapahtumana tai johonkin muuhun kokonaisuuteen liittyvänä seikkana? Onko minihameeseen pukeutuminen ennen ravintolailtaa jo tapahtumaan kuuluva ajankohta ja asian käsittelyyn kuuluva relevantti premissi?

Luhmann toteaa, että abstraktisti ymmärrettynä tuomioistuinratkaisussa yhteys menneisyyden ja tulevaisuuden välillä katkaistaan ja luodaan uudelleen. Missään ratkaisussa ei menneisyys automaattisesti jatku tulevaisuuteen (ole-

⁴⁶⁶ Luhmann, Das Recht der Gesellschaft s. 212-213.

⁴⁶⁷ Luhmann, Das Recht der Gesellschaft s. 327.

⁴⁶⁸ Luhmann, Das Recht der Gesellschaft s. 212-213.

muksen, luonnon, mahdottomuuden tai välttämättömyyden takia), vaan yhteys katkaistaan ja yhteydestä päättäminen jätetään ratkaisun tehtäväksi. Tämä ratkaisu on mahdollista tehdä vain nykyhetkessä ja se on aina mahdollista tehdä myös toisin.⁴⁶⁹ Nykyisyydessä tapahtuvalla operaatiolla ei ole pääsyä *menneeseen* nykyisyyteen ”sellaisena kuin se oikeasti oli”, vaan nykyhetkessä konstruoitava *nykyinen menneisyys* on nykyhetkessä tapahtuvan selektion tulosta, jossa organisoidaan menneisyyden tapahtumat ja niiden väliset suhteet nykyhetken perspektiivistä uskottavalla tavalla. Ratkaisussa konstruoitava *nykyinen menneisyys* ei siis ole yksinkertaisesti vain kaikkien menneiden tosiasioiden varasto, vaan sen muodostuminen on ratkaisussa tapahtuvan selektion tulosta. Tämä menneiden tosiasioiden konstruktio – ei siis menneisyyden todellinen läsnäolo – muodostaa merkittävän osan konkreettisen ratkaisun valinnan mahdollisuuksia rajaavista ehdoista. Jatkossa pyrin osoittamaan, että ratkaisun lopputulos on lisäksi riippuvainen myös siitä, mitä voidaan ratkaisuhetkellä pitää relevanttina tulevaisuutena.

Luhmann toteaa, että tuomioistuimet rekonstruoivat *menneisyyden* käsiteltävänä olevan tapauksen ulottuvuudessa. Mikä tapauksen ratkaisemisen kannalta on tarpeellista, otetaan tarkasteluun, muuta ei. Informaatiotarpeen rajaamisessa tuomioistuimen tehtävää helpottaa voimassaoleva oikeus, joka itsekin on menneisyyden tuote. Ajatusideaali siitä, että yksittäinen ratkaisu voitaisiin johtaa oikeudesta deduktiivisesti, merkitsisi oikeuskäytännön kannalta sitä, että tultaisiin toimeen pelkästään menneisyyden avulla, ja tulevaisuus olisi riippuvainen loogisesta välttämättömyydestä tai mahdottomuudesta. Koska tämä ei onnistu, ovat tuomioistuimet käytännössä pakotettuja muotoilemaan tai luonnostelemaan tulevaisuuden. Tämä tapahtuu Luhmannin mukaan ratkaisusääntöjen muodostamisen kautta, joissa tuomioistuin myös tulevaisuudessa samankaltaisissa tapauksissa pysyttäytyy. Tällaisia sääntöjä voivat olla lain tulkintasäännöt tai säännöt ratio decidendiin muodostamisesta. Tällöin on kyse aina sääntöjen luomisesta, joiden pitää olla myös tulevaisuutta varten sitovia. Tämä tarkoittaa, että systeemi sulkeutuu ajallisesti kun nykyisyys (joka ratkaisun myötä jää taakse) konstruoidaan tulevan nykyisyyden menneisyydeksi. Ratkaisu alistetaan säännöille *modo futuri exacti* ja pidetään siten kurissa⁴⁷⁰.

Luhmannin mukaan systeemejä koskee yleisesti se, että systeemi on olemassa vain sinä hetkenä kun se operoi ja että se voi pitää lähtökohtanaan tänä ajankohtana yhtäaikaista maailmaa. Ajallinen ekstensio on vain siten mahdollinen, että nykyhetki asetetaan menneisyyden ja tulevaisuuden erotteluna ja menneisyyden ja tulevaisuuden eron ykseytenä. Ja juuri näin se tekee itsensä inaktuaaliin kurottautuvan ajan sokeaksi pisteeksi. Koska tämä on mahdollista, voidaan nykyhetkeä käyttää ratkaisun ajankohtana, joka jähmettää ei-enää-muutettavan

⁴⁶⁹ Luhmann, Das Recht der Gesellschaft s. 325.

⁴⁷⁰ Luhmann, Das Recht der Gesellschaft s. 326.

menneisyydeksi ja vielä-muutettavan tulevaisuudeksi ja joka esittää samanlaisen maailman annetun vaihtoehdon muodossa. Koska aikahorisontit menneisyys–tulevaisuus ovat välttämättä inaktuaalisia, voidaan niitä kohtaan käytettyä vaihtoehtoisilla tavoilla. Tämän valinnaisuuden avulla voidaan konstruoida vaihtoehto, joka puolestaan mahdollistaa tilanteen ymmärtämisen ratkaisutilanteeksi. Ratkaisu voi tulla kysymykseen vain silloin kun temporalisoidaan tällä tavalla.⁴⁷¹

Luhmannin näkemyksen mukaan tästä ratkaisun analyysistä seuraa merkittäviä johtopäätöksiä, joita erityisesti juristit eivät ehkä voi hyväksyä. Niiden mukaan ratkaisu ei ole menneisyyden (eikä näin tietenkään myöskään asetettujen lakien tai tehtyjen tekojen) determinoima. Oikeus ei ole enää asetettua oikeutta. Ratkaisussa toimitaan sen oman, vain nykyhetkessä mahdollisen konstruktion sisäpuolella. Toisaalta ratkaisusta aiheutuu seurauksia myös tuleville nykyisyyksille. Ratkaisu avaa ja sulkee mahdollisuuksia, joita ei sitä ilman olisi. Ratkaisu edellyttää menneisyyden olevan muuttamattomissa ja tulevaisuuden olevan muutettavissa, ja juuri tämän vuoksi se kääntää determinaatiosuhteen toisin päin. Ratkaisu ei anna menneisyyden määrätä (tai määritellä) itseään, mutta yrittää tehdä tulevaisuutta varten erottelun, joka ei kuitenkaan voi vaikuttaa determinoivasti, sillä tulevaisuudessa seuraavat ratkaisut odottavat vuoroaan. Tämän vuoksi vaikka siitä seuraakin monenlaisia ongelmia, on hyvin ymmärrettävää, että tuomioistuimet kiinnittävät huomiota ratkaisuidensa seurauksiin yrittäen legitimoida päätöksiään ratkaisujen seurauksien avulla. Tuomioistuimet eivät kuitenkaan voi *sensu stricto* tuntea ratkaisujensa seurauksia, ja ehkä tämä pakottaa enemmän kuin mikään muu turvautumaan sellaiseen illuusioon, jonka mukaan ratkaisujen pitäisi tai ne voisivat ainakin oikeussysteemissä olla menettelyssä käsitellyn menneisyyden determinoimia.⁴⁷² Ehkäpä tästä illuusiosta voidaan jo luopua.

4.1 TÄSMENTÄVIÄ HUOMIOITA RATKAISUTEORIAA VARTEN

Guy Haarscher kysyy, mitä lain tulkinta on, ellei eräänlaista menneisyyden uudelleen kirjoittamista, ja eikö siinä sulauteta toisiinsa horisontit nykyisten vaatimusten ja varhemmin säädetyn lain välillä⁴⁷³. Tämä näkökulma on nähdäkseni oikean suuntainen, mutta vaillinainen. Oikeudellisissa ratkaisussa tai oikeustieteen tulkinnoissa ei nimittäin sulauteta yhteen vain menneisyyden ja nykyisyyden horisontteja, vaan niihin liitetään myös tulevaisuuden horisontti. Nykyhet-

⁴⁷¹ Luhmann, Das Recht der Gesellschaft s. 308-309.

⁴⁷² Luhmann, Das Recht der Gesellschaft s. 309.

⁴⁷³ Haarscher, Oikeuden aika ja totalitaarinen kokemus. Niin & Näin 2/2005 s. 100.

kessä tehtävä oikeudellinen ratkaisussa ei siten pelkästään tai edes ensisijassa ole kyse menneisyyden uudelleen kirjoittamisesta, vaan menneisyyden ja tulevaisuuden horisonteissa valinnan teosta sen suhteen, mitä *nyt* pitää tehdä. Jos gadamerilainen *lain tulkinta* tapahtuu menneisyyden ja tulevaisuuden horisonteissa, niin näkemykseni mukaan jo *lain* (ja muiden ratkaisun oikeudellisten premissien) *valinta* ratkaisun *premissiksi* tapahtuu tällä tavalla.

Ratkaisuoperaatio, joka ratkaistavana olevan konfliktin kannalta on ainutlaatuinen, on oikeudelliselta kannalta vain yksi osa (tai tarkasti ottaen yksi hetki) oikeudellisen ratkaisun ehtojen ja mahdollisuuksien *reproduktioprosessia*. Tässä prosessissa ratkaisutoimintaan kohdistuvat vaatimukset reprodusoituvat (pysyvät, muuttuvat, heikkenevät, vahvenevat), ja samalla reprodusoituu näiden vaatimusten keskinäiset painoarvot oikeudellisten ratkaisujen kannalta. Tämä koskee kaikkia ratkaisuperusteita, niin esimerkiksi yleisiä oppeja kuin myös yksittäisten oikeuslähteiden relevanssia ja keskinäistä painoarvoakin. Tässä reproduktioprosessissa yksittäinen ratkaisuoperaatio nähdään oikeudellisen ratkaisutoiminnan *jatkumon* yhtenä hetkenä, jolla on sekä menneisyys että tulevaisuus. Tällä tavalla oikeudellisen ratkaisun ehdot ja mahdollisuudet *rakenteistuvat* menneisyyden ja tulevaisuuden horisonteissa. Näiden horisonttien kautta määrittyvät ne olosuhteet eli rakenteistuu liikkumatila, jossa itseohjautuvan ratkaisuprosessin on tapahduttava.

Tässä kohtaa on hyvä painottaa sitä, että oikeussysteemin toiminnan ehtojen reproduktioon osallistuvat myös muut oikeussysteemin systeemioperaatiot. Lainsäädäntöaktit, tuomioistuinratkaisut ja oikeustieteen tutkimukset muodostavat merkittävän osan oikeudellisiin ratkaisuihin vaikuttavasta oikeudellisten aktualisointien verkostosta. Tässä vuorovaikutusten verkostossa syntyy ja muuttuu muun muassa oikeuslähteoppi, oikeuden yleiset opit, tulkintaperiaatteet, siis se mitä yleisesti kutustaan oikeuden rationaliteetiksi. Yksittäisissä oikeudellisissa ratkaisuissa on asetettava suhteeseen tähän oikeuden aktualisointien verkostoon, ja jokainen asettuminen merkitsee muutosta tässä aktualisointien verkostossa.

Nykyhetkessä tapahtuvan ratkaisun voi ajatella muodostavan suhteessa oikeuden menneisyyteen ja tulevaisuuteen useammanlaisia relaatioita, jotka toimivat valinnantekoa ohjaavina horisontteina. Ensinnäkään ratkaisussa ei enää ole paluuta tai sisäänkäyntiä menneeseen nykyisyyteen, vaan menneisyyden oikeudelliset operaatiot on nyt konstruoitava *nykyiseksi menneisyydeksi*⁴⁷⁴. Jotta ratkaisua voidaan ajatella ratkaisutoiminnan ja oikeudellisen kommunikaation jatkumon yhtenä hetkenä, on ratkaisussa identifioitava se, millaisen menneisyyden jatkumoa se on, eli on ratkaisutoiminnan tarpeita ajatellen riittävällä tark-

⁴⁷⁴ Siten esimerkiksi jos ratkaisussa konstruoidaan lainsäätäjän subjektiivista tarkoitusta esim. lain esitöiden perusteella, tämä konstruktio ei voi enää tavoittaa mennyttä nykyisyyttä, vaan se on konstruoitava nykyisenä menneisyytenä.

kuudella (re)konstruoitava se, mitä menneiltä valinnoilta on edellytetty ja millä ehdoilla loppujenlopuksi on toimittu. Menneiden oikeudellisten aktualisointien tuottamien identiteettimäärittelyjen perusteella nykyhetkessä tapahtuva ratkaisu konstruoii tärkeää tietoa siitä, millaisia mahdollisuuksia nykyhetkessä ratkaisussa on ja millaisia vaatimuksia siihen kohdistuu. Siten vain oikeuden menneisyyden (re)konstruoinnin tai tarkemmin sanoen oikeuden menneisyydessä konstruoitujen identiteettikuvausten kautta voidaan saada selville, mitä nykyhetkeltä ratkaisulta edellytetään, jotta se voi identifioida itsensä osaksi oikeudellisen ratkaisutoiminnan jatkumoa. Näin ollen nykyinen menneisyys ratkaisun yhtenä horisonttina merkitsee tärkeää lähtökohtaa konstruoitaessa itsekuvausta (Selbstbeschreibung) ratkaisun nykyisistä olosuhteista eli identifioitaessa sitä, mikä nyt on välttämätöntä, mahdollista tai mahdotonta.

Kuitenkaan ratkaisun nykyinen menneisyys ei yksin ole määrävässä asemassa sen suhteen, mitä nyt pidetään välttämättömänä tai mahdottomana. Kun nykyhetkessä tapahtuva ratkaisu ajatellaan oikeuden reproduktion jatkumossa menneisyyden ja tulevaisuuden väliin sijoittuvana hetkenä, eikä siis päätepisteenä, niin myös tulevaisuus on merkityksellinen nykyhetkessä tehtävien ratkaisujen kannalta. Ratkaisussa on nimittäin välttämätöntä orientoitua sen mukaan, mikä voi jatkua tulevaan ja mikä ei. Nykyisen menneisyyden konstituointi on kuten todettu selektiivinen tapahtuma, eikä nykyinen menneisyys siten ole yksinkertaisesti sama kuin menneiden tosiasioiden varasto, vaan se voitaisiin konstruoida myös toisin (mutta ei mielivaltaisesti toisin). Vain sellainen selektio menneisyyden tapahtumista voidaan konstruoida menneisyystulkinnaksi, joka pystytään argumentoimaan tavalla, jonka arvellaan vakuuttavan tulevissakin ratkaisuisissa. Näin menneisyyden rekonstruoinnin mahdollisuuksia rajaavana horisonttina toimivat nykyisessä *tulevaisuudessa* tehtävät ratkaisut. Näin oikeudenkin osalta toteutuu Luhmannin teesi siitä, että nykyisyys ei ole yksinkertaisesti menneisyyden jatkumoa, vaan nykyisyys on selektiota niistä mahdollisuuksista, joita tulevaisuus piti avoimena⁴⁷⁵. Suhde menneeseen oikeudellisten aktualisointien verkostoon ei siis ole sillä tavalla suoraviivainen ja pakottava kuin esimerkiksi Kelsenin mallissa esitetään. Aktuaalisessa ratkaisuoperaatiossa jo premissin valintakin on yhteiskunnallista vallankäyttöä. Myös Thomas Wilhelmsson kritisoi ajatusta siitä, että oikeuden kertomuksen menneisyys voisi määrätä niiden vaihtoehtojen joukon, joista nykyhetkessä ratkaisussa pitäisi valita. Hänen mukaansa jokainen uusi jakso oikeuden kertomuksessa tuottaa sekä uusia rajoituksia että uusia mahdollisuuksia⁴⁷⁶.

Oikeuden *tulevaisuus* vaikuttaa puolestaan kahdella tapaa nykyhetkessä tehtävään ratkaisuun konstruoitaessa ratkaisun premissejä sekä lopputulosta. Reproductio edellyttää liityntää menneisiin ratkaisuihin, joten menneet yksit-

⁴⁷⁵ Luhmann, Rechtssoziologie s. 346.

⁴⁷⁶ Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt s. 237 (alaviitteessä nro 662).

täiset ratkaisut ja näiden yksittäisten ratkaisujen verkostumat muodostavat systeemihistorian eli ne olosuhteet, joista tulevien ratkaisujen on lähdettävä. Sen vuoksi nykyhetkessä tapahtuvaa ratkaisua on ajateltava myös osana *tulevan nykyisyyden menneisyyttä*. Aktuaalisessa ratkaisuoperaatiossa on siis otettava huomioon se, että kyseinen operaatio tulee nyt vuorostaan osaksi sitä laajempaa oikeudellisten aktualisointien verkostoa, johon *seuraavien ratkaisujen* on liityttävä, ja tällöin ratkaisun tulee omalta osaltaan huolehtia tulevassa nykyisyydessä tehtävien ratkaisujen onnistumisedellytysten luomisesta. Siten ratkaisussa on jätettävä joitakin valintoja tekemättä premissien valinnan ja painotusten suhteen, ettei näiden valintojen vuoksi menneiden aktualisointien verkosto ja niiden ilmentämä oikeuden rationaliteetti muodostuisi ongelmalliseksi tulevien ratkaisujen lähtökohtana. Liiallisesta kompleksiteetin kasvamisesta johtuvia ad hoc -ratkaisuja on pystyttävä välttämään myös tulevaisuudessa. Tämä on välittämistä, huolenpitoa ja vastuuta *tulevasta nykyisyydestä*⁴⁷⁷.

Tulevaisuus näyttäytyy nykyhetkisellem ratkaisulle myös toisella tapaa eli *nykyisenä tulevaisuutena*. Nykyhetkisen ratkaisutilanteen kompleksiteetin organisoiminen adekvaatiksi edellyttää, että nykyhetkessä tapahtuvassa ratkaisuoperaatiossa voidaan päätyä vain sellaisiin ratkaisuihin premissien valinnan, niiden keskinäisen arvottamisen ja lopputuloksen suhteen, jotka nykyhetkessä tapahtuvan ratkaisun näkökulmasta arvioiden tullaan toistamaan myös tulevissa ratkaisuisa. Tällä perusteella ratkaisussa on jätettävä joitakin valintoja tekemättä, koska oletetaan että tulevaisuudessa niitä ei tulla toistamaan, tai vastavasti tehdään joitakin valintoja, koska oletetaan että niitä tullaan tulevaisuudessakin edellyttämään. Mikään ei periaatteessa kuitenkaan voi taata sitä, että liittymiskelpoiseenkaan ratkaisuun tullaan tosiasiaassa liittymään. Tulevat ratkaisut valitsevat omaan käyttöönsä menneiden systeemioperaatioiden verkostosta *ne aktualisoinnit*, jotka niiden kannalta näyttäytyvät relevantteina (ja niiltä osin kuin ne näyttäytyvät relevantteina). On siis mahdollista, että aktuaalisessa ratkaisussa varmana, oikeana tai totena pidetty konstruktio ei sittenkään (tai ei ainakaan enää) näytä vakuuttavalta seuraavista ratkaisuisa katsottuna. Kun tulevaisuus tällä tavalla hahmotetaan ratkaisuvaihtoehtojen määrittämisen edellytyksenä, niin tulevaisuus eli *tuleva nykyisyys* näyttäytyy uudella tavalla. Tulevaisuus hahmottuu nyt riskinä tai mahdollisuutena, todennäköisenä tai epätodennäköisenä.

Oikeuden systeemioperaatioiden menneisyys ja tulevaisuus ovat siis yllä kuvatulla tavalla merkittäviä nykyhetkistä ratkaisutilannetta rakenteistavia tekijöitä. Tässä teorialmallissa nykyhetkistä ratkaisua varten *ei* kuitenkaan haeta *ratkaisunormia* sen paremmin menneisyydestä positivismiin tavoin kuin tulevai-

⁴⁷⁷ Tämän kaltaisen käsityksen nykyisyyden ja tulevaisuuden suhteesta voidaan jo positivistisessäkin oikeusteoriassa ajatella sopivan korkeimman oikeuden toiminnan kuvaukseen silloin kun kyse on ennakkoratkaisujen ohjausfunktioista.

suudestakaan ennusteteorioiden tavoin. Pikemminkin voi ajatella, että oikeuden mahdollisuudet ja mahdottomuudet aktualisoidaan yksittäisissä ratkaisuisa oikeudellisina *representaatioina*. Tällöin ratkaisun premisseinä toki käytetään menneisyyden tarjoamaa oikeuslähdeaineistoa, mutta menneisyys ei ole enää yksiselitteisesti ensisijainen dimensio tulevaisuuteen verrattuna. Menneisyys ei aseta enää rajoja mahdollisuudelle ottaa tulevaisuusnäkökulma huomioon ratkaisussa, vaan nykyhetkisessä ratkaisussa on päätettävä siitä, miten nyt on asetuttava suhteessa menneeseen ja tulevaan. Jaksossa 5 käsittelen tarkemmin sitä, millaisia vaatimuksia tällöin kohdistuu valinnan tekemiseen oikeudellisessa ratkaisussa.

5 Ratkaisutilanteen itserajoituksen rakenteistumisesta

5.1 ANALOGIA

Koska systeemitoreettinen ajattelutapa on tiedeyhteisössämme vielä varsin vieras, voi olla hyödyllistä lyhyesti esitellä tämän luvun ideaa retoriikan ajattelumallin kautta, joka on ajattelutapana paljon tutumpi ja siten helpommin jäsenytvä. Tämän tutkimuksen systeemitoreettisesti muotoiltu keskeinen ajatus voidaan ainakin analogisesti esittää myös retoriikan ajattelumallia käyttäen.

Lähtökohdaksi voidaan ottaa se, että vain sellaisen premissin tai premissijoukon käyttäminen on oikeudellisessa ratkaisussa hyväksyttävää, joka pystytään argumentoimaan oikeussysteemissä. Tämä pätee niin yksittäisen oikeuslähteen valinnassa ratkaisun premissiksi, oikeuslähteiden keskinäisiä painoarvoja määriteltäessä kuin oikeuslähteen tulkinnassakin. Rationaalisessa toiminnassa lakitekstin mahdollisiksi merkityksiksi voidaan konstruoida vain vaihtoehtoja, jotka pystytään oikeussysteemissä vakuuttavasti argumentoimaan. Vaatimus on sama myös silloin kun harkitaan, valitaanko ratkaisun premissiksi ylipäättään jokin lakitekstin mahdollisista merkityksistä vai ei. Kun vakuuttuminen jää ratkaisun oikeellisuuden viimekätiseksi koetinkiveksi, ratkaisulle ei pystytä antamaan mitään yksiselitteisiä etukäteen lukkoon lyötyjä kriteerejä. Vakuuttuminen ei ole sääntöjen seuraamista, sillä vakuuttuminen edellyttää paitsi pätevää päättelyä eli premissien ja johtopäätöksen moitteetonta suhdetta myös premisien ja premissinvalinnan kestävyyttä. Esimerkiksi valinta sen välillä, tehdäänkö ratkaisu voimassa olevan oikeuden mukaisesti vai *contra legem*, riippuu siitä, kumpi valinta pystytään vakuuttavammin perustelemaan.

Ratkaisussa on pyrittävä valintoihin, jotka vakuuttavat. Arvio vakuuttavuudesta sisältää aina epävarmuuden elementin. Ratkaisija ei pysty määrittämään sitä, mikä tulevaisuudessa vakuuttaa, eikä mikään pysty määrittämään ratkaisijaa tai yleisöä vakuuttumaan, ratkaisija tai yleisö vakuuttuu, tai sitten ei. Ratkaisussa voidaan tehdä vain valintoja, joita pidetään mahdollisina tai välttämättöminä. Mahdollisuudet ja välttämättömyydet ovat kuitenkin vakuuttavuudelle ja vakuuttumiselle alisteisia. Arvio jonkin oikeudellisessa ratkaisussa tehtävän valinnan välttämättömyydestä on nimittäin periaatteessa aina kontingenti eli mahdollista nähdä myös toisin. Siten jotakin valintaa pidetään välttämättömänä vain jos tästä välttämättömyydestä vakuututaan.

Ehdottomien ja yksiselitteisten kriteerien puuttuessa voidaan vain esittää heikompia tai vahvempia normatiivisia vaatimuksia niistä tekijöistä, joiden on

oltava relevantteja harkittaessa argumenttien vakuuttavuutta. Retoriikan teorian mukaan asiasisältö (logos) ei koskaan esiinny puhtaana itsenään, vaan se muotoutuu esittäjään liittyvien tekijöiden (ethos) ja yleisön (pathos) vaikutuksesta. Tällä tavalla se mitä ratkaisussa pitää tehdä (logos) on osaltaan riippuvainen siitä miten ethos ja pathos ymmärretään (näistä käsitteistä tarkemmin I-luvun jaksossa 2). Tässä tutkimuksessa puhun kuitenkin mieluummin toistuvuudesta kuin vakuuttavuudesta, sillä se sopii paremmin systeemiteoreettiseen ajatteluun. Oikeuden autopoieettisessa ja itsekorjaavassa reproduktiossa määrittäyty jatkuvasti se, mitä toistetaan ja mitä pitää toistaa (vrt. määrittäyty jatkuvasti se, mistä vakuututaan ja mistä pitää vakuuttua).

Sitä mitä seuraavassa tullaan esittämään voidaan alustavasti ja lukijan orientoitumista helpottavasti kuvata myös Ronald Dworkinin ja Thomas Wilhelmssonin metaforien avulla. Dworkinlaisittain ratkaisun ajatellaan olevan osa oikeudellista jatkokertomusta. Ratkaisu sijoittuu aina tilanteeseen, jossa oikeuden tarinaa on jo aikaisemminkin kerrottu, ja nyt kynä sekä paperi on annettu ratkaisua tekeväälle tuomarille, joka kirjoittaa tähän tarinaan yksittäisen ratkaisun mittaisen jatko-osan. Mennyt tarina ei kuitenkaan ole tuomarin ainut valintoja ohjaava referenssi, vaan hän tietää, että oikeuden tarinaa tullaan jatkamaan nyt tehtävän ratkaisun jälkeenkin. Hänen on siis kirjoitettava oma lisäyksensä tavalla, josta oikeudellista tarinaa on mahdollisimman hyvä jatkaa seuraavissa jatko-osissa. Thomas Wilhelmsson, joka on kirjoittanut oikeudellisista ratkaisuista ”pieninä hyvinä kertomuksina” toteaa, että jokainen tarinan loppu voi muodostaa sellaisen alun uudelle kertomukselle, jonka suunta ei ole minkään suuren suunnitelman tai systeemin ennalta määräämä⁴⁷⁸. Tässä luvussa nämä metaforat aukaistaan ja selvennetään systeemiteoreettisen ajattelumallin ja käsitteistön avulla. Nyt ei etsitä varsinaisesti kriteereitä oikeudellista ratkaisuntekoa varten, vaan konstruoidaan ”toimintamekanismia” ja sellaista ratkaisuharkintaa rajoittavien tekijöiden joukkoa, jonka avulla oikeudelliseen ratkaisuun kohdistuviin staattisuuden ja dynaamisuuden sekä avoimuuden ja suljettuisuuden vaatimuksiin voidaan yrittää vastata.

5.2 OIKEUSSYSTEEMIN TARKASTELU ITSEREFERENTTINÄ SYSTEEMINÄ

Edellä tässä luvussa käsiteltyjen teemojen tehtävänä on ollut luoda ajattelullista kontekstia ratkaisutoiminnan sidonnaisuuksien määrittämiseen systeemiteoreettisin käsittein. Tässä jaksossa tarkastellaan sitä, millaisia käsitteellisiä ja ajatuksellisia välineitä Luhmannin systeemiteoriasta on löydettävissä oikeudellisen ratkaisuteorian tarpeisiin. Luhmannin teorian mukaan systeemioperaatioi-

⁴⁷⁸ Wilhelmsson, Senmodern ansvarsrätt. s. 236.

den jatkuvuuden – systeemin eksistenssin turvaaminen – pakottaa systeemin omaleimaisella tavalla autonomiseksi⁴⁷⁹. Tätä selittäessään Luhmann ottaa käyttöön käsitteen ”itsereferenssi” ja suuren joukon siihen liittyviä muita käsitteitä. Systeemiä voi kutsua itsereferentiksi silloin, kun systeemi *liittyy omiin elementteihinsä* konstituoidessaan niitä elementtejä, joista se muodostuu. Samalla systeemi konstituoit *toiminnalliseksi ykseydeksi* ne elementit, joista se muodostuu. Tämä itsekonstituutio on mukana kaikissa systeemin elementtien välisissä yhteyksissä, ja siten itsekonstituutio reprodusoituu jatkuvasti systeemin toiminnassa⁴⁸⁰. Itsereferentin systeemin toiminta on mahdollinen vain silloin, kun systeemin operaatiot tällä tavalla *verkostuvat* keskenään. Itsereferenttien operaatioiden täytyy liittyä toinen toisiinsa, ja vain tällainen verkostoituminen voi *taata* systeemin ”olemisen”. Systeemin oleminen on samalla systeemin toimimista, sillä olemista ei voi erottaa tekemisestä autopoieettisissa systeemeissä⁴⁸¹. Itsereferentin käsite kertoo myös itsestäänselvyyden: jos operaatiot eivät liity toisiinsa, ei myöskään voi muodostua mitään systeemejä, vaan pelkästään erillisiä ja satunnaisia operaatioita.

Mitä operaatioilta sitten täytyy edellyttää, jotta ne pystyvät liittymään toisiin operaatioihin? Itsereferenssi voi realisoitua systeemin aktuaalisissa operaatioissa vain, jos Itse (olipa kyseessä elementti, prosessi tai systeemi) pystyy identifioitumaan *itseksensä*, ja kun Itse pystyy asettumaan muuta kohtaan erilaiseksi (different)⁴⁸². Tämä itsen identifioiminen ja erottaminen suhteessa muuhun tapahtuu systeemin itsehavainnossa (Selbstbeobachtung). Itsen havainnointi on autopoieettisen reproduktion välttämätön tekijä. Itsen havainnointi tarkoittaa systeemi/ympäristö-erottelun käyttöön ottoa systeemeissä. Systeemi konstituoit itsensä tämän erottelun avulla, sillä autopoieettisen reproduktion onnistuminen edellyttää sitä, että voidaan varmistaa nyt reprodusoitavan systeemin omia elementtejä, eikä jotakin muuta⁴⁸³.

⁴⁷⁹ Luhmann, Soziale Systeme s. 28 Hyväksyn Luhmannin esittämän vaatimuksen systeemin omaleimaisesta autonomiasta, keskustelua on käytävä vain siitä, miten ja millaisin käsittein tämän omaleimaisuuden ja autonomian ajatellaan olevan mahdollisia.

⁴⁸⁰ Luhmann, Soziale Systeme s. 25, 59. En tässä syvenny systeemin identifioitumisen edellytyksiin, totean vain, että systeemi–ympäristö-erottelun käyttöönotto ei vielä voi yksinään varmistaa systeemelementtien identifioimista systeemiin kuuluvaksi. Lisäksi edellytetään liittymistä muihin systeemioperaatioihin, toistoa ja liittymiskelpoisuutta, kuten jäljempänä esitetään.

⁴⁸¹ Näin muun muassa Maturana-Varela, Der Baum der Erkenntnis s. 56. Ks. myös Helga Gripp-Hagelstange, Niklas Luhmann s. 27. Kun oikeussysteemin olemassaolon keskeisin elementti on tekeminen tai toiminta, silloin oikeutta tarkastellaan jatkuvasti meneillään olevana prosessina, eikä ”lopputuotteena” kuten oikeusjärjestyksenä tai oikeusjärjestelmänä.

⁴⁸² Luhmann, Soziale Systeme s. 26. Sekä itsereferenssi että eriytyminen edellyttävät siis *identiteettiä ja identifioitumista*, mutta toisaalta myös identiteetin muodostuminen edellyttää itsereferenssiä. Tästä aukeaa keskusteluyhteys mm. niihin identiteetin muodostumista koskeviin keskusteluihin, joihin Tuija Pulkkinen liittyy kirjassaan ”Postmodernin politiikan filosofia”.

⁴⁸³ Luhmann, Soziale Systeme s. 63-64.

Luhmannin *havaintoa* (Beobachtung) koskevat ajatukset ovat saaneet innoituksensa George Spencer Brownin operatiivisesta logiikasta. Spencer Brownia seuraten Luhmannin tarkoittama havainto tai havainnon tekeminen merkitsee ”draw a distinction” eli *nimeämistä erottelun avulla*⁴⁸⁴. Luhmannilla havainnointi tarkoittaa operaatiota, jossa ensiksi valitaan erottelu, ja sitten Nimetään erottelun jompikumpi puoli sisäpuoleksi. Havainnoinnin lähtökohtana oleva erottelu voi olla mikä tahansa, esimerkiksi mies–nainen, ideologia–tiede tai oikeus–ei-oikeus. Tästä erottelusta havainnossa sitten valitaan toinen puoli, siis esimerkiksi erottelusta mies–nainen valitaan nainen tai erottelusta oikeus–ei-oikeus valitaan oikeus. Se, mitä havainnossa voidaan saada näkyviin, riippuu siitä, minkä erottelun perusteella maailmaa tarkastellaan. Havainnossa siis tämä erotetaan tuosta. Kun nyt tehtävässä havainto-operaatiossa valitaan erottelu ja sitten indikoidaan vain erottelun toisen puolen – eikä siis toisen puolen – olevan kyseessä, tällöin muodostetaan identiteettejä, eli aktualisoidaan se, mitä kulloinkin pidetään olevana. Näin aktualisoidaan (konstruoidaan) samalla se, mikä identifioidaan itseksi ja mikä itsen ulkopuoliseksi.⁴⁸⁵ Oikeudellisen ratkaisutoiminnan kannalta vaatimus itsen identifioimisesta on toisaalta itsestään selvyys, mutta toisaalta myös tärkeä ratkaisuvaihtoehtoja rajoittava tekijä. Itsehavainnossa ratkaisu on nimettävä oikeudelliseksi, joten ratkaisu on tehtävä siten kuin oikeudellinen ratkaisu tehdään, eikä esimerkiksi niin kuin poliittinen päätös tehdään.

Koska itsereferenssi tarkoittaa sitä, että systeemin operaatiot *verkostuvat keskenään*, niin oikeuden identifioimisen kannalta tämä tarkoittaa sitä, että oikeuden identiteettiä ei voi havainto-operaatiossa nimetä satunnaisesti, vaan nyt tehtävän havainnon on oltava tavalla tai toisella jäsentyvässä samankaltaisuussuhteessa aikaisemmissa havainnoissa tehtyihin oikeudellisen todellisuuden aktualisointeihin, jotta minkäänlaisesta verkostumisesta voisi ylipäättään puhua. Havainto-operaatiossa oikeuden identiteetti eli *itse* syntyy nimenomaan havainto-operaation referenssinä ja refleksiona suhteessa muihin oikeudellisiksi Nimettyihin operaatioihin. Näin ollen itsereferentin toiminnan onnistuminen yltäältä edellyttää identiteettiä, mutta toisaalta se myös tuottaa identiteetin. Muuta identiteettiä oikeudella ei siten ajatellakaan olevan kuin havainto-operaatiosta toiseen jatkuvasti reprodusoitua identiteetti.

⁴⁸⁴ Sen mistä Spencer Brown käyttää käsiteparia ”distinction” ja ”indication” ja jotka Luhmann on kääntänyt käsitteillä ”Unterscheidung” ja ”Bezeichnung”, minä olen tässä tutkimuksessa kääntänyt käsitteillä ”erottelu” ja ”Nimeäminen”.

⁴⁸⁵ Ks. Luhmann, *Ökologische kommunikation* s. 266. Ks. Myös Helga Gripp-Hagelstange, Niklas Luhmann s. 80 ja Kneer –Nassehi, Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme s. 96-97. Tässä yhteydessä on puhuttu jopa Luhmannin ”postontologisesta epistemologiasta”, jonka mukaan havainnoinnin edellytyksiä ovat erottelu eli koodi, suljettisuus, rekursiivisuus ja liittymiskelpoisuus eli ”Anschlussfähigkeit”. Ks esim. Luhmann, *Closure and Openness: On Reality in the World of Law*, teoksessa *Autopoietic Law* s. 348.

Yllä oleva kuvaus siitä, miten systeemin havainto itsestään edellyttää erottelua ja erottelun toisen puolen Nimeämistä, merkitsee itsen kuvaamisen eli identifioimisen suhteen sitä, että itse pystyy olemaan itsensä vain silloin, kun se ei ole sitä, mistä se erottaa itsensä. Näin ollen pelkkä suljettu omiin elementteihin liittyminen ei itsereferentissäkään reproduktiossa ole mahdollinen, vaan systeemin reproduktio edellyttää eron tekemistä systeemin ja ympäristön välillä. Luhmannin teorian mukaan systeemin eriytyminen (*Ausdifferenzierung*) muista systeemeistä on mahdollinen vain itsereferenssin kautta (toisaalta itsereferenssi on mahdollinen vain eriytymisen kautta). Tämä tarkoittaa hänen mukaansa sitä, että operoidessaan eli konstituoidessaan elementtejään, elementtaarisia operaatioitaan tai konstituoidessaan ykseytensä systeeminä, täytyy systeemin näissä operaatioissa viitata systeemiin itseensä eli muihin systeemin operaatioihin. Tämän mahdollistamiseksi systeemien täytyy luoda kuvaus itsestään, ja tätä kuvausta täytyy myös systeemioperaatioissa käyttää. Systeemien täytyy systeemin sisäisesti vähintäänkin voida käyttää erottelua systeemin ja ympäristön välillä orientoitumisensa välineenä ja informaation produsoimisen periaatteena. Siten Luhmannin mukaan itsereferentti *suljettuisuus* on mahdollista vain *ympäristössä* ja vain ekologisissa ehdoissa. Ympäristö on itsereferenttien operaatioiden välttämätön korrelaatti, sillä kaikki mikä itsereferentissä operaatioissa on merkityksellistä täytyy tuottaa tekemällä erottelu itsen (systeemin) ja ympäristön välillä. Itsereferentit operaatiot eivät siten myöskään voi ottaa solipsistista lähtökohtaa (eli ne eivät voi lähteä siitä, että vain ne itse olisivat todellisia, ja kaikki muu vain niiden kuvitelmaa).⁴⁸⁶

Systeemin itsereferenssin suljettuisuus ei kuitenkaan tarkoita systeemin irtautumista tai eristäytymistä ympäristöstään, sillä Luhmannin mukaan systeemit orientoituvat rakenteellisesti ympäristöjensä mukaisesti, eivätkä ne voi olla olemassa ilman ympäristöä. Systeemit muodostuvat ja säilyvät silloin kun ne tekevät eron ja säilyttävät eron ympäristöön (ja ne käyttävät rajojaan säännöstellössään tätä eroa). Ilman eroa ympäristöön ei myöskään olisi itsereferenssiä, sillä ero on itsereferenttien operaatioiden toiminnan premissi. Systeemin täytyy sopeutua sekä ympäristöönsä että omaan kompleksiteettiinsä.⁴⁸⁷

Kuten yllä on todettu, oikeussysteemin itsereferentti toiminta edellyttää onnistuakseen sitä, että verkostumalla yhteen aikaisempien oikeuden aktualisointien kanssa ratkaisut identifioituvat oikeudellisiksi, ja tekevät *eron oikeuden ja ei-oikeuden välille*. Se, että yksittäiset ratkaisut identifioivat itsensä oikeudellisiksi, ei anna vielä mitään takeita sille, että näin identifioituessaan ratkaisut samalla myös liittyvät muihin oikeuden operaatioihin. Periaatteessahan mikä tahansa satunnainen tai mielivaltainen valinta tai valintaoperaatio voitaisiin va-

⁴⁸⁶ Luhmann, *Soziale Systeme* s. 25.

⁴⁸⁷ Luhmann, *Soziale Systeme* s. 35, 56.

lintooperaatiossa nimetä oikeudelliseksi⁴⁸⁸. Niinpä on lisäksi edellytettävä, että operaatiot pystyvät havaitsemaan (*beobachten*) *kuuluvuutensa systeemiin* eli tekemään *eron systeemin ja ympäristön välillä*. Jokaisessa operaatiossa läsnä oleva itsereferenssin kehä täytyy hetki hetkeltä toistaa operaatiosta toiseen. Jotta tämä toistamiseen perustuva reproduktion tapa olisi mahdollinen, tulee systeemin pystyä tunnistamaan operaatiot toistetuiksi, eli sen tulee pystyä identifioimaan operaatiot. Tätä monimutkaista prosessia Luhmann kuvaa monimutkaisesti *systeemin rekursiivisten operaatioiden kondensoinnin ja konfirmoinnin ykseydeksi*.⁴⁸⁹ Kondensoinnin ja konfirmoinnin tehtävät liittyvät tehdyn erottelun toistuvuuteen ja toistettavuuteen. *Kondensoitumisen* voi tässä yhteydessä ymmärtää merkityksen tai laajemmin ymmärrettynä *identiteetin* ja sen osana ratkaisuun kohdistettavien vaatimusten vahvistamisena, täsmentämisenä tai reformulointina. Kondensointiin sisältyy tällöin pyrkimys samankaltaisuuteen suhteessa aikaisempiin oikeudellisiin operaatioihin. *Konfirmoinnilla* puolestaan tarkoitetaan todennäköisyyden vahvistamista sille, että nyt tehty erottelu (eli ratkaisua premissivalintoineen) tullaan myös tulevaisuudessa toistamaan. *Kondensoinnin* tehtävänä on varmistaa mahdollisuus identiteetin uudelleen tunnistamiselle ja toistamiselle, ja *konfirmoinnin* funktiona on osoittaa erottelun olevan käytettävissä myös tulevaisuudessa valintatilanteissa/erotteluissa painottamalla tehdyn valinnan yleistettävyyttä esimerkiksi siten, että pyritään osoittamaan sen soveltuvuus myös toisiin tilanteisiin. Tähän on mielestäni lisättävä vielä, että toinen tärkeä konfirmoinnin keino oikeudellisessa ratkaisussa on argumentein osoittaa nyt tehty ratkaisu muita vaihtoehtoja paremmaksi tai kyseisessä tilanteessa välttämättömäksi. Luhmannin mukaan kondensointi edellyttää identiteettiä, ja se myös tuottaa identiteetin, kun taas konfirmointi tuottaa yhteensopivuuden toisten tilanteiden kanssa.⁴⁹⁰

Jotta oikeuden operaatioihin voitaisiin seuraavissa operaatioissa liittyä, on oikeuden reproduktiossa jatkuvasti huolehdittava operaatioiden liittymiskelpoisuudesta (*Anschlussfähigkeit*). Kun oikeuden operaatio osallistuu oikeuden reproduktioon, ratkaisussa tulee jatkaa siitä mikä aikaisemmissa ratkaisuissa on tehty liittymiskelpoiseksi ja jota nyt tehtävässä ratkaisussa pidetään liittymiskelpoisena⁴⁹¹. Nykyhetkisessä ratkaisussa lii-
 tytään siis aiempaan ratkaisuun sillä osin kuin aiempaa ratkaisua pidetään liittymiskelpoisena. Ratkaisuun voi-

⁴⁸⁸ Esimerkiksi Kelsenin puhdas oikeusoppi näyttää mahdollistavan tällaiset oikeudelliset ratkaisut. Kelsenin mukaan nimittäin myös lain kanssa ristiriidassa oleva tuomioistuimen ratkaisu tulee osaksi voimassaolevaa oikeutta silloin, kun ratkaisusta ei voi enää valittaa, siis kun ratkaisu on muodostunut pysyväksi. Kelsen, Puhdas oikeusoppi s. 285.

⁴⁸⁹ Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* s. 214.

⁴⁹⁰ Tästä aiheesta Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft* s. 214, 350, 369.

⁴⁹¹ Tämä mahdollisuus tehdä valinnat odotetusta poikkeavalla tavalla kuuluu Luhmannin teoriassa käsitteen kaksoiskontingenssi ("doppelter kontingenz") alaisuuteen. Sosiaalisten toimijoiden on varauduttava siihen, että valinnat tehdään halutusta tai odotetusta poikkeavalla tavalla. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts* s. 99-100.

daan liittyä esimerkiksi lopputuloksen osalta tai premissien valinnan tai niiden keskinäisen painottamisen osalta tai sen osalta, miten ratkaisun asema on ymmärretty oikeuden kommunikaatiossa, siis esimerkiksi ratkaisun suhde lainsäädäntöön tai suhde stabiilisuuden ja dynaamisuuden vaatimuksiin. Lisäksi nykyinen ratkaisuoperaatio on puolestaan tehtävä liittymiskelpoiseksi tulevia oikeudellisia ratkaisuja ajatellen. *Tällä tavoin liittyminen toisiin oikeudellisiin operaatioihin eli verkostoituminen, toistaminen ja jatkuvuus, ovat oikeuden identiteetin eli oikeudellisuuden sekä ratkaisun asiasisällön ja korrektiuden konstituivia elementtejä.*

Modernin yhteiskunnan huippukompleksisissa systeemeissä systeemioperaatiot eivät voi enää liittyä *jokaiseen* muuhun systeemioperaatioon, joten sen vuoksi kaikki mikä itsereferentissä systeemissä tapahtuu, tapahtuu selektiivisesti. Aikaisemmissa operaatioissa tehtyjen valintojen ilmentämät rajaukset voivat osaltaan toimia seuraavia valintatilanteita rajoittavana rakenteena *jos* näitä seuraavissa operaatioissa pidetään rajoituksina ja siinä määrin kuin niitä pidetään rajoituksina⁴⁹². Kaikkia yhteiskunnallisten operaatioiden välisiä liittymisiä ei siten voida realisoida yksittäisissä operaatioissa. Systeemioperaatio ei myöskään liity kaikkiin omiin operaatioihinsa, vaan liittymisen on oltava selektiivistä.

5.3 ITSEREFERENSSIAJATUKSEN TARKENTAMINEN

Tässä jaksossa perustellaan yhtäältä teoreettista siirtymää itsereferenssistä autopoieesiin ja toisaalta siirtymää suljetusta selektiivisyyteen. Luhmann luopuu teoriassaan eron tekemisestä avoimien ja suljettujen systeemien välillä, ja tämän dikotomisen erottelun sijasta kysymykseksi nousee Luhmannin mukaan *se, miten itsereferentti suljettuisuus pystyy luomaan avoimuuden*.⁴⁹³ Tämä formulointi vaatii kuitenkin muutaman tarkennuksen, aloitan tarkastelemalla autopoiesin ja itsereferenssin suhdetta. Vaikka käsitettä ”autopoiesi” käytetään systeemiteoriassa hieman vakiintumattomalla tavalla, itse pidän selkeimpänä ratkaisuna ymmärtää autopoiesi eräänlaiseksi itsereferenssin yläkäsitteeksi. Sana ”autopoiesi” on chileläisen neurofysiologin Humberto R. Maturanan kehittämä termi, joka muodostuu kahdesta kreikan kielen sanasta: ”autos” (=itse) ja ”poiein” (=tehdä)⁴⁹⁴. Systeemiteoriassa tätä käsitettä käytetään ilmaisemaan sitä, että tavalla tai toisella systeemi jatkuvasti luo itse omat elementtinsä ja systeemi luo näistä elementeistä myös ykseytensä, eli systeemi luo jatkuvasti itse itsensä. Systeemiteoriassa käsitteeseen autopoiesi liitetään usein myös ajatus

⁴⁹² Luhmann, Soziale Systeme s. 187.

⁴⁹³ Luhmann, Soziale Systeme s. 25.

⁴⁹⁴ Kneer – Nassehi, Niklas Luhmanns Theorie sozialer Systeme s. 47-48.

siitä, että systeemi luo omat elementtinsä ja oman ykseytensä (siis sen mitä se on) *yhteydessä omiin operaatioihinsa* ja näiden operaatioidensa verkostoon. Tässä tutkimuksessa kuitenkin halutaan jättää tämä lisämääre käsitteen ”autopoiesi” ulkopuolelle yhtäältä sen takia, että näin luodaan selkeyttä terminologiaan, ja toisaalta siksi, että tämä antaa mahdollisuuden täsmentää ajatusta systeemin toiminnasta. Autopoiesilla viitataan tässä tutkimuksessa siis vain siihen, että systeemi luo ja reprodusoi oman itsensä, mutta tämä käsite jättää vielä avoimeksi sen, *miten* tämä ”itsen reproduktio” tapahtuu.

Kuten yllä todettua, Luhmannin mukaan kaikki mikä *itsereferentissä operaatiossa* on merkityksellistä täytyy tuottaa tekemällä erottelu itsen (systeemin) ja ympäristön välillä, ja toisaalta Luhmann esittää kysymyksen, miten itsereferentti suljettuisuus pystyy luomaan avoimuuden. Systeemin reproduktion selittämiseksi Luhmann nähdäkseni pitää kuitenkin hieman liian kiirettä ottaessaan käyttöön käsitteen ”itsereferenssi” ja käsitteen ”suljettuisuus”, jonka käytöstä olisi tässä yhteydessä ehkä parempi kokonaan pidättäytyä, jotta Luhmannin teoria ei tulisi väärin ymmärretyksi. Kun itsereferenssi tarkoittaa sitä, että systeemioperaatioiden tulee liittyä systeemin omiin elementteihin, ei tätä liittymistä tule ymmärtää *sulkeutumiseksi* omiin elementteihin, vaan pikemminkin *kytkeytymiseksi* omiin elementteihin. Näin ollen käsite ”itsereferenssi” ilmaisee pikemminkin sen, mihin ratkaisussa *täytyy* (selektiivisesti) liittyä kuin sen, mihin ratkaisussa *ei voi* tai *ei ole mahdollista* liittyä. Kun itsereferenttiä toimimisen tapaa kuvataan suljetuksi, liitetään sanaan ”itsereferenssi” samalla distinktiivinen sävy, jota sillä ei Luhmannin teoriassa ole kuitenkaan viimekädessä tarkoitettu.

Mielestäni Luhmannin teoria tulee paremmin ymmärretyksi, jos puhuu itsereferenttien operaatioiden sijasta autopoieettisista operaatioista. Tämän eron tekemisellä haluan sanoa sen, että systeemin autopoieettisessa toiminnassa ei ole kysymys nimenomaan itsereferenteista operaatioista, vaan operaatioista, joissa itsereferenssiä ja toiseen viittaavuutta (Fremdreferenz) kombinoidaan keskenään. Tämä tarkoittaa sitä, että systeemin operaatioissa nämä molemmat elementit ovat yhtä aikaa läsnä olevia, ja niiden väliset suhteet ja painoarvot kombinoidaan operaatioissa kulloinkin tavalla, jonka systeemi identifioi omakseen. Tätä ymmärrän myös Luhmannin tarkoittavan, vaikkakin hän ongelmallisesti sanoo kysymyksen olevan siitä, miten itsereferenssi suljettuisuus pystyy luomaan avoimuuden. Tämä kysymys muuttuu tarpeettomaksi kun avoimuuden ajatellaan aina jo olevan toiseen viittaavuutena mukana autopoieettisissa systeemioperaatioissa. Samalla tavalla täsmentyy se Luhmannin ajatus, jonka mukaan kaikki mikä *itsereferentissä operaatiossa* on merkityksellistä täytyy tuottaa tekemällä erottelu itsen (systeemin) ja ympäristön välillä. Tämän ajatuksen voi nyt muuntaa sellaiseksi, että kaikki mikä *systeemioperaatiossa* on merkityksellistä, täytyy tuottaa tekemällä erottelu itsen ja ympäristön välillä *itsereferenssin ja toiseen viittaavuuden selektiivisen kombinoinnin* avulla.

Yllä esitetty Luhmannin *kysymys*: ”Miten itsereferentti suljettuisuus organisoii avoimuuden”, voidaan täsmentää kysymykseksi siitä, *miten systeemin reproduktioprosessiin osallistuva operaatio organisoii itsereferenssin sekä toiseen viittaavuuden keskinäisen kombinoimisen*. Sekä itsereferenssi että toiseen viittaavuus ovat ratkaisutoiminnan onnistumisen ehtoja ja kyse on vain siitä, miten reproduktio organisoii itsensä suhteessa näihin ehtoihin. Luhmannin esittämä *vastaus* voidaan puolestaan oikeudellisen ratkaisuteorian tarpeita ajatellen reformuloida systeemiteoreettisia ilmauksia käyttäen seuraavasti: *Oikeudellinen eli oikeudelliseksi Nimetty itsereferenssiä ja toiseen viittaavuutta kombinoiva reproduktio voidaan realisoida aktuaalisissa operaatioissa vain, jos operaatio pystyy identifioimaan itsensä oikeudelliseksi ja siten asettamaan eron muihin*. Kun Luhmannin tavoin kysytään, miten itsereferentti suljettuisuus pystyy luomaan avoimuuden, asetetaan itsereferenssi ongelmallisesti ensisijaiseksi suhteessa toiseen viittaavuuteen ja toiseen viittaavuutta myöskin edeltäväksi asiaksi. Näin ajatellen autopoieettinen oikeussysteemin reproduktio olisi ensisijaisesti itsereferenttiä, mutta lisäksi olisi (mahdollisesti) käytettävä premissinä muitakin kuin oikeudelliseksi Nimettyjä yhteiskunnallisia vaatimuksia. Näin esimerkiksi yhteiskunnallinen tarkoituksenmukaisuus ja muut yhteiskunnalliset vaatimukset jäävät itsereferenssikeskeisessä ajattelussa lähtökohtaisesti toisarvoiseen asemaan. Esimerkkinä tästä erilaisissa oikeuslähteopeissa tarkoituksenmukaisuus ja muut reaaliset argumentit jäävät niin sanottujen sallittujen oikeuslähteiden asemaan. Kun taas systeemin reproduktiosta puhutaan tässä kappaleessa ehdottamallani tavalla, on oikeudellisessa ratkaisutilanteessa jo lähtökohdassaan haettava asettumista suhteessa oikeudelliseen sekä yhteiskunnallisiin tavoitteisiin ja arvoihin.

Itsereferenssiä ei senkään vuoksi ole mielekäästä kutsua suljetuksi tai edes operatiivisesti suljetuksi operoinnin tavaksi, että operaatioiden liittyminen ja verkostuminen on pikemminkin selektiivistä kuin suljettua. Kompleksisessa sosiaalisessa systeemissä liityntämahdollisuuksia on yksinkertaisesti niin paljon, että operaatioissa ei voida liittyä enää kaikkiin systeemin operaatioihin. Sama koskee systeemioperaation liityntöjä systeemin ulkopuoliseen yhteiskuntaan, jossa liityntämahdollisuuksia on vielä monin verroin enemmän tarjolla kuin systeemissä itsessään. Koska kaikkia yhteiskunnallisten operaatioiden välisiä liityntöjä ei siten voida realisoida operaatioissa, on liittymisen oltava väistämättä selektiivistä. Selektiivisyys koskee lisäksi myös niitä rajoituksia, joita *aiemmissa yksittäisissä operaatioissa* on omaksuttu, sillä systeemin toimintakykyisyys ei edellytä samojen valintojen täydellistä toistamista. Jos systeemin operaatiotapaa kuvatessa halutaan nostaa yksi käsite ylitse muiden, niin mielestäni on perusteltua puhua pikemminkin selektiivisistä operaatioista kuin itsereferenteistä operaatioista. Tämä selektiivinen operoinnin tapa ei ole itsereferenttiä, vaan itsereferenttiä *ja* toiseen viittaavaa, siis selektiivistä suhteessa itsen

sekä ulkopuoliseen. Tästäkin syystä olisi ongelmallista kutsua systeemioperaation tapaa suljetuksi.

Jos systeemin operoinnin tapaa haluaisi kuvata suljetuksi, niin sopivin paikka tällaisen ilmaisun käyttämiselle olisi vasta selektiokäsitteen jälkeen. Selektiivisissä operaatioissa joudutaan nimittäin valitsemaan se, mitä nyt pidetään relevanttina ja mitä irrelevanttina. Se mitä pidetään irrelevanttina tavallaan suljetaan kulloinkin aktuaalisten operaatioiden liityntöjen ulkopuolelle. Ajatus suljettuisuudesta on kuitenkin myös tässä yhteydessä ongelmallinen, sillä Luhmannin mukaan se, mitä yksittäisessä operaatiossa nimitään ulkopuoleksi tai ympäristöksi ei kuitenkaan jää merkityksettömäksi tulevien operaatioiden kannalta. Se erottelun puoli, jota ei nyt nimetty systeemin sisäpuoleksi liittyä nimittäin tehtyyn aktualisointiin potentiana, joka saattaa tulevissa ratkaisuisissa tulla aktualisoitua sisäpuoleksi. Tätä mahdollisuutta Luhmann kuvaa George Spencer Brownin käsitteellä ”re-entry”. Tällä tavalla myös oikeudellisessa ratkaisussa muotoiltu oikeuden todellisuus, merkitykset tai identiteetti muodostuvat aktuaalisen ja potentiaalisen ykseydestä, ja tulevissa ratkaisuoperaatioissa aktuaalinen ja potentiaalinen saatetaan valita toisin. Suljettuisuudesta tai oikeuden sisäpuolesta ja ulkopuolesta puhuttaessa tulee siis pitää tämä varaus mielessä.

On harhaanjohtavaa sanoa, että itsereferentti *systeemi luo* avoimuutensa. Oikeudellisen ratkaisuteorian kannalta katsottuna *systeemi* ei tarkasti ottaen luo tai reprodusoi mitään, vaan ratkaisuisissa reprodusoidaan (”luodaan”) systeemi yhä uudelleen ja uudelleen. Jos ratkaisu tehdään täysin satunnaisesti, ei synny mitään systeemiä. Systeemin synty ja sen toiminnan jatkuminen edellyttää yksittäisten operaatioiden valintatilanteilta toistamista ja toistettavuutta. Systeemi syntyy ja sen olemassaolo jatkuu, kun operaatiossa toistetaan mennyttä ja tehdään valintoja, jotka ovat seuraavissa operaatioissa toistettavissa (Anschlussfähigkeit). Tällä tavalla ratkaisussa identifioidaan (ei siis tunnisteta, vaan identifioidaan) kuuluvuus systeemiin, eikä ”kuuluvuudella systeemiin” itse asiassa tarkoiteta muuta kuin *samaksi* identifioitua ja toteutettua tapaa kombinoida ratkaisun itsereferenssi ja toiseen viittaavuus. Oikeudellisessa ratkaisussa on identifioitava itsereferenssin ja toiseen viittaavuuden suhde tavalla, jota pidetään oikeudellisen ratkaisutoiminnan *jatkumon* yhtenä hetkenä.

Luhmannin mukaan itsereferenssi ilmenee kanssakäymisen tapana ympäristön kanssa⁴⁹⁵. Tämäkin ilmaus saattaa helposti johtaa harhaan, sillä systeemin selektiiviset operaatiot, joissa systeemi reprodusoidaan perustuu nimenomaan selektiiviselle itsereferenssin ja toiseen viittaamisen *kombinoinnille*. Itsereferenssissä ei ole siis kyse *kanssakäymisen tavasta*, vaan itsereferenssi on *osa* autopoieettista systeemin *reproduktion tapaa* toiseen viittaavuuden rinnalla. Mielestäni onkin kyseenalaista, tarvitseeko systeemillä edes ajatella olevan jotakin

⁴⁹⁵ Luhmann, Soziale Systeme s. 31.

erityistä kanssakäymisen tapaa tällä tavalla toimivassa reproduktiossa. Yhteiskunnan osasysteemin reproduktiossa on nimenomaan aina kyse myös kanssakäymisestä muiden yhteiskunnan osasysteemien kanssa. Luhmannin väite on ongelmallinen myös siitä syystä, että itsereferenssillä on Luhmanninkin teoriassa merkittävämpi rooli kuin vain ”kanssakäymisen tapa”.

Kuten todettua, Luhmannin mukaan *systeemioperaatioiden jatkuvuuden turvaaminen* pakottaa systeemin tietynlaiseen autonomiaan. Tätä autonomisuutta kuvaamaan Luhmann ottaa käyttöön käsitteen ’itsereferenssi’, joka tarkoittaa viittaamista omiin operaatioihin. Tämä käsite olisi täysin tyydyttävä, jos systeemiä tarkasteltaisiin laboratorio-olosuhteissa omana erillisenä yksikkönä. Yhteiskunnalliset systeemit eivät kuitenkaan esiinny erillisinä ja itsenäisinä saarekkeina, vaan yhteydessä toisten sosiaalisten systeemien kanssa. Systeemin jatkuvuuden turvaaminen ei pakota systeemiä vain itsereferenttiin toimintatapaan, vaan toimintatapaan, jossa kombinoidaan itsereferenssin ja fremdreferenssin vaatimukset. Jos yhteiskunnallinen systeemi ei pysty sopeutumaan systeemiympäristön vaatimuksiin, se lakkaa olemasta tai korvautuu toisella systeemillä. Tällöin systeemioperaation kytkeytyminen muuhun yhteiskuntaan tapahtuu systeemioperaatioissa väistämättä vähintäänkin implisiittisesti riippumatta siitä, eksplikoidaanko näitä liityntöjä operaation missään vaiheessa. Oikeudelliseen ratkaisuun kohdistuu odotuksia ja vaatimuksia myös oikeuden ulkopuolelta, ja jokaisessa ratkaisussa otetaan kanta sen puolesta, mitä näistä vaatimuksista pidetään oikeudellisesti relevanttina, ja tietenkin ratkaisu ilmenee väistämättä joko myönteisenä tai kielteisenä asiana näiden odotusten ja vaatimusten kannalta. Tässäkin mielessä toiseen viittaavuus on aina väistämättä mukana oikeudellisessa ratkaisussa.

Tämä ei tarkoita sitä, ettei oikeussysteemissä voisi muodostua niin sanottujen rutiiniratkaisujen käytäntöä, jossa ratkaisua ei lakitekstin lisäksi tosiasiasa reflektoida sen paremmin suhteessa muuhun oikeudelliseen kuin yhteiskunnalliseenkaan. Tämä ei kuitenkaan poista sitä, ettei näissäkin ratkaisuisa olisi myös kyse selektiivisestä asettautumisesta suhteessa oikeudelliseen ja muuhun yhteiskunnalliseen⁴⁹⁶. Rutiiniratkaisun voi esimerkiksi ajatella olevan ratkaisun, jossa yhteiskunnallisesti hyödyllisiä vaikutuksia pidetään niin itsestään selvinä, että niitä ei tarvitse yksittäisissä ratkaisuisa enää nimenomaisesti eksplikoida (esim. ylinopeussakko tai ratkaisu yksinkertaisessa velkomusasiasa). Toisaalta rutiiniratkaisuksi identifioituminen saattaa tulla kyseeseen sellaisessa tilanteessa, jossa nimenomaan ei-oikeudelliset *muut yhteiskunnalliset odotukset ja vaatimukset* edellyttävät premissivalinnan identifioimista käytännössä vaihtoehdottomaksi, kuten esimerkiksi riidattoman velkomuskanteen kä-

⁴⁹⁶ Tuori toteaa, että tuomari kyllä tukeutuu rutiinijutuissakin oikeuskulttuuriin ja oikeuden syvärakenteeseen, mutta hänen ei tarvitse saattaa niitä koskevaa tietoaan diskursiiviseen muotoon (Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 214).

sittelyssä. Vaikka relevanteiksi eksplikoitujen liityntöjen määrä on näissä tapauksissa rajattu vain yhteen (siis lakitekstiin), ei tämä poista sitä mahdollisuutta etteivätkö laajemmatkin yhteiskunnalliset liitynnät voisi tulla mahdollisiksi yksittäistapauksissa tai oikeudellisten tai muiden yhteiskunnallisten olosuhteiden muuttuessa. Aiemmissa oikeudellisissa aktualisoinneissa, kuten lainsäädännössä tai ennakkoratkaisuissa on jo tehty valintoja tiettyjen yhteiskunnallisten päämäärien, arvostusten ja intressipunnintojen suhteen. Näissä valinnoissa on päätetty siitä, mitkä tekijät ovat relevantteja *aktuaalisessa* oikeudessa, jolloin ne päämäärät, arvot ja intressit, joita ei ole suojeltu kyseisissä valinnoissa tai joita ei ole käytetty ratkaisujen pro-argumenttien ketjussa, ovat kuitenkin jääneet potentiaalisiksi tulevien ratkaisujen premisseiksi. Aktuaalisen ja potentiaalisen suhde voi siis tulevissa ratkaisuissa muuttua (”re-entry”).⁴⁹⁷

Yllä tehdyt täsmennykset Luhmannin teoriaan merkitsevät sitä, että siirrytään puhumaan itsereferenttien systeemien sijasta autopoieettisista systeemeistä. Tätä ilmausta toki Luhmannkin varsin usein itse käyttää. Itsereferenssi ei tällöin enää saa teoreettista etusijaa suhteessa toiseen viittaavuuteen. Näillä Luhmannin teoriaan tehdyillä täsmennyksellä on oikeudellisen ratkaisun kannalta se merkitys, että nyt oikeuden ja sen ympäristön välisen suhteen tarkastelun sijasta tarkastellaan *ratkaisun* selektiivistä suhdetta sekä oikeudelliseen että yhteiskunnalliseen. Täsmennys on merkittävä myös sikäli, että nyt ei ajatella ratkaisun *oikeudellisuuden identifioimisen kriteerinä* tai toimintakyvyn säilyttämisen ehtona, eikä tarkasti ottaen edes reproduktion keskeisimpänä periaatteena olevan *itsereferenssi*, eli se että ratkaisuooperaatio liittyy oikeudellisiin opeeraatioihin. Oikeudellinen ratkaisu näyttäytyy nyt pikemminkin *suhdekäsitteenä*, jota ei siis määritellä ratkaisuooperaation suhteena voimassa olevaan oikeuteen, vaan oikeudellinen ratkaisu määrittyy suhteessa oikeudellisiin ja muihin yhteiskunnallisiin vaatimuksiin. Ratkaisuooperaatio identifioidaan nyt oikeudelliseksi sen vuoksi, että siinä *selektiivisesti kombinoidaan* itsereferenssin ja toiseen viittaavuuden välinen suhde systeemihistoriasta opitulla tavalla tulevien aktualisointien horisontissa, siis kulloinkin kyseessä olevalle oikeussysteemille ominaisella tavalla. Tässä tutkimuksessa ei lähdetä siitä, että itsereferentti systeemi luo avoimuutensa tai edes että itsereferenssi luo valintaoperaatioiden liikkumatilan ja sidonnaisuudet. Siten oikeudellisen ratkaisun liikkumatila ja sidonnaisuudet määräytyvät autopoieettisessa prosessissa itsereferenssin ja toiseen viittaavuuden yhteisvaikutuksessa. Näin ollen oikeudellisen ratkaisun valintamahdollisuudet ja sidonnaisuudet eivät määräydy vain oikeudesta käsin. Vaatimukseksi ei riitä, että ratkaisu on tehtävä oikeuden ehdoilla, vaan ratkai-

⁴⁹⁷ Ahti Saarenpää muistuttaa siitä, että niin sanotut rutiinijutut ovat tärkeitä oikeuden toiminnan kannalta. Kuitenkin myös Saarenpää varoittaa siitä ongelmasta, että syvälle juurtunut rutiini saattaa viedä ratkaisijan mukanaan. Rutiinien suhteen on oltava hereillä. Saarenpään mukaan ennen kaikkea lainopin on tehtävä havaita, milloin rutiinit ovat muuttuneet huonoiksi. (Saarenpää, Sääntö, peukalosääntö, rutiini s. 271 ja 315).

lussa on valittava se, miten siinä asetutaan suhteessa erilaisiin yhteiskunnallisiin ja siis myös oikeudellisiin vaatimuksiin. Oikeudellisessa ratkaisussa ei siis ole kyse tämän ajattelun mukaan voimassaolevan oikeuden sisällön täsmentämisestä, tai siitä, että lainsäädännössä asetettaisiin rajat, joiden sisällä oikeudellisessa ratkaisussa on pysyttävä.

Yllä tekemäni tarkennukset tekevät paremmin ymmärrettäväksi sen Luhmannin ajatuksen, että *oikeudellisen argumentaation liikkumatilaa* määritettäessä on selvää, että itsereferenssillä ei ole mitään luonnollista etusija-asemaan toiseen viittaavuuteen verrattuna. Tämä antaa Luhmannin mukaan vapauden nähdä itsereferenssin ja toiseen viittaavuuden systeemin jatkuvana ongelmana, ja niitä voidaan eri aikoina painottaa eri tavoilla. Ajatus oikeuden itsereferenssistä (po. *autopoieesista*, tekijän huomautus) mahdollistaa siis sen, että *vallitsevat tendenssit* voivat vaihdella muodollisten premissien (Selbstreferenz) ja aineellisten premissien (Fremdreferenz) välillä. Oikeudellisessa argumentaatiossa voidaan hyvinkin siirtää painopistettä ulkoisen suuntaan erottelussa selbst-fremd, mutta tästä erottelusta ei voida kokonaan luopua⁴⁹⁸.

5.4 HUOMIOITA

Käsite ”autopoieesi” yhdistää ratkaisuun kohdistuvat oikeudelliset ja muut yhteiskunnalliset vaatimukset yllä kuvatulla tavalla. Oikeudellisen ratkaisun lähtökohdaksi ei siten riitä sen tutkiminen, miten siinä on sopeuduttava voimassa olevan oikeuden vaatimuksiin. Oikeudellisessa ratkaisussa tehtävänä on siis selvittää ratkaisuun kohdistuvat oikeudelliset ja yhteiskunnalliset vaatimukset. Lisäksi ratkaisussa on otettava kanta siihen, miten nämä oikeudelliset ja yhteiskunnalliset vaatimukset on suhteutettava toisiinsa kyseisessä tapauksessa. Nämä valinnat ovat systeemireproduktio jatkuen kontingenteja sikäli, että yhdessä ratkaisussa poissuljetut yhteiskunnalliset vaatimukset voidaan toisessa ratkaisussa palauttaa jälleen ratkaisupremissiksi (re-entry), jos tämä systeemin ehdoilla on mahdollista. *Oikeuslähteopin* kannalta oikeuden autopoieesilla on nähdäkseni se merkitys, että enää ei ole perusteita pitää ratkaisun tosiasiallisia yhteiskunnallisia seurauksia vain sallittujen oikeuslähteiden asemassa.

Vaikka Luhmann itse näyttää painottaneen teoriassaan enemmän systeemin suljettuisuutta kuin sen avoimuutta, systeemiteoriaa voidaan kuitenkin erinomaisesti käyttää pyrittäessä avaamaan oikeudellisen ratkaisutoiminnan ja muun yhteiskunnan välistä suhdetta. Vaatimus *systeemin autopoieesin ehdoilla toimimisesta* avaa ratkaisutilanteen yhteiskunnallisten vaatimusten suuntaan toisella tapaa kuin vaatimus ratkaisun sitomisesta lakiin tai voimassa olevaan oikeuteen. Toisaalta tällä tavalla avautunut kompleksiteetti on pystyttävä jälleen

⁴⁹⁸ Luhmann, Das Recht der Gesellschaft s. 399.

rajoittamaan hallittavaan muotoon. Tämänkin ongelman kehittelyyn Luhmannin systeemiteoria tarjoaa välineitä, kuten yllä on jo alustavasti esitetty. Eri asia sitten on, kuinka pitkälle pelkästään näillä välineillä pystytään käytännön oikeudellisen ratkaisutoiminnan tarpeet tyydyttämään.

5.5 ITSERAJOITUKSEN RAKENTEISTUMISESTA

Autopoieesin kautta tapahtuva avautuminen erilaisille premissinvalinta- ja päätösvaihtoehtoilta on pysyttävä rajoittamaan hallittavaksi ja kontrolloituvaksi. Tätä rajoitusta ei Luhmannin systeemiteorian tarjoamin välinein pystytä ilmaiseemaan yhdellä käsitteellä, vaan on turvauduttava usean käsitteen verkostoon, joka selittää ratkaisuvaihtoehtojen rajautumisen mekanisme. Ensinnäkin ratkaisun premissien ja lopputuloksen valintaa rajoittaa voimakkaasti se, että ratkaisu identifioidaan nimenomaan oikeudelliseksi ratkaisuksi. Oikeudellisen ratkaisun teon erottaa muusta yhteiskunnassa esiintyvistä ratkaisun teoista oikeudelle ominainen reproduktiotapa, jossa sitoudutaan erilaisiin vaatimuksiin kuin muissa yhteiskunnan sosiaalisissa systeemeissä kuten esimerkiksi taloudessa tai politiikassa. Tätä eroa on oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa pidettävä myös jatkuvasti yllä, ja näin erottautuminen muusta yhteiskunnallisesta ratkaisun teosta jo laajassa mielessä kaventaa valintamahdollisuuksia oikeudellisessa ratkaisussa (ks. identifioitumisprosessista I-luku, jakso 6).

Kuten systeemin autopoieesia käsittelevässä jaksossa todettiin, Luhmannin mukaan vain tukeutumalla menneisiin operaatioihin ja ennakoimalla tulevia operaatioita pystytään päättämään, mikä on systeemiä ja mikä ympäristöä. Ilman näitä liityntöjä systeemin toiminta (ja olemassaolo) lakkaa. Hänen mukaansa oikeudellisilla operaatioilla on aina kaksoisfunktio. Niissä toisaalta luodaan oikeutta ja toisaalta pidetään yllä oikeuden rakenteita. Oikeuden operaatioissa asetetaan tulevien operaatioiden *liityntämahdollisuuksien* ehdot, ja siten vahvistetaan tai modifioidaan valintojen kannalta ratkaisevat rajoitukset, joita voi kutsua myös rakenteiksi. Näin ollen autopoieettiset systeemit ovat historiallisia systeemejä, jotka jatkavat aina siitä tilanteesta, mihin ne ovat itsensä saattaneet.⁴⁹⁹ Oikeussysteemin omien operaatioiden identifiointi oikeudelliseksi edellyttää sen selvittämistä, mitä oikeussysteemeissä on tehty aiemmin ja mitä siinä tullaan tekemään.

Oikeuden ja oikeudellista ratkaisua rajoittavien tekijöiden rakenteistuminen on ollut käynnissä ennen ratkaisua ja se jatkuu ratkaisun jälkeenkin, siten oikeudellista ratkaisua voidaan sattuvasti kuvata osallistumisena oikeuden (ja yhteiskunnan) jatkuviin rakenteistumisprosesseihin. Näin oikeudellinen ratkaisu voidaan ymmärtää jatkuvan rakenteistumisprosessin yhtenä ohikiitävänä hetke-

⁴⁹⁹ Luhmann, Das Recht der Gesellschaft s. 49.

nä. Siten ratkaisun on myös tapahduttava rakenteistumisprosessin menneisyyden ja tulevaisuuden ehdoilla (ks. jakso 4.1). Ratkaisuprosessin premissien valinnassa, premissien punninnassa sekä lopputuloksen valinnassa on tällöin kysymys asettumisesta ratkaisun menneisyyden ja tulevaisuuden horisonteissa määräytyvään mahdollisuuksien ja mahdottomuuksien kenttään. Yksittäisen ratkaisuprosessin aikana tehdyistä valinnoista kiteytyy konkreettisen ratkaisutilanteen välttämättömyyksien, mahdollisuuksien ja mahdottomuuksien tiivis kuodelma, ja näin syntynyt *itserajoitus* merkitsee samalla kontribuutiota jatkuvaan oikeudellisten ratkaisuehtojen rakenteistumisprosessiin.

Nykyhetkisessä oikeudellisessa ratkaisussa on käytettävä harkintaa ja valtaa pääätettäessä siitä, miltä osin aikaisempia oikeuden aktualisointeja nyt toistetaan tai miltä osin valinnat voidaan tehdä nyt eri tavalla. Tulevissa ratkaisuissa puolestaan toistetaan nyt tehdyssä ratkaisussa tehdyt valinnat tai muutetaan niitä (tätä on oikeuden itsekorjaavuus). Valinnan tekeminen nykyhetkisessä ratkaisussa edellyttää siten *aina jonkin tai joidenkin valintojen toistamista sekä toistumisen ja jatkuvuuden edellytyksistä huolehtimista*. Jokaiselta oikeudelliselta ratkaisulta edellytetään siten tiettyä samankaltaisuutta aiempiin oikeudellisiin ratkaisuihin verrattuna siinä mielessä, että jokaisessa oikeudellisessä ratkaisussa vahvistetaan, täsmennetään tai muotoillaan osittain uudelleen oikeudelliseen ratkaisutoimintaan kohdistuvia vaatimuksia. Vaikka *menneiden* oikeuden *aktualisointien* ja nykyhetkessä tapahtuvien oikeudellisten ratkaisujen välistä suhdetta ei voidakaan tässä mallissa kuvata käsitteellä ”sitovuus”, niin silti systeemin menneisyys on tärkeä valintamahdollisuuksia rajoittava tekijä.

Ratkaisu ei voi identifioitua oikeudelliseksi, ellei se identifioi kuuluvuuttaan oikeudellisten ratkaisujen verkostoon. Kuten aiemmin tämän luvun jaksossa 5.2 on todettu, oikeudelliseksi identifioituminen edellyttää verkostoitumista muihin aikaisemmin oikeudelliseksi Nimettyihin ja oikeutta aktualisoi-neisiin systeemioperaatioihin. Toiseksi, jotta ratkaisut eivät hajoaisi yksittäisiksi erillisi-iksi ratkaisuiksi, on jokaisessa ratkaisussa toistettava jotakin tai joitakin menneissä ratkaisuissa tehtyjä valintoja⁵⁰⁰. Jotta jatkuvuus ja toistaminen olisivat mahdollisia, on ratkaisussa nyt konstruoitava *toden näköinen* käsitys siitä, mitä ratkaisutoimintaan kohdistuvia systeemihistoriassa ja muualla yhteiskunnassa formuloituja vaatimuksia on menneissä ratkaisuissa pidetty relevantteina ja mitä ei. Ei tietenkään voida olettaa, että oikeudellisissa ratkaisuissa olisi usein-kaan käytettävissä täsmällistä esimerkiksi empiiriseen tutkimukseen perustu-va selvitystä siitä, millaisiin ehdoin aiemmat oikeudelliset ratkaisut *tosiasiassa* on tehty. Ratkaisuissa pystytäänkin havainnoimaan (Selbstbeobachtung) aikai-sempia oikeuden aktualisointeja (esim. aikaisempia ratkaisuja tai oikeustieteen tutkimuksia) vain siinä määrin kuin se ratkaisutilanteessa on mahdollista, ja si-

⁵⁰⁰ Myös Hannu Tolonen on tarkastellut oikeutta prosessina, jossa edelliset tulokset määräävät seuraavien operaatioiden lähtökohdan. Ks. Tolonen, Oikeuslähdeoppi s. 5, 6 ja 9.

ten usein joudutaan toimimaan epätarkan (ja joskus ehkä vahvastikin selektiivisen) systeemikuvauksen perusteella.

Itserereferenssin tarkoittama kytkeytyminen *tuleviin ratkaisuihin* puolestaan edellyttää yhtäältä sitä, että tulevista ratkaisuista katsottuna systeemihistoria ei näyttäydy satunnaisena. Tässä mielessä nyt tehtävässä ratkaisussa *kannetaan vastuuta* tulevista ratkaisuista. Nykyinen ratkaisuoperaatio on tehtävä liittymiskelpoiseksi tulevia oikeudellisia ratkaisuja ajatellen. Toisaalta nyt tehtävä ratkaisu on *myös* tulevaan suuntautuvaa *vallankäyttöä*.⁵⁰¹ Nyt tehtävä ratkaisu pyrkii olemaan vakuuttava todistus siitä, että nyt tehdyt valinnat ovat oikeita. Valinnat on siis pystyttävä perustelemaan oikeudellisen rationaliteetin mukaisesti. Koska ratkaisuiissa pyritään vakuuttamaan ja vaikuttamaan valinnan toistumiseen, tässä mielessä ratkaisussa käytetään valtaa riippumatta siitä, toistetaanko nyt aikaisemmissa operaatioissa aktualisoidut rajoitukset vai tehdäänkö dynaaminen aikaisemmin aktualisoiduista rajoituksista poikkeava ratkaisu. Kun ratkaisun tekeminen sen suhteen, mitä nyt pitää tehdä tai mikä nyt on oikein, edellyttää tässä jaksossa selostettujen tekijöiden kombinoitua, on ratkaisu helpompi mieltää yhteiskunnalliseksi *vallan käytöksi* kuin positivistiseen tapaan *normiin mukautumiseksi* tai käskyn alaisena toimimiseksi. Vastaavasti nyt on vaikea mieltää yksinkertaisintakaan lakia ainoana premissinä käyttävää rutiiniratkaisua ”lain mukaiseksi” tai ”voimassa olevan oikeuden mukaiseksi” ratkaisuksi. Nähdäkseni tässä on selvä ero suhteessa positivistisiin oikeudellisen ajattelun malleihin.

Tällä tavoin *liittyminen toisiin oikeudellisiin operaatioihin eli verkostoituminen, toistaminen ja jatkuvuus ovat oikeuden identiteetin ja siis myös oikeudellisuuden, ratkaisun asiasisällön ja korrektiuden konstituivia elementtejä*. Ratkaisuiissa ei saa päätyä premissinvalinnan ja lopputulosten suhteen sellaisiin valintoihin, jotka hajottaisivat ratkaisut toisistaan erillisiksi operaatioiksi vailla systeemisii yhteyksiä. Jos näin tapahtuisi, ennakoitavuusvaatimuksen toteuttamisen edellytykset häviäisivät, ja oikeuden systeemisyyt hajoaisi.

Kun ratkaisu enemmän tai vähemmän eksplisiittisesti ”julistautuu oikeaksi”, se samalla myös Luhmannin termin konfirmoituu liittymiskelpoiseksi tulevia ratkaisuja varten. Tätä varten ratkaisussa edellytetään sellaista menneisyyden, nykyisyyden ja tulevaisuuden kombinoivaa ja konstruoivaa *itsekuvausta, joka*

⁵⁰¹ Tässä valta pitää ymmärtää foucault’laisittain. Foucault’n mukaan ei ole olemassa valtaa, joka esiintyisi ilman päämääriä ja tavoitteita. Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että valta olisi seurausta yksilösubjektin valinnasta tai päätöksestä. On turha etsiä esikuntaa, joka komentaa sen rationaalisuutta. Mikään hallitseva kasti tai valtion koneistoja pyörittävä ryhmä tai ketkään tärkeimpiä taloudellisia päätöksiä tekevät henkilöt eivät johda yhteiskunnassa toimivaa (ja sen toimimaan saavaa) valtavarkoston kokonaisuutta. Vallan rationaalisuus on usein selvästi julkituutujen taktiikoiden rationaalisuutta... ja toinen toisiinsa kytkeytyen, toisiaan apuun kutsuen ja puolustautuen, kannatuspohjansa ja ehtonsa toisaalta hakien nämä taktiikat muodostavat lopulta kattavia koneistoja (Foucault, Seksuaalisuuden historia s. 71).

artikuloidaan ratkaisun perusteluissa pyrittäessä osoittamaan nyt tehty kombinaatio joko ainoaksi mahdolliseksi tai paremmaksi kuin muut mahdolliset kombinaatiot. Nyt tehtävä ratkaisu voi ”julistautua oikeaksi” vain silloin, kun systeemihistoriaa eli aikaisempia oikeuden aktualisointeja premissinä käyttäen konstruoitu toden näköinen itsekuvaus on *todennäköisesti* toden näköinen (oikeana pidetty) myös tulevissa ratkaisuissa.

Oikeudellisen ratkaisun toimintaehtoien itsekorjaava rakenteistumisprosessi muodostuu siten sarjasta ratkaisutoiminnan itsekuvaus (Selbstbeschreibung). Nämä itsekuvaukset muodostuvat joukosta valintoja, joissa on päätetty siitä, mitkä vaatimukset ovat ratkaisun kannalta relevantteja, miten nämä vaatimukset suhteutetaan toisiinsa ja mitä nyt on pidettävä oikeana. Itsekuvauksissa eksplikoidut valinnan tekemisen rajoitukset toistuvat, muuttuvat ja kontrolloituvat tulevissa oikeudellisissa ratkaisuoperaatioissa (Beobachtung erster und zweiter Ordnung). Näin oikeudellinen ratkaisutoiminta sekä edellyttää että tuottaa ratkaisutoiminnan itsekuvaus, jonka on oltava toistettavissa⁵⁰². Ratkaisutoiminnan kannalta relevantteja itsekuvaus eli *oikeuden aktualisointeja* syntyy paitsi tuomioistuinkäytännössä myös oikeustieteen ja oikeusteorian tuottamissa yleisemmän tason oikeuden toisen tai kolmannen asteen itsekuvauksissa (”opeissa”). Näissä oikeuden itsekuvauksissa reproduoidaan jatkuvasti se, millaisia premissikombinaatioita ja lopputuloksia ratkaisuilta edellytetään⁵⁰³. Modernissa positiivisen oikeuden itsekuvauksissa joitakin liityntöjä on niin vakiintuneesti vaadittu käytettävän, ja myös käytetty, oikeudellisen ratkaisun premisseinä, että näistä liitynnöistä on alettu jopa käyttää nimitystä *oikeuslähde*.

5.5.1 Lisähuomioita

Siinä määrin kuin luhmannilainen käsitteistö ei ehkä tyydytä oikeudellisen ratkaisuteorian tarpeita, voidaan sitä yrittää vielä täydentää erilaisilla elementeillä. Esimerkiksi ratkaisussa aktualisoitavaan (oikeudellisten ja muiden) yhteiskunnallisten vaatimusten kombinaatioon voi ajatella vaikuttavan lisäksi se, millaisiksi oikeudellisten toimijoiden keskinäiset suhteet kulloinkin realisoidaan

⁵⁰² Tätä *ratkaisutoiminnan* itsekuvausta voidaan pitää myös ratkaisutoiminnan näkökulmasta tehtynä *oikeuden* itsekuvausena.

⁵⁰³ Myös Thomas Wilhelmsson näkee oikeuden pienten tarinoiden syntyvän tuomioistuinten ja oikeustieteen vuorovaikutuksessa. Wilhelmssonin mukaan oikeustiede on ja sen pitää olla aktiivinen osallistuja kertomuksen muodostamisessa. Konstruomalla vaihtoehtoisia käsitteitä ja periaatteita oikeustiede voi tarjota välineitä tuomioistuimille moraalisesti arvokkaiden käytäntöjen aikaansaamiseksi. Tuomioistuintoiminta puolestaan tarjoaa uutta materiaalia oikeustieteen työstettäväksi. Mitä enemmän kertomukseen osallistujia on, sitä todenperäisempi kertomuksesta tulee (Wilhelmsson, *Senmodern ansvarsätt* s. 236-237).

(”ethos”). Systeemihistorian tuntemus auttaa orientoitumaan sen kysymyksen suhteen, millaisiin muutoksiin esimerkiksi alioikeus tai korkein oikeus voi tietyn tyyppisissä ratkaisussa tai valintatilanteissa päätyä. Koska nykyhetkessä tehtävä ratkaisu ei tämänkään kysymyksen osalta ole menneisyyden aktualisointien determinoima, voidaan jokaista tuomioistuinratkaisua pitää puheenvuorona siitä, millä tavalla kyseisenlaisessa ratkaisussa on syytä valita staattisuus- ja dynaamisuusvaatimuksen välillä. Oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa jokainen oikeuden aktualisointi merkitsee samalla myös oikeudellisten toimijoiden välisten *suhteiden* aktualisointia, siis enemmän tai vähemmän implisiittistä puheenvuorota esimerkiksi korkeimman oikeuden ja alioikeuden välisestä suhteesta tai puheenvuorota lainsäätämisen ja tuomioistuinratkaisun välisestä suhteesta oikeuden reproduktiossa. Vaatimus liittyä omiin systeemioperaatioihin sisältää näin ollen vaatimuksen myös tällä tasolla *valita* nyt tehtävän ratkaisun *paikka* oikeuden reproduktion jatkumossa. Menneissä oikeutta aktualisoineissa operaatioissa ei siis ole relevanttia pelkästään se, mikä niissä on Nimetty oikeaksi, ja millä perusteilla, vaan lisäksi se, miten oikeudellisten toimijoiden väliset suhteet on aktualisoitu.

Ratkaisuun voi vaikuttaa lisäksi ero oikeuden konfliktinratkaisufunktion ja ohjausfunktion painottamisen välillä. Jos ratkaisussa painottuu oikeuden yhteiskunnallinen ohjaustehtävä, voi tämän ajatella puhuvan staattisen valinnan puolesta, eli *muuta yhteiskuntaa pyritään sopeuttamaan* oikeudelliseksi formuloiuihin vaatimuksiin. Jos taas ratkaisussa painottuu oikeuden konfliktinratkaisufunktio, tällöin voidaan olla valmiimpia dynaamiseen valintaan, eli *sopeuttamaan oikeutta* muun yhteiskunnan vaatimusten mukaiseksi. Ohjausfunktion painottaminen on perusteltua valita ratkaisun premissiksi esimerkiksi silloin kun melko uuden lain tai direktiivin tarkoituksena on ohjata yhteiskunnallista käytäntöä tiettyyn suuntaan. Ohjausfunktio saattaa painottua myös silloin jos oikeudellisessa ratkaisukäytännössä on muodostunut vakiintunut linja tietyn toiminnan ohjaamiseksi tiettyyn suuntaan.

Lisäksi valintamahdollisuuksia oikeudellisessa ratkaisussa kaventaa ja samalla myös erottaa poliittisesta päätöksenteosta se, että oikeudellisessa ratkaisussa ei toimita minkään tietyn intressiryhmän advokaattina. Oikeuden aktualisointeina tuomioistuinratkaisujen (samoin kuin lainsäädännön ja oikeustieteen tutkimustenkin) tehtävänä on omalta osaltaan *yhtenä välittävänä lenkinä osallistua* oikeudellisten ja muiden yhteiskunnallisten *valintatilanteiden* kompleksiteettia (siis valintamahdollisuuksia) avaavan ja rajoittavan normatiivisen infrastruktuurin pysyttämiseen ja muuttamiseen. Tämä tarkoittaa sitä, että oikeudellisen ratkaisun tehtävänä ei ole enempää eikä vähempää kuin toimia omalta osaltaan *yhtenä välittävänä lenkinä* yhteiskunnallisten toimijoiden (siis luonnollisten ja oikeushenkilöiden) välisten suhteiden määrittämisessä ja yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden sekä samalla tuomioistuinratkaisutoiminnan aseman määrittämisessä suhteessa muihin oikeudellisiin toimijoihin. Rat-

kaisuun on siten päädyttävä yhteiskunnallisen valintoja ohjaavan infrastruktuurin reprodusoijan roolissa eikä intressiadvokaatin tai suvereenin vallankäyttäjän roolissa.

Lopuksi luonnostelen vielä ehdotuksen maksimiiksi, joka vaatimuksena voisi toimia vaa'an kieliasemassa päätettäessä ratkaisun asettumisesta suhteessa siihen kohdistuviin erilaisiin yhteiskunnallisiin odotuksiin menneisyyden ja tulevaisuuden horisonteissa:

Ratkaisussa on tavoiteltava sellaista lopputulosta ja premissikombinaatiota, jota tulevaisuuden ratkaisuissa pidetään oikean ratkaisun mallina.

Tämä maksimi siirtää vaa'an kieliaseman menneisyydestä tulevaisuuteen. Tulevilta ratkaisuilta ei kuitenkaan edellytetä, että aiempaa ratkaisua *olisi pakko pitää* oikean ratkaisun mallina, sillä juuri muotoiltu maksimi kohdistuu vuorostaan myös tulevassa nykyisyydessä tehtäviin ratkaisuihin. Tässä mielessä maksimi on tarkoitettu käytettäväksi ratkaisun itserajoituksena nimenomaan nykyhetkessä, eikä se kehoita konstruoimaan ratkaisua abstraktia normia ilmentäväksi prejudikaatiksi tai pitämään aiempaa ratkaisua tällaisena prejudikaattina (vaikka näin toki voidaankin tehdä). Näin ratkaisun sidonnaisuudet eivät ilmene asetetusta oikeudesta, vaan ne asettuvat nykyhetkessä oikeudellisessa ratkaisussa itserajoituksena systeemin menneisyyden ja tulevaisuuden horisonteissa. Tarkoittamani maksimi ei siis ole tarkoitettu ainoaksi välineeksi tai mittapuuksi arvioitaessa ratkaisun oikeellisuutta, kyse on vain vaa'an kielienä olevasta tekijästä, jonka avulla valintaongelmat eri ratkaisuvaihtoehtojen välillä voidaan ratkaista. Toisaalta tämä maksimi korostaa yksittäisten ratkaisujen merkitystä oikeuden reproduktiossa, sillä ratkaisulla ajatellaan voitavan vaikuttaa tuleviin ratkaisuihin.

5.5.1.1 Ratkaisumaksiimin ymmärtäminen

Etymologisten selitysten mukaan suomenkielen sanaa ”ymmärtää” on alun perin käytetty puhuttaessa ympäri kiertämisestä tai saartamisesta. Sana on merkinnyt myös konkreettista kiinni saamista. Tätä konkreettisesta tekemistä kertovaa verbiä on myöhemmin alettu käyttää myös vertauskuvallisessa merkityksessä, jolloin ymmärtämisellä tarkoitetaan ikään kuin asian ympäröimistä, siis saartamista ja kiinni saamista ajatuksen voimalla.⁵⁰⁴ Tätä ymmärtämisen alkuperäistä ideaa hyväksi käyttäen seuraavassa jaksossa ei tyydytä pelkästään valitun ratkaisumaksiimin selittämiseen, vaan liitetään se asioihin, jotka samankaltaisuutensa vuoksi liittyvät yllä konstruoituun maksimiin ja jotka ikään kuin

⁵⁰⁴ Ks. Häkkinen, Nykysuomen etymologinen sanakirja s. 1537.

ympäröivät tai ”ymmärtävät” sitä. Uskon tämänlaatuisen ymmärtämisen parhaiten täsmentävän ja selkeyttävän tekemääni ehdotusta.

Konstruoimani maksiimi edellyttää *tulevien ratkaisujen olettamista* sellaiseksi reflektiiviseksi toiseudeksi, jonka avulla pyritään turvaamaan tehtyjen valintojen ”intersubjektiivisuus”. Samankaltaisia ratkaisumaksiimeja on oikeudellista ratkaisua varten formuloitu aiemminkin, mutta erilaisissa teoreettisissa kehikoissa ja siten erilaisia tarpeita varten kuin tässä tutkimuksessa. Tunnetuin tällaisista maksiimeista lienee Sveitsin siviililain (ZGB) ensimmäisen pykälän toinen momentti, jonka mukaan tuomarin tulee ratkaista säädännäisen ja tavanomaisen oikeusnormin puuttuessa sellaisen normin mukaan, jonka hän *lainsäätäjänä* tapausta varten asettaisi. Tässä maksiimissa kuitenkin ongelmallisesti samaistetaan lainsäätäjän ja tuomioistuintoiminnan funktiot oikeuden kommunikaatiossa. Oikeuden todellisuuden aktualisoivana aktina tuomioistuinratkaisuilla on oikeuden reproduktiossa eri rooli kuin lainsäätämisaakteilla, ja siten mahdollisuudet oikeuden muutokseen ovat lainsäädäntöaktissa ja tuomioistuinratkaisussa erilaiset. Tätä erilaisuutta ei tietenkään tule ymmärtää niin, että tuomioistuintoimintaa voitaisiin ajatella pelkkänä mekaanisena lakien soveltamisena. Sen sijaan oikeudelliset ratkaisut on nähtävä osallistumisena ratkaisutoiminnan *oikeudellisten edellytysten* reproduktioon, niiden pysyttämiseen ja kehittämiseen. Oikeuden toiminnan kannalta on tärkeää pyrkimys niiden tilanteiden ja rajojen määrittämiseen (rule of change), joissa tuomioistuimilla voi tai pitää olla oikeuden muuttajan ja kehittäjän rooli, sekä sen määrittämiseen, milloin muutos vaatii uuden lain säätämistä.

Carl Schmitt on muotoillut maksiimin, jonka mukaan laintulkinta kuin myös lain sanamuodon vastainenkin *contra legem* -tulkinta on oikeutettu silloin, jos toinen tuomari antaisi samanlaisen päätöksen⁵⁰⁵. Aatos Alanen pitää Schmittin muotoilemaa maksiimia osittain oikeana, formuloiden sitä kuitenkin seuraavasti: ”Jos tuomari, joka vedotessaan päätöksessään oikeustajuntaan tuomitsee näennäisesti *contra legem*, on vakuutettu siitä, että jokainen ’järkevä tuomari’ menettelisi samalla tavoin, ei hänen menettelynsä loukkaa oikeusvarmuutta.”⁵⁰⁶ Karl Heinsheimer puolestaan kirjoittaa tuomarinviran kategorisesta imperatiivista, ja formuloi sen seuraavasti: ”Tuomitse siten, että voit tahtoa tuomiosi perustana olleen ohjeen kaikkia tuomioistuimia velvoittavaksi.”⁵⁰⁷ Suomalaisessa oikeusteoriassa Otto Brusiin on suhtautunut myönteisesti yllämainitun kaltaisten imperatiivien käyttöön pitäen sellaisia yhtenä mielivallan vaaraa vähentävänä takeena aukkotapausten harkinnassa⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ Schmitt, Gesetz und Urteil s. 112.

⁵⁰⁶ Alanen, Eräitä laintulkintaopillisia näkökohtia, LM 1926 s. 105. Huomattakoon, että Alanen muotoilee maksiiminsa pohtiessaan oikeustajuntaan vetoamisen mahdollisuuksia ja sen rajoja laintulkinnassa.

⁵⁰⁷ Ks. tästä Brusiin, Tuomarin harkinta normin puuttuessa s. 100.

⁵⁰⁸ Brusiin, Tuomarin harkinta normin puuttuessa s. 101.

Kantin kategorisesta imperatiivista innoituksensa saaneita Alasen ja Heinsheimerin muotoilemia maksimeja ei voida ottaa käyttöön luhmannilaiseen systeemiteoriaan tukeutuvassa teoriassa teoreettisten lähtökohtaeroavaisuuksien vuoksi. Alanen myös rajaa maksiminsa käytön sen ratkaisemiseen, voidaanko *oikeustajuntaan* vedota kirjoitettua lakia kontrolloitaessa vai ei. Ongelmallista Alasen muotoilussa on myös viittaus ”jokaisen järkevän tuomarin” menettelyyn, sillä näin ollen Alasen maksimi edellyttää toimiakseen homogeenisesti ajattelevan tuomarikunnan tai pikemminkin universaalien järjen tai kaikkien tuomarien sitoutumisen samaan arvojärjestelmään. Useaa yhtä järkevää valintaa ei asian suhteen voisi tehdä, ja toisaalta jos yksikin järkevä tuomari olisi toista mieltä, oikeustajuntaan ei ratkaisussa voisi vedota, tai vaihtoehtoisesti erimielisiä tuomareja olisi pidettävä ei-järkevinä.

Heinsheimerin tuomarin tahtomisaktiin ja universaalien järjen oletukseen perustuva maksimi puolestaan saattaa helposti johtaa tuomarin henkilökohtaisten arvostusten ja motiivien perusteettomaan jälkikäteiseen yleistämiseen ja rationalisointiin. Tämä on mahdollista, sillä Heinsheimerin malli ei sisällä vuorovaihtuksen tai itsekorjaavuuden ideaa. Jos tulevissa ratkaisussa päädytään erilaisiin premissivalintoihin ja lopputuloksiin, niin Heinsheimerin maksimin mukaan toimivalla tuomarilla ei ole tarvetta muuttaa omia kannanottojaan, hänhän voi kaiken kritiikin sivuuttaen vain lisätä tahtomisensa ja toivomisensa määrää ja volyyymia. Heinsheimer sekoittaa myös ongelmallisesti tuomioistuimen roolin lainsäätäjän rooliin edellyttäessään tuomioistuinratkaisun tavoitteena olevan yleisten oikeusnormien antaminen.

Carl Schmittin muotoileman maksimin mukaan tuomio on siis oikeutettu silloin kun toinen tuomari olisi antanut samanlaisen päätöksen. Schmitt tarkoittaa maksimissaan toista *saman oikeuspraksiksen* piiriin kuuluvaa tuomaria. Tällöin hänen mukaansa toinen tuomari ”empiirisenä tyyppinä” on määriteltävissä varmalla tavalla. Tosin tämä määrittely myös muuttuu oikeuskäytännön muuttuessa. Schmitt toteaa, että oikeuselämän äkkinäisissä muutoksissa ja ”oikeustajunnan myrskyisässä kehityksessä” voi määrittely siitä, miten toinen tuomari asian ratkaisisi, muuttua nopeastikin⁵⁰⁹. Näen kuitenkin Schmittin maksimissa staattisuuden korostuvan dynaamisuuden kustannuksella. Schmittin ajattelu ei sisällä ideaa perusteluilla vakuuttamisesta. Tuomarin on ratkaistava niin kuin hänen konstruoimansa tyyppilinen tuomari asian ratkaisisi, mutta ei tavalla, jonka *oikeellisuudesta* arvelisi hyvin perustelemalla saavansa muut tuomarit vakuuttuneiksi. Schmittin tuomari näyttää siis väistämättä olevan jonkinlainen ”virran mukana kulkija”.

Viimeisenä ratkaisumaksimina käsittelen Aarnion muotoilemaa oikeudellisen ratkaisun regulatiivista periaatetta. Aarnion mukaan ”tulkinta- tai normikannanottoja esittävän lainopin samaten kuin lainkäytön tulee pyrkiä tuloksiin,

⁵⁰⁹ Schmitt, Gesetz und Urteil s. 116-117.

jotka voisivat rationaalisesti harkitsevassa oikeusyhteisössä saavuttaa enemmistön tuen.”⁵¹⁰ Ensi näkemältä vaikuttaisi siltä, että Aarnion muotoilema maksiimi olisi varsin samanlainen yllä mainitun Aatos Alasen vaatimuksen kanssa, jonka mukaan punnintatilanteen ratkaisee tuomarin vakuuttuneisuus siitä, että jokainen ”järjellä tuomari” menettelisi samalla tavoin. Alasen maksiimissa viimekätisenä kriteerinä on kuitenkin ratkaisua tekevän tuomarin sisäinen vakuuttuminen, kun taas Aarnio edellyttää hyväksyttävyyttä ideaaliauditoriossa. Aarnion maksiimi ei siis pyri palauttamaan ratkaisun ehtoja ratkaisijaan itseensä, tuomarin persoonaan, tuomarin ideologiaan, eikä ainakaan jäännöksettömästi muiden tuomareiden ajatteluun, vaan ideaaliseen auditorioon, jota Aarniolla edustaa rationaalisesti harkitseva oikeusyhteisö. Vaatimus enemmistön tuen saamisesta päätöksen lopputuloksen taakse juontaa siitä, että Aarnio lähtee arvorelativismiin periaatteesta. Yhteisön jäsenet eivät kaikki siis jaa samoja arvokäsityksiä, vaan he ovat erilaisten arvojärjestelmien kannattajia (toki kuitenkin yhteisen elämänmuodon puitteissa). Tällöin oikeuden yhteiskunnallisen legitimitetin takaamiseksi on tärkeää, että oikeudellisissa ratkaisuissa pyritään ratkaisuihin enemmistön hyväksymien arvojen mukaisesti.

Tämä maksiimi voi olla täysin toimiva silloin kun argumenttien esittämistä varten pystytään yhteiskunnan ja oikeusyhteisön tuntemuksen perusteella a posteriori konstruoimaan selvä jako kahden enemmän ja vähemmän kannatusta saavan arvojärjestelmän välillä. Toisaalta, miten käy silloin kun a posteriori tällaista selvää enemmistöä ei pystytäkään konstruoimaan, vaan kilpailevat kannanotot näyttävät saavan yhtä suuren kannatuksen tai erot ovat vain häviävän pieniä. Toisaalta kilpailevia kannanottoja saattaa myös olla niin useita, että absoluuttista enemmistöä ei synny minkään yksittäisen käsityskannan taakse, on vain useita pieniä toistensa kanssa kilpailevia ryhmittymiä. Tällöin ratkaisumaksiimi on ongelmissa. Nyt ratkaisun tekijä ei pystykään argumentaatioonsa varten a posteriori konstruoimaan *enemmistön kannatusta* ratkaisuehdotuksen taakse, vaan rationaalisen diskurssin ehtoihin sitoutuneena oikeusyhteisön jäsenenä hän joutuu nähdäkseen etsimään tai kehittelemään toisenlaisia välineitä oman subjektiivisuutensa ylittämiseksi argumentaatiotilanteessa. Toisaalta myös rationaaliseen harkintaan sitoutuneessa yhteisössä enemmistö voi olla väärässä silloin kun yhteisö ei koostu Dworkinin supertuomari Herculeksen kaltaisista henkilöistä, jotka pystyvät ottamaan kaikki asianhaarat huomioon ja joilla on aina riittävästi aikaa käytettävissään: rationaaliseltakin ihmiseltä voi loppua järki tai aika kesken.

Antti-Juhani Wihuri ja Raimo Siltala ovat kritisoineet Aarnion auditoriokäsittelyä muun muassa siitä, että toisin kuin Aarnion auditoriokäsittelyn esikuvan kehittäjällä Chaim Perelmanilla Aarnion auditorio ei ole pelkästään argumen-

⁵¹⁰ Aarnio, Laintulkinnan teoria s. 285, ks. tarkemmin ideaalista auditoriosta ja ratkaisumaksiimista s. 282-285.

toijan *mielessään kuvitteleva* ja argumentaatiotilannetta varten konstruoima auditorio. Wihuri näkee Aarnion auditoriokäsitteen osittain olevan yhteneväinen Perelmanin teorian kanssa, mutta lopulta eroavan siitä oleellisella tavalla. Ensimmäisenä Aarnion teorian erona Perelmanin teoriaan Wihuri näkee sen, että Aarniolla auditorio alkaa määräytyä arvoista käsin siten, että Aarniolla auditorion käsitteeseen kytkeytyy ajatus auditorion yhteisistä arvoista⁵¹¹. Wihuri toteaa auditorion muodostuvan Aarniolla todellisista ihmisistä, joilla on yhteiset arvot, eikä auditorion muototututumisen kannalta ole merkitystä näin ollen enää sillä, kuka esittää argumentteja tai kenelle ne on haluttu suunnata. Näin Wihurin mukaan Aarnion auditorio on argumentaatiotilanteesta irrallinen, ja se määrittää tavallaan itse itsensä. Toinen edelliseen liittyvä eroavaisuus Perelmanin ja Aarnion välillä rakentuu Wihurin mukaan sen kautta, että Aarnio kytkee auditoriokäsitteen Wittgensteinin elämänmuotokäsitteeseen⁵¹². Aarnion mukaan nimittäin auditorion muodostavat ne yksilöt, jotka ovat osallisia yhteiseen elämänmuotoon⁵¹³.

Wihurin mukaan tämä auditorion ja elämänmuodon käsitteiden kytkeminen yhteen erottaa Aarnion mallin Perelmanin auditoriokäsitteestä, sillä auditorio lakkaa olemasta argumentoinnin vastaanottaja ja tulee määritellyksi muista lähtökohdista käsin. Siltala puolestaan kritisoi Aarniota muun muassa siitä, että tämä tulkitsee universaaliauditoriokäsitteen oikeudellisen perustelun ulkoisena, objektivoituna referenssinä, kun taas Perelmanilla kyse on vain ajatuksellisesta konstruktiosta⁵¹⁴. Näihin kritiikkeihin voi kuitenkin vastata siten, että jos arvo-relativismiin sitoutuneen Perelmanin tarkoittaman (puhujan mielessään ajatteleman) auditorion ei voi ajatella muodostuvan henkilöistä, joilla on *yhteiset käsitteet* arvoista ja yksi yhteinen universaali rationaalisuus, jonka puhuja siis voi konstruoida a priori argumentaatiotilannetta varten, ja jos ei hyväksytä sitä, että Perelmanilla puhuja voisi konstruoida kohdeauditorion mielivaltaisesti ad hoc, niin ainoaksi mahdollisuudeksi jää, että Perelmanin tarkoittama puhuja konstruoi auditorion mielessään *tosiasiallisesta yhteisöstä* saamansa tiedon ja kokemuksen perusteella *a posteriori*. Näin ollen Aarnion ja Perelmanin auditoriokäsitteet eivät ole suhteessaan ideaaliin ja konkreettiseen niin erilaiset kuin Wihuri ja Siltala tuntuvat ajattelevan.

Toisaalta Aarniolla auditorio näyttää tosiaankin osittain olevan argumentaatiotilanteesta irrallinen, konkreettisista ihmisistä muodostuva *itsenäinen toiminnallinen subjekti*, joka Klamin mukaan saattaa olla esimerkiksi yhteisö, joka määrittää tieteen paradigmaa⁵¹⁵. Tästä huolimatta on mielestäni kuitenkin liioiteltua väittää, että auditorio Aarnion teoriassa olisi *täysin* argumentaatioti-

⁵¹¹ Wihuri, Auditorion käsitteestä ja auditoriosidonnaisesta argumentaatiosta s. 379-381, 389.

⁵¹² Wihuri, Auditorion käsitteestä ja auditoriosidonnaisesta argumentaatiosta s. 380.

⁵¹³ Aarnio, Oikeussäännösten tulkinnasta s. 194-195.

⁵¹⁴ Siltala, Oikeudellinen tulkintateoria s. 105-108.

⁵¹⁵ Klami, Finalistinen oikeusteoria s. 16.

lanteesta irrallinen, ja lakkaisi kokonaan olemasta argumentaation vastaanotta- ja. Voi nimittäin ajatella Aarnion auditorioteoriassaan määrittävän auditorion vakuuttamisen edellytyksiä ja samalla esittävän yhden vaihtoehdon siitä, miten partiaallinen ideaaliauditorio voidaan *puhetilannetta varten* määrittää. Ymmär- rän Aarnion tarkoittavan sitä, että voidakseen arvioida argumentaationsa va- kuuttavuutta auditoriossa, tulee argumenttien esittäjällä olla ymmärrys audito- rion vakuuttavuuden mittapuuna käyttämisestä arvoista. Tässä mielessä voi ajatel- la niin, että argumentaation esittäjän sekä auditorion pitää olla osallisina ”yhtei- siin arvoihin” tai wittgensteinilaisittain yhteiseen elämänmuotoon, jotta argu- menttien hyväksyttävyyden arvioiminen argumentaatiota suunniteltaessa ja esitettäessä tulisi mahdolliseksi. Näin ollen voi ajatella Aarnion määritelmässä olevan kyse sisällön hahmottamisesta ideaalisen partiaaliauditorion käsitteelle nimenomaan argumentaatiotilanteita varten, siis toisin kuin Wihuri ja Siltala esittävät.

Hannu Tapani Klami on ehdottanut auditoriokäsitteen epämääräisyyden vuoksi koko auditoriokäsitteestä luopumista. Hänen mukaansa auditorion sijas- ta voitaisiin puhua paradigmasta, joka on esitettävissä (argumentaation) justifi- kaatiota ja kontrollia määrittelevänä lausejärjestelmänä.⁵¹⁶ Tämä Klamin ehdo- tus tarkoittaa sitä, että argumenttien esittäjän ei tarvitsisi konstruoida mieles- sään mitään ideaalia tai konkreettista auditoriota argumentointia suunnitelles- saan, vaan hänelle yksinkertaisesti riittää kaikkien niiden vaatimusten tuntemi- nen, joita argumentaation justifointi edellyttää tai joita käytetään kriteereinä argumentaatiota kontrolloitaessa. Pidän tätä ajatusta järkevänä ja asiaa selkeyt- tävänä, mutta tällöin kuitenkin heitetään lapsi menemään pesuveden mukana. Jos nimittäin argumentaatioteoria luopuisi auditorion käsitteestä ja auditorion hyväksynnän vaatimuksesta, menetettäisiin se punnintatilanteessa tarvittava ”oletettu toinen”, jota voidaan käyttää vaa’ankielenä ja reflektioapuna valinta- tilanteita ratkaistaessa. Mielestäni auditoriokäsite toimii argumentaatioteorias- sa hyvin sellaisena tärkeänä oletettuna toiseutena, jonka avulla pyritään ratkai- sijan subjektiivisen näkökulman ylittämiseen. Tämän ”oletetun toiseuden” ole- tus yhdistää tässä tutkimuksessa kehiteltävää teoriaa argumentaatioteoriaan.

Tässä tutkimuksessa kehitellyllä oikeudellisen ajattelun mallilla on myös toi- nenkin tärkeä yhtymäkohta Perelmanin teoriaan ja sen pohjalta kehitelyyn oi- keudelliseen uusretoriikkaan. Tärkeä yhtymäkohta löytyy siltä osin kun pohdit- tavana on ratkaisupremissien epävarmuus ja tulkinnanvaraisuus sekä päättelys- sä tavoiteltava ”totuus” tai ”varmuus”. Raimo Siltalan mukaan aristoteelinen retoriikka ja Perelmanin aristoteelisen filosofian varaan rakentuva uusretoriikka tarkastelevat päättelyä, jonka käyttämät premissit ja tuottamat johtopäätökset eivät ole välttämättä tosia tai tosiksi tunnettuja vaan ainoastaan enemmän tai vähemmän uskottavia, todennäköisiä ja hyväksyttäviä niiden tarkoitettussa koh-

⁵¹⁶ Klami, Finalistinen oikeusteoria s. 16-17.

deauditoriossa. Lopputulosten suhteen kyse on toisin sanoen uskomuksista, jotka ovat (vain) enemmän tai vähemmän vakuuttavasti perusteltavissa määrätyn argumentaation kohderyhmälle. Tällainen päättely ei myöskään (muutoin kuin jälkikäteen) ole formalisoitavissa loogisten syllogismien muotoon sen premisien ja johtopäätösten määritelmällisen epävarmuuden vuoksi⁵¹⁷.

5.5.1.2 *Ajateltu vai konkreettinen toiseus?*

Tässä tutkimuksessa edellytetään siis *tulevien ratkaisujen* olettamista sellaiseksi reflektiiviseksi toiseudeksi, jonka avulla pyritään subjektiivisten näkökantojen ylittämiseen. Tulevat ratkaisut toimivat näin itsekontrollin välineenä yksittäisessä ratkaisussa. Onko tulevat ratkaisut tässä yhteydessä sitten ymmärrettäviä vain nykyhetkessä ratkaisussa tehtäviksi ”ajatukselliseksi” konstruktioiksi vai voidaanko niillä tarkoittaa *konkreettisia* tulevia ratkaisuja? Tämä ongelma on yhdistettävissä Chaim Perelmanin teoriaan ja sen innoittamaan oikeudelliseen uusretoriikkaan, joiden yhteydessä tämä ongelma on myös noussut esiin⁵¹⁸.

Ovatko tässä tutkimuksessa tarkoitettut *tulevat ratkaisutilanteet* vain yksittäisissä ratkaisuissa konstruoituja luomuksia, vai onko kyse konkreettisesta ”kohdeauditoriossa”? Käsitykseni mukaan maksimin tarkoittamissa tulevista ratkaisuissa on aineksia molemmista vaihtoehdoista. Maksimissa edellytetyt tulevat ratkaisut ovat yksittäisissä ratkaisuissa muotoutuneita konstruktioita siinä mielessä, että nykyhetkestä ei ole pääsyä tulevaan nykyisyyteen, jossa valinnat voidaan tehdä myös toisin kuin nyt oletetaan. Toisaalta oletetut tulevat ratkaisut eivät voi olla vain subjektiivisia tai satunnaisia ”ajatuksellisia” konstruktioita ensinnäkin siitä syystä, että nyt tehtävän konstruktion, samoin kuin tulevien ratkaisujenkin on perustuttava siihen, mitä on jo opittu menneistä oikeudellisista ratkaisuista. Toisaalta nyt tehtävissä ratkaisuissa voi lähteä siitä, että oikeudellisia ratkaisuja tullaan tulevaisuudessakin tekemään, ja näin ollen on aina olemassa ”riski” siitä, että nyt tehtävää ratkaisua tullaan arvioimaan seuraavissa tuomioistuinratkaisuissa tai oikeustieteen tutkimuksissa. Näin ollen ratkaisuilta edellytetään reflektiota tulevien konkreettisten (todellisten) ratkaisujen suuntaan. Näin ollen sekä hyväksyttävyyttä (eli ajateltua) että hyväksymistä (eli konkreettista) tarvitaan molempia oikeudellisen ratkaisun kriteerinä esittämässäni mallissa. Tällä tavalla mahdollistuu ja toteutuu oppiminen ja itsekorjautuvuus oikeuden jatkuvassa kommunikaatiossa. Samalla välttyään tilanteesta,

⁵¹⁷ Ks. Siltala, Oikeudellinen tulkintateoria s. 114.

⁵¹⁸ Sitä toiseutta, jota Perelmanin teoriassa ja oikeuden uusretoriikkaan lukeutuvissa teorioissa oletetaan subjektiivisuuden ylittämiseksi, ilmaistaan käsitteellä ”*universaliauditorio*” (kohdeauditorio tai yleisö).

jossa yksittäiset oikeudelliset ratkaisut muuttuisivat vain hajanaiseksi joukoksi oikeudellisia aktualisointeja, jotka olisivat yhteismitattomia keskenään. Näin välttään ongelmalta, josta Raimo Siltala kritisoi Chaim Perelmanin teoriaa, siis vältetään ajatus universaaliauditoriosta vain puhujan ajatuksellisena konstruktiona⁵¹⁹.

5.6 VASTUU, VALTA JA KONTROLLI

Autopoieettisessa systeemissä jokaisen ratkaisun on osaltaan kannettava vastuu ratkaisutoiminnan edellytysten säilyttämisestä ja kehittämisestä. Se pakko, joka ratkaisutoimintaan liittyy, ei perustu voimassaolon kvaliteettiin, vaan se perustuu *käytännön välttämättömyyteen tai paktoon* sopeutua yhteiskunnan vaatimuksiin ja tähän liittyen paktoon huolehtia ratkaisutoiminnan jatkuvuudesta. Sen vuoksi ratkaisussa ollaan velvollisia ja pakotettuja toistamaan, jatkamaan ja kehittämään aikaisemmista oikeudellisista aktualisoinneista omaksuttua ratkaisemisen tapaa esimerkiksi premissivalintojen ja premissien keskinäisten arvostamisen osalta tai sen osalta millainen rooli nyt tehtävässä ratkaisussa voidaan ottaa suhteessa dynaamisuuden ja staattisuuden vaatimuksiin. Oikeudellinen ja yhteiskunnallinen toiminta ovat riskialttiita toimintoja reproduktioprosesseihin liittyvien ongelmien ja epävarmuustekijöiden vuoksi, ja siksi oikeuden ja yhteiskunnan säilyminen on aina epävarmaa. Siksi niistä on pidettävä huolta jokaisessa yhteiskuntasysteemissä ja jokaisessa *yhteiskunnan konstruoivassa operaatiossa*. Tämä koskee myös oikeudellista ratkaisutoimintaa, sillä Luhmannin teorian mukaan jokainen systeemioperaatio *konstruoii yhteiskunnan* omasta näkökulmastaan. Systeemitheoria ei pyri peittämään mainittua epävarmuutta ja naamioimaan sitä varmuudeksi (esimerkiksi väittämällä ratkaisussa sovellettavan asetettua oikeutta), vaan tavoitteena on elää tämän epävarmuuden kanssa ja selittää yhteiskunnan ja oikeuden toiminta mahdolliseksi tästä epävarmuudesta huolimatta.

Tällaisessa tilanteessa ratkaisun *itsekontrollin* (Beobachtung erster Ordnung) tulee kohdistua siihen, onko ratkaisussa tehty valinnat sekä eri ratkaisuun kohdistuvien vaatimusten keskinäinen kombinointi tehty siten kuin kyseisessä tilanteessa on ollut mahdollista tai välttämätöntä tehdä oikeuden reproduktion ehdoilla. Yksittäisessä ratkaisussa tulee pyrkiä perustelujen avulla osoittamaan se, että asettautuminen suhteessa ratkaisuun kohdistuviin vaatimuksiin on tehty *ratkaisun* menneisyyden ja tulevaisuuden horisonteissa arvioiden välttämättömällä tai ainakin parhaalta mahdolliselta näyttävällä tavalla. Myös *jälkikäteisen ratkaisukontrollin* (Beobachtung zweiter Ordnung) tulee kohdistua siihen, onko ratkaisussa tehty valinnat ja eri vaatimusten keskinäinen kombinointi tehty siten kuin oikeudelliselta ratkaisulta kyseisessä tilantees-

⁵¹⁹ Siltala, Oikeudellinen tulkintateoria s. 116.

sa edellytetään⁵²⁰. Toinen asia on sitten se, missä määrin valitustuomioistuimessa tehtävässä ratkaisussa tai esimerkiksi oikeustieteen kannanotossa on kyseessä nimenomaan aiemmin tehdyn ratkaisun *kontrolloimisesta* eikä vain uudesta ratkaisuun kohdistuvien vaatimusten keskinäisten suhteiden kombinoinnista (Beobachtung erster Ordnung), joka puolestaan myös on tehtävä kyseisen ratkaisun menneisyyden ja tulevaisuuden horisonteissa. Tällöinkin on taas valittava se vaihtoehto, joka näyttää välttämättömältä tai ainakin parhaalta mahdolliselta tavalta kombinoida po. vaatimukset keskenään.

Ratkaisu ja sitä kontrolloiva toinen ratkaisu ovat ainakin periaatteessa molemmat kontingenteja, eli ne olisi voinut tehdä myös toisin. Tosin systeemioperaatioiden tietynlainen verkostuminen on saattanut johtaa siihen, että ratkaisuvaihtoehtoja ei käytännössä ole. Systeemissä saattaa joskus olla myös tarpeen saada jotkin valinnat ainakin näyttämään ainoilta mahdollisilta, jotta pystyttäisiin säilyttämään edellytykset ennakoitavien ja johdonmukaisten ratkaisujen tekemiselle. Tässä tarkoituksessa voidaan esimerkiksi todeta, että käsiteltävänä oleva tapaus kuuluu sellaiseen rutiiniratkaisujen kategoriaan, jossa ainoana premissinä käytetään yksiselitteiseksi identifioitua lakitekstiä. Samalla tavoin voidaan esimerkiksi esittää, että käsillä on tilanne tai tyyppitapaus, johon ihmisoi-
keusargumentit eivät sovellu tai jossa teleologinen harkinta ei tule kyseeseen.

Ratkaisussa voidaan pyrkiä myös aikaisemmin aktualisoituja rajauksia muuttamaan dynaamiseen ratkaisuun. Tällaisista dynaamisista oikeuden muuttamiskäytännöistä on erotettava ”dysfunktionaalinen” oikeuden aktualisointi eli sellainen ratkaisu, jossa poikkeamat aikaisemmista oikeuden aktualisoinneista ovat niin radikaalisti erilaisia, että ratkaisua ei tunnisteta edes oikeudellisten ratkaisuoperaatioiden jatkumoon kuuluvaksi. Tällaiseen oikeudenvastaiseen ”system error”-ratkaisuun ei voida seuraavissa ratkaisuissa liittyä, koska sen liittymiskelpoisuutta (Anschlussfähigkeit) ei tunnisteta. Tällaisissa tilanteissa oikeuden itsekorjaavana mekanismina toimii myös oikeussysteemin sisäinen, ratkaisun lopputulokseen ja sen premisseihin kohdistettava voimakas kritiikki⁵²¹. Perinteisiä kritiikin muotoja on ollut esimerkiksi ratkaisun tekemiseen osallistuneeseen henkilöön kohdistettava virkavastuusyyte tai muu voimakas professionaalinen kritiikki. Tällaisia poikkeamia ja niiden yleistymistä vastaan oikeussysteemissä pitää jatkuvasti olla varuillaan niin oikeustieteessä kuin ratkaisukäytännössäkin, jotta systeemi ei menettäisi toimintakykyään ja uskottavuuttaan. Oikeussysteemin itsekorjaavana mekanismina toimii toisaalta se, että jos esimerkiksi korkein oikeus tai oikeusdogmatiikka usein päättyy ”system er-

⁵²⁰ Ks. myös Tuori, Oikeuden ratio ja voluntas s. 23. Hänen mukaansa jatkuva oikeudellinen diskurssi testaa oikeuden kielitekoihin liittyviä pätevyysvaatimuksia.

⁵²¹ Toisaalta myös oikeuden ulkopuolelta muusta yhteiskunnasta tuleva voimakas kritiikki ratkaisua tai ratkaisutoimintaa kohtaan saattaa toimia oikeuden itsekorjaavien prosessien katalysaattorina.

ror”-ratkaisuihin, ne menettävät auktoriteettiaan, ja valmius seurata ongelmalliseksi muodostuneen auktoriteetin tulkintoja vähenee.

Oikeudellisissa ratkaisuisa on ratkaisuihin liittyvän valinnaisuuden vuoksi kyse vallan käytöstä, joka ei ole pakotteista vapaata, vaan päinvastoin oikeudellisessa ratkaisussa valtaa on käytettävä *sopeutuen* ratkaisuun kohdistuviin vaatimuksiin, siis sillä tavalla kuin oikeuden reproduktioon osallistuvalla aktilla edellytetään (olkoonkin niin, että ratkaisuun kohdistuvat odotukset viime kädessä ovat luhmannilaisittain ajatellen yksittäisten ratkaisujen verkostossa konstruoitavia odotuksen odotuksia). Pulkkislaisittain voidaan sanoa, että ratkaisu on valinnan tekemistä vallan olosuhteissa (ks. I-luku). Ratkaisun muotoutuminen on kontekstuaalinen ja erilaisten vaatimusten ehdollistama prosessi. Toisaalta ratkaisussa joudutaan myös *sopeuttamaan* eri suunnista tulevia vaatimuksia suhteessa toisiinsa. Asettuminen suhteessa ratkaisuun kohdistuviin vaatimuksiin on valinnan tekoa, joka väistämättä on myös vallankäyttöä. Esimerkiksi välillisen demokratian kautta syntyneitä lakeja joudutaan sopeuttamaan suhteessa ihmisoikeuksiin tai tarkoituksenmukaisuuden vaatimuksiin, tai tarkoituksenmukaisuuden vaatimuksia joudutaan sopeuttamaan ihmisoikeuksien tai lainsäädännön ehdoilla. Ratkaisussa joudutaan siis sopeutumaan monenlaisiin vaatimuksiin, mutta se on kuitenkin itserajoituksessaan autonominen, eli siinä voidaan – ja on pakko – päättää, mihin yhteiskunnallisiin vaatimuksiin *sopeudutaan* ja mitä vaatimuksia *sopeutetaan*. *Ratkaisu on kulloinkin vain eri vaatimusten välisten suhteiden aktualisointi yksittäistapauksessa*. Näin ratkaisu on aina myös vallankäyttöä oikeuden ehdoilla ja oikeuden ehdoista sekä politiikkaa oikeuden ehdoilla ja oikeuden ehdoista⁵²².

On selvää, että kun tässä luvussa mainittujen tekijöiden ajatellaan rajoittavan sitä, mikä oikeudellisessa ratkaisussa on mahdollista, tällöin ei yritetäkään väittää sitä, että näiden tekijöiden avulla voitaisiin pyrkiä *asetetun oikeuden* tavoin determinoimaan oikeudellisen ratkaisun tekemistä. Friedrich A. Hayek kirjoittaa, että ”meidän on käytettävä itsestään järjestyviä prosesseja enenevässä määrässä; me voimme luoda ne olosuhteet, joissa ne toimivat, mutta emme voi määrätä mitä tapahtuu millekin tietylle ainesosalle... Kaikki mitä voimme tehdä, on aiheuttaa niiden muodostuminen”⁵²³. Vastaavasti voi ajatella, että oikeudellisen kommunikaation tehtävänä olisi luoda ne olosuhteet, joissa viimekädessä itse-

⁵²² Oikeuden ja politiikan erottamisen ongelmallisuudesta myös Sousa Santos, *Toward A New Legal Common Sense* s. 362. Thomas Wilhelmsson on kirjoittanut oikeudellisesta ratkaisutoiminnasta oikeuden ja moraalien välissä. Hän painottaa sitä, että mikään tieteen tai oikeuden auktoriteetti tai systeemi ei voi vapauttaa tuomaria moraalista vastuusta. Tuomarin tekemät valinnat yksittäisissä ratkaisuisa ovat merkityksellisiä, ja tuomari kantaa niistä myös moraalisen vastuun (Wilhelmsson, (Media)julkisen oikeudenkäynti moraalikeskustelun tilana. *Oikeus* 2002 s. 261. Politiikalla tarkoitetaan tässä politiikkaa sen alkuperäisessä antiikin kreikkaan johtuvassa merkityksessään, puhun siis politiikasta yhteisten asioiden hoitamisena.

⁵²³ Hayek, *Kohtalokas ylimieli* s. 112.

rajoitukseen perustuvien oikeudellisten ratkaisujen täytyy muodostua. Oikeudellisten aktualisointien jatkuvan reproduktioprosessin *menneisyys ja tulevaisuus* eri vaatimuksineen rakenteistavat *oikeudellisen ratkaisun tilan* (ehdot, mahdollisuudet ja mahdottomuudet), jossa *nykyhetkessä itsejärjestyvän* oikeudellisen ratkaisun täytyy tapahtua.

Tässä esitettyjen vaatimusten kokonaisuus saattaa näyttää liiankin suuntaantavalta ja epämääräiseltä oikeudellisen ratkaisutoiminnan organisoimiseksi. Itse asiassa ne eivät kuitenkaan ole oikeudellisen ratkaisun kannalta ainakaan sen vähempää informatiivisia kuin positivismin vaatimus ratkaisun tekemisestä voimassa olevan oikeuden mukaan silloin kun voimassaololla tarkoitetaan muodollista, tehokkuus- ja hyväksyttävyysoimassaoloa, ja kun samalla hyväksytään ratkaisun tekeminen lakiin tukeutumatta ja *contra legem* -ratkaisut. *Contra legem* -ratkaisu on positivismille ongelmallinen siksi, että selittämistä vaativaksi ongelmaksi muodostuu *contra legem* -mahdollisuuden suhde positivismiin *taustaoletuksina oleviin* kansan suvereniteettiperiaatteeseen, välillisen demokratian ihanteeseen ja valtiovallan kolmijako-oppiin. *Contra legem* -anomalian hyväksyvä positivismi ei siis ole johdonmukainen suhteessa taustapremisseihinsä. On epäselvää, pystyykö oikeusteoria laisinkaan tarjoamaan *ratkaisijalle tai oikeustieteen harjoittajalle* positivistisen ajattelun tavoin *”totuuden omistajan”* leveää valtatieta. Ehkä oikeusteorialla onkin tarjota vain nöyrää asennetta edellyttävä *”totuuden kerjäläisen”* kapea polku. Siinä missä totuuden omistaja pyrkii piilottelemaan voimassaolevan oikeuden selän takana väittäen vain soveltavansa sitä tai selvittävänsä ja täsmentävänsä sen sisältöä, niin totuuden kerjäläinen puolestaan voi oikeuden menneisyyden opastamana vain pyrkiä mahdollisimman vahvasti argumentoimaan valintojaan siinä toivossa, että tehdyt valinnat ovat vakuuttavia myös tulevista ratkaisuista katsottuina.

5.7 LOPUKSI

Kun oikeudellinen ratkaisutilanne ymmärretään tässä luvussa kuvatulla tavalla, välttään siltä kielenkäyttöön sisältyvältä harhalta, että ratkaisuissa pitäisi asetua suhteeseen vain yhteen standardijärjestelmään, kuten oikeusjärjestelmään tai voimassaolevan oikeuteen. Tällöin kategoristen ja distinktiivisten erottelujen tekemistä esimerkiksi oikeusnormien, moraalien ja sosiaalisten normien välille ei pidetä enää fundamentaalina oikeudellisen ratkaisutoiminnan tai oikeudellisen ajattelun identifioimisen edellytyksenä. Toisaalta ei kuitenkaan voida luopua erojen tekemisestä oikeuslähdeopillisten painoarvojen suhteen näiden välillä. Nyt valinnan tekeminen ei ole mukautumista *asetettuihin* standardeihin. Toisaalta ratkaisun onnistuneisuutta ei voi myöskään arvioida pelkästään esimerkiksi teleologisesti arvokkaina pidettyjen yhteiskunnallisten vaikutusten kautta. Ratkaisun sidonnaisuudet ja liikkumatila määräytyy nyt erilaisten yh-

teiskunnallisten (mukaan lukien oikeudelliseksi Nimettyjen) *vaatimusten* ja *vaikutusten* yhteisvaikutuksessa. Ratkaisun lopputuloksen kannalta on merkittävää nimittäin myös se, miten sen arvioidaan vaikuttavan sekä oikeuden että muun yhteiskunnan toimintaan ja toimintaedellytyksiin⁵²⁴. Tässä mielessä oikeudellinen ratkaisuharkinta aina on ymmärrettävissä eräänlaiseksi väljästi ymmärretyksi teleologiaksi.

Tällainen harkinta on akselilla aineellinen–muodollinen tarkasteltuna *aineellismuodollista* harkintaa. Ratkaisussa pyritään *sisällöllisesti onnistuneeseen*⁵²⁵ ratkaisuun samalla kun ratkaisun lopputulokseen vaikuttavat muun muassa sellaiset muodolliset seikat kuin ratkaisua tekevän instanssin rooli oikeudellisten toimijoiden keskinäisessä työnjaossa, sekä oikeuden aktualisointien reproduktioprosessissa muotoutuneet (ja jatkuvasti muotoutuvat) painoarvot eri yhteiskunnallisten vaatimusten välillä. Näin ajatellen esimerkiksi laki voidaan ymmärtää yhtenä substantiaalisena tarinana, joka omalta osaltaan kertoo siitä, miten yhteiskunnallisten toimijoiden väliset suhteet on järjestettävä, ja joka omalta osaltaan pyrkii esittämään, mikä yhteiskunnassa on oikeudenmukaista. Vasta toinen asia on se, että lakitekstin välittämään kertomukseen yhteiskunnallisten toimijoiden välisten suhteiden järjestämisestä ja yhteiskunnallisesta oikeudenmukaisuudesta liittyy demokraattisen lainsäätämismenettelyn vuoksi myös jokin *lähtökohtainen* (oikeuslähdeopillinen) *painoarvo* ratkaisussa relevanttien yhteiskunnallisten vaatimusten joukossa⁵²⁶. Vaikka harkinta onkin yksittäistapauksellista, se ei kuitenkaan ole ad hoc satunnaista vailla yksittäisten oikeudellisten aktualisointien toisiinsa verkostoitumisessa rakenteistuneita ja

⁵²⁴ Kuten Thomas Wilhelmsson huomauttaa, kompleksisessa yhteiskunnassa on usein vaikea varmuudella arvioida, millä valinnoilla tullaan saavuttamaan tavoitellut seuraukset. Voi osoittautua, että oikeuden pieni kertomus ei kaikesta huolimatta saakaan tavoitteena ollutta onnellista loppua. Tarinasta ei tullutkaan kovin hyvä, mutta oikeudellisen tarinan kertominen jatkuu (Wilhelmsson, *Senmodern Ansvarsrätt* s. 239).

⁵²⁵ Dworkinin mukaan konsekventialistinen tulkinnan teoria vaatii arvoteorian siitä, mitkä seuraukset ovat hyviä. *Adrian Vermeule* puolestaan toteaa Dworkin menneen kuitenkin harhaan väittäessään, että konsekventialismi vaatii tulkitsijalta jonkin tietyn arvoteorian omaksumista (Vermeule, *Judging under Uncertainty* s. 7). Niinpä myös tässä tutkimuksessa esitetty vaatimus pyrkiä ratkaisussa *sisällöllisesti onnistuneeseen* lopputulokseen ei edellytä mihinkään yksittäiseen arvoteoriaan sitoutumista. Oikeudellinen ratkaisutoiminta voidaankin nähdä erilaisia arvoteorioita yhteen sulattavana toimintana tai ainakin niitä keskenään sopeuttavana toimintana. Toisaalta ratkaisutoiminnassa on pystyttävä sopeutumaan erilaisista arvoteorioista tuleviin vaatimuksiin. Tällaisia ratkaisutoimintaan vaikuttavia arvoteorioita ovat ainakin demokratiaideologia (lakien kautta), luonnonoikeus (ihmisoikeuksien ja perusoikeuksien kautta) ja teleologia (EU:n taustaperiaatteiden kautta). Tällainen arvoteorioiden pluralismi on myös oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa otettava vakavasti, sillä pluralistisessa yhteiskunnassa ei ole toivottavaa, että puolueettomaan konfliktinratkaisuun pyrkivä instituutio toimisi pelkästään yhden arvomallin tai ideologian asianajajana. Tästä aiheesta myös Aarnio, *Oikeussäännösten tulkinnasta* s. 29–30.

⁵²⁶ Koska laki ei tällä tavalla ajateltuna ole ratkaisun oikeudellisuuden tae, olisi mahdollista myös ajatella, että lakia premissinä käyttävä ratkaisu on yksi (joskin modernissa oikeudessa usein esiintyvä) erityistapaus oikeudellisessa päätöksenteossa.

rakenteistuvia sidonnaisuuksia. Tällöin oikeudellinen ratkaisu nähdään valta-aspektin osalta saman suuntaisesti kuin common law -kulttuureissakin: oikeudellinen ratkaisu on vastuullista yhteiskunnallisen vallan käyttöä. Yksittäiset oikeuden aktualisoinnit (lait, tuomioistuinratkaisut ja oikeustieteen kannanotot) tulisikin ymmärtää niin, että ne ovat yksittäisiä auktoritatiivisia puheenvuoroja, jotka kukin *osaltaan* osallistuvat yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden määrittämiseen samalla kun ne osallistuvat yhteiskunnan toimijoiden välisten suhteiden määrittelyyn. Tässä mielessä oikeudellisen ratkaisun tekemistä voi kuvata Ankersmitin termin oikeuden representaatioksi.

Kun vaaditaan, että oikeaa ratkaisua tavoiteltaessa ratkaisussa on pyrittävä vastaamaan yhteiskunnallisiin vaatimuksiin, tällöin ratkaisun ajattelemisen *oikeuden aktualisointina* ja oikeuden reproduktion ehdoilla tehtynä representaationa kuvaa hyvin sitä, mitä ratkaisussa tapahtuu. Ratkaisussa aktualisoidaan nimittäin yhtäältä ratkaisun asiasisältö (logos) eli se, mikä nyt on oikein – menneisyydestä johtamatta ja tulevaisuutta sitomatta –, mutta samalla aktualisoidaan tai vähintäänkin aktualisoituu ratkaisuun vaikuttanut monidimensioinen yhteiskunnallisten suhteiden verkosto. Tätä ratkaisussa aktualisoitunutta yhteiskunnallisten suhteiden verkostoa on puolestaan valaisevaa kuvata termillä ”konstellaatio”. Konstellaatio on tähtitieteestä lainattu termi, jolla voidaan sanakirjamääritelmän mukaan tarkoittaa kiertotähtien *hetkellistä asemaa* suhteessa toisiinsa *Maasta katsottuna*. Samalla tavalla oikeudellisessa ratkaisussa tarkastellaan sen hetkisiä yhteiskunnallisten vaatimusten suhteita toisiinsa ratkaisusta katsottuna. Toisaalta konstellaatiolla voidaan viitata myös tähtikuvioon, joka tietenkin on vain havait-sijan oma konstruktio ja samalla reduktio, jossa avaruuden sen hetkistä kokonaisu-tilaa vastaamattomalla tavalla tarkastellaan vain muutaman tähden sijaintia suhteessa toisiinsa ajatellen niiden muodostavan kuvion. Tähtikuvio on vain havainnoinnissa muodostuva konstruktio, joka syntyy tarpeesta hahmottaa näkyvä tähtitaivas tai sen osa toisistaan erillisinä kuvioina.

Samanlaisesta tarkastelijan reduktiosta ja tarkastelijan konstruktioista on kyse silloin kun ratkaisussa päätetään siitä, mitkä vaatimukset yhteiskunnallisten vaatimusten paljoudesta nyt ovat ratkaisun kannalta relevantteja ja määrääviä. Yksittäisiin oikeudellisiin ratkaisuihin kohdistuvien vaatimusten konstellaatio on konstruoitavissa representaationa II-luvussa selostetussa esteettisen esittämisen *substituutiomallissa* tarkoitetulla tavalla (ks. II-luvun jaksoja 6.5 ja 6.6). Mielestäni konstellaatio on erinomainen metafora (ei siis enää positivismin ”normipyramidi”) kuvattaessa oikeudellisen ratkaisun suhdetta siinä määräävinä ja relevantteina pidettyihin vaatimuksiin⁵²⁷. Tämä metaforamaisema on

⁵²⁷ Konstellaatio-ajatusta vastaava argumentoinnin malli on löydettävissä jo Aarniolta. Aarnio nimittää avoimeksi argumentoinniksi sellaista oikeudellisen perustelemisen tapaa, jossa ”kannanoton tueksi saatava varmuus ei perustu minkään *yksittäisen* argumentin sitovaan voimaan, vaan kaikkien käytettävissä olevien perusteitten asialliseen painoon ja niiden yhteisvaikutukseen”. Aarnio, Mitä lainoppi on? s. 146.

valmis kun siihen vielä lisätään Dworkinin ajatus oikeudellisesta ratkaisutoiminnasta ketjuromaanin kirjoittamisena. Tämän metaforan mukaan oikeutta ei ajatella yksittäisenä ja pisteittäisenä tapahtumana tai kahden välisenä suhteena, siis ratkaisua suhteessa asetettuun oikeuteen. Nyt oikeudellisen ratkaisun tärkeä elementti on ajallisuus. Ratkaisua ajatellaan ohikiitävänä nykyhetkenä, osana oikeudellisen ratkaisutoiminnan jatkumoa menneisyyden ja tulevaisuuden välissä. Kun ratkaisun sidonnaisuudet formuloidaan siten, että ratkaisu on sidottava voimassaolevaan oikeuteen, on vaarana Kauko Pietilän termein ilmaistuna se, että *ratkaisuisissa* tarkastelun kohteeksi supistuu vain yksittäinen ”ilmiö yhteiskunnassa” eli voimassaoleva oikeus. Tällöin näkyvistä katoaa ”yhteiskunta ilmiössä” eli yhteiskunnallisten vaatimusten ja vaikutusten koko kirjo ratkaisun sidonnaisuuksien määrittäjänä.

Jatkoromaanimetaforan lisäksi yllä selostetulla on myös muita selviä yhtäläisyyksiä Dworkinin teorian kanssa. Kuten Matti Ilmari Niemi toteaa, Dworkinille lain tunteminen on keskustelua ja luovaa oikeuttamista, tradition jatkamista, ei minkään annetun kuvaamista. Lain tunteminen on sen tulkintaa ja käyttöä sekä *taitoa* paremminkin kuin tietoa.⁵²⁸ Tällöin lakitekstiä tai muuta ratkaisuprustetta on nähdäkseni pidettävä oikeudellisen ratkaisun argumenttina ja syynä (reason), mutta ei Kelsenin (ja Hartin) tavoin imputatiivisena syynä (Ursache)⁵²⁹. Dworkin katsoo Niemen mukaan, että oikeuden säännöt pätevyityvät niiden sisällön ja seuraamusten perusteella. Oikeuden tunteminen ei ole hänelle tehtyjen valintojen tunnistamista, ts. annetun oikeuden löytämistä, vaan *mahdollisten sääntöjen* sisällön punnintaa ja tulkintavaihtoehtojen seuraamuksiin perustuvaa tulkinnallista harkintaa, siis oikeuden argumentoivaa luomista. Dworkinilla tätä tulkitsevaa ja punnitsevaa harkintaa ohjaavat ennen kaikkea oikeudenmukaisuuden periaatteet, jotka toisaalta luonnonoikeuden perinteen mukaisesti otetaan myös annettuina⁵³⁰. Tässä viimeksi mainitussa asiassa tulee esiin myös ajatteluni eroavaisuus suhteessa Dworkiniin.

Dworkinin mallin mukaan ratkaisussa pitää pyrkiä horisontaaliseen koherenssiin, eli koherenssiin oikeuden ja oikeudenalan taustaperiaatteiden kanssa. Tämä koherenssi on Dworkinilla vaa’ankieliasemassa. Minulla puolestaan vaa’ankieli löytyy vertikaaliakselilta, eli menneisyydestä ja tulevista ratkaisuisista. Dworkinilla antaa tuomarille seuraavan ohjeen: ”tulet valitsemaan tulkinnan, jonka uskot tekevän teoksesta yhä merkittävämmän tai muutoin paremman”⁵³¹. Ymmärrän tämän niin, että *tuomarin* omat arvostukset ovat tässä tärkeämpiä kuin *yleisön vakuuttaminen*. Muutoin Dworkinin ohje olisi kuulunut

⁵²⁸ Niemi, Ajattelun kouluista ja ajatuksia kouluista s. 181 ja 189.

⁵²⁹ Ks. Kelsen, Puhdas oikeusoppi s. 86. Imputaatio on Kelsenin mukaan normimaailman vastine tosiasiamailman kausaalisuudelle. Kun kausaalisuuden voi ilmaista kaavalla: Jos A niin seuraa B, niin vastaavalla tavalla imputaation voi ilmaista kaavalla: Jos A niin pitää seurata B.

⁵³⁰ Niemi, Ajattelun kouluista ja ajatuksia kouluista s. 200.

⁵³¹ Dworkin, Law’s Empire s. 233.

jotenkin seuraavasti: ”Tulet tekemään valinnan, jonka merkittävyyden ja paremmuuden pystyt vakuuttavasti perustelemaan juristikunnalle.” Ratkaisussa ei voi Dworkininkaan mukaan kuitenkaan päätyä sellaisen jatkokertomuksen kirjoittamiseen, jota tuomarin arvion mukaan kukaan muu (juristi) ei olisi valmis kirjoittamaan. Dworkinilla näyttää korostuvan tuomarin oma käsitys jatkokertomuksen onnistuneisuudesta, ja tämä arvio tehdään ensisijassa koherenssiver-tailulla suhteessa taustaperiaatteisiin. Tässä tutkimuksessa hahmotellussa oikeudellisen ratkaisun teoriassa Dworkinin tarkoittamat periaatteet menneisyyden aktualisointeina ohjaavat myös osaltaan oikeuden argumentatiivista luomista, mutta itserajoituksen konstruoinen mekanismi on yksittäisissä ratkaisuissa huomattavasti monimutkaisempi, kuten yllä olen pyrkinyt osoittamaan. Hahmottelemassani mallissa retoriikka sekä perusteluilla vakuuttamaan pyrkiminen näyttävät tulevan keskeisempään asemaan kuin Dworkinilla.

6 Voimassaolo keskuksesta periferiaan

Voimassaolo on usealla tapaa positivistisessa oikeusajattelussa keskeisessä asemassa. Ensiksikin voimassaolevien normien kokonaisuus on sillä tavalla itseorganisoitu, että *uusien normien tuottaminen* on riippuvainen voimassaolevien oikeusnormien muodostamasta (hierarkkisesti järjestyneestä) oikeusjärjestyksen kokonaisuudesta. Kun positivistisen ajattelun mukaan uusien normien tuottaminen eli systeemin reproduktio vaatii normin asettamisaktilta ja normilta konformia suhdetta ja ristiriidattomuutta suhteessa voimassaolevien normien muodostamaan rakenteeseen, keskeisenä mielenkiinnon kohteena on *voimassaolevan oikeuden konsistenssin* säilyttäminen ja kehittäminen pala palalta normin asettamisaktista toiseen. Tässä ajattelussa oikeusnormien järjestyksen oikeuden rakenteena täytyy asettaa rajat uusien systeemielementtien eli normien luomiselle. Voimassaolevan oikeuden noudattaminen toimii positivismissa siis *reproduktion periaatteena*: Uusien normien tuottaminen on mahdollista vain sillä tavalla, että voimassa olevaa oikeutta *noudatetaan*, mikä puolestaan edellyttää oikeusnormien *tulkittamista* ja *soveltamista*.

Toiseksi positivistisessa ajattelussa myös *oikeudelliseksi tunnistaminen* hahmotetaan voimassaolevan oikeuden ja sen noudattamisvaatimuksen avulla. Ratkaisu tunnistetaan oikeudelliseksi ja se on oikeudellinen silloin kun ratkaisussa noudatetaan, tulkitaan ja sovelletaan voimassaolevaa oikeutta. Siten konformiteettia eli voimassaolevan oikeuden *mukaisuutta ja noudattamista* pidetään näin oikeudellisuuden *tunnusmerkkinä* ja oikeudellisuuden *takeena*. Vain tällä tavalla oikeus voidaan erottaa moraalista ja muista sosiaalisista normeista. Kolmanneksi voimassaolevan oikeuden mukaisuutta pidetään myös oikeuden *toimintakyvyn selittävänä* tekijänä ja oikeuden *toimintakyvyn säilymisen* takeena. Jos voimassaolevaa oikeutta ei noudatettaisi, ratkaisutoiminnan keskeistä elementtiä *ennakoitavuusvaatimusta* ei voitaisi toteuttaa, ja toisaalta oikeudellinen ratkaisutoiminnan identiteetti vaarantuisi, sillä oikeudellista ratkaisua ei pystytäisi erottamaan mistä tahansa muusta yhteiskunnallisen vallan tai henkilökohallisen vallan käytöstä. Neljänneksi voimassaoleva oikeus oikeuden rakenteena toimii myös *oikean ratkaisun kriteerinä ja takeena*. Ratkaisu pitää tehdä voimassaolevan oikeuden mukaisesti, eli ratkaisussa pitää noudattaa, tulkita tai soveltaa voimassaolevaa (lainsäädäntömenettelyssä) *asetettua* ja jo olevaa oikeutta. Jotta saataisiin selville mitä ratkaisussa nyt pitää tehdä, tulee siis *selvittää* asetetun ja voimassaolevan oikeuden sisältö. Viidenneksi voimassaolevan oikeuden noudattamisen voi ajatella tuottavan myös oikeuden legitimitietin muo-

dollisesti voimassaolevan oikeuden perustuessa demokraattiseen päätöksentekoon⁵³².

Kuudenneksi ajatusta voimassaolevista säännöistä ei ole positivismissa käytetty ainoastaan oikeudellisen ratkaisutoiminnan sidonnaisuuksien selittämiseksi, vaan sille on annettu myös tärkeitä konstituivia tehtäviä. Esimerkiksi Tuori liittyy kriittisessä oikeuspositivismissaan siihen traditioon, joka tarkastelee oikeutta institutionaalisenä faktana. Tämän mukaan (konstituivat) voimassaolevat oikeusnormit määrittelevät tietyt yhteiskunnalliset käytännöt oikeudelliseksi käytännöiksi kuten lainsäätämiseksi ja lainkäytöksi, ja Tuorin mukaan ”oikeudellisia käytäntöjä ei voi olla ilman oikeusnormeja”.⁵³³ Raimo Siltalan mukaan on lisäksi niin, että ”oikeudellisesti toimivaltainen tuomioistuin” on myös institutionaalinen tosiasia, joka käsitteellisesti edellyttää tietynlaisten tuomioistuinorganisaatiota ja tuomioistuinprosessia konstituovien sääntöjen olemassaolon”.⁵³⁴ *Seitsemänneksi* käsite voimassaolo on keskeinen myös sellaisen yhteiskunnallisen toiminnan kannalta, jota kutsutaan oikeustieteelliseksi tutkimukseksi. Oikeustieteen sanotaan olevan voimassaolevan oikeuden tutkimista.

Kuten yllä esitin, positivistisessa oikeusajattelussa voimassaololla on monenlaisia tehtäviä. Voimassaoloon perustuu uusien normien tuottaminen, oikeudelliseksi tunnistaminen, oikeuden toimintakyvyn ylläpitäminen, ratkaisun oikeellisuuden varmistaminen, minkä lisäksi sillä ajatellaan olevan oikeuden instituutioita ja jopa oikeustiedettä konstituiva tehtävä. Kuitenkin silloin kun oikeudellista ratkaisutoimintaa jäsentää systeemiteoreettisten käsitteiden ja ajattelumallien kautta, ei käsitteelle ”voimassaolo” voi enää antaa samaa relevanssia kuin positivistisessä ajattelussa. Siinä missä positivistisen ajattelun mukaan ”oikeudellisia käytäntöjä ei voi olla ilman oikeusnormeja”, siinä autopoieesi-teoriassa oikeudellisia käytäntöjä ei voi olla ilman oikeuden koodia, eron tekemistä systeemin ja ympäristön välillä, eikä näin ollen ilman itsehavainnossa nimettyä identiteettiä, rekursiivisuutta, selektiivisyyttä, toistamista ja liittymiskelpoisuutta⁵³⁵.

Modernissa eriytyneessä ja kompleksisessa yhteiskunnassa oikeussysteemi on pakotettu sopeutumaan sekä omaan että ympäristönsä kompleksiteettiin. Siinä oikeudellisen ratkaisun lopputulos premissivalintoihin muotoutuu oikeu-

⁵³² Ks. Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 108-109. Tuori esittelee tässä modernissa oikeudessa yleisesti hyväksyttyä ajatusta legitimitietin ja demokratian suhteesta Habermasin teorian kautta.

⁵³³ Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 138 ja Siltala, Oikeudellinen tulkintateoria s. 198.

⁵³⁴ Siltala, Oikeudellinen tulkintateoria s. 198.

⁵³⁵ Tässä luhmannilainen systeemiteoria eroaa positivistisesta oikeusajattelusta. Luhmannin teoria pitää systeemin toiminnan edellytyksenä peruskoodia, jota systeemi käyttää operoidessaan. Oikeussysteemeissä tämä peruskoodi on oikeus-ei-oikeus. Normit tai niin kuin Luhmann sanoo ohjelmat ”Entscheidungsprogrammen” eivät ole koodiin verrattavissa olevalla tavalla systeemin toiminnan välttämättömiä edellytyksiä. Tässä on siis ero positivistisiin teorioihin, joiden mukaan oikeus tunnistetaan nimenomaan normien/ohjelmien kautta.

dellisen kommunikaation ja yhteiskunnallisen kommunikaation yhteisvaikutuksesta, ja sellaiset oikeudelliseen ratkaisutilanteeseen kohdistuvat vaatimukset, joihin liittyy voimassaolon kvaliteetti, kuten esimerkiksi lait, ovat vain yksi osa tätä kokonaisuutta. Ratkaisu hakee perustelunsa oikeudellisten ja yhteiskunnallisten kommunikaatioiden kokonaisuudesta tavalla, jota systeemiteorias-
sa kuvataan itsereferenssin ja toiseen viittaavuuden (Selbstreferenz) kombinoinniksi⁵³⁶. Kun Luhmannin vaatimus ratkaisun itsereferentistä liittymisestä systeemin omiin operaatioihin täsmennetään vaatimukseksi selektiivisesti kombinoida ratkaisussa itsereferenssi ja toiseen viittaavuus, ei tällöin *pelkkään itsereferenssidimensioon* liitettävissä oleva vaatimus tehdä ratkaisu *voimassaolevan oikeuden* mukaisesti enää ole kohdallaan. Vaatimus ratkaisun tekemisestä voimassaolevan oikeuden mukaisesti valottaa huonosti ja vain osittain sitä, mistä oikeudellisessa ratkaisussa on kysymys.

Tästä näkökulmasta katsottuna voi myös pitää ongelmallisena yksinkertaisuksena puhetta oikeudesta oikeusnormien ja oikeudellisten käytäntöjen ykseytenä tai ratkaisusta voimassaolevan oikeuden noudattamisena tai soveltamisena⁵³⁷. Oikeudellisten sääntöjen ja oikeuskäytännön ykseyden sijasta näyttäisi perustellummalta pikemminkin puhua oikeuskäytännön ja yhteiskunnasta oikeudelliseen ratkaisuun kohdistuvien vaatimusten välttämättömästä yhteydestä.

Myöskään niin sanotut rutiiniratkaisutkaan, siis ratkaisut, joissa ainoana premissinä käytetään yksiselitteiseksi ymmärrettyä lakitekstiä eivät pakota ajattelemaan oikeudellista ratkaisutilannetta tuomarin sidottuisuutena voimassaolevaan normiin, tai voimassaolevan oikeuden sisältöön. Perinteisestihän tuomarin ajatellaan olevan oikeudellista ratkaisua tekevä *subjekti*, ja tuomarin tulkinnan *objektina* ajatellaan voimassaolevaa oikeusjärjestystä, jolloin *relaatiota* objektin ja subjektin välillä kuvataan termillä ”sitovuus”.

Rutiiniratkaisun voi ymmärtää myös autopoieettisen systeemin selektiivisenä operaationa (ja tulkintatilanteena tulkinnan laajassa merkityksessä sensu largo, ks. Aarnio). Myös rutiiniratkaisua voi ajatella luhmannilaisittain oikeuden kontingenttina aktualisointina⁵³⁸ tai Ankersmitin ilmaisua käyttäen

⁵³⁶ Tällä tavalla vastaus, jota tutkimuksessani hahmotellaan oikeudellisen ratkaisun ongelmaan, muistuttaa erällä tärkeällä tavalla Otto Brusiinin pohdintaa *aukkoharkinnan* objektiivisista kriteereistä. Aukkotapauksessa tuomarin harkinnan kriteereinä ovat Brusiinin mukaan oikeusjärjestys ja yhteiskunnallinen todellisuus kokonaisuudessaan.

⁵³⁷ Ks. oikeudesta sääntöjen ja oikeudellisten käytäntöjen ykseytenä Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 138 ja oikeudesta sääntöjen ja inhimillisen käyttäytymisen vuorovaikutuksena ja ”symbioosina” Klami, Finalistinen oikeusteoria s. 3.

⁵³⁸ Luhmannin mukaan: ”It may be that the continuing application of the operations available to the system to the results of precisely those operations produces stable states (which means states that repeat themselves in further operations, so-called ”eigenstates”), or it may not, and depending on the type of operation, many, or few, or only one of these self-referentially stable states may exist”. Luhmann, Closure and Openness. On reality in the world of law s. 336 (teoksessa Autopoietic Law (toim. Gunther Teubner).

oikean ja oikeudenmukaisuuden representaationa. Valinnan tekemisen ainakin näennäinen helpous rutiiniratkaisussa ei poista sitä, etteikö ratkaisussa siitä huolimatta olisi kyse tavanomaisesta autopoieettista systeemiä reprodusoivasta aktualisoinnista, siis ratkaisuvaihtoehtojen ja premissivaihtoehtojen selektiosta potentiaalisten mahdollisuuksien joukosta. Rutiiniratkaisutilanne on tulosta sellaisesta tilanteen tulkinnasta ja mahdollisten ratkaisuperusteiden selektiosta, joissa kaikki muut potentiaaliset ratkaisuperustelut on hylätty, ja jäljelle on jäänyt vain yksiselitteiseksi ymmärretty lakiteksti⁵³⁹. Tämä ei tarkoita sitä, että olisi esimerkiksi luovuttu ratkaisun sisällöllisen onnistuneisuuden vaatimuksesta, nyt ratkaisun sisällöllinen onnistuneisuus ehkä vain arvioidaan taatuksi pelkkää lakitekstiä perusteluna käyttäen. Myös rutiiniratkaisu merkitsee oikeuden reproduktiota esimerkiksi ratkaisun tekotavan ja oikeuden rationaliteetin reprodusoijana, samoin kyse on uudelleen asettumisesta ratkaisun oikeudellisiin ja yhteiskunnallisiin ehtoihin⁵⁴⁰. Myös Hans-Martin Pawlowski näkee oikeudellisen ratkaisun osana oikeuden reproduktiota vastaavalla tavalla. Pawlowski korostaa tuomioistuinriidan osapuolien kannalta korkeimpien oikeuksien ratkaisujen käytännöllisen merkityksen keskeisyyttä. Tämä ei johdu siitä, että näissä tuomioissa osallistutaisiin voimassaolevien lakien täsmentämiseen, muuntamiseen tai että niissä voidaan jopa syrjäyttääkin laki. Ratkaisevaa on sen sijaan, että lakitekstiä ratkaisun perusteluna käyttäessään korkeimmat oikeudet *vahventavat lain sopivuutta* palvella yhteisesti tunnustettuna perustana oikeusriitojen ratkaisemista⁵⁴¹.

Käsitteen ”voimassaolo” käyttö näyttää johtavan hankaluuksiin erilaisten lokaalien ja globaalien normiprojektioiden suhteen (esim. kansainvälisten urheilujärjestöjen laatimat säännöt ja pörssin säännöt). Kun tällaisilta normiprojekteilta puuttuu oikeudellisen voimassaolon kvaliteetti, ne eivät yksinään kelpaa ratkaisun perustaksi. Ne kyllä kelpaavat voimassaolevan oikeuden sisällön tarkentamiseen, mutta niiden avulla ei ole luvallista laventaa tai muuttaa lainsäädännössä asetettuja rajoituksia. Jos tällaiset normiprojektiot lisäksi luetaan vain sallittujen oikeuslähteiden joukkoon kuuluviksi, niitä ei välttämättä oteta rat-

⁵³⁹ Rutiiniratkaisu voidaan toisaalta Tuorin tavoin ymmärtää myös siten, että rutiiniratkaisusta on kyse muulloinkin kuin vain lakia yksinomaisena premissinä käytettäessä. Hänen mukaansa rutiiniratkaisutilanne syntyy aina silloin kun lakimiehet ovat jakamansa oikeuskulttuurin vuoksi yhtä mieltä sekä oikeudellisten ongelmien määrittelemisestä että niiden ratkaisemisesta (Tuori, Oikeuden ratio ja voluntas s. 125).

⁵⁴⁰ Vrt. Aarnio, Laki, teko, tavoite s. 88: ”Aukkoratkaisulla ja rutiininomaisella velkomusasiialla ei näytä olevan juurikaan muuta yhteyttä kuin se, että molemmat ovat tuomioistuinasioita. On sen vuoksi syytä suhtautua varauksin ajatukseen, että juridista ratkaisutoimintaa voitaisiin luonnehtia yhden ja saman teorian avulla tyhjentävästi.” Saattaa tietenkin olla niin, että vaikka rutiiniratkaisukin on esittämälläni tavalla tulkittavissa, tämä ei välttämättä tarkoita sitä, että tällainen ajattelu olisi *sopivin* myös rutiiniratkaisuja selittäväksi teoriaksi. Toisaalta sama pätee toisin päin myös oikeudellista ratkaisutilannetta lakisidonnaisuuden periaatteen kautta tarkasteleviin malleihin. Ne toimivat erinomaisesti rutiiniratkaisujen selittäjänä, mutta osoittautuvatkin kömpelöiksi hankalia tulkintatilanteita kuvaavina malleina.

⁵⁴¹ Pawlowski, Methodenlehre für Juristen s. 91.

kaisun perusteluiksi, vaikka kyseisten alojen toimijoilla olisikin täysin legitiimi odotus saada toimintansa arvioiduksi näiden käytännön toimintaa ohjaavien kriteerien mukaisesti. Tältä osin käsite ”voimassaolo” sulkee ulkopuolelle *liian paljon*. Voimassaoleva oikeus voidaan myös ymmärtää liian suppeasti siten, että sillä tarkoitetaan vain *muodollisesti voimassaolevia* säädöksiä. Jo Carl Schmitt pitää väitöskirjassaan (1912) epäuskottavana sitä, että voimassaoleva laki voisi tarjota riittävät välineet oikeudellisen ratkaisun ohjaamiseen ja rajoittamiseen. Hänen mukaansa ajatus ratkaisun sitomisesta voimassaolevaan lakiin rajaa ulos tärkeitä ratkaisuun vaikuttavia tekijöitä⁵⁴².

Jos voimassaoleva oikeus joudutaan määrittelemään kovin laajasti, herää kysymys, sulkeeko voimassaolo ulos *liian vähän*. Hyvänä esimerkkinä voi mainita Raimo Siltalan määritelmän, jonka mukaan: ”Voimassa oleva oikeus on valitsevan tuomarinideologian rajaamista institutionaalisista ja ei-institutionaalisista oikeuslähteistä johdettujen oikeudellisten ratkaisuperusteiden kokonaisuus, johon kuuluvat yhtäältä muodollisesti pätevällä tavalla voimaan saatetut oikeussäännöt ja toisaalta Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneet eli eriasteista mutta oikeudellisesti riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja muut vastaavat ratkaisustandardit, joiden tietynhetkinen tulkinnallinen merkitysisältö on määritettävissä vallitsevien oikeudellisten argumentaatiomallien mukaisesti.”⁵⁴³

Siltalan määritelmä on kattavuutensa puolesta erinomainen, mutta käsite ”voimassa oleva oikeus” joutuu vaaraan menettää erottelukykyytensä ja muuttua liian epämääräiseksi oikeudellista ratkaisutoimintaa ohjaavana käsitteenä. Jos voimassaoleva oikeus ymmärretään hyvin laajasti, vaatimus voimassaolevan oikeuden noudattamisesta ei pysty enää toimimaan riittävänä valintoja ohjaavana ja rajaavana tekijänä oikeudellisessa ratkaisussa. Se sallii liian monia vastauksia. Asiaa vaikeuttaa vielä se, että positivistinen oikeudellisen ratkaisun teoria myöntää mahdollisuuden tulkita yksittäisissä ratkaisuissa olevan kyse desuetudo-tilanteesta, voimassaolevan oikeuden vanhenemisesta tai contra legem-tilanteesta. Tällöin käy niin, että vaatimus voimassaolevan oikeuden mukaisuudesta ei pystykään aina määrittämään edes välttämättömiä ratkaisuperusteita, saatikka sitä, mikä ratkaisun kannalta on relevanttia tai irrelevanttia. Vaatimus voimassaolevan oikeuden noudattamisesta ei näin ajatellen toteuta perustehtäväänsä, eli ratkaisussa tehtävien valintojen rajaamista ennakoitavaksi ja kontrolloitavaksi.

Lisäksi tilannetta hämärtää myös se, että voimassaolosta puhutaan kolmessa eri merkityksessä: muodollinen voimassaolo, tehokkuusvoimassaolo ja hyväksyttävyysoimassaolo. Voi kai käydä esimerkiksi niin, että muodollisen voi-

⁵⁴² Ks. tästä Schmitt, *Gesetz und Urteil*, luku I, esimerkiksi sivut 4, 8 ja 9.

⁵⁴³ Siltala, *Oikeustieteen tieteenteoria* s. 742.

massaolon ja hyväksyttävyyssvoimassaolon vaatimukset perustelevat erilaisten valintojen tekemistä ratkaisussa, jolloin vaatimus voimassaolevaan oikeuteen sitoutumisesta ei auta valinnan tekemisessä. Toisaalta, jos hyväksyttävyyssvoimassaoloa pidetään vain muodollista voimassaoloa täydentävänä vaatimuksena, jonka avulla ei pystytä haastamaan muodollisesti voimassaolevaa oikeutta, tällöin oikeudellisessa ajattelussa päädytään asetetun oikeuden ja staattisuuden korostamiseen dynaamisuuden kustannuksella. Luvussa II osoitin, että tällainen staattisuuden painottaminen ei oikeusvaltioperiaatteiden valossa ole perusteltua. Niinpä ehkä olisikin parempi ajatella voimassa olevaa oikeutta yhtenä tekijänä, joka osaltaan *organisoi* valinnan tekemistä ratkaisutilanteissa, mutta tällöin ei ole enää perusteltua puhua voimassaolevan oikeuden *noudattamisesta*.

Vaatimus voimassaolevan oikeuden noudattamisesta näyttäisi kuitenkin olevan kohdallaan puhuttaessa tuomioistuimen ratkaisuaan varten konstruoimasta *konkreettisesta ratkaisunormista*. Tällainen tuomioistuinprosessin aikana muovautunut konkreettinen normi on kuitenkin vasta lopputulos, eikä sen avulla pystytä selittämään, miten tähän normiin päädyttiin. Kun matka konkreettinen normin muodostamiseksi on tuomioharkinnan prosessissa saatu kuljetuksi loppuun, kun siis ratkaisussa on ensin oikeuden rationaliteetin mukaisesti pohtimalla ja punnitsemalla lopulta saatu selville, miten asia pitää ratkaista, on kai täysin turhaa enää vaatia sitä itsestäänselvyyttä, että ratkaisu on tehtävä tämän harkinnan lopputuloksen – siis ns. konkreettisen voimassaolevan normin – mukaisesti. Näin ajatellen voimassaolevan normin mukaisuuden vaatimuksesta näyttää tulleen banaliteetti, joka ei positivismissakaan ole enää kovinkaan selitysovoimainen.

Voimassaolevan normin tai voimassaolevan oikeuden voi kyllä käsitteinä yrittää sijoittaa ratkaisuun kohdistuvien vaatimusten ja ratkaisua jäsentävien käsitteiden verkostoon, mutta tämä sijoittaminen on tehtävä varovaisuutta noudattaen, jotta ei tulla aiheuttaneeksi tarpeettomia vinoumia staattisuuden ja dynaamisuuden tai avoimuuden ja suljettuisuuden väliselle tasapainopyrkimykselle. Toisaalta on samalla huolehdittava siitä, että voimassaolevan oikeuden mukaisuuden vaatimuksella ilmaistaan jotakin ratkaisutoiminnan ymmärtämisen kannalta välttämätöntä tekijää, jota ei ylimääräisenä lisänä ole syytä Occamin partaveitsellä leikata pois. Herää kysymys siitä, voiko vaatimus ratkaisun tekemisestä *voimassaolevan normin* mukaisesti edelleen toimia valintavaihtoehtojen todellisena rajoituksena ratkaisutilanteessa.

Tämä kaikki ei tarkoita sitä, etteikö käsitteen voimassaolo käyttö olisi edelleenkin mielekästä oikeudellisessa ajattelussa ja keskustelussa. On esimerkiksi mielekästä puhua voimassaolosta siinä yhteydessä, kun on tarpeen *tehdä ero* ratkaisukäytännön kannalta relevanttiin lakiin ja lainsäädäntömenettelyssä vielä vahvistamattomaan lakiin tai vanhentumisen vuoksi epäajanmukaiseen ja siksi soveltumattomaan tai kumottuun säädökseen. Niinpä tässä tutkimuksessa

hahmotellussa oikeudellisen ratkaisun teoriassa käsite ”voimassaolo” siirtyy *keskuksesta periferiaan*. Voimassaolon sijasta oikeudellinen toiminta selitetään käsitteen ”autopoiesi” ja siihen liittyvien käsitteiden kautta.

Systeemiteoriaa perustuvassa ajattelussa oikeudellista ratkaisua ei ajatella sen paremmin oikeuden soveltamisena kuin oikeuden luomisenakaan. Nyt *oikeudellinen ratkaisu nähdään oikeuden reproduktiona*. Oikeus ei ole siis sen paremmin ”in books” eikä ”in action”, vaan oikeus näyttäytyy ”in reproduction”. Oikeudellinen ratkaisu ilmenee reproduktiona monessakin mielessä. Yksittäiset ratkaisut osana systeemihistoriaa määrittävät sen, millaisesta tilanteesta seuraavissa ratkaisuissa on lähdettävä, näin jokaisessa oikeudellisessa ratkaisussa reprodusoidaan oikeudellisen ratkaisun ehtoja ja mahdollisuuksia. Oikeudellisissa ratkaisuissa reprodusoidaan samalla aina myös oikeudellisen ratkaisun tekotapaa ja oikeuden rationaliteettia. Oikeudellinen ratkaisu ei ole asetettun oikeuden soveltamista eikä oikeuden asettamista, vaan joka kerta *uudelleen asettumista* suhteessa ratkaisun oikeudellisiin ja yhteiskunnallisiin vaatimuksiin.

Positivisistisessä ajattelussa ratkaisun pohjana olevalta normilta vaaditaan pätevyyttä. Tuorin mukaan kuitenkin ”kielitekojen teorian viitekehyksessä ei oikeastaan täsmällisesti ottaen tulisikaan puhua oikeusnormien vaan lainsäätäjän, tuomarien ja oikeustieteilijöiden kielitekojen pätevyysvaateista”⁵⁴⁴. Kirjassaan ”Oikeuden ratio ja voluntas” Tuori täsmentää ajatustaan puhumalla kielitekojen illokutionaarisesta voimasta. John L. Austinin kielitekojen teoriassa kieliteoilla on kolme ulottuvuutta: lokutionaarinen, illokutionaarinen ja perlokutionaarinen. Lokutionaarinen kieliteko on sanomisen tai kirjoittamisen teko. Illokutionaarinen kieliteko on se, mitä teen sanomalla tai kirjoittamalla jotain, esimerkiksi väittäminen, vihkiminen, tuomitseminen tai oikeuden aktualisoiminen. Perlokutionaarinen ulottuvuus taas viittaa vaikutuksiin kielenkäytön ulkopuoliossa maailmassa.⁵⁴⁵

Tuorin mukaan kieliteot saavat illokutionaarisen voiman silloin, kun ne täyttävät kielenkäyttöä koskevien sosiaalisten konventioiden niille asettamat edellytykset⁵⁴⁶. Tämän ajatuksen mukaan *sosiaalisissa konventioissa* siis määritellään kielitekojen pätevyysvaatimukset, ja *oikeudellisten kielitekojen* pätevyysvaatimuksia määrittävät konventiot syntyvät oikeuden professionaalisissa diskursseissa. Tämä formulaatio laventaa oikeudellisten kielitekojen pätevyysvaatimusten kriteerit pelkkien säädännäisten normien ulkopuolelle, tai Tuorin termejä käyttäkseni laventaa ne pelkästä oikeuden pintatasosta myös oikeuden syvempiin kerroksiin.

⁵⁴⁴ Tuori, Kriittinen oikeuspositivismi s. 271.

⁵⁴⁵ Tuori, Oikeuden ratio ja voluntas s. 21–22. Perlokutionaarisuus voitaneen ymmärtää laajemmin myös niin, että sillä tarkoitetaan kieliteon vaikutuksia ylipäätään, siis vaikutuksia *sekä* oikeuteen *että* oikeuden ulkopuoliseen yhteiskuntaan.

⁵⁴⁶ Tuori, Oikeuden ratio ja voluntas s. 22.

Tässä tutkimuksessa on edetty Tuorin osoittamaan suuntaan. Oikeuden aktualisoimisen, esimerkiksi tuomioistuinratkaisun, pätevyyden edellytyksiä ei haeta voimassaolevista normeista. Toisaalta pätevyyden edellytyksiä ei myöskään haeta sosiaalisista konventioista. Systeemitheoriaan pohjautuva oikeudellisen ratkaisun teoria ei nimittäin tukeudu sosiaalisten konventioiden olemassaoloon, tai sellaisten olettamiseen. Sosiaalisten konventioiden sijaan astuvat sosiaalisten systeemien jatkuvat toiminnan ehtoja reprodusoivat autopoieettiset prosessit. Näissä prosesseissa reprodusoidaan jatkuvasti oikeuden aktualisomiselle asetettavat (pätevyys)vaatimukset, jotka rajaavat sen, mitä valintoja oikeudellisissa ratkaisuissa voidaan tehdä.

Tässä luvussa hahmotellussa ratkaisun teoriassa oikeellisuusharkintaa ohjaavia tekijöitä ei etsitä asetetuista normeista, vaan edellytetään, että ratkaisu tehdään *yhteiskunnallisiin vaatimuksiin* vastaten oikeuden kommunikaatiossa reprodusoituvien ehdoin. Autopoieettisen systeemin toiminta, valintamahdollisuudet ja sidonnaisuudet eivät selity voimassaolevien normien kautta. Asetettujen normien (siis normitekstien) voidaan ajatella olevan ratkaisun perusteita ”reason”. Tällöin ratkaisu ei johdu asetusta oikeudesta, ratkaisua ei siis tehdä tietyllä tavalla asetetun oikeuden takia eikä ratkaisun myöskään ajatella olevan siitä *johdettavissa*.

Zusammenfassung

In dieser rechtstheoretischen Forschung werden die Grundlagen rechtlicher Entscheidungen eingehend untersucht. Es ist nicht neu zu behaupten, dass einerseits *Voraussagbarkeit* und andererseits (inhaltliche) *Gerechtigkeit* Ansprüche sind, denen die rechtliche Entscheidung begegnen muss. Notwendig für die Voraussagbarkeit ist eine bestimmte Starsinnigkeit bezüglich der Prämissenwahl, wobei dabei in Einzelfällen Flexibilität eine Voraussetzung für inhaltlich gerechte Entscheidungen ist. Um diese treffen zu können, müssen rechtliche Entscheidungen *offen* sein für die gesellschaftlich kommunizierten Anforderungen (wie z. B. Moral, Interessen, Zwecke). Um gleichzeitig innerliche Funktionsfähigkeit sowie Steuerbarkeit zu gewährleisten, muss das Rechtssystem in gewissen Maßen auch gesellschaftliche Anforderungen ausschließen. Damit ist die Geschlossenheit des Rechtssystems gemeint. Die Ansprüche auf Voraussagbarkeit, Gerechtigkeit, Offenheit sowie Geschlossenheit bilden insgesamt ein Spannungsfeld voller unvereinbarer Anforderungen (an rechtliche Entscheidungen).

Ich behaupte, dass in der spätmodernen Gesellschaft keine allgemeine oder permanente Priorität zwischen Voraussagbarkeit und *Gerechtigkeit* gefunden werden kann. Weiterhin behaupte ich, dass das moderne Rechtsstaatsdenken und der damit assoziierte Rechtspositivismus, mitsamt seinen Gedankenfiguren und Begriffen, die Voraussagbarkeit überbetont, und zwar auf Kosten der Gerechtigkeit. Wenn man von dieser Sachlage ausgeht, dann hat die spätmoderne Rechtstheorie die Aufgabe, Begriffe und Gedankensmuster zu entwickeln, um den Spannungen, die aus den unterschiedlichen Anforderungen entstanden sind, zu begegnen und diese zu bearbeiten. In dieser Untersuchung wird beispielhaft unter Verwendung systemtheoretischer Begriffe ein Versuch in diese Richtung unternommen.

Eine rechtliche Entscheidung muss immer Position gegenüber gesellschaftlich artikulierten Werten, Zielen und Interessen beziehen. In einer rechtlichen Entscheidung muss deshalb immer bestimmt werden, ob die Selektionen von Werten, Zielen und Interessen, die bereits in früheren Operationen des Rechtssystems getroffen worden sind (z. B. in Gesetzgebung oder in Präjudikaten), auch in jetzigen Entscheidungen erneut benutzt werden können, oder ob man sie möglicherweise verändern sollte, beziehungsweise sogar verändern muss. Außerdem muss in rechtlichen Entscheidungen für Identifizierung, Entsprechung oder Verneinung der Veränderungsanforderungen, die man an das Rechtssystem richtet, Verantwortung getragen werden. Die Rechtstheorie hat hierbei die Funktion, verschiedene Instrumente für diese Aufgaben zu entwickeln.

Bei der Betrachtung der Beziehung zwischen Demokratie und rechtlicher Entscheidungshandlung lehnt der moderne Rechtsgedanke zwei extreme Positionen ab. Erstens wird nicht zugelassen, dass eine rechtliche Entscheidung in einer demokratischen Abstimmung getroffen wird, zweitens wird eine Entscheidungsprozedur abgelehnt, die völlig außer Reichweite des Demokratieprinzips liegt. Zwischen diesen beiden Extrempositionen bleibt ein kontingenter interpretativer Raum, in dem sich die Beziehung und die Wechselwirkung zwischen Demokratie und rechtlicher Entscheidungstätigkeit befinden. Dieser Raum muss mit gesellschaftstheoretischen und rechtstheoretischen Gedankenfiguren und Begriffen gestaltet werden. Zum Beispiel wird in der *Rechtsstaats-theorie* von rechtlichen Entscheidungen eine Gesetzverbindlichkeit verlangt. Zumindest muss eine rechtliche Entscheidung von einem demokratisch erlassenen Gesetz befähigt worden sein. Innerhalb des o. g. interpretativen Raumes kann jedoch die Beziehung zwischen Gesetz und rechtlicher Entscheidung auch anders interpretiert werden. Damit beschäftigt sich die Forschung in den nachfolgenden Kapiteln.

In der im zweiten Kapitel ausgeführten Demokratietheorie stellt sich heraus, dass das Demokratieprinzip unzureichend ist, um eine Verbindlichkeitsanforderung an das Gesetz zu begründen. Sowohl Mehrheitsdemokratie als auch deliberative Demokratie sind problematische Argumente für eine Gesetzverbindlichkeit. Stattdessen gibt die Idee der Demokratie als Repräsentation von Frank Ankersmit Anlass dazu, die Gerichtsentscheidung (neben der Gesetzgebung) als Fortentwicklungsfaktor im Rechtssystem zu sehen. Um diese aktive Rolle für das Gericht zu gewährleisten, werden im zweiten Kapitel die Prämissen der Gewaltenteilungslehre (ursprünglich von Montesquieu) analysiert und reformuliert. Das Demokratieprinzip stellt für das Gesetz keine Verbindlichkeit mehr dar, sondern erhält nunmehr eine prima facie hohe Gewichtung als Rechtsquelle.

Um ein Gleichgewicht zwischen Veränderung und Stabilität im Rechtssystem zu ermöglichen, ist auch die Rechtsquellenlehre unabdingbar. In einer Rechtsquellenlehre werden verschiedene Rechtsquellen miteinander in prima facie Ordnung gebracht. Die Rechtsquellenlehre ist ein wichtiges Instrument, wenn man Operationen im Rechtssystem und in den Beziehungen zwischen dem Rechtssystem und anderen Gesellschaftssystemen organisieren will. Die Rechtsquellenlehre hat die schwierige Aufgabe, die Komplexität und die Kontingenz der rechtlichen Reproduktion zu reduzieren, aber auch gleichzeitig offen zu halten. Die Komplexität muss reduziert werden, um Entscheidungen voraussagbar und kontrollierbar machen zu können. Andererseits muss jedoch die Komplexität offen gelassen werden, so dass rechtliche Entscheidungen dynamisch und offen sein können für gesellschaftlich kommunizierte Ansprüche. Die an die Reproduktion des Rechtssystems gerichteten unvereinbaren Ansprüche müssen auch in der Rechtsquellenlehre ernst genommen werden. Wie

schon oben erläutert, bilden die Ansprüche von Voraussagbarkeit, Gerechtigkeit, Offenheit und Geschlossenheit ein Spannungsfeld unvereinbarer Anforderungen an rechtliche Entscheidungen. Daraus lässt sich ableiten, dass keine vorgegebene und permanente Rangordnung zwischen verschiedenen Rechtsquellen bestehen dürfen. Die Rechtsquellenlehren müssen so konstruiert werden, dass Gewichtsverschiebungen von einzelnen Rechtsquellen im Laufe der rechtlichen Reproduktion möglich werden. Weiterhin muss ermöglicht werden, dass in einzelnen Entscheidungen eine Verkettung von prima facie minderwertigen Rechtsquellen insgesamt ein schwereres Gewicht bei der Entscheidungsermessung aufweisen als eine einzelne prima facie wichtigere Rechtsquelle.

Es wird nicht mehr über den Rechtsstaat, sondern vom Recht der Gesellschaft gesprochen. Die rechtliche Entscheidung wird in dieser Untersuchung als ein Moment der Autopoiesis, der rechtlichen Reproduktion, gesehen. Die autopoietische Reproduktionsweise wird hier so verstanden, dass alles, was in einer Systemoperation von Bedeutung ist, durch selektives Kombinieren von Selbstreferenz und Fremdreferenz reproduziert werden muss. Es wird nicht davon ausgegangen, dass der Spielraum, die Wahlmöglichkeiten und die Verbindlichkeiten in der Entscheidungsoperation nur durch die Selbstreferenz des Systems reproduziert werden würden. Sie werden indessen durch Kombination der Selbstreferenz und Fremdreferenz reproduziert. Das heißt, es wäre Unrecht zu sagen, dass allein das *Rechtssystem* die Bedingungen für rechtliche Entscheidungen stellen würde. Rechtliche Entscheidungen müssen jedoch aufgrund *gesellschaftlicher Bedingungen* gefasst werden. Da ein Rechtssystem auch ein Teilsystem der Gesellschaft ist, müssen auch die rechtlichen Ansprüche ernst genommen werden.

Der Begriff "Geltung", der sich mit Selbstreferenz auf rechtliche Reproduktion bezieht, kann nicht mehr die gleiche Bedeutung haben, wie im modernen positivistischen Rechtsdenken. Durch den Begriff "Autopoiesis", und die dazu gehörigen Gedanken über notwendige selektive Kombination von Selbstreferenz und Fremdreferenz, wird der Begriff "Geltung" vom Zentrum zur Peripherie gezogen, wenn man rechtliche Entscheidungstätigkeit verstehen und definieren will.

Durch selektive Kombination von Selbstreferenz und Fremdreferenz werden die Wahlmöglichkeiten in einzelnen Entscheidungsoperationen identifiziert. Diese Identifikation muss so ausgeführt werden, wie es aus vergangenen Systemoperationen erlernt worden ist. Das bedeutet, die Anforderung an Rekursivität müssen erfüllt werden. Gleichzeitig müssen diese Identifikationen auch so ausgeführt werden, dass wahrscheinlich dieselben Selektionen in zukünftigen Entscheidungen wiederholt werden. Damit ist die Anforderung an die Anschlussfähigkeit gemeint. Die Überzeugung, dass die gemachte Selektion besser als andere mögliche Alternativen ist, oder sogar als einzige mögliche zu sehen ist, muss durch Argumentation begründet werden.

Eine rechtliche Entscheidung muss sich mit vielen Anforderungen auseinandersetzen. Trotzdem ist sie in ihrer Selbstbegrenzungsfähigkeit autonom, weil in der Entscheidungsoperation bestimmt werden kann und muss, an welche gesellschaftlichen, und dadurch auch an welche rechtlichen Ansprüche sie sich anpasst, und welche sie abstellt. Eine Entscheidungsoperation ist dadurch nur eine Aktualisierung der Beziehung unterschiedlicher Ansprüche in Einzelfällen. So gesehen ist die Entscheidungsoperation immer ein Akt der Gewaltanwendung, deren Bedingungen sich in der rechtlichen Reproduktion – in Kombination von Selbstreferenz und Fremdreferenz – bilden. Gleichzeitig ist die Entscheidung jedoch auch ein Akt der Gewaltanwendung, in der bestimmt wird, unter welchen Bedingungen die rechtliche Reproduktion zu geschehen hat.

Asiahakemisto

- Aineellinen oikeudenmukaisuus 30, 69, 86-87, 91, 145, 184, 196, 198, 203, 205, 206, 220, 232, 233
- Argumentaatio 11, 26, 65, 90, 111, 133, 138, 151, 170, 173-174, 177, 178, 185, 215, 232-234, 257
- Argumentaatioteoria 176, 185, 233, 234, 266-269
- Arvot 17-20, 22, 39, 62, 73, 76-77, 80, 85, 102-103, 105, 113, 116, 124, 136-138, 139, 141, 158, 175, 179, 185, 191-192, 194, 197, 204-205, 209, 214, 217, 253, 256, 265-268
- Arvostelma 37-38
- Asetettu oikeus 8, 91, 134, 140, 227, 240, 270, 273, 276, 278, 285
- Asiaperustelut 156-161, 165, 168, 174, 215, 212
- Auditorio 266-269
- Auktoriteettiperustelu 156-161, 165, 168, 170, 174, 212, 215
- Autopoieesi 15, 31, 33, 53, 56, 132, 141, 195, 230, 237, 246-247, 251-254, 256-258, 270, 279-281, 284, 285
- Avoimuusvaatimus 17-19, 68, 87, 92, 127, 133, 134, 150, 151, 158, 165, 176, 184-185, 214, 229-231, 246, 253, 257, 283
- Contra legem 87, 176, 179, 223, 228, 234, 245, 264, 273, 282
- Demokraattinen kontrolli 102-103, 129, 130, 199
- Demokratia 43, 44, 45, 60, 69, 72, 79, 80, 82, 83-84, 86, 87, 95, 96, 99-104, 112-117, 127-130, 134, 136, 137, 171, 274
- edustuksellinen 97, 104, 115-116, 117
 - enemmistödemokratia 105-107, 128
 - deliberatiivinen 107-111, 129
 - kumppanuusdemokratia 104-107, 128
 - osallistuva 104, 105, 129
 - representatiivinen 85, 118-123, 126
 - välillinen 115, 216, 228, 272, 273
 - suora 120, 128
- Demokratiaperiaate 13, 17, 73, 77, 78, 83, 127, 136, 144, 145, 183, 196-199, 200, 206, 219
- Demokratiavaje 85, 89, 95, 96, 97, 104, 199
- Desuetudo 137, 176, 282
- Dynaamisuudesta 7, 19, 50, 60, 62, 64, 65, 67, 68, 69, 78, 87, 92, 104, 150-155, 158, 165, 167, 170, 178, 185, 200-203, 206, 209, 214-217, 220, 228, 230, 246, 262, 270, 271, 283
- Eduskunta ks. parlamentti
- Ennakkoratkaisu (ja prejudikaatti) 20, 90, 164, 169, 171-174, 178, 185, 186, 189, 192, 197, 198-202, 214, 215, 256, 263
- Ennakoitavuus 13, 19, 29, 30, 69, 86, 88, 89-91, 133, 142-143, 145-146, 152, 198-199, 217, 219, 220, 222, 227, 260, 278, 282
- Episteme 21, 22, 47, 50, 51, 52
- Epistemologia 29, 31-32, 34, 49, 55, 56, 65, 248
- Eriytyminen 53, 90, 142, 223, 231, 238, 247, 249
- Erottelu 15, 32-34, 231, 239, 240, 247-252, 254, 257
- EU-oikeus 65, 74, 94, 103, 137
- EY-tuomioistuin 198, 199, 201
- Euroopan ihmisoikeustuomioistuin 186, 198, 201, 215
- Ethos 11, 12, 246, 262
- Fremdreferenz ks. toiseen viittaavuus
- Fundamentaalikategoria 21, 46, 47, 50, 52
- Genealogia 36, 37, 38, 53
- Globalisaatio 4, 30, 41-43, 46, 48, 64, 65, 76-77, 86, 94, 100, 112, 140, 207, 281
- Havainto 15, 32, 34, 54, 56, 238, 247, 248, 249, 259

- Havainto-operaatio 15, 248
 – ensimmäisen asteen 54, 261, 270, 271
 – toisen asteen 54, 261, 270
 Havaittaja 32, 238, 275
 Historinen a priori 21, 50
 Hypoteesi 10, 12
- Identifioituminen 15, 19, 22, 54, 55, 56, 88, 212, 224, 242, 247-250, 252, 253, 254, 256, 258, 259, 273
 Identiteetti 16, 19, 29, 33, 34, 37, 46, 52-55, 58, 214, 223, 224, 242, 247, 248, 250, 251, 254, 260, 278-279
 Ihmisoikeudet 41, 45, 78, 84, 85, 86, 99, 105, 121, 137, 186, 188, 194, 200, 206, 215, 271, 272, 274
 Imperatiivisen mandaatin kielto 119
 Infrastruktuuri 15, 42, 46, 86, 93, 103-104, 141, 262-263
 Institutionaalinen tuki 191, 192-195, 196, 198, 204, 282
 Itsehavainto 247, 248, 279
 Itserajoitus 58, 78, 259, 263, 272, 277
 Itseriferenssi 31, 33, 52, 53, 141, 147, 247-257, 260, 280
- Julkisuus 82, 99, 111, 127, 131, 132, 133-135, 141
 – etukäteinen 127, 132, 134-135
 – jälkikäteinen 132, 134
 Justizstaat 63-64
- Kansalainen 30, 40, 63, 64, 70, 71, 78, 84, 86, 100, 101, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 112, 113, 114, 117, 119, 120, 126, 137, 147, 196, 197
 Kansalaiskeskustelu 77, 79, 83, 85, 86, 93, 100, 108, 114, 124, 126, 129
 Kansalaisyhteiskunta 31, 36, 40, 43, 63, 65, 77, 80, 123-124, 131, 138, 141, 147-148
 Kansallisvaltio 40-44, 65, 74, 76, 112
 Kansansuvereniteetti 42, 43, 82, 83, 85, 99, 119, 138, 219, 220, 228
 Kommunikatiivinen valta 73, 83, 93
 Kompleksiteetti 30, 32, 80, 87, 88, 92, 138, 143, 144, 146, 150-152, 158, 162, 165, 202, 205, 206, 215, 216, 222-224, 226, 230, 243, 262
 Kondensoituminen 250
- Konfirmoituminen 250, 260
 Konstellaatio 24, 49, 78, 141, 144, 275
 Kontingenssi 20, 24, 25, 29, 30, 33, 34, 35, 54, 63, 79, 150, 215, 224, 226, 245, 250, 257, 271, 280
- Laillisuusperiaate 59, 60, 61, 67, 68-70, 101, 131-132, 134, 136, 144-145, 183, 225, 227
 Lainsäädäntö 18, 28, 33, 78, 42, 45, 60, 64, 65-67, 73, 74, 75, 77, 78, 79-80, 83, 84, 85, 88, 89, 92-94, 96, 98, 101-104, 108, 111, 113, 131, 135, 136-143, 146, 150, 177, 191, 198, 200, 207, 217, 231, 251, 256, 257, 262, 264, 272, 281
 Lainsäädäntövalta 64, 70, 71, 75, 81-83, 94, 102, 141
 Lakipositivismi 64, 91, 227, 232
 Lakiteksti 7, 68, 73, 83, 88, 90, 93, 119, 123, 130, 143, 153, 167, 171-173, 185, 187, 214, 228, 232, 233-234, 245, 255, 274, 276, 280-281
 Legalismi 94, 123, 125, 129, 179, 185, 197, 215, 218
 Legitimiteetti 22, 43, 46, 73, 73-75, 83, 91, 93, 95, 96-97, 105, 112, 121, 124-126, 138, 140, 150, 240, 278
 Leviathan 87, 98, 142
 Liberalismi 13, 59, 75, 114, 219, 35-36, 38
 Liittymiskelpoisuus 11, 237, 243, 247, 248, 250, 251, 260, 271, 279
 Logos 11-12, 246, 275
 Lokalisaatio 30, 41-43, 45, 46, 64-67, 77, 80, 94, 100, 140, 207, 281
 Luottamuksensuojaperiaate 198
 Luottamus 91-92, 198
- Metafysiikka 27-29
 Metodi 2, 10-14, 16, 26, 33, 35, 55
 Monosentria 30, 43
- Neoliberalismi 48
- Oikeuden aktualisointi 20, 54, 90, 142-144, 146, 204, 212, 214, 217, 234, 237, 241, 242-244, 248, 249, 254, 256, 259, 261, 261-262, 264, 270-275, 277, 280, 284, 285
 Oikeuden viimekätiset kriteerit 29, 52, 54-55, 193, 196
 Oikeusdogmatiikka 3, 12, 271

- Oikeusjärjestelmä 133-134, 234, 247, 273
 Oikeusjärjestys 40, 43, 62, 67, 132-134, 207, 235, 278, 280
 Oikeuskulttuuri 72, 78, 84, 96, 133, 159, 234
 Oikeuslähde 83, 102, 130, 146, 157-158, 190-191, 210-212
 – heikosti velvoittavat 162-163, 164, 172-173, 177-178
 – sallitut 156, 162-163, 164, 179
 – vahvasti velvoittavat 162-163, 171, 176-177,
 Oikeuslähde käsitteenä 159-162, 211
 Oikeuslähdeoppi 65, 75, 150-155, 158, 168, 169, 174, 175, 195, 206-209
 Oikeusnormi 7, 34-35, 74, 101, 132, 273, 278-280, 284
 Oikeuspolitiikka 34, 75, 128, 272
 Oikeuspositivismi 125, 154
 Oikeusysteemi 29, 53, 141, 143, 150, 202, 226, 231, 238, 241, 249, 253, 258, 279
 Oikeusteoria 4, 29, 34, 54, 59, 81, 131, 261, 273
 Oikeustiede 2, 10, 11, 12, 33-34, 40, 49, 53, 58, 60, 147, 240, 241, 261, 261, 262, 279, 284
 Oikeusturva 29, 80, 86, 87, 196
 Oikeusvaltio 58, 59, 60, 61, 63-65, 76, 78, 80, 82, 87, 89, 95, 96, 97, 101, 127, 134, 137, 140, 141, 144-146, 147-148, 221, 234
 Oikeusvaltioperiaate 21, 59, 66, 72, 73, 74, 76, 78, 102, 195, 198, 228, 283
 Oikeusvarmuus 29-30, 86, 145, 171, 172
 Open source 7, 208
- Paradigma 3, 35, 48-51, 267
 Parlamentti 63, 64, 71, 72, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 95, 97, 98, 99, 101, 102-104, 108, 111, 114, 124, 125, 128, 136-138, 139, 142, 143, 144, 220, 230, 232, 235
 Pathos 11, 12, 246
 Perusoikeus 74, 78, 79, 80, 84, 88, 94, 105, 137, 137, 206, 207, 274
 Polysentria 28, 32, 34, 41, 53, 206-207
 Positiivinen oikeus 22, 40, 46, 78, 97, 140-141, 194, 219, 261
 Postmoderni 22-39, 47-49, 51, 52-54, 147, 237
 Pragmatismi 153, 216
- Rationaalinen tietämättömyys 107, 109, 128
 Rationaalinen yksilö 21, 22, 107
 Rationaliteetti 28, 45, 90, 91-92, 127, 178, 217, 243, 260, 281, 283, 284
 Ratkaisuteoria 16, 46, 68, 119, 198, 216, 226, 237
 Representaatio 85, 117-126, 128, 244, 275, 281
 Reproductio 54, 92, 93, 129, 142-144, 151-152, 181, 182, 217, 223, 235, 241, 242, 247, 249, 250, 252, 253, 254-258, 261, 270, 270, 273, 275, 278, 281, 284, 285
 Responsiivisuusvaatimus 30, 142, 143, 150, 179
 Retoriikka 11-12, 245-246, 268
 Rutiiniratkaisu 157-159, 255, 260, 271, 280-281
- Selektiivisyys 18, 32, 53, 125, 217, 239, 242, 251, 252, 253-256, 260, 279-281
 Sisäinen perustelu 185
 Sisällöllinen onnistuneisuus 19, 63, 68, 88, 91, 104, 145, 222, 225, 225, 228, 274, 274
 Staattisuudesta 19, 68-69, 87, 154, 174, 214-215, 229, 246, 262, 283
 Subjekti 36-38, 47, 120, 196, 260, 280
 Substituutioteoria 118-119, 123, 124, 275
 Suljettuisuudesta 18-19, 92, 153, 169, 214, 248, 249, 251-254, 257, 283
 Suvereniteetti 40, 74, 140,
 Suvereniteettiperiaate 78, 108, 138, 196, 198-200, 273
 Systemievoluutio 2
 Systemioperaatio 53, 223, 237-239, 241, 243, 246, 247, 248-256, 258-262, 270, 271, 280
 Systemin reproduktio ks. reproduktio
 Systemiteoria 5-6, 14, 29, 30, 31-33, 124, 141, 150, 251
 Systemikeyksy 32, 88, 247, 249-252
 Systemiympäristö 32, 33, 53, 216, 224, 247, 249, 250, 252, 254, 258
 Systematisointi 89, 133, 190
 Syväjulistikaatioperiaate 83
 Sääntöformalismin 190-192, 204, 205
- Tarkoituksenmukaisuus 17, 18, 30, 210, 220-221, 228, 235, 253, 272
 Teleologia 8, 200, 206, 215, 271, 273-274

- Tiede 2, 10-12, 16, 25-26, 34, 40, 49, 60, 182, 190, 261, 279
- Tietoteoria ks. epistemologia
- Tilanneherkkyys 7, 60, 64, 88, 92, 104, 132, 142, 143, 174
- Toiseen viittaavuus 141, 147, 217, 235, 252-257, 280
- Transparenssi 88-92, 221
- Transsendentaali yksilö 36-38, 46
- Tuomarivaltio 64, 66, 72, 95-96
- Tuomioistuinaktivismi 78-81, 93, 104, 123-124, 126, 129
- Tyyppi 208, 209, 211
- Ulkoinen perustelu 185
- Vallankumous 45
- Valta 13, 26, 37-38, 40, 42, 44, 45, 64, 70, 73, 77, 78, 83, 85, 86, 93, 94, 96, 98, 101, 102-103, 105-107, 111, 114, 116, 121, 127, 137-138, 141, 142, 225, 259, 260, 272, 275
- Valtio 15, 21-22, 28, 30, 31, 35, 36, 37, 39-44, 46, 47, 48, 62, 65, 66, 67, 70, 75, 112, 113, 115, 140, 146, 147, 207
- Valtiovallan kolmijako 60-61, 69, 70-76, 78, 86-87, 91-94, 145, 220, 228, 273
- Vapaus 13, 21-22, 27-28, 36, 40, 44, 46, 63, 84, 86, 100, 104, 108, 110, 114, 129
- Verkostoituminen 223, 247, 251, 259, 260, 274
- Virkavirhe 176-177, 180-181, 229
- Voimassaolo 7, 15, 25, 59, 60, 101, 125, 138, 163-164, 216, 220, 223, 228, 231, 235, 250, 257, 270, 273, 276, 278-285
- Väkivaltamonopoli 15, 18, 59
- Yhdenvertaisuusperiaate 86, 178, 196, 197, 198-199, 227
- Yhteiskunnan oikeus 43, 46, 64, 66-67, 140, 141, 142, 146, 147-148, 179, 180, 192, 212
- Yhteiskunta 6, 23, 26-28, 31, 34, 36, 40, 43, 58, 64, 65, 70, 77-78, 95, 101, 110, 116, 138, 140, 147, 207, 238, 253, 270, 276
- Yhteiskuntatiede 25, 26, 50

Henkilöhakemisto

- Aarnio, Aulis 2,3,11,67, 72-74, 102, 153-155, 164, 175-177, 179-190, 202, 206, 207, 218, 233, 265-268, 280
- Ankersmit, Frank 115-126, 128, 275, 280
- Bauman, Zygmunt 23, 29, 214
- Brennan, Geoffrey 99
- Brown, George Spencer 248, 254
- Brusiin, Otto 7-8, 264
- Bull, Thomas 96-98, 128, 129, 138
- Bühler, Theodor 208, 210
- Bülow, Oskar 165
- Cappelletti, Mauro 74, 94, 103
- Durkheim, Emile 3
- Dworkin, Ronald 19, 59, 104-107, 128, 136, 192-195, 246, 266, 276, 277
- Eskola, Antti 16
- Fishkin, James S. 109-110
- Habermas, Jürgen 6, 44, 73-77, 83-84, 93, 99, 101, 108, 110-111, 124, 129, 141
- Hart, H.L.A 193-194, 196, 227, 276
- Holmström, Barry 128
- Husa, Jaakko 88, 102, 128, 130, 136
- Häyhä, Juha 10, 58
- Jyränki, Antero 72
- Kalela, Jorma 11-12, 23
- Karhu, Juha 2, 7, 198, 236
- Kelsen, Hans 33-34, 50, 132, 193, 196, 242, 276
- Klami, Hannu Tapani 50, 267, 268
- Koskenniemi, Martti 46
- Kyllönen, Simo 112-114
- Larenz, Karl 208, 209
- Luhmann, Niklas 5-7, 11, 27, 29, 30-34, 43, 53, 54, 56, 124, 146, 150, 216, 230-231, 236-240, 242, 246-258, 260-261, 270, 280
- Luskin, Robert C. 109-110
- MacCormick, Neil 3, 43, 44, 72
- Makkonen, Kaarle 159
- Maturana, Humberto R. 251
- Mohnhaupt, Heinz 61
- Nehrman, David 71
- Neumann, Ulfried 153, 211
- Niiniluoto, Ilkka 10, 12, 16, 160
- Niemi, Matti Ilmari 55, 232, 276
- Nietzsche, Friedrich 22, 27, 59
- Nousiainen, Kevät 39-40, 49, 63, 65, 94
- Peczenik, Alexander 150-151, 154-174, 176-177, 187-188, 202-203, 206, 212, 215, 228
- Pulkkinen, Tuija 30, 32-33, 35-39, 46, 53-55
- Rättilä, Tiina 108
- Sartori, Giovanni 95
- Saward, Michael 107-108, 111
- Schmitt, Carl 31, 264-265, 282
- Siltala, Raimo 22, 58, 73, 102, 138, 154-155, 174, 190-204, 209, 212, 266-270, 279, 282
- de Sousa, Santos Boaventura 4, 47-49, 104-105, 144, 207
- Stone, Sweetin Alec 74
- Summers, Robert 156
- Tala, Jyrki 41
- Taxell, Lars Erik 101-102
- Tolonen, Hannu 206
- Tolonen, Juha 58
- Tontti, Jarkko 2
- Torvalds, Linus 4, 7, 208
- Tuori, Kaarlo 2, 5, 6, 11, 21-22, 26, 41, 44, 45, 50, 58, 60, 73, 74-87, 95-97, 108, 110-111, 119, 131-134, 136, 137, 140, 146-148, 194, 234, 236, 279, 284, 285
- Vattimo, Giovanni 26-29
- Viehweg, Theodor 153, 176
- Virolainen, Jyrki 66
- Weinberger, Ota 3
- Wilhelmsson, Thomas 7, 30, 41, 60, 242, 246
- Zitting, Simo 2

Oikeudellinen ratkaisutoiminta edellyttää ennakoitavuutta, ja samalla ratkaisuilta vaaditaan sisällöllistä onnistuneisuutta. Oikeudellisista käsitteistä ja ajattelumalleista riippuu se, miten näihin vaatimuksiin pystytään vastaamaan. Tässä tutkimuksessa väitetään, että moderni positiivinen oikeus käsitteineen korostaa ennakoitavuuden merkitystä ratkaisujen sisällöllisen onnistuneisuuden ja tapausten erityispiirteiden kustannuksella.

Huolena on ongelmanratkaisukyvyyn säilyttäminen ja kehittäminen. Tämän tutkimuksen tehtävänä on kehitellä sellaista oikeudellista ajattelua, joka entistä paremmin mahdollistaa jännitteisten ja ristiriitaistenkin vaatimusten huomioon ottamisen ratkaisuihin. Tutkimuksen tarkoituksena on innostaa tiedeyhteisöä keskustelemaan nykyisten oikeudellisten ajattelumallien ja käsitteiden ajanmukaisuudesta sekä oikeusajattelun yhteiskuntafilosofisista premisseistä.

Oikeudellisen ratkaisun sidonnaisuuksia määritettäessä oikeuslähdeopit ovat keskeisessä asemassa. Oikeuslähdeoppien kehittelyn tarve on ilmeinen. Nykyiset oikeuslähdeopit perusteluineen asetetaan tutkimuksessa kriittisen tarkastelun kohteeksi ja lähemmin käsitellään Aulis Aarnion, Aleksander Peczenikin ja Raimo Siltalan oikeuslähdeoppeja.

Oikeudellisen ratkaisun teoria on asetettava staattisuuden ja dynaamisuuden välisen jännitteen varaan. Tässä tarkoituksessa konstruoidaan Niklas Luhmannin systeemiteoriaan tukeutuen käsitteellistä ja ajatuksellista välineistöä, jota voidaan käyttää vastattaessa ongelmaan oikeudellisen ratkaisun ehdoista ja mahdollisuuksista. Ronald Dworkinin metafora oikeudellisesta ratkaisusta jatkoromaanin kirjoittamisena aukaistaan systeemiteoreettisin välinein ja esitetään malli oikeudellisen ratkaisun itserajoituksen tavasta.

Tässä tutkimuksessa esitetään ajatus oikeusvaltiomallin epäajanmukaisuudesta ja ehdotetaan siirryttävän ajattelemaan oikeutta yhteiskunnan oikeutena. Tutkimuksessa tarkastellaan myös kriittisesti sellaisia oikeusvaltioajattelun taustapremissejä kuten demokratiaperiaatetta ja valtiovallan kolmijakoa.

