

Raimo Siltala

OIKEUSTIETEEN TIETEENTEORIA

OIKEUSTIETEEN TIETEENTEORIA



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 234

Raimo Siltala

Oikeustieteen tieteenteoria

WITH AN ENGLISH SUMMARY

Julkaisuvaliokunta

Raimo Lahti, puheenjohtaja

Markku Helin

Mika Hemmo

Risto Nuolimaa

Lea Purhonen, sihteeri

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 603 567

f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-543-1

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Raimo Siltala

ISSN 0356-7206

ISBN 951-855-198-7

Vammalan Kirjapaino Oy, Vammala 2003

Esipuhe

Tämä kirja ei olisi ilmestynyt ilman lukuisia tukijoita ja tieteen suosijoita. Kiitän lämpimästi Suomen Kulttuurirahastoa sekä Oskar Öflundin säätiötä merkittävästä taloudellisesta tuesta, joka osaltaan teki tämän tutkimuksen kirjoittamisen mahdolliseksi. Kiitän myös Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan dekaania, professori Olli Mäenpäättä, samoin kuin rikos- ja prosessioikeuden sekä oikeuden yleistieteiden laitoksen esimiestä, professori Jukka Kekkosta, tutkimuksen aineellisten resurssien järjestämisestä sekä tutkimusrahoituksen jatkumisesta.

Kiitän Suomalaista lakimiesyhdistystä ja sen puheenjohtajaa, professori Risto Nuolimaata, kirjani hyväksymisestä Lakimiesyhdistyksen korkeatasoiseen A-kirjasarjaan, sekä yhdistyksen toimistopäällikköä, Lea Purhosta, samoin kuin valtiotieteen lisensiaatti Jarna Petmania tehokkaasta ja pätevästä avusta kirjan toimitustyössä. Kiitän myös professori Raimo Lahtea, jolla oli ratkaiseva merkitys kirjan kustannussopimusta neuvoteltaessa, sekä lainsäädäntöneuvos Markku Heliniä, joka toimi kustantajan asettamana *referee*-lukijana.

Erityisesti tahdon kiittää ympäristöoikeuden professori Vesa Majamaata hänen terävistä ja kannustavista kommenteistaan teoksen kirjoitusprosessin aikana. Kiitän professori Majamaata ja yksityisoikeuden laitoksen esimiestä, professori Jarno Teporaa, myös erinomaisista työtiloista Helsingin yliopiston ympäristöoikeuden yksikössä, jonka miellyttävässä ilmapiirissä olen saanut tutkimukseni kirjoittaa.

Omistan kirjan puolisololleni Tuijalle, tuesta ja kannustuksesta kiitollisena.

Helsingissä, Annan päivänä 9. joulukuuta, 2002.

Raimo Siltala

Yhteenveto sisällöstä

ESIPUHE	V
YHTEENVETO SISÄLLÖSTÄ	VII
SISÄLTÖ	IX
1. JOHDANTO	1
2. MITÄ OIKEUS ON?	25
3. MITÄ OIKEUSTIEDE ON?	103
4. INSTITUTIONAALINEN OIKEUSLÄHDEOPPI	189
5. LAINOPIN METODI: OIKEUDELLINEN TULKINTA, SYSTEMATISOINTI JA PUNNINTA	325
6. OIKEUSTIETEEN TIETEENKUVA	387
7. TIETEELLINEN METODI	461
8. LAINOPIN TULKINTAMATRIISIT	507
9. OIKEUDELLISEN METODIOPIN FRAGMENTTEJA	593
10. OIKEUSTIETEEN NYKYTILA JA TULEVAISUUS	731
SANASTO	873
SUMMARY IN ENGLISH	927
LÄHTEET	965

Sisältö

ESIPUHE	V
YHTEENVETO SISÄLLÖSTÄ.....	VII
SISÄLTÖ	IX
1. JOHDANTO	1
1. Oikeuden sanat ja asiat	1
2. Tutkimukselliset teemat	4
3. Tutkimukselliset vertailukohdat	10
4. Tutkimuksen rakenne	13
2. MITÄ OIKEUS ON?	25
1. Oikeus radikaalisti tulkinnanvaraisena yhteiskunnallisena käytäntönä	25
2. Analyyttinen oikeuspositivismi ja analyttinen oikeusrealismi	32
3. Tuomarinideologia ja oikeuden tunnistamissääntö	40
4. Institutionaalinen oikeuspositivismi ja kriittinen oikeuspositivismi	43
5. Oikeuslähteiden koherenssi ja oikeudellisen tulkintakannanoton rationaalinen hyväksyttävyys	47
6. Tuomarinideologia: toteutunut ja toteutettavissa oleva oikeus	50
7. Tutkijanideologia: oikeus tosiasiana ja oikeus ideaalina	59
8. Lainoppi ja tieteenteoria	67
9. Tieteenteoreettinen positivismi ja oikeuspositivismi	70
10. Tieteellinen realismi ja oikeusrealismi	76
11. Onko voimassa olevaa oikeutta koskevilla väitelauseilla totuusarvo?	82
12. Onko oikeudelliseen ongelmaan vain yksi ainoa oikea ratkaisu? ..	92
13. Oikeuden rakenteellinen aksiologia: formaalit oikeussäännöt, institutionaaliset oikeusperiaatteet ja subjektisidonnaiset arvot	97
3. MITÄ OIKEUSTIEDE ON?	103
1. Oikeustieteen tutkijan itseymmärrys	103
1.1. Tieteenala	103

1.2. Tutkimuskohde	106
1.3. Tiedonintressi	130
1.4. Tutkimusmetodi	137
1.5. Tutkijanideologia	141
1.6. Tieteenkuva	145
1.7. Tutkimustulokset	150
1.8. Yhteenvedo oikeustieteen tutkijan itseymmärryksen osatekijöistä	154
2. Lainopin suhde muihin tieteenaloihin	159
2.1. Lainopin suhde humanistisiin tulkintatieteisiin	159
2.2. Lainopin suhde ihmistieteisiin	164
2.3. Lainopin suhde kulttuuritieteisiin	166
2.4. Lainopin suhde empiirisiin yhteiskuntatieteisiin	167
2.4.1. "... oikeustiede on väistämättä moniaineksinen ja metodisesti avoin tieteenala"	167
2.4.2. Metodinen reduktionismi	171
2.4.3. Pragmaattinen instrumentalismi	178
2.4.4. Metodinen eriytyneisyys	180
2.4.5. Tutkimuksellinen vuorovaikutusmalli	182
2.5. Lainopin suhde oikeusteoriaan ja oikeusfilosofiaan	185
2.6. Yhteenvedo lainopin vuorovaikutussuhteista	187
4. INSTITUTIONAALINEN OIKEUSLÄHDEOPPI	189
1. "Tuomio on perusteltava"	189
2. Kaksi näkökulmaa tuomioistuinratkaisuun: ratkaisuheuristiikka ja ratkaisun perustelemisen teoria	191
3. Oikeuslähdeopin mallintamisen osatekijät	195
3.1. Mallin kohdentuvuus	198
3.2. Staattinen ja dynaaminen oikeuslähdeoppi	199
3.3. Oikeudellisen ratkaisuperusteen sääntöformalisismi tai argu- mentatiivinen avoimuus: oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet	204
3.4. Oikeudellisen ratkaisuperusteen rakenteistuminen: institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä	212
3.5. Oikeuslähdeopin justifikaatioperusteet	216
3.5.1. Pragmatistinen perustelumalli: mitä on seurauksena, jos tuomari ei noudata vallitsevaa oikeuslähdeoppia?	216
3.5.2. Transsendentaalis-looginen perustelumalli: perusnormikonstruktio	220
3.5.3. Sosiologinen perustelumalli: yhteiskunnalliset säännön- mukaisuudet	221

3.5.4. Institutionaaliset oikeuttamisperusteet	224
a) <i>Demokratiaperiaate</i>	
b) <i>Tahdonautonomia</i>	
c) <i>Oikeudellinen yhdenvertaisuus</i>	
d) <i>Suvereniteettiperiaate</i>	
e) <i>Aineellinen oikeudenmukaisuus</i>	
3.6. Oikeudellinen metateoria eli oikeuden institutionaalinen metakonteksti	241
a) <i>Oikeusvaltioperiaate</i>	
b) <i>Suvereniteettiperiaate</i>	
c) <i>Yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuusteoria</i>	
4. Suomalaisen tuomarin oikeuslähdeoppi	247
4.1. Voimassa oleva oikeus konstruktivisena ja instituutio-sidonnaisena käsitteenä	247
4.2. Euroopan yhteisön lainsäädäntö	254
4.3. Kansallinen lainsäädäntö	256
4.4. Lainvalmisteluaineisto	258
4.5. Sopimusperustainen oikeus	260
4.6. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeus-tuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet	261
4.7. Kansalliset prejudikaatit	265
4.8. Muut oikeudenkäyttöä yhtenäistävät viranomaispäätökset	269
4.9. Tavanomainen oikeus	272
4.10. Yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö ja muu oikeusvertailu	274
4.11. Lainopillinen oikeuskirjallisuus	276
4.12. Muut oikeudelliset ratkaisuperusteet	279
4.13. Reaaliset argumentit	281
4.14. Oikeuslähdeopin kieltämät ratkaisuperusteet	283
5. Jäähvöiset Kelsenille? Staattisen ja dynaamisen oikeuslähdeopin yhteenlomituminen	284
6. Suomen voimassa olevan oikeuden tunnistamissääntö	300
a) <i>Velvoittavat oikeuslähteet</i>	302
b) <i>Ohjeelliset oikeuslähteet</i>	305
c) <i>Muut mahdolliset oikeuslähteet</i>	307
7. Oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden merkitys tuomarin ratkaisuharkinnassa	311
8. Yhtenveto institutionaalisesta oikeuslähdeopista	315
5. LAINOPIN METODI: OIKEUDELLINEN TULKINTA, SYSTEMATISOINTI JA PUNNINTA	325
1. Oikeudellinen argumentaatio	325

2. Tulkintateoriat ja oikeuslähdeoppi	330
3. Lainsäädännön tulkinta	333
3.1. Tulkinnan semanttinen ulottuvuus	334
3.2. Oikeudenalakohtainen systematiikka	337
3.3. Lainsäädännön historiallinen tarkoitus	338
3.4. Oikeuskäytännössä vakiintunut tulkinta	340
3.5. Oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset	341
4. Prejudikaattien tulkinta	343
4.1. Prejudikaatit ja tuomarin prejudikaatti-ideologia	343
4.2. Prejudikaatin analoginen soveltaminen ja distinktiotekniikka ..	346
4.3. Oikeudellinen cheys ja paras mahdollinen oikeudellinen kokonaisteoria	348
4.4. Oikeudellinen eksegeesi: ennakkoratkaisun välttämättömät ja riittävät premissit	351
4.5. Lainsäädäntöä jäljittelevä prejudikaatti-ideologia	354
4.6. Prejudikaattien tulkintakielto	355
4.7. Prejudikaattien täydellisen vapaa tulkinta	357
5. Sopimusmallit sopimusperustaisen oikeuden tulkintakehikkona	358
6. Tavanomainen oikeus ja vakiintunut yhteisöllinen tulkintakäytäntö	361
7. Oikeudellinen tavoiterationaalisuus: reaaliset argumentit	362
8. Tulkintateoriat ja oikeudellinen tulkintakehys	363
9. Oikeudellinen systematisointi	368
9.1. Staattinen ja dynaaminen oikeudellinen systematiikka	368
9.2. Vallitsevasta kriittiseen ja staattisesta dynaamiseen systeemi- ajatteluun	373
10. Oikeusperiaatteiden punninta	377
10.1. Yhteiskunnallisten arvojen rakenteistuminen ja formali- soituminen	377
10.2. Oikeusperiaatteiden punninta suhteessa lainopin tulkinta- matriiseihin	381
11. Yhtenveto oikeudellisesta argumentaatioteoriasta	384
6. OIKEUSTIETEEN TIETEENKUVA	387
1. Modernin oikeuden tietomuoto (<i>épistémè</i>)	387
1.1. Tieteenkuvan sitoumukset: Thomas S. Kuhn ja Aulis Aarnio ...	387
1.2. Oikeuden äärellisyyden analytiikka ja institutionaalinen positiviteetti	393
1.3. Lainopillisen tulkintamatriisin käsite	396
1.4. Tulkintalainoppi, teoreettinen lainoppi, oikeusteoria, oikeusfilosofia ja lingvistinen filosofia suhteessa oikeustieteen tieteenkuvaan	399

1.5. Oikeuden ontologia, epistemologia, metodologia sekä logiikka ja lingvistiikka	414
2. Kohteellistettavissa ja käsitteellistettävissä oleva oikeus: oikeuden epistemologiset ja loogis-lingvistiset määreet	421
2.1. Oikeus/ei-oikeus -differentiaatio ja oikeudelliset käsitekategoriat	421
2.2. Systeemistä kontekstiin: olemuskäsitteistä tilannesidonnaisiin käsitteisiin	427
2.3. Oikeuslähdeopin ja oikeudellisten käsitekategorioiden edellytetty yhteisöllisyys	429
3. Tahdonvaltaisesti muutettavissa ja tulkinnallisesti määritettävissä oleva oikeus: oikeuden ontologiset ja metodologiset määreet	431
3.1. Oikeutta muotoavat institutionaaliset puheteot	431
3.2. ”Eräs oikeuden merkittävimpiä ominaisuuksia on näet se, että se sääntelee itse omaa syntyään ja soveltamistaan ...”	436
3.3. Oikeudelliset argumentaatio säännöt	443
3.4. Ontologinen <i>Sein/Sollen</i> -dualismi oikeudellisen pitämisen (<i>Sollen</i>) ja oikeudellisen voimisen (<i>Dürfen</i>) edellytyksenä	448
4. Oikeustieteen tieteenkuva ja voimassa olevan oikeuden käsite	450
7. TIETEELLINEN METODI	461
1. Luonnonoikeuden vähimmäissisältö ja oikeustieteen tekniset normit	461
2. ”Keisarin uudet vaatteen”: lainopin metodinen hajaannus	464
3. Tieteellisen metodin määritelmä	469
4. Tieteellisen metodin vähimmäiskriteerit	475
4.1. Tutkijan oivaltamisen logiikka: tutkimuksellinen gene- roitavuus	475
a) <i>Trivialiteettikielto: tutkimuksellinen merkityksellisyys</i>	475
b) <i>Identtisyyskielto: tutkimuksellinen omaehtoisuus</i>	476
4.2. Tiedeyhteisösidonnainen perustelemisen logiikka: tutkimuksellinen kontrolloitavuus	477
a) <i>Idiosynkraattisen yksityismetodin kielto: yhteisöllinen hyväksyntä</i>	477
b) <i>Mielivaltaisen tai sattumanvaraisen oraakkelimetodin kielto: rationaalinen perusteltavuus</i>	481
c) <i>Metodisen epäjatkuvuuden kielto: ajallinen jatkuvuus ja tutkimuksellinen ennakoitavuus</i>	483
d) <i>Metodisen anarkismin kielto: riittävä täsmentyneisyys</i>	484
e) <i>Metodisen nihilismin kielto: metodin eksistenssi</i>	485

f) <i>Immanentin, täydellisen reduktiivisen ja käsitteellistä identiteettiä vailla olevan metodin kielto: käsitteellinen identiteetti ja identifioitavuus</i>	486
g) <i>Äärimmäisen kompleksisen tutkimusmetodin kielto: tutkimuksellinen yleiskatsauksellisuus ja "haltuunotettavuus" ...</i>	488
4.3. Yhteenvedo oivaltamisen logiikan ja perustelemisen logiikan vähimmäiskriteereistä	492
5. Lainopin metodi	493
5.1. Tradition merkitys	493
5.2. Lainopin metodin määritelmä	496
5.3. Lainoppi ja oikeudelliset metodifragmentit	502
8. LAINOPIN TULKINTAMATRIISIT	507
1. Tulkintamatriisin osatekijät	507
a) <i>Käsitteellistettävissä oleva oikeus: oikeuden lingvistis-systeemiset määreet</i>	508
b) <i>Identifioitavissa oleva oikeus: institutionaalinen oikeus-lähdeoppi</i>	513
c) <i>Oikeuden tahdonvaltainen konstituoitavuus: lainsäätäjän ja tuomioistuinten oikeutta muotoavat puheteot</i>	515
d) <i>Oikeuden tulkinnallinen määritettävyys: oikeudelliset argumentaationsäännöt</i>	517
2. Suomalaisen lainopin tulkintamatriisit	519
2.1. Oikeudellisten tulkintamatriisien kirjo	519
2.2. Kantamatriisit ja vaikutteita saaneet matriisit	522
2.3. Vallitsevan ja kriittisen lainopin tulkintamatriisit	525
3. Yhdeksän ja yksi tapaa tehdä lainoppia	531
3.1. "... lainoppi ei nykyajan elämässä perusteiltansa voi olla muuta kuin käsitelainoppia"	531
3.2. Olemuspohtinnoista funktiokäsitteisiin ja tekniseen oikeus-asema-analyysiin	537
3.3. Vaihtoehtoinen lainoppi: oikeuden marxilainen tulkinta	541
3.4. Sosiaalinen siviilioikeus: heikomman sopijapuolen suojelu	549
3.5. Pragmaattinen instrumentalismi: <i>reella övertvåganden</i> -juridiikka ja oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi	552
3.6. Oikeusperiaatteiden punnintamalli	556
3.7. Kriittinen oikeuspositivismi	562
3.8. Naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus	566
3.9. Perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi	571
3.10. Käytännönläheinen laintulkintaoppi	575

3.11. Tulkintamatriisien yhdistelmät, esimerkkinä Juha Pöyhösen <i>Uusi varallisuus oikeus</i>	578
3.12. Yhteen veto lainopin tulkintamatriiseista	582
4. Tieteenteoriasta metodioppiin	589
9. OIKEUDELLISEN METODIOPIN FRAGMENTTEJA	593
1. <i>Caveat lector</i>	593
2. Tutkijan position jäljillä: oikeuteen ei ole ”näkökulmaa ei-mistään”	610
3. Sopimusmalliajattelun piilevät premissit	619
3.1. Peruskäsitteet, dogmit, konstruktio	619
3.2. Luonnos sopimusmallin kohdesidonnaiseksi määrittelyksi	623
4. Reflektoitua teoreettista tietoa vai hiljaista tekijän tietoa?	628
4.1. Axel Hägerström ja suomalaisen lainopin ontologian taju	628
4.2. Lainopin tieteenkuva ja eksemplaarit	632
4.3. Hohfeld, Ross, Zitting	635
4.4. Suomalainen lainoppi ja tieteellisten vallankumousten rakenne	637
5. Mistä puhumme, kun puhumme oikeudesta?	640
5.1. ”... kohde itse, oikeus, tarjoaa välineet ja mittapuut omalle kritiikilleen”	640
5.2. Oikeuden tasot ja ulottuvuudet	645
5.2.1. Oikeuden pintataso: lainsäädäntö ”ei-vielä-oikeutena”, tuomioistuinten tuottama ”jo-oikeus” sekä lainopin tulkintalauseet	646
5.2.2. Oikeuskulttuurin taso	652
5.2.3. Oikeuden syvätaso	656
5.3. Voimassa oleva oikeus Tuorin mukaan?	660
5.4. Onnellista positivismia?	662
5.5. Huokoinen legaliteetti	666
5.6. Käsitteet, kartat, koordinaatit	668
6. Perusoikeusjärjestelmän sisäinen logiikka	670
6.1. Modernin oikeuden muutostekijät	670
6.2. Perusoikeusjärjestelmä ja sen horisontaaliset sidospäätökset ..	672
6.3. Perusoikeuksien analyyttinen tarkastelu	676
6.4. Vastavuoroisuus, suhteellisuus, yhdenvertaisuus	681
7. Analyyttinen omistusoikeuskäsitys ja sen luonnonoikeudelliset rajoitukset	683
7.1. Vallitsevat omistusoikeusparadigmat	683
7.2. Omistusoikeuden apriorinen elementti	686
7.3. Torjunta ja hyväksyntä	688
7.4. Seireenien laulu	692
8. Modernin oikeuden subjektikonstituutio: Locke – Kant – Foucault ..	693

9. Kielen ja maailman rajat, I: ” <i>Oikeus, joka on kuin sementtiä ...</i> ” ...	697
10. Kielen ja maailman rajat, II: Polysentrisen oikeuden manifesti	701
11. Metrin pituudesta	706
11.1. Metri institutionaalisena tosiasiana	706
11.2. Wittgenstein esitiedollisesta varmuudesta	709
12. Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia?	711
12.1. Modernin oikeuden rakenne Hartin mukaan	711
12.2. Wittgenstein, perusmetrin pituus ja oikeuden standardi- normi	713
12.3. Kelsen, Hart, Borges	716
12.4. Ontologiasta epistemologiaan: ulkoisen näkökulman tosiasialauseet ja sisäisen näkökulman pätevyyslauseet	724
12.5. Standardinormi ja oikeuden infrastruktuurit	728
10. OIKEUSTIETEEN NYKYTILA JA TULEVAISUUS	731
1. Suhteellisia totuuksia oikeudesta	731
2. Tutkimukselliset teemat ja sitoumukset	732
3. Tieto oikeudesta	735
4. Tutkijan itseymmärryksen osatekijät	742
5. Oikeus tosiasiana ja oikeus ideaalina	754
6. Oikeudellisten ratkaisuperusteiden rakenteistuminen ja formalisoituminen	756
7. Institutionaalinen ja dynaaminen oikeuslähdeoppi	761
8. Suomen voimassa olevan oikeuden tunnistamissääntö	778
9. Lainopin metodologia	783
9.1. Oikeudellinen tulkinta	785
9.2. Oikeudellinen systematisointi	788
9.3. Oikeudellinen punninta	792
9.4. Lainopin metodin suhde oikeustieteen muihin osa-alueisiin ...	795
10. Voimassa olevan oikeuden käsite vallitsevan oikeudellisen tietomuodon mukaan	796
11. Oikeustieteen tieteenkuva	801
12. Tieteellisen metodiopin vähimmäiskriteerit	811
13. Lainopin metodin määritelmä	814
14. Lainopin tulkintamatriisien kirjo	820
a) <i>Käsitelainoppi</i>	821
b) <i>Analyyttinen oikeustiede</i>	822
c) <i>Vaihtoehtoinen lainoppi</i>	823
d) <i>Sosiaalinen siviilioikeus</i>	824

<i>e) Pragmaattinen instrumentalismi: reella överbägenden -juridiikka ja oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi</i>	826
<i>f) Oikeusperiaatteiden punnintamalli</i>	827
<i>g) Naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus</i>	828
<i>h) Kriittinen oikeuspositivismi</i>	829
<i>i) Perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi</i>	830
<i>j) Käytännönläheinen laintulkintaoppi</i>	831
15. ”... kuin heikoilla kevätjäillä kulkien”	832
16. <i>Quo vadis, iurisprudentia?</i>	847
16.1. ”Sateenkaaren tuolla puolen?”	847
16.2. Paluu analyttiseen oikeusrealismiin ja institutionaaliseen oikeuspositivismiin	851
16.3. Todellisen ja mahdollisen dialektiikka	853
16.4. Argumentatiivinen avoimuus ja metodinen erillisyys	856
16.5. Oikeudellinen pluralismi	859
16.6. Suljetusta systeemilogiikasta avoimeen yhteiskunnalliseen kontekstiin	862
16.7. Kohti yleiseurooppalaista oikeutta?	866
SANASTO	873
SUMMARY IN ENGLISH	927
LÄHTEET	965
KAAVIOT:	
Kaavio 1: Oikeuden sisäinen ja ulkoinen tulkintareferenssi sekä staattinen ja dynaaminen systematiikka	96
Kaavio 2: Oikeustieteen tieteenala, tutkimuskohde, tiedonintressi ja tutkimusmetodi	156
Kaavio 3: Oikeustieteen tutkijanideologia, tieteenkuva tai tulkintamatriisi ja tutkimustulokset	157
Kaavio 4: Oikeudellisten ratkaisuperusteiden sääntöformalismin tai argumentatiivinen avoimuus	211
Kaavio 5: Oikeuslähteopin institutionaaliset oikeuttamisperusteet ja niiden vastaperiaatteet	230
Kaavio 6: Oikeuslähteiden institutionaaliset ja ei-institutionaaliset oikeuttamisperusteet, institutionaalinen tuki yhteiskunnassa, oikeudellinen metateoria sekä sääntöformalismin tai argumentatiivinen avoimuus	244

Kaavio 7: Staattinen ja dynaaminen oikeudellinen systematiikka	372
Kaavio 8: Oikeustieteen tieteenkuvan osatekijät	400
Kaavio 9: Oikeustieteen tieteenkuvan osatekijät yksinkertaistetussa muodossa	401
Kaavio 10: Oikeustieteen tieteenkuvan määreet oikeusperiaatteisiin suhteutettuna	414
Kaavio 11: Lainopin kantamatriisit ja vaikutteita saaneet tulkintamatriisit	524
Kaavio 12: Lainopin vallitsevan doktriinin ja kriittisen lainopin tulkintamatriisit	526
Kaavio 13: Perusoikeusjärjestelmän taustaideologia, perusoikeuksien luokittelu, horisontaali- ja vertikaalisuhteet sekä metatason yhteensovittussuhteet	679
Kaavio 2a: Oikeustieteen tieteenala, tutkimuskohde, tiedonintressi ja tutkimusmetodi (yhteenveto)	750
Kaavio 3a: Oikeustieteen tutkijanideologia, tieteenkuva tai tulkintamatriisi ja tutkimustulokset (yhteenveto)	751
Kaavio 5a: Oikeuslähdeopin institutionaaliset oikeuttamisperusteet ja niiden vastaperiaatteet (yhteenveto)	773
Kaavio 6a: Oikeuslähteiden institutionaaliset ja ei-institutionaaliset oikeuttamisperusteet, institutionaalinen tuki yhteiskunnassa, oikeudellinen metateoria sekä sääntöformalismi tai argumentatiivinen avoimuus (yhteenveto)	776
Kaavio 7a: Staattinen ja dynaaminen oikeudellinen systematiikka (yhteenveto)	791
Kaavio 8a: Oikeustieteen tieteenkuvan osatekijät (yhteenveto)	808
Kaavio 14: Oikeustieteen tieteenkuvan osatekijöiden yhdistelmät	810

1. Johdanto

1. OIKEUDEN SANAT JA ASIAT

”Kun olin lakannut nauramasta”, kirjoittaa ranskalaisfilosofi Michel Foucault *Les Mots et les choses. Une Archéologie du sciences humaines* -teoksen alkusanoissa, ”aloin pohtia, mikä oikein yhdistää sanat ja asiat toisiinsa.” Foucault’n spontaanin naurun oli aiheuttanut argentiinalaisen kirjailijan Jorge Luis Borgesin novelli ”John Wilkinsin analyyttinen kieli”, jonka lainaamassa kiinalaisessa ensyklopediassa eläimet oli jaettu: (a) keisarille kuuluviin, (b) balsamoituihin, (c) kesytettyihin, (d) maitopossuihin, (e) seireeneihin, (f) taruolentoihin, (g) kulkukoiiriin, (h) tähän luokitteluun kuuluviin, (i) sellaisiin, jotka käyttäytyvät kuin mielettömät, (j) lukemattomiin, (k) hienonhienolla kamelinkarvasiveltimellä piirrettyihin, (l) *et caetera*, (m) sellaisiin, jotka ovat juuri rikkoneet vesiruukun sekä (n) sellaisiin, jotka kaukaa katsottuna näyttävät kärpäsiltä. Oli Foucault’n mukaan yksinkertaisesti mahdotonta ajatella Borgesin systemaattista eläinluokitusta, jossa *samuuden* ja *erilaisuuden* kategoriat olivat menneet sijoiltaan.

Borgesin kiinalaisen ensyklopedian toteuttama luokittelu tuntuu loukkaavan karkealla tavalla sanojen ja asioiden luonnollisena koettua suhdetta sekä länsimaaisista kasvi- ja eläinkirjoista tuttua linnéläistä lajijärjestelmää. Seireenit ja muut taruolennot on rinnastettu kulkukoiiriin, maitopossuihin ja keisarille kuuluviin eläimiin. Balsamoidut ja kesytetyt eläimet ovat siinä rinta rinnan, samoin kuin hienonhienolla kamelinkarvasiveltimellä piirretyt eläimet, mielettömästi käyttäytyvät eläimet sekä eläimet, jotka ovat juuri rikkoneet vesiruukun. Luokka ”eläimet, jotka kaukaa katsottuna näyttävät kärpäsiltä” ei tunnu vastaavan länsimaaisen tieteellisen tarkkuuden ideaalia sekään. Tyhjentäväksi tarkoitettu eläinten luokittelu sisältää myös joukon ajatuksellisia omituisuuksia, kuten ”lukematomat”, ”sanottuun luokitteluun kuuluvat” tai *et caetera* -luokkiin sijoitetut eläimet. Foucault’n filosofiset pohdinnat sanojen ja asioiden keskinäisestä suhteesta johtivat hänet 1960-luvun lopulla *ihmistieteiden tiedonarkeologiaan*, jota hän kehitti kahdessa teoksessa, *Les Mots et les choses. Une Archéologie du sciences humaines* sekä *L’Archéologie du savoir*.¹ Foucault’n tiedonarkeologia tarkoittaa

¹ Foucault, *Les Mots et les choses. Une Archéologie des Sciences Humaines*; sama, *L’Archéologie du savoir*. Ks. myös Foucault, *L’ordre du discours. Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970*. Ihmistieteiden tiedonarkeologia vaihtui 1970-luvulla vallankäytön genealogiaksi muun muassa *Tarkkailla ja rangaista* -teoksessa. Foucault’n ajattelun kehityksestä saa hyvän kokonaiskuvan myös neliosaisesta teoksesta Foucault, *Dits et écrits, 1954–1988, vols. I–IV*, johon on koottu ranskalaisfilosofin muu kuin varsinaisessa kirjamuodossa julkaistu keskeistuotanto eli lehtihaastatteluja, artikkeleita ja muita pienempiä kirjoituksia.

länsimaisen ajattelun episteemisten ja käsitteellisten reunaehtojen määrittämistä, joista ranskalaisfilosofi käytti epistemologiaan eli tietoteoriaan viittaavaa termiä *épistémè*.

Ranskalaisfilosofin mukaan sanat ja asiat liittyvät yhteen tavalla, jonka kullekin aikakaudelle ominaisten *episteemisten* ja *käsitteellisten* reunaehtojen kokonaisuus tekee mahdolliseksi, oli sitten kyse keskiajan ja renessanssin maailmankuvan kielen ja maailman tiiviistä yhteenkietoutumisesta, 1600- ja 1700-luvun klassisen ajan havaintoihin perustuvista systemaattisista luokitteluista, joihin refleksiivinen tieto havaintoja tekevästä ja myös omaa identiteettiään jäsentävästä subjektista ei sopinut, tai 1800-luvun lopun uudenaikaisesta tiedosta, joka teki mahdolliseksi psykologian, kriminologian, tilastotieteen tai antropologian kaltaiset ihmistieteet sekä niiden avulla toteutetun tieteellistetyin kurinpidon. On kyse, Michel Foucault'n termin, tietyn aikakauden *tietomuodosta* (ransk.: *épistémè*) eli *historiallisesta a priorista*, joka – toisin kuin Kantin *Puhtaan järjen kritiikin* ajallisesti vakioitu *a priori* – on historiallisesti muuntuva inhimillisen tiedon edellytetyjen reunaehtojen kokonaisuus, jota ajalliset katkokset tai murrokset (ransk.: *rupture*) lisäksi osaltaan jäsentävät.

Kullakin aikakaudella on vain sille ominainen maailmankuva eli käsitys ”sanojen” ja ”asioiden” eli kielen käsitteiden eli todellisuuden ilmiöiden keskinäisestä suhteesta, eikä yhden aikakauden maailmankuvaa voi jännöksettä kääntää toisen historiallisen epookin kielelle ilman perustavan väärintymmärryksen vaaraa. Keskiajalla ja uuden ajan alussa sanat ja asiat olivat kietoutuneet yhteen kirjalliseksi kudelmaksi, joka avautui vain herkkävireiselle uskonnollis-symbolistiselle tulkinnalle. Niinpä keskiajan ja renessanssin luonnontieteilijät saattoivat pohtia käärmien ja lohikäärmeiden yhtäläisyyksiä ja eroavuuksia Aldrovandin *Historia serpentum et draconum* ja *Monstrorum historia* -teosten tavoin.² He saattoivat myös arvioida Paracelsuksen tavoin sitä, miten käärmeet pystyivät ymmärtämään kreikan kielen käärmettä tarkoittavan sanan *osy* tai *osya* eivätkä purreet henkilöä, joka osasi oikein lausua niiden nimen.³ Klassisen ajan eli 1600- ja 1700-luvun luonnontieteilijät sitä vastoin sivuuttivat ilmiöiden narratiivis-symbolisen tason ja sovelsivat tutkimuskohteeseen uudenlaista havainnon ja systemaattisen luokittelun ideaalia ruotsalaisen kasvitieteilijän Carl Linnén tavoin.

Foucault havainnollistaa 1600-luvun luokittelevaa tieteenideaalia Velazquezin *Las meninas* eli *Hovinaisia* -maalauksen avulla.⁴ Maalaus on kuin systemaattinen tutkielma klassisen ajan tuntemista erilaisista havainto- ja representaatiomuodoista: maalauksen taiteilija kankaansa äärellä, peilin kautta heijastuva kuva

² Foucault, *Les Mots et les choses*, s. 34, 38, 54–55.

³ Foucault, mts. 48.

⁴ Foucault, mts. 19–31, 318–319.

maalauksen taiteilijan kuvauksen kohteesta, etualalla prinsessa hovineitoineen ja kääpiöineen huoneen sivustan ikkunoista tulevassa valossa, huoneen taustalla oven suussa varjokuvana erottuva mieshahmo, ja niin edelleen. Oli vain yksi kuvauksen kohde, jota Velazquezin maalauksen ”mahdollisten representaatioiden maailma” ei klassismin aikakaudella kyennyt tavoittamaan: refleksiivinen tieto havaintoja tekevistä subjektista eli taulun kuvauksen kohteesta, joka on samalla taulun katsoja, jäi väistämättä representaation ulkopuolelle. Vasta 1800-luvulla tiedon suunta kääntyi sisäänpäin, kun uudenlainen tarkkaileva ja rankaiseva eli tieteellisen kurinpidon mahdollistava refleksiivinen tieto ihmisestä tuli mahdolliseksi kriminologian, psykologian, psykiatrian ja tilastollisen väestötieteen kaltaisten ihmistieteiden merkityksessä.⁵ Foucault ennakoii *Les Mots et les choses* -teoksen lopulla myös uudenlaisen länsimaisen tietomuodon (ransk.: *épistémè*) läpimurtoa, joka sivuuttaisi ihmisen tiedon keskipisteenä ja keskeisreferenssinä. Strukturalistisen lingvistiikan, psykoanalyysin ja etnografian myötä syntyy uudenlainen käsitys sanojen ja asioiden keskinäisestä suhteesta, jossa ihmisellä maailmaa konstituovana subjektina ei enää ole sijaa.

Sanat ja asiat ovat myös tämän kirjan tutkimuskohteena, mutta asiayhteys on nyt toinen kuin Borgesilla tai Foucault’lla. Tutkin *oikeudellisia* ilmiöitä ja niihin liitettyjä käsitteitä sekä sitä, mikä oikein liittyy nuo kaksi yhteen. Millaisista ”asioista”, ilmiöistä, olioista tai entiteeteistä oikeudellinen maailma eli oikeudellisesti määrittynyt yhteisöllinen todellisuus koostuu? Entä miten yhteisössä käytetty kieli ja erilaiset oikeudelliset ilmiöt liittyvät toisiinsa? Moderni oikeus käsittää monenlaisia ilmiöitä, olioita, entiteettejä tai asioita, kuten osakeyhtiöitä, avioliittoja, sopimuksia, asemakaavoja, maankäyttö- ja rakennusluovutuksia, vahingonkorvauskanteita, testamentteja ja valtiopäiville kokoontuneen kansanedustajainkokouksen, mutta miten oikeudelliset ilmiöt ovat luotavissa, muutettavissa, pantavissa täytäntöön tai kumottavissa? Miten ”sanoilla voi tehdä asioita” yhteisöllisesti määrittyneessä puhetilanteessa, niin kuin filosofi John L. Austin ilmaisi modernin lingvistisen filosofian ja sääntösidonnaisten puhetekojen teorian (engl.: *speech-act theory*) keskeiskysymyksen?⁶ Entä miten voimassa olevan oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityksisällön määrittäminen liittyy vallitsevaan oikeudelliseen tietomuotoon? Miten oikeudelliset ilmiöt ovat *kohteellistettavissa* ja *käsitteellistettävissä*?

Tutkimukseni teoreettisena lähtökohtana on tanskalaisen Alf Rossin ja – tulkintani mukaan – myös englantilaisen H.L.A. Hartin edustama *analyttinen oikeusrealismi*, joka määrittelee voimassa olevan oikeuden *yhteiskunnallisena tosiasiana* eli *toteutuneiden* ja todennäköisesti myös tulevaisuudessa *toteutettavissa*

⁵ Foucault, *Tarkkailla ja rangaista, passim*.

⁶ Austin, *How to Do Things with Words*.

sa olevien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena. Toisena teoreettisena perusteena on filosofien Elizabeth Anscomben, John L. Austinin ja John Searlen kehittämä *institutionaalisten tosiasioiden ja institutionaalisten puhetekojen* teoria (engl.: *speech-act theory*)⁷ sekä sen varaan rakentuva *institutionaalinen oikeuspositivismi* (engl.: *institutional theory of law*), jota skotlantilainen Neil MacCormick ja itävaltalainen Ota Weinberger ovat edelleen kehittäneet yhtäältä Austinin, Kelsenin ja Hartin analyttisen oikeuspositivismin ja toisaalta Austinin ja Searlen lingvistisen filosofian pohjalta.⁸

On toki lukemattomia muunkinlaisia tapoja *kohteellistaa* ja *käsitteellistää* modernin oikeuden alaan kuuluvat ilmiöt. Viimeaikaisessa suomalaisessa oikeusfilosofiakirjallisuudessa etenkin *oikeusfenomenologia*, *luonnonoikeusfilosofia* ja *oikeusteologia* ovat riitauttaneet analyttisen, realistisen tai institutionaalisen oikeusajattelun perusteet. Ne ovat perustelleet *messiaanisen* idean oikeudesta: oikeuden *ideaalinen olomuoto* tai *apriorinen olemus*, joka on ”kätkeytyä ja saavuttamaton”,⁹ ”ikuisesti tuleva”,¹⁰ ”ei-mitään”,¹¹ ”se mikä on oikein Jumalan edessä”^{11a} tai ”sateenkaaren tuolla puolen”,¹² on saanut syrjäyttää ajatuksen oikeudesta yhteiskunnallisena tosiasiana, jota institutionaaliset reunaehdot rajaavat ja määrittävät. En käsittele tässä teoksessa oikeusfenomenologiaa, klassista tai modernia luonnonoikeusfilosofiaa, oikeusteologiaa tai muita mannereurooppalaisen oikeusfilosofian lähestymistapoja muutoin kuin suhteessa tutkimukselliseksi referenssiksi valitsemiini analyttiseen oikeusrealismiin ja institutionaaliseen oikeuspositivismiin.

2. TUTKIMUKSELLISET TEEMAT

Oikeustieteen tieteenteoria käsittelee otsikkonsa mukaisesti oikeustieteen tieteenteoreettisia sitoumuksia. Sen painopiste on lainopin teoriassa. Analyttinen

⁷ Anscombe, ”On Brute Facts”; sama, *Intention*; Austin, *How to Do Things with Words*; Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*; sama, *The Construction of Social Reality*.

⁸ MacCormick & Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, s. 7–8; Weinberger, *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*.

⁹ Hirvonen, ”After the Law”, s. 233.

¹⁰ Hirvonen, *Oikeuden käynti*, s. 484–485.

¹¹ Hirvonen, *Oikeuden käynti*, s. 484: ”Dike ei ole mitään.”

^{11a} ”what is law (right) before God, that ought to be law (right) for man”, Panu Minkkinen kirjoittaa Erik Wolfin oikeusteologiaan viitaten. Minkkinen, *Thinking without Desire*, s. 168.

¹² Sivenius, ”The Law and the Rainbow”, s. 239–244; vrt. Siltala, ””Sateenkaaren tuolla puolen” – polysentrisen oikeuden manifesti”, s. 306–313.

oikeusrealismi ja institutionaalinen oikeuspositivismi lukitsevat sen tutkimukselliset koordinaatit.

Tutkimuksen ensimmäinen perusteema on yleisesti tieteenteoreettinen ja liittyy oikeustieteen tutkijan *ammattillisen itseymmärryksen* osatekijöiden määrittämiseen. Innoituksenani oli saksalaistutkija Rudolf von Jheringin 1800-luvulla esittämä moite, jonka mukaan ”kaikista laeista, joiden parissa juristit työskentelevät, he tuntevat huonoimmin oman tieteesä lait”.¹³ Nähdäkseni von Jheringin moite juristien heikosta ammatillisesta itseymmärryksestä pitää edelleen valitettavan hyvin paikkansa. *Lakimies*-lehden artikkelissani ”Oikeustieteen tutkijan itseymmärryksestä” erotin kolme oikeustieteen tieteenalaa lainopin, oikeuden historiallisen ja yhteiskuntatieteellisen analyysin sekä oikeusteorian ja oikeusfilosofian merkityksessä.¹⁴ Nyt soveltamani jaotus on hienojakoisempi, käsittäen kaikkiaan viisi oikeustieteen tutkimusalaa tai osalohkoa eli oikeuden *tulkintatieteellisen, ihmistieteellisen, kulttuuritieteellisen, yhteiskuntatieteellisen* ja *filosofisen* analyysin. Kunkin tieteenalan tutkimuskohteen määrittely, tiedonintressi ja tutkimusmetodi ovat ratkaisevalla tavalla erilaiset. Hahmotan oikeustieteen tutkijan itseymmärrystä *seitsemän T:n* listan avulla: tieteenala, tutkimuskohde, tiedonintressi, tutkimusmetodi, tutkijanideologia, tieteenkuva ja tutkimustulokset.¹⁵ Tietoisuus tutkimusta ohjaavien yleisistä tieteenteoreettisista lainalaisuuksista antaa toivoakseni paremmat valmiudet oikeudellisen analyysin toteuttamiseen.

Myös tutkimuksen toinen perusjuonne on oikeustieteen yleistä tieteenteoriaa jäsentävä: tavoitteena on määrittää modernin oikeuden *tietomuodon* (ransk.: *épistémè*) eli *historiallisen a priorin* sekä, siihen liittyen, oikeustieteen *tieteenkuvan* osatekijät.¹⁶ Oikeuteen ei ole *näkökulmaa ei-mistään*: ei ole tutkimuksellisesti perusteltua näkökulmaa oikeuteen, joka ei olisi jo sitoutunut määrättyihin oikeutta ja oikeudellista tietoa koskeviin tieteenteoreettisiin käsityksiin. Tässä tutkimuksessa nuo tieteenteoreettiset sitoumukset on siis tehty yhtäältä analyytisen oikeusrealismin ja toisaalta institutionaalisen oikeuspositivismin hyväksi.

¹³ Lainattu teoksessa Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 261.

¹⁴ Luonnokseni oikeustieteen tutkijan itseymmärryksen osatekijöiksi perustuu alustukseen, jonka pidin III Oikeuskulttuurin päivässä 9. marraskuuta 2001 vastaanotettuani Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Vuoden väittelijä 2000 -tunnustuspalkinnon. Silta, ”Oikeustieteen tutkijan itseymmärryksestä”, *passim*. Tässä sanottua kirjoitusta on edelleen työstetty. Ks. myös luku 3, ”Mitä oikeustiede on?”.

¹⁵ Tutkimusmetodi on itse asiassa osa oikeustieteen tieteenkuvaa, mutta didaktisista syistä se on tässä erotettu omaksi alakohdaksi.

¹⁶ Oikeuden *epistemologia* käsittelee oikeudellisen tiedon lähteitä ja arviointikriteerejä vallitsevan tai kriittisen oikeuslähdeopin merkityksessä. Oikeuden *metodologia* käsittää oikeussääntöjen systematisointi- ja tulkintanormit sekä oikeusperiaatteiden punnintanormit. Oikeudellisen epistemologian ja oikeudellisen metodiopin kysymykset lomittuvat osin yhteen: määrätynlaiset oikeudelliset argumentaatiomallit ovat sidoksissa määrättyihin oikeuslähteisiin.

Analysoin oikeudellista tietomuotoa yhtäältä oikeuden äärellisyyden analytiikan ja toisaalta oikeuden institutionaalisen positiviteetin osatekijöiden yhdistelmänä.¹⁷ Oikeuden *äärellisyyden analytiikka* viittaa oikeuden episteemiseen ja käsitteelliseen identiteettiin oikeuden ”sanat” eli oikeudelliset käsitekategoriat ja oikeuden ”asiat” eli oikeudelliset ilmiöt yhteenliittävän tieto-opillisen ja käsitteellisen kehyksen merkityksessä. Oikeuden *institutionaalinen positiviteetti* viittaa yhtäältä oikeuden tahdonvaltaiseen positiivisuuteen eli *asetettuisuuteen* oikeussääntöjen luomista, muuttamista, oikeusvaikutusten toteuttamista sekä kumoamista määrittelevien oikeudellisten *konstituutiosääntöjen* tarkoittamalla tavalla ja toisaalta oikeuden tietynhetkisen *tulkinnallisen merkityssisällön* määrittämiseen oikeudellisen metodiopin päättely- eli *argumentaatiosääntöjen* tarkoittamalla tavalla. Siirrän toisin sanoen ranskalaisfilosofi Michel Foucault’n *tiedon- arkeologian* keskeisideat oikeudelliseen asiayhteyteen ja täydennän niitä kielifilosofien John L. Austinin ja John Searlen *institutionaalisten puhetekojen* teorian sekä Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin *institutionaalisen oikeuspositivismin* keskeisideoiden avulla.

Oikeustieteen *tieteenkuva* on oikeuden institutionaalisen ontologian *konstituutiosääntöjen*, oikeuden *tunnistamissäännön* eli institutionaalisen oikeusläheopin, oikeudellisen metodiopin *argumentaatiosääntöjen* sekä oikeuden loogislingvististen *artikulaatiosääntöjen* kokonaisuus. Lainopin kontekstissa käytän tieteenkuvan rinnalla myös termiä *tulkintamatriisi*, joka lukitsee oikeuden tutkijan soveltaman tieteenteoreettisesti yhtenäistetyn oikeudellisen *tulkintakehyksen*.

Teoksen kolmas perusteema on *metodiopillinen*. Sen innoittajana on ollut tutkija, sittemmin oikeusneuvos Juha Häyhän toimittama artikkelikokoelma *Minun metodini*,¹⁸ jossa 17 suomalaista oikeustieteen professoria perusteli käsityksensä oikeustieteen metodiopista. Historiallisesti suomalainen lainoppi oli aina 1950-luvulle asti ja osin sen jälkeenkin vahvasti käsitelainopillisen systeemiologiikan sävyttämä. Oikeutta lähestyttiin ensisijaisesti käsitteellis-systeemisenä ilmiönä, missä jonkin oikeudellisen ilmiön suhteellinen sijainti oikeudellisten peruskäsitteiden systeemissä määritti ja rajasi oikeudellista tulkintaa. Nyt, 2000-luvun alussa, tilanne on toinen: käsitelainopin metodinen monismi on saanut murtua erilaisten keskenään kilpailevien oikeudellisten lähestymistapojen ja tul-

¹⁷ Käytän termiä institutionaalinen *positiviteetti*. Asiallisesti positiviteetti ja positiivinen tarkoittavat samaa asiaa eli oikeuden tahdonvaltaista *asetettuisuutta* (lat.: *ius positivum*): modernin oikeuden säännöt ovat luotavissa, muutettavissa, toteutettavissa oikeusvaikutuksiltaan sekä kumottavissa vain määrättyjen institutionaalisten toimijoiden eli lähinnä lainsäätäjän ja tuomioistuinten tekemien päätösten eli *institutionaalisten puhetekojen* avulla. Palaan kysymykseen lähemmin luvussa 6, ”Oikeustieteen tieteenkuva”.

¹⁸ Häyhä, toim., *Minun metodini*, *passim*.

kintamallien kirjoksi. Tiedeyhteisön itseymmärryksessä vallitsee metodinen *pluralismi* eli moniarvoisuus ja moniäänisyys, jollei suorastaan metodinen hajaannus ja *skepsis*, mistä *Minun metodini* -kirjan tekstit ovat parhaana osoituksena. Lainoppi osoittautuu sanotun teoksen valossa *metodisesti ohueksi* ja *episteemisesti epävarmaksi* tieteeksi,¹⁹ eikä mitään oikeustieteellistä metodia ehkä koskaan ollutkaan. Kirja toistaa H.C. Andersenin oivaltavaa tarinaa, jossa koreileva keisari pukeutui huijarivaattureiden kietomaan silkkiin ja samettiin, joiden oivalisuutta hoviväki ja kamaripalvelijat kilvan ylistivät, kunnes juhlaparaatissa alaston totuus lopulta paljastui: ”mutta eihän hänellä [keisarilla] ole vaatteita ensinkään.”²⁰

Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa johtamassani tutkijaseminaarissa vuosina 1998–2002 on analysoitu oikeustieteellisiä väitöskirjoja ja muita oikeustieteen näkökulmasta kiinnostavia tutkimuksia seuraavan ohjeellisen kysymysluettelon avulla:²¹

1. Tutkimuksen teoreettinen viitekehys? Tutkimuksen julkilausutut tavoitteet ja keinot niiden saavuttamiseksi? Mitä väitöskirjassa oikein väitetään, ja miten väitteet perustellaan? Rajaukset ja niiden perusteltavuus?
2. Vastaako toteutunut tutkimus sen julkilausuttua tavoitteenasettelua? Entä saavutetut tutkimustulokset suhteessa alkuperäisiin tavoitteisiin? Onko kirjoittajan metodinen itsereflektio väitöskirjassa tai sen jälkeen, kuten Juha Häyhän toimittamassa kirjassa *Minun metodini*, luotettava ja autenttinen kuvaus tutkijan itseymmärryksestä vai onko siinä kyse harhaanjohtavasta jälkikäiteisrationalisoinnista tai apologiasta?
3. Onko tutkimuksen teoreettis-metodinen osa tasapainossa vai onko se yli- tai alimitoitettu suhteessa työn soveltavaan osaan? Esiintyykö tekstissä ”teoriapöhöä” eli tutkimuskohteen tarpeetonta yliteoretisointia, vai onko siinä teoriasidonnaisten ideoiden tai doktriinien väistelyä siinä, missä teoreettista (itse)reflektiota välttämättä tarvittaisiin? Entä esiintyykö tekstissä irrallisten teksti- tai teoriafragmenttien keräilyä eli tutkimuksellista keräilykulttuuria, oppineiden sitaattikokoelmien laadintaa, vapaana soljuvaa ja lopulta diskurssiivista tajunnanvirtaa (à la James Joycen *Finnegans Wake*) tai kirjallista kollažiteknikkaa (à la Kurt Schwitters), missä irrallisia tekstikatkelmia on lomitettu päällekkäin halutun esteettisen vaikutelman saavuttamiseksi? Entä tukeeko tutkimuksen teoriaosa riittävällä ja välttämättömällä tavalla sen soveltavaa osaa?

¹⁹ Osuva termi ”epävarma tiede” (engl.: *an uncertain science*) on Panu Minkkisen, joka viittaa sillä oikeustieteen filosofisessa katsannossa pulmalliseen epistemologiaan. Minkkinen, *Thinking without Desire*, s. 9–25.

²⁰ Andersen, ”Keisarin uudet vaatteet”, s. 84; Siltala, ”Keisarin vanhat ja uudet vaatteet”, s. 80–82.

²¹ Siltala, ”Kymmenen teesiä oikeustieteen metodiopista ja oikeustieteellisestä tutkimuksesta, osa I”, s. 266–268.

4. Lähtökohtana on tekstin paras mahdollinen ja koherentein tulkinta Ronald Dworkinin tarkoittamalla tavalla siinä omaksuttujen tieteen- ja oikeusteoreettisten sitoumusten valossa, mutta myöskään kritiikkiä ei ole lupa unohtaa. Mitkä ovat tekstin kriittiset tai heikot kohdat: onko tutkimuksen teoreettista viitekehystä sovellettu johdonmukaisella tavalla vai onko tekstissä metodisia halkeamia, äkillisiä epäjatkuvuuksia, selittämättömiä itseensä viittaavuuksia, kehäpäätelmiä, perustelemattomia argumenttisiirtoja tyyliin *deus ex machina*, muita ajatuksellisia katkoksia tai ristiriitaisuuksia?
5. Mikä on tutkimuksen konteksti: perinteinen lainoppi, oikeuden historiallinen tai yhteiskuntatieteellinen tutkimus vaiko oikeusteoria tai oikeusfilosofia? Suhde lainopin tai muun oikeustieteellisen tutkimuksen traditioon ja sen eri koulukuntiin? Miten siirtymät (muusta) yhteiskuntatieteestä, kuten oikeustaloustieteestä, perinteiseen lainoppiin on toteutettu, ja merkitsevätkö senkaltaiset saumakohdat katkosta tutkimuksen perustelurakenteesta? Tukeeko (muu) yhteiskuntatieteellinen aines riittävällä tavalla tutkimuksen lainopillista osaa, ja kääntäen?
6. Tutkimuksen merkitys ja anti suomalaiselle oikeustieteelle? Innovatiivisuus? Reseptio ja kritiikki (mukaan lukien vastaväittäjän lausunto) sekä muu myöhempi keskustelu tutkimuksesta?
7. Väitöskirjan merkitys omalle tutkimustyölle? Mitä väitöskirjasta voi muunnetusti hyödyntää omassa tutkimushankkeessa? Mikä työssä on erityisen ansiokasta, ja onko siinä tutkimuksellisia ongelmia, joita on syytä välttää? Yksittäiset esimerkit hyvästä ja onnistuneesta tai epäonnistuneesta perustelutekniikasta? Muita omakohtaisia havaintoja? Mitä tästä opiksi eli oma arviosi väitöskirjan tai muun tutkimuksen ansioista ja puutteista sekä vaihtoehtoiset tavat tutkia kyseistä aihetta?

Tutkijaseminaarissa on yhdistetty aineksia tieteellisestä lukupiiristä, missä väitöskirjoja ja muita tutkimuksia on analysoitu seminaarissa intensiivisen lähiluvun avulla, ja teoksen kirjoittaja on saatettu kutsua seminaariin kuultavaksi sen jälkeen kun teosta on ensin seminaarissa yhteisesti käsitelty,²² sekä oikeustieteen tavanomaiset rajat ylittävästä tieteellisestä seminaarista, missä metodisia ideoita ja malleja oikeuden tutkimiseen on etsitty esimerkiksi seuraavilta aloilta: oikeus

²² Seminaarin vieraina ovat olleet lokakuulta 1998 lokakuulle 2002 muun muassa professorit Martti Koskenniemi (kahdesti), Juha Pöyhönen (kahdesti), Kaarlo Tuori, Thomas Wilhelmsson, Lars D. Eriksson, Tapio Määttä, lainsäädäntöneuvos Markku Helin, Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen johtaja Tapio Lappi-Seppälä, tutkija ja sittemmin neuvotteleva virkamies Pekka Timonen, tutkija ja sittemmin yliopistonlehtori Ari Hirvonen, tutkija ja sittemmin oikeusneuvos Juha Häyhä, apulaisoikeuskansleri Jaakko Jonkka, tutkija Marko Mononen, Nokian lisenssihoitaja Ilkka Rahnasto (yhteisessä seminaarissa Jukka Kemppisen johtaman HIIT-instituutin tutkijaseminaarin kanssa), tutkija Janne Kaisto sekä yliopistonlehtori Heikki Toiviainen. Lukuisia väitöskirjoja on myös käsitelty suppeammin eli ilman, että teoksen kirjoittajaa olisi kutsuttu myöhemmin seminaariin kuultavaksi.

ja kirjallisuudentutkimus,²³ oikeus ja musiikintutkimus,²⁴ oikeus ja semiotiikka,²⁵ oikeusteologia²⁶ sekä oikeus ja tieteenfilosofia.²⁷ Julkaisin myös kaksiosaisen kirjoituksen ”Kymmenen teesiä oikeustieteen metodiopista ja oikeustieteellisestä tutkimuksesta, I–II”.²⁸ Kirjoitukseni oli tietoisien kärjekäs: toivoin saavani aikaan asiallista ja kriittistä keskustelua hyvän oikeustieteellisen tutkimuksen yleisistä arviointikriteereistä, mitä suomalaisessa tiedeyhteisössä on kovin vähän ainakaan selväsanaisesti käyty.

Väitöskirjojen virallisten vastaväittäjien lausunnot toki sisältävät teoria- ja metodipohdintoja, joskin tavallisesti enemmän tai vähemmän *ad hoc* -tapaan kirjoitettuna, ilman laajempaa tai syvempää teoreettista kontekstia. Merkittävänä poikkeuksena on Ahti Saarenpään, Aulis Aarnion ja Juha Pöyhösen tekemä ehdotus oikeustieteellisen väitöskirjatutkimuksen yleisiksi arviointikriteereiksi, jotka alun perin esitettiin Lapin yliopistossa Rauno Halttusen väitöskirjan *Oikeudellisesta ratkaisusta joustavien oikeusnormilauseiden soveltamisalueella* hyväksymisen yhteydessä ja johon Saarenpää on myöhemmissä vastaväittäjän lausunnoissaan viitannut.²⁹ Saarenpään (ynnä muiden) tutkimuksen arviointikriteerit olivat seuraavat: (1) oikeusteorian metodinen tuntemus, (2) tieteellisen kysymyksenasettelun selkeys, (3) työn paikantaminen suhteessa aikaisempaan ja sitä lähellä olevaan tutkimukseen, (4) työn alaan liittyvän lukeneisuuden laajuus ja ajallinen ulottuvuus, (5) tieteellinen kurinalaisuus eli sisäinen johdonmukaisuus, (6) johtopäätösten perustelu ja (7) tieteellinen omaperäisyys.

Omat oikeudellisen metodiopin teesini kohtasivat tiedeyhteisön syvän ja vai-vautuneen hiljaisuuden, jonka syyt tulin oivaltamaan vasta paljon myöhemmin. Olin puuttunut suomalaisen oikeusopin pyhimpiin uskonkappaleisiin eli niihin *toteemeihin ja tabuihin* – eli, Alf Rossin termein, niihin *tû-tû’ihin*³⁰ – joihin

²³ Havaste, ”Tarzan ja viidakon laki”, alustus johtamassani Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan tutkijaseminaarissa 3.2.1999. Paula Havaste väitteli kirjallisuustieteessä *Tarzan*-kirjoja käsittelevällä tutkimuksellaan *Tarzan ja valkoisen miehen arvoitus* vuonna 1998.

²⁴ Heimonen, ”Soivatko lait? Musiikin ja oikeuden tulkinnasta”, alustus johtamassani Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan tutkijaseminaarissa 14.4.1999.

²⁵ Tarasti, ”Eksistentiaalista semiotiikkaa”, alustus johtamassani Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan tutkijaseminaarissa 1.3.2000. Ks. myös Tarasti, *Existential Semiotics*, jonka teoksen keskeisideoihin Tarastin luento perustui.

²⁶ Juntunen, ”Oikeuden idean teologiset perusteet”, alustus johtamassani Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan tutkijaseminaarissa 17.1.2001.

²⁷ Niiniluoto, ”Oikeusrealismi ja tieteellinen realismi”, alustus johtamassani Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan tutkijaseminaarissa 8.2.2002.

²⁸ Siltala, ”Kymmenen teesiä oikeustieteen metodiopista ja oikeustieteellisestä tutkimuksesta, osa I”; sama, ”Kymmenen teesiä oikeustieteen metodiopista ja oikeustieteellisestä tutkimuksesta, osa II”.

²⁹ Saarenpää, ”Vastaväittäjän lausunto Marjut Salokanteleen väitöskirjasta *Ownership of Rights in Audiovisual Productions. A Comparative Study*”, s. 881–882.

³⁰ Vrt. Ross, ”Tû-Tû” (1951), s. 468–484.

kajoamista ei missään yhteisössä katsota hyvällä. Tarvittaessa ankarankin tiedekritiikin ja kriittisen vuoropuhelun sijaan oikeustieteellinen tiedeyhteisö tuntui kaipaavan vain ideologista yksimielisyyttä ja yhteisen uskon ritualistista vahvistamista: *credo, quia credo*. Kritiikki oli vaihtunut tiedeyhteisön yksituumaiseen uskontunnustukseen. Ideaalidiskurssin väitetyn ajatuksellisen vapauden tilalla oli painostava hiljaisuus.

3. TUTKIMUKSELLISET VERTAILUKOHDAT

Perustelen kirjassa ajatuksen oikeustieteen ja etenkin lainopin yleisestä tieteen-teoriasta tai tieteenfilosofiasta.³¹ Sanotunlaista kokonaisuutena oikeustieteen suhteesta yleiseen tieteenteoriaan ei meillä tietääkseni ole aiemmin laadittu. Lähimmät vertailukohteet ovat Markku Helinin väitöskirja *Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960* vuodelta 1988 sekä Matti I. Niemen väitöskirja *Päämäärien valtakunta. Konventionalistinen analyysi lainopillisen tiedon edellytyksistä ja oikeusjärjestelmän perusteista* vuodelta 1996. Vaikka sanotut kaksi teosta poikkeavat nyt käsillä olevasta tutkimuksesta sekä kohderajaukseltaan että tiedonintressiltään, ne tarjoavat tutkimuksellisen vertailukohdan, johon oma tutkimukseni on tietyin osin suhteutettavissa. Samoin Aulis Aarnion laaja oikeudellista argumentaatioteoriaa ja lainopin teoriaa käsittelevä tuotanto tarjoaa sille tutkimuksellisen vertailukohdan.

Helinin *Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960* on huolellinen rekonstruktio skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta suhteessa ruotsalaisfilosofi Axel Hägerströmin metafysiikkakielteiseen ja arvonihiilistiseen filosofiaan sekä sen vaikutuksista suomalaiseen siviilioikeustieteeseen suhteessa ajallisesti varhaisimpaan käsitelainoppiin, 1940-luvun pragmaattiseen instrumentalismiin eli *reella överväganden* -juridiikkaan sekä 1950-luvun analyttiseen oikeustieteeseen. Tutkimuksellisina teemoina ovat lainopin tutkimuskohde ja sen kuvaaminen, juridinen argumentaatio sekä lainopillinen kysymyksenasettelu.³² Helinin tutkimus rajautuu vuosiin 1920–1960, eikä suomalaisen lainopin myöhempiä suuntauksia ole siinä arvioitu. Ajallisesti myöhemmät lainopin suuntaukset eli, tämän teoksen termin, oikeudelliset

³¹ Käytän termejä *tieteenteoria* ja *tieteenfilosofia* tarkoittamaan yhtä ja samaa asiaa tässä teoksessa: oikeustieteen tieteenteoreettisten (eli tieteenfilosofisten) sitoumusten määrittämistä oikeuden ontologisten, epistemologisten, metodologisten ja loogis-lingvististen määreiden merkityksessä.

³² Käsitteen Helinin teosta lähemmin luvussa 9.4. ”Reflektoitua teoreettista tietoa vai hiljaista tekijän tietoa?”.

tulkintamatriisit, kuten 1970-luvun vaihtoehtoinen lainoppi, 1980-luvun sosiaalinen siviilioikeus ja oikeusperiaatteiden punnintamalli, 1990-luvun oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi sekä naisoikeus- ja tasa-arvotutkimus samoin kuin 2000-luvun kriittinen oikeuspositivismi ja perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi, ovat siten rajautuneet Helinin ansiokkaan tutkimuksen ulkopuolelle.

Helin ei määrittele oikeustieteen tai lainopin tieteenkuvaa yleisellä tasolla vaan ainoastaan suhteessa tutkimukselliseksi referenssiksi valittuun skandinaaviseen oikeusrealismiin. Helinin oma tutkijanpositio kiinnittyy Thomas S. Kuhnin tieteellisten katkosten tai ”vallankumousten” varaan rakentuvaan tieteensoologiaan, keskeisjaotteluun reflektoidun teoreettisen tiedon ja hiljaisen tekijän tiedon välillä sekä ajatukseen oikeudellisten tekstien parhain päin lukemisesta. Tutkimuksellisena tiedonintressinä on suomalaisen lainopin itseymmärrys sekä kuhnilaisittain ymmärretty siirtyä käsitelainopista analyttiseen oikeustieteen. Oma tutkimuksellinen lähtökohtani on Heliniä yleisempi. Arvioin oikeustieteen tutkijan itseymmärrystä kaikkiaan seitsenkohtaisen luettelon avulla, ulottuen tutkimuskohteen ja tiedonintressin määrittelystä saavutettuihin tai vasta tavoiteltaviin tutkimustuloksiin. Määrittelen oikeustieteen tieteenkuvan foucault’laisittain oikeudellisen tietomuodon (ransk.: *épistémè*) osatekijöiden eli oikeuden *äärellisyyden analytiikan* ja *institutionaalisen positiviteetin* avulla. Oma tiedonintressini on siis Helinin kirjaa yleisemmällä tasolla. Skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvan sekä suomalaisen käsitelainopin, analyttisen siviilioikeustieteen ja *reella överbälganden* -juridiikan eli pragmaattisen instrumentalismin analyysissään Helin pääsee ymmärrettävästi nyt käsillä olevaa tutkimusta huomattavasti syvemmälle.

Matti I. Niemen *Päämäärien valtakunta. Konventionalistinen analyysi lainopillisen tiedon edellytyksistä ja oikeusjärjestelmän perusteista* on tehtävänasettelultaan Helinin kirjaa yleisemmällä tasolla. Niemen tutkimuskohteena on *lainopin tietoteoria*: miten lainopillinen tieto oikeudellisesta pitämisestä (saks.: *Sollen*, engl.: *Is*) on mahdollinen?³³ Niemi sitoutuu *konventionaaliseen* eli institutioidonaiseen käsitykseen oikeudellisesta tiedosta, minkä tieto-opillisen sitoumuksen itekin hyväksyn. Tieto modernista oikeudesta on toisin sanoen sidoksissa *institutionaaliseen oikeuslähteoppiin*, joka heijastaa määrättyjen oikeudellisesti kelpoisten institutionaalisten toimijoiden eli lainsäätäjän ja tuomioistuinten sekä muiden virkansa puolesta ja virkavastuulla lakia soveltavien viranomaisten *sääntösidonnaisia puhetkoja*, joiden avulla voimassa olevan oikeuden säännöt ovat luotavissa, muutettavissa, pantavissa täytäntöön sekä kumottavissa. Toisaalta Niemi torjuu sekä tieteellisen realismin että oikeusrealis-

³³ Niemi, *Päämäärien valtakunta*, s. 2.

min filosofiset lähtökohdat ja sitoutuu anti-realistiseen ja konventionalistiseen käsitykseen, jonka mukaan oikeus on keskeisesti kielellis-käsitteellinen asia.³⁴

Itse olen sitoutunut paitsi Neil McCormickin ja Ota Weinbergerin *institutionaaliseen oikeuspositivismiin* myös Alf Rossin (ja H.L.A. Hartin) edustamaan *analyttiseen oikeusrealismiin*. En näe ristiriitaa sanottujen käsitysten välillä, sillä Rossin myöhäisvaiheen oikeusajatteluun, jota vuonna 1953 ilmestynyt *Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi* keskeisesti edustaa, sisältyy Helinin osoittamalla tavalla *tulkinnallis-hermeneuttinen* elementti, jonka tieteenfilosofisista vaikutuksista oikeusajattelunsa empiirisyyttä korostanut Ross ei tunnu olleen täysin tietoinen.³⁵ Rossin tapa mieltää oikeussäännöt varhaisen oppi-isänsä Hans Kelsenin tavoin *tulkintaskemoiksi* eli *tulkintakehyksiksi* (saks.: *Deutungsschema*; tansk.: *tydningsskema*),³⁶ joiden avulla sosiaalista todellisuutta hahmotetaan oikeudellisesti, ei ole palautettavissa puhtaasti empiiristen havaintojen tai Popperin *maailma 1*:n käsittämään todellisuuteen, kuten ei myöskään Rossin keskeisajatus tuomarinideologiasta oikeustieteen tuottamien validiteetti- ja tulkintalauseiden episteemisenä referenssinä. Niemi tulkitsee siis Rossia toisin kuin Helin, jota olen itse tältä osin seurannut.³⁷ Tieteenfilosofi Ilkka Niiniluoto ei hänkään näe ongelmalliseksi hyväksyä Karl Popperin *maailma 3*:n yhteisöllis-kulttuurisia artefakteja, kuten voimassa olevia oikeusnormeja ja senkaltaisia oikeudellisia instituutioita kuin avioliitto, osakeyhtiö tai valtiopäiville kokoontunut (Suomen) eduskunta, realistisesti määritellyn filosofisen ontologian osaksi, joten ristiriitaa tieteellisen realismin ja oikeusrealismin välillä ei tältä osin ole.³⁸ Oikeusrealistisessa katsannossa voimassa oleva oikeus on *toteutunut* ja *toteutettavissa* oleva *yhteiskunnallinen tosiasia*, jonka *episteeminen, käsitteellinen, ontis-konstitutiivinen* ja *metodinen identiteetti* ovat sidoksissa määrättyihin institutionaalisiin ja yhteisöllisiin reunaehtoihin, joita tässä teoksessa lähemmin tarkastelen.

Niemen *Päämäärien valtakunta* keskittyy alaotsikkonsa mukaisesti lainopin tietoteoriaan eli tieto-oppiin. Oma tutkimuksellinen kohderajaukseni on kahdesakin mielessä laajempi. Ensinnäkin käsittelen oikeustieteen tietenteorian eri osatekijöitä kokonaisuudessaan eli oikeustieteen *ontologisia, epistemologisia, metodologisia* ja *loogis-lingvistisiä* sitoumuksia. Toiseksi, vaikka tutkimukseni

³⁴ Niemi, mts. 2–3.

³⁵ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 165.

³⁶ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 41; Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 3 *et seq.* – Rossin varhaisteos *Theorie der Rechtsquellen* oli omistettu Kelsenille, mutta Kelsenin vaikutusta on siis havaittavissa myös Rossin myöhäiskauden tuotannossa.

³⁷ Ross tuki itse korostaa lähestymistapansa empiirisyyttä varsinkin *Om ret og retfærdighed* -teoksen englanninkielisessä käännösversiossa *On Law and Justice*. Ross, *On Law and Justice*, s. IX. Niemi käyttää kuitenkin lähdetekstiksi sanotun teoksen alkuperäistä, tanskankielistä editiota.

³⁸ Niiniluoto, *Critical Scientific Realism*, s. 23–25, 33–34.

pääpaino on lainopin tieteenteorialla, käsittelen myös oikeustieteen muiden tiedonintressiltään ja tutkimusmetodiltaan erityneiden osalohkojen eli oikeuden tulkintatieteellisen, ihmistieteellisen, kulttuuritieteellisen ja yhteiskuntatieteellisen sekä filosofisen analyysin tieteenteoreettisia sitoumuksia. Niemi perustelee kirjassaan *yhteiskuntasopimuksen* ideaan perustuvan mallin oikeuden sitovuudesta ja konventionaaliseen totuuskäsitteeseen palautettavissa olevasta oikeudellisesta tiedosta. Tässä teoksessa toteuttamani ajatuksellinen siirtymä oikeustieteen tieteenteoriasta lainopillisten tulkintamatriisien rajaamaan ja kohdentamaan oikeudelliseen tulkinta- tai punnintakehykseen ei sen vuoksi kuulu hänen tutkimuksensa alaan. Samalla Niemi luonnollisesti analysoi oikeudellista epistemologiaa huomattavasti syvällisemmin kuin mihin tässä teoksessa on mahdollisuus.

Luonnollisesti myös *analyyttisen oikeuspositivismin* (John Austin, Hans Kelsen), *analyyttisen oikeusrealismin* (Alf Ross, H.L.A. Hart) ja *institutionaalisen oikeuspositivismin* (Neil MacCormick, Ota Weinberger) keskeiskirjoitukset, samoin kuin *institutionaalisia faktoja* ja *puhetekoja* käsittelevän kielifilosofian (Elizabeth Anscombe, John L. Austin, John Searle) sekä *filosofisen dekonstruktion* (Jacques Derrida) avaintekstit, tarjoavat tutkimuksellisen referenssin omien tieteenteoreettisten sitoumusteni arvioimiseksi siltä osin kuin olen sanottuja teorioita ja käsityksiä hyödyntänyt. Jaksoissa oikeustieteen ja etenkin lainopin metodiopista Juha Häyhän toimittama artikkelikokoelma *Minun metodini* tarjoaa luontevan vertailukohdan. Lopuksi, suomalaisen oikeustieteen ja etenkin lainopin teorian analyysi on mitä suurimmassa määrin keskustelua Aulis Aarnion oikeudellisen argumentaatioteorian kanssa, joka on syvällisesti jäsentänyt suomalaisen juristin ammatillista itseymmärrystä aina 1960-luvun lopulta lähtien. Aarnion keskeiskirjoitukset ovat olleet tekstin tutkimuksellisenä referenssinä etenkin luvun 2, ”Mitä oikeus on?”, alaluvuissa 2.11. (”Onko voimassa olevaa oikeutta koskevilla väitelauseilla totuusarvo?”) ja 2.12. (”Onko oikeudelliseen ongelmaan vain yksi ainoa oikea ratkaisu?”), luvussa 4, ”Institutionaalinen oikeuslähdeoppi”, sekä luvussa 6, ”Oikeustieteen tieteenkuva”.

4. TUTKIMUKSEN RAKENNE

Tässä kirjan ensimmäisessä eli johdantoluvussa esittelen sen tutkimuksellisen tehtävänasettelun, keskeisteemat ja lähimmät vertailukohdat sekä yleisen rakenteen.

Kirjan toisessa luvussa, ”Mitä oikeus on?”, paikannan nyt käsillä olevan tutkimuksen John Austinin, Hans Kelsenin, Jerzy Wróblewskin ja H.L.A. Hartin analyttisen oikeuspositivismin sekä Alf Rossin (ja osaltaan myös Hartin) *analyttisen oikeusrealismin* avulla. Määrittelen oikeuden *yhteiskunnallisena tosi-*

asiana eli sosiaalisena faktana vallitsevan tuomarinideologian eli tuomioistuinten ja muiden viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymien oikeuslähdeopin sitoumusten avulla: oikeus on yhteiskunnallinen tosiasia eli *toteutuneiden* ja vallitsevan tuomarinideologian sitoumusten perusteella myös tulevaisuudessa todennäköisesti *toteutettavissa* olevien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuus. Arvioin Rossin tuomarinideologian ja Hartin oikeuden tunnistamissäännön suhdetta yhtäältä oikeussääntöihin ja oikeusperiaatteisiin sekä toisaalta oikeustieteen tieteenkuvan institutionaalista oikeuslähdeoppia (= epistemologisiin) ja oikeudellista argumentaatioteoriaa (= metodologisiin) jäsentäviin osatekijöihin. Suhteutan esittämäni voimassa olevan oikeuden määritelmän Aulis Aarnion idealistisempaan oikeuskäsitykseen, jossa oikeuslähteiden koherenssi ja oikeudellisen tulkintakannanoton hyväksyttävyyden rationaalisesti harkitsevassa oikeusyhteisössä on asetettu oikeussäännön voimassaolon konstitutiiviseksi ja tietopilliseksi ehdoksi.

Toisaalta, modernin oikeuden liittymät yhteiskunnan institutionaaliseen perustaan perustee kielifilosofien John L. Austinin ja John Searlen kehittämän *institutionaalisten puhetekojen* teorian sekä oikeusfilosofien Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin kehittämän *institutionaalisen oikeuspositivismin* keskeisen merkityksen oikeustieteen tieteenteorialle. Voimassa olevan oikeuden säännöt ovat luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa sekä kumottavissa lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien *institutionaalisten puhetekojen* avulla.

Määrittelen oikeustieteen tutkijan valittavana olevan *tutkijanideologian* vaihtoehdot suhteessa vallitsevaan tuomarinideologiaan yhtäältä *analyttis-deskriptiivisen* ja toisaalta *normatiivis-kriittisen* tutkijanäkökulman merkityksessä. Analyttis-deskriptiivinen tutkijanideologia pyrkii kuvaamaan voimassa olevan oikeuden tietynhetkistä tilaa vallitsevan tuomarinideologian eli tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän oikeuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian sitoumusten avulla, kun taas normatiivis-kriittinen tutkijanideologia perustee tutkimuksellisen vaihtoehdon vallitsevalle tuomarinideologialle johonkin muuhun oikeudelliseen tai yhteiskuntaideologiaan sitoutuun. Perustelen lainopin tieteenteorian erityisaseman suhteessa oikeustieteen muihin osalohkoihin sen tieteenteoreettisen ja etenkin metodisen ohuuden, yhteiskunnallisten ja institutionaalisten sidonnaisuuksien sekä juristien ammatillista itseymmärrystä keskeisesti jäsentävän tehtävän perusteella.

Arvioin yhtäältä *tieteenteoreettisen positivismin* ja *oikeuspositivismin*, toisaalta *tieteellisen realismin* ja *oikeusrealismin* keskinäistä suhdetta muun muassa G.H. von Wrightin, Ilkka Niiniluodon ja Alf Rossin käsitysten valossa. Arvioin

myös voimassa olevaa oikeutta koskevien validiteetti- ja tulkintalauseiden to-
tuusarvoproblematiikkaa Aulis Aarnion ja Ilkka Niiniluodon aihetta koskevien
keskeiskirjoitusten valossa. Oma Rossin (ja Hartin) ajatuksiin palautuva käsityk-
seni on lähempänä Niiniluodon tieteellistä realismia kuin Aarnion oikeudellista
idealismia. Lisäksi suhteutan ajatteluni Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin
edustamaan *institutionaaliseen oikeuspositivismiin*.

En sitoudu Kaarlo Tuorin *kriittiseen oikeuspositivismiin* sen omasta oikeuskä-
sityksestäni poikkeavien teoreettisten sidonnaisuuksien vuoksi. Vaikka liittymä
John L. Austinin ja John Searlen kehittelemään sääntösidonnaisten puhetekojen
teoriaan onkin molemmille teorioille yhteinen, Tuorin teorian keskeisajatus oi-
keuden syvempien tasojen tai ajallisten kerrostumien normatiivisista oikeusperi-
aatteista, jotka ovat avoinna myös kriittisen yhteiskuntamoraalin arvoperiaatteil-
le, samoin kuin Tuorin teoriassa oikeuden pintatasolle kuuluvat vaihtoehtois-
kriittisen lainopin tuottamat oikeudelliset tulkintalauseet, eivät vastaa analyyttil-
sen oikeusrealismin tai institutionaalisen oikeuspositivismin mukaista oikeuskä-
sitystä. Itse hyväksyn institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nautti-
vat oikeusperiaatteet osaksi voimassa olevaa oikeutta vain, jos ne kuuluvat vallit-
sevan tuomarinideologian oikeuslähdeopillisiin sitoumuksiin Alf Rossin tarkoit-
tamassa merkityksessä. Lainopin tuottamat oikeudelliset tulkintalauseet eivät
nekään kuulu voimassa olevan oikeuden käsitteen alaan. Lainopin tulkintalausei-
ta voitaisiin ehkä kutsua, Tuorin lainsäädäntöön ja oikeuskäytäntöön soveltamaa
terminologiaa jatkaen,³⁹ *ei-vielä-mutta-ehkä-joskus-oikeudeksi* tai *ei-vielä-eikä-
ehkä-koskaan-oikeudeksi*, siitä tutkijanideologisesta valinnasta riippuen, onko
kyse lainopin vallitsevan doktriinin tulkintalauseista, joiden toteutuminen tuo-
mioistuinten vastaisessa ratkaisukäytännössä on vallitsevan tuomarinideologian
valossa todennäköistä, vai onko kyse vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen po-
liittisen lainopin tuottamista tulkintalauseista, joiden toteutuminen vastaisessa
tuomioistuinikäytännössä on vallitsevan tuomarinideologian valossa enemmän
tai vähemmän epätodennäköistä.

Arvioin väitettä yhdestä ainoasta ratkaisusta oikeudelliseen ongelmaan oikeu-
den yhtäältä sisäisen tai ulkoisen sekä toisaalta staattisen tai dynaamisen *tulkin-
tareferenssin* avulla. Lisäksi perustelen idean oikeudellisen ratkaisuperusteen
rakenteistumisesta Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvo-
perustaan sen sääntösidonnaisissa, oikeudellisesti merkityksellisissä käytännöis-
sä nauttiman institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän merkityksessä
sekä oikeudellisen ratkaisuperusteen *formalisoitumisesta* eli sen suhteellisesta
itsenäisyydestä tai, vaihtoehtoisesti, argumentatiivisesta avoimuudesta eli määri-
telmällisestä yhteenkietoutumisesta suhteessa sen alkuperäisiin synty- ja oikeut-

³⁹ Tuorille lainsäädäntö on ”ei-vielä-oikeutta”, tuomioistuinratkaisut ovat ”jo-oikeutta”. Tuori,
Kriittinen oikeuspositivismi, s. 153, 300.

tamisperusteisiin erilaisten taustalla vaikuttavien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden merkityksessä. Näiden kahden keskeiskriteerin avulla toteut-
tan erottelun *formaaleihin oikeussääntöihin, institutionaalisiin oikeusperiaattei-
siin* sekä *subjektisidonnaisiin arvoihin*.

Toinen luku toimii samalla johdantona myöhempiin institutionaalista oikeus-
lähdeoppia (luku 4), lainopin metodia eli oikeudellista tulkintaa, systematisoin-
tia ja punnintaa (luku 5), oikeustieteen tieteenkuvaa (luku 6), tieteellistä metodia
(luku 7) sekä lainopin tulkintamatriiseja (luku 8) koskeviin lukuihin.

Kolmas luku, ”Mitä oikeustiede on?”, jäsentää oikeustieteen tutkijan itseym-
märryksen keskeisiä osatekijöitä kehittämäni *seitsemän T:n* listan eli tutkimuk-
sen tieteenalan, tutkimuskohteen, tiedonintressin, tutkimusmetodin, tutkijan-
ideologian, tieteenkuvan ja tutkimustulosten avulla.⁴⁰ Lisäksi arvioin lainopin
suhdetta yhtäältä muihin humanistisiin tulkintatieteisiin, kuten teologiaan ja
yleiseen kirjallisuudentutkimukseen, toisaalta oikeuden ihmis-, kulttuuri- ja yhe-
teiskuntatieteelliseen tutkimukseen sekä kolmanneksi oikeusteoriaan ja oikeusfi-
losofiaan. Perustelen ajatuksen lainopin metodisesta erillisyydestä ja argumenta-
tiivisesta avoimuudesta eli tutkimuksen premissien ja saavutettujen tutkimustu-
lostien avoimesta vuorovaikutuksesta suhteessa oikeustieteen muihin osa-aluei-
siin ja humanistisiin tulkintatieteisiin. Oikeusteorian tai oikeusfilosofian vaiku-
tus lainoppiin osoittautuu kuitenkin oikeustieteen muita tutkimusaloja merkittä-
vämmäksi oikeustieteen tieteenkuvan tieteenteoreettisten sidonnaisuuksien mää-
rittämisen merkityksessä.

Neljännessä luvussa, ”Institutionaalinen oikeuslähdeoppi”, perustelen suoma-
laisen tuomarin tai muun lakia soveltavan viranomaisen eli *institutionaalisen
lainsoveltajan* oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavan oikeuslähdeopin mallin,
jonka osatekijöinä ovat: (a) mallin *kohdentuvuus* eli sen vastaavuus vallitsevan
tuomarinideologian eli tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsovelta-
jien kollektiivisesti sisäistämän oikeuslähdeopin kanssa yhtäältä sen asiallisen
laajuuden ja toisaalta sisällöllisen täsmällisyyden merkityksessä, (b) oikeudelli-
sen ratkaisuperusteen *sääntöformalismin* tai *argumentatiivinen avoimuus*, viitaten
sen suhteelliseen itsenäisyyteen tai määritelmälliseen yhteenkietoutumiseen sen
taustalla vaikuttaviin tai ainakin vaikuttaneisiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai
tavoiteperusteisiin nähden, (c) oikeudellisen ratkaisuperusteen *rakenteistuminen*
Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eli sen eri-
laisissa vakiintuneissa, oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhe-
teiskunnallisissa käytännöissä, kuten lainsäädännössä, lainvalmistelussa, tuo-
mioistu- ja viranomaiskäytännössä sekä vakiintuneissa sopimuskäytännöissä,
nauttima institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä, d) *institutionaaliset*

⁴⁰ Tutkijan itseymmärryksen osatekijöitä on varsinaisesti kuusi, koska tutkimuksen metodiopilliset sitoumukset ovat osa oikeustieteen tieteenkuvaa.

ja *ei-institutionaaliset oikeuttamisperusteet* esimerkiksi lainsäädännön taustalla vaikuttavan demokratiaperiaatteen eli lainsäätäjän tahdon kunnioittamisen periaatteen, sopimussitovuuden perustelevan kansalaisten tahdonautonomian kunnioittamisen periaatteen tai prejudikaattiperustaisen oikeuden ja muun vakiintuneen oikeuskäytännön noudattamisen taustalla vaikuttavan kansalaisten oikeudellisen yhdenvertaisuuden periaatteen merkityksessä, sekä (e) vallitseva *oikeudellinen metateoria* eli oikeuden *institutionaalinen metakonteksti*, jonka avulla vallitsevan oikeuslähdeopin käsittämät oikeuslähteet ja niiden institutionaaliset tai ei-institutionaaliset oikeuttamisperusteet voidaan sovittaa yhteen.

Voimassa oleva oikeus osoittautuu *konstruktiviseksi* ja *instituutiosidonnaiseksi* käsitteeksi, joka on suhteutettava tuomioistuinten ja muiden viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämään käsitykseen oikeuden tunnistamiskriteereistä sekä oikeudellisessa argumentaatioissa hyödynnettävistä tulkinta- ja ratkaisuperusteista. Perustelen *institutionaalisen oikeuslähdeopin* mallin, jossa yhtäältä perinteinen eli Aulis Aarnion ja Aleksander Peczenikin kehittämä *staattinen* oikeuslähdeoppi sekä toisaalta *dynaaminen* eli tilannesidonnainen ja systeemisesti avoin oikeudellisten ratkaisuperusteiden malli lomittuvat suomalaisen tuomarin ratkaisuharkinnassa keskenään. Teen ehdotuksen 2000-luvun suomalaisen tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavasta tuomarinideologiasta (Ross) eli oikeuden tunnistamissäännöstä (Hart), missä myös dynaamiset eli ratkaisuarvoltaan ei-vakioitavissa olevat oikeuslähteet sekä etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevät yleiset oikeusohjeet on otettu huomioon. Jaan oikeuslähteet Aarniota ja Peczenikiä mukailien velvoittaviin, ohjeellisiin ja muihin mahdollisiin ratkaisuperusteisiin. Erotuksena Aarnion ja Peczenikin perinteiseen, staattiseen oikeuslähdeopin malliin on se, ettei systeemisesti yhteiskunnallisille arvoille tai tavoitteille avointen eli dynaamisten oikeudellisten ratkaisuperusteiden oikeudellista ratkaisuarvoa ole mahdollista ennalta tai edes jälkikäteen systeemisesti vakioida staattisen oikeuslähdeopin jäsennyksen edellyttämällä tavalla.

Etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden ratkaisuarvo tuomarin ratkaisuharkinnassa ei ole määritettävissä yksin niiden muodollisen syntyvän perusteella Kelsenin ja Merklin oikeusnormihierarkian tai Aarnion ja Peczenikin staattisen oikeuslähdeopin jäsennyksen tarkoittamalla tavalla. Pulmallisessa ratkaisutilanteessa on lisäksi arvioitava sanotunlaisen oikeudellisen ratkaisuperusteen rakenteistuminen osaksi *yleiseurooppalaista oikeuskäytäntöä* eli yhtenäistä ja vakiintunutta Euroopan yhteisön jäsenmaiden tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaiden kansallista oikeudellista tulkintakäytäntöä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen vastaavaan ratkaisukäytäntöön suhteuttuna. Kiperässä Euroopan yhteisöoi-

keuden tai ihmisoikeusnormiston soveltamistilanteessa, missä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevän yleisen oikeusohjeen oikeuslähdeopillinen ratkaisuarvo on epäselvä tai kiistanalainen, yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö saa oikeusvertailevan tulkinta-argumentin välityksellä myös suomalaisen tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavaa merkitystä. Suomalaista tuomaria velvoittava oikeus ei ole enää puhtaasti kansallista oikeutta.⁴¹

Viidennessä luvussa, ”Lainopin metodi: oikeudellinen tulkinta, systematisointi ja punninta”, arvioin oikeudellista metodioppia eli oikeussääntöjen tulkintaa ja systematisointia sekä oikeusperiaatteiden arvosidonnaista punnintaa. Perustelen väitteen, jonka mukaan oikeudellisen metodiopin tulkintamallit on määriteltävä *oikeuslähdekohtaisesti* sekä suhteessa omaksuttuun lainopin *tulkintamatriisiin* ja sen lukitsemiaan tulkintakehykseen. Niinpä lainsäädännön, prejudikaattien ja muun vakiintuneen oikeuskäytännön, sopimusperustaisen oikeuden, tavanomaisen oikeuden sekä reaalistien argumenttien tulkinnassa sovellettavat mallit ja oikeudelliset tulkintaperusteet poikkeavat merkittävästi toisistaan. Lainsäädäntö perustuu yleisten ja tuomaria ennalta velvoittavien oikeusnormien soveltamiseen yksittäistapauksessa, kun taas prejudikaattiperustainen oikeus on tapauskohtaisista, yksittäisestä ratkaisusta toiseen etenevää, missä prejudikaattinormin täsmällinen formulointi saattaa lisäksi merkittävästi muuttua ratkaisusta toiseen. Sen vuoksi prejudikaattien tulkinta edellyttää tutkijalta tai tuomarilta varsin erilaista ”oikeudellista lukutaitoa” eli oikeudellisen argumentaation taitoa kuin perinteinen lainsäädännön tulkinta. Sopimusperustaisen oikeuden tulkinta on sidoksissa sovellettavaan *sopimusmalliin*. Tavanomainen oikeus liittyy määritelmällisesti vallitseviin yhteisöllisiin käytäntöihin, joskin se voidaan myös nähdä sopijapuolten vähintäänkin hiljaisesti hyväksymän sopimuskonstruktion ja sovelletun sopimusmallin ilmentymänä. Reaalistien argumenttien tulkinnassa on sitouduttu ideaan yhteiskunnallisesta tavoiterationaalisuudesta ja ratkaisun ennakoitavissa olevien seurausten huomioon ottamisesta. Tutkijan omaksumasta yhtenäisestä oikeudellisesta tulkintamatriisista johdettu menetelmällinen *tulkintakehys* tai, oikeusperiaatteisiin sovellettuna, punnintakehys jäsentää ja rajaa oikeussääntöjen tulkintaa tai oikeusperiaatteiden arvosidonnaista punnintaa.

Oikeudellinen *systematisointi* tarkoittaa voimassa olevien oikeussääntöjen keskinäisten suhteiden määrittämistä. Oikeudellinen systematiikka rakentuu yhtäältä formaaleista *konfliktinratkaisunormeista* ja toisaalta oikeudellista pää-

⁴¹ Korkeimman oikeuden presidentti (emeritus) Olavi Heinonen on puhunut tähän viitaten suomalaisen tuomarin kolmoisroolista. Heinonen, ”Näköala eiliseen ja huomiseen. Haastattelijana Aulis Aarnio”, s. 79. – Oma argumenttini *yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön* ja oikeusvertailun merkityksestä suomalaisen tuomarin ratkaisuharkinnassa on, Heinosen argumenttia jatkaen, suomalaisen tuomarin ”neljäs rooli”.

sääntö/poikkeus -jaottelua määrittävien *oikeudellisten (perus)käsitteiden, dogmien ja konstruktioiden* kokonaisuudesta.⁴² Jaan oikeudellisen systematiikan staattiseen eli varsinaiseen systematiikkaan sekä dynaamiseen eli tilannekohtaisesti määritettävissä olevaan systematiikkaan. *Staattinen* systematiikka viittaa oikeussääntöjen ennalta määritettävissä ja systeemisesti vakioitavissa olevaan jäsennykseen, kun taas *dynaaminen* systematiikka on määritettävissä vain suhteessa kulloinkin käsillä olevaan oikeustapaukseen. Oikeusperiaatteita ja vastaavia oikeudellisia ratkaisustandardeja ei ole mahdollista systematisoida samassa merkityksessä kuin formaaleja oikeussääntöjä, sillä ne ovat jo määritelmällisesti systeemisesti avoimia eli vain tilannesidonnaisesti vaikuttavia tulkinta- tai ratkaisuperusteita, joiden oikeudellista ratkaisuarvoa ei voi oikeussääntöjen tavoin systeemisesti lukita ja vakioida.

Toisaalta, sovellettava oikeudellinen tulkintamatriisi saattaa tehdä mahdolliseksi tai suorastaan edellyttää myös oikeusperiaatteilta vähintäänkin heikosti systeemisistä jäsennystä esimerkiksi perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin asettamien punnintaprioriteettien merkityksessä: kansalaisten henkeä ja terveyttä suojaavat perusoikeudet saavat nähdäkseni etusijan yhteisöllis-kulttuurisiin oikeuksiin nähden, ja perusoikeuksia tukevat oikeusperiaatteet saavat etusijan muihin mahdollisiin oikeusperiaatteisiin nähden. Juha Pöyhösen tavoin jäsennetyssä sopimusoikeuden oikeusperiaatemallissa yhteisöllinen kohtuusperiaate ja sopimustasapaino saavat vähintään heikon systeemisen etusijan sopimusoikeuden tahtoperiaatteeseen ja luottamuksensuojaan nähden. Samoin prejudikaattiperustainen oikeus noudattaa sovellettavasta prejudikaatti-ideologiasta riippuen eriasteista systeemisistä jäsennystä, missä esimerkiksi Ronald Dworkinin tavoin mielletty idea oikeudellisesta eheydestä (engl.: *law as integrity*) tarjoaa perustan tilannesidonnaiselle oikeudelliselle systematiikalle. Lisäksi arvioin oikeudellisten ratkaisuperusteiden *rakenteistumista* ja *formalisoitumista* erottelukriteereinä, jonka avulla oikeudellisen aksiologian keskeisjaottelu formaaleihin oikeussääntöihin, institutionaalsiin oikeusperiaatteisiin ja subjektsidonnaisiin arvoihin on toteutettavissa.

Kuudennessa luvussa, ”Oikeustieteen tieteenkuva”, palaan johdantoluvussa esittämäni kysymykseen oikeudellisen tiedon perusteista eli siihen, mikä liittyy modernin oikeuden ”sanat” ja ”asiat” eli oikeudelliset käsitekategoriat ja oikeudelliset ilmiöt toisiinsa. Määrittelen oikeudellisen *tietomuodon* eli *historiallisen a priorin* (ransk.: *épistémè*) osatekijät oikeuden äärellisyyden analytiikan ja oikeuden institutionaalisen positiviteetin merkityksessä. Oikeuden *äärellisyyden analytiikka* käsittää oikeuden *tunnistamissäännön*, jonka avulla on mahdollista erottaa voimassa oleva oikeus ”ei-oikeudesta” eli kaikesta mikä ei ole oikeutta,

⁴² Oikeudellisista peruskäsitteistä, dogmeista ja konstruktioista Juha Pöyhösen sopimusoikeuden teorian osana, ks. luku 9.3. ”Sopimusmalliajattelun piilevät premissit”.

esimerkiksi moraalin, uskonnon tai estetiikan normien ja arvostelmien merkityksessä, sekä oikeudellisten ilmiöiden käsitteellistämistä ohjaavat loogis-lingvistiset *artikulaatiosäännöt*. Toisaalta, oikeuden *institutionaalinen positiviteetti* eli lainsäätäjän ja tuomioistuinten *institutionaalisiin puhetekoihin* sidottu oikeuden *toteutettavuus* ja *todellistettavuus* käsittää yhtäältä oikeudellisen ontologian *konstituutiosäännöt*, joiden tarkoittamalla tavalla oikeus on lainsäätäjän ja tuomioistuinten tekemien tietoisten päätösten avulla tahdonvaltaisesti luotavissa, muutettavissa, pantavissa täytäntöön ja kumottavissa, sekä toisaalta oikeudellisen metodiopin käsittämät oikeussääntöjen tulkintaa ja systematisointia sekä oikeusperiaatteiden ja muiden ratkaisustandardien punnintaa ohjaavat *argumentaatiosäännöt*, joiden tarkoittamalla tavalla oikeuden ”semanttisesti mahdollisten maailmojen” sfääri on tulkinnallisesti rajattavissa ja määritettävissä.

Perustelen toisin sanoen oikeudellisten käsitteekategorioiden ja oikeudellisten ilmiöiden suhteen Michel Foucault’n *ihmistieteiden tiedonarkeologiasta* omaksettujen ideoiden avulla. Analysoin modernin oikeuden määritelmällistä positiivisuutta eli sen tahdonvaltaista ”asetettuisuutta” filosofien Elizabeth Anscomben, John L. Austinin ja John Searlen *institutionaalisten tosiasioiden* (engl.: *institutional facts*) ja *institutionaalisten puhetekojen* teorian (engl.: *speech-act theory*) avulla, jota Neil McCormick ja Ota Weinberger ovat soveltaneet ja kehittäneet edelleen *institutionaalisen oikeusteorian* eli *institutionaalisen oikeuspositivismin* (engl.: *an institutional theory of law*) nimellä.

Seitsemännessä luvussa, ”Tieteellinen metodi”, määrittelen tieteellisen metodin tutkijan ainutkertaisen ja idiosynkraattisen *oivaltamisen logiikan* (engl.: *logic of discovery*) sekä tiedeyhteisösidonnaisen, yleistettävissä ja toistettavissa olevan *perustelemisen logiikan* (engl.: *logic of justification*) keskinäissuhteen avulla. Perustelen tutkijan ainutkertaista oivaltamisen logiikkaa jäsentävän *tutkimuksellisen generoitavuuden* sekä tiedeyhteisösidonnaista perustelemisen logiikkaa jäsentävän *tutkimuksellisen kontrolloitavuuden* avulla yhdeksän tieteellisen metodin vähimmäiskriteeriä, jotka ulottuvat tutkimuksellisesta *trivialiteetti-kiellosta*, joka kieltää tutkijaa esittämästä täydellisen merkityksetöntä tai itsensänselvää tietoa tieteellisenä kontribuutiona, ja tutkimuksellisesta *identtisyyskiellosta*, joka kieltää tutkijaa esittämästä yleisesti tunnettua tosiasiaa tieteellisenä oivalluksena, mielivaltaisen tai sattumanvaraisen *oraakkelimetodin* kieltoon, radikaalin *metodisen epäjatkuvuuden* kieltoon sekä *metodin totaalisen kohde-reduktion* kieltoon, joka kieltää metodin täydellisen palautettavuuden sen tutkimukselliseen kohdereferenssiin.

Perustelen myös kolmiosaisen ehdotuksen lainopin metodin määritelmäksi oikeussääntöjen tulkinnan, systematisoinnin sekä oikeusperiaatteiden arvosidonnaisen punninnan osalta. Lainopin vahvan traditiosidonnaisuuden vuoksi tiedeyhteisösidonnainen perustelemisen logiikka saa oikeussääntöjen tulkinnassa etusijan tutkijan ainutkertaiseen oivaltamisen logiikkaan nähden. Oikeudellinen

systematisointi tarkoittaa oikeusnormien keskinäissuhteiden sekä systeemisten kiintopisteiden määrittämistä pääsääntö/poikkeussääntö -jaottelujen merkityksessä. Oikeusperiaatteiden ja vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien tilannesidonnainen punninta on metodiopillisesti pulmallinen määritelmällisen eiyleistettävyytensä vuoksi, jollei oikeusperiaatteiden systeemiä painoarvoja ole ennalta vähintään heikosti määritelty ja etusijaistettu. Seitsemäs luku toimii samalla johdantona luvun 9, ”Oikeudellisen metodiopin fragmentteja”, metodiisiin pohdintoihin.

Kahdeksannessa luvussa, ”Lainopin tulkintamatriisit”, analysoin lainopin tieteenkuvaa eli oikeudellisia *tulkintamatriiseja* yhdeksän eri koulukunnan tai suuntauksen merkityksessä, oikeuden sisäistä käsitesystematiikkaa painotta-neesta käsitelainopista sekä oikeuden avointa yhteiskunnallisuutta ja tavoitertionaalisuutta korostaneesta pragmaattisesta instrumentalismista eli *reella övervåganden* -juridiikasta analyttis-funktionalistiseen oikeustieteeseen, marxilaiseen vaihtoehtoiseen lainoppiin, hyvinvointivaltiolliseen sosiaaliseen siviilioikeuteen, feministiseen naisoikeus- ja oikeudelliseen tasa-arvotutkimukseen, oikeusperiaatteiden tilannesidonnaiseen punnintamalliin, kriittiseen oikeuspositivismiin, oikeustaloustieteelliseen laintulkintaoppiin, perusoikeuskeskeiseen laintulkintaoppiin sekä käytännönläheiseen laintulkintaoppiin. Erot tulkintamatriisien välillä palautuvat lainopin tieteenkuvan *ontologisiin* (= konstitutiivisiin), *epistemologisiin* (= oikeuslähdeopillisiin), *metodologisiin* (= argumentaatioteoreettisiin) ja *loogis-lingvistisiin* (= semanttis-käsitteellisiin) määreisiin, kun taas tutkijan *aksiologiset* eli arvoperustaiset sitoumukset sisältyvät yksittäisen oikeudellisen tulkintamatriisin valintaan lukuisten mahdollisten vaihtoehtojen joukosta.

Yhdeksäs luku, ”Oikeudellisen metodiopin fragmentteja”, arvioi eräitä keskeisiä oikeudellisia tekstejä Jacques Derridan filosofisen dekonstruktion innoittaman tekstin *kriittisen lähiluvun* avulla. Varoitan ensin lukijaa naiivista uskosta kirjoittajan hyväntahtoisuuteen ja suvereeniin kaikkivoipaisuuteen suhteessa yhteisöllis-kulttuurisiin, lingvistisiin ja mentaalisiin rakenteisiin ja prosesseihin, joiden yhteisvaikutuksesta tekstin kantamat kirjalliset merkitykset syntyvät. Myös oikeudellista tekstiä on syytä lähestyä asianmukaista varovaisuutta noudattaen, *kuin heikoilla kevättöillä kulkien* ja jään (eli tekstin) kantavuutta tämän tästä koetellen.⁴³ Vastuu on aina viime kädessä tekstin lukijalla: *caveat lector* – lukija pitääköön varansa!

Erotan yhteensä 25 erilaista, keskenään lomittuvaa ansaa tekstin lukijalle (ja kirjoittajalle), kuten esimerkiksi virheelliset *non sequitur* -päätelmät, joissa päätelyn premisseistä on johdettu jotain, mitä niistä pätevän filosofisen ja/tai oikeu-

⁴³ Vrt. Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 38–39, 264–267.

dellisen päättelyn sääntöjen perusteella ei ole lupa johtaa; *episteesiset, käsitteelliset* tai *metodiset halkeamat*, joissa kirjoittajan tutkimuksellisen näkökulman suhde tekstiin on jäänyt täsmentämättä; *itsensä kumoavat argumentit* (engl.: *self-defeating arguments*), missä esitetty argumentti kumoaa itse oman pätevyytensä; *loogiset kehäpäätelmät* (lat.: *petitio principii*), missä jo edellytetään todeksi se, mitä päätelmässä vasta pyritään perustelemaan tai osoittamaan todeksi; *ajatukselliset kuperkeikat*, joissa palataan hyväksyvästi takaisin jo kerran virheelliseksi osoitettuun, kumottuun tai torjuttuun väitteeseen tai tutkimukselliseen premissiin; sekä *performatiiviset ristiriidat*, joissa kirjoittaja toimii itse räikeästi vastoin julistamiaan metodisia, tutkimuseettisiä tai muita tutkimuksellisia periaatteita. Luettelo ei ole tyhjentävä vaan ainoastaan esimerkinomainen. Tavoitteenani on ollut arvioida kirjoittajan oman tieteenteoreettisen näkökulman suhdetta tekstissä esitettyihin väitteisiin tekstin *kriittisen lähiluvun* keinoin. Olen valinnut paikoin varsin kriittisestikin arvioimani tekstit viimeaikaisen teoreettisesti suuntautuneen oikeuskirjallisuuden ajatuksellisesta keskiöstä, en sen katvealueilta tai unohdetuista marginaaleista. Taustalla on myös oletus, että professoritason kirjoittajat kestävät myös oman tekstinsä kriittisen analyysin parhaiten. Vastavalmistuneen, alalle vasta pyrkivän kirjoittajan tekstiä en alistaisi yhtä kriittisen tarkastelun kohteeksi: *quod licet bovi, non licet Iovi*.

Valtaosa yhdeksännen luvun kirjoituksista on ilmestynyt *Oikeus* ja *Lakimies*-aikauskirjoissa julkaisemani *Fragmentteja*-kirjoitussarjani artikkeleina, mutta tekstejä on tässä työstetty edelleen. ”Sopimusmalliajattelun piilevät premissit” ilmestyi alun perin otsikolla ”Fragmentteja, osa I: Formalisoitu kohtuus, periaatepunninnalle avatut säännöt sekä kohdeneutraalin referenssin dilemma”, *Oikeus* 1999/4, s. 425–430. ”Reflektoitua teoreettista tietoa vai hiljaista tekijän tietoa?” ilmestyi samalla nimellä *Fragmentteja*-sarjan toisena kirjoituksena, *Oikeus* 2000/1, s. 126–132. ”Mistä puhumme, kun puhumme oikeudesta?” ilmestyi samalla nimellä *Fragmentteja*-sarjassa, *Oikeus* 2000/4, s. 473–492. Tässä olen työstänyt tekstiä edelleen, ja olen myös ottanut Tuorilta saamani palautteen mahdollisuuksien mukaan huomioon. ”Perusoikeusjärjestelmän sisäinen logiikka” ilmestyi alun perin otsikolla ”Perusoikeusjärjestelmän sisäisestä logiikasta”, *Lakimies* 2001/4, s. 735–744. Luvut ”Kielen ja maailman rajat, I: ’*Oikeus, joka on kuin sementtiä ...*’” sekä ”Kielen ja maailman rajat, II: Polysentrisen oikeuden manifesti” ilmestyivät alun perin osana kirjoitustani ”Sateenkaaren tuolla puolen’ – polysentrisen oikeuden manifesti”, *Oikeus* 2002/2, s. 306–313, jossa arvioin Ari Hirvosen toimittamaa teosta *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*. ”Metrin pituudesta” perustuu *Oikeus*-lehden kirjoitukseeni ”Metrin pituudesta ja muita ongelmia: Vastine Aulis Aarnion kirjoitukseen ’Oikeusfilosofi kevätjäljälä’”, *Oikeus* 1999/3, s. 304–310. Väitöskirjani *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to A Post-Analytical Philosophy of Law* keskeistematikkaan palautuva kirjoitus ”Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton

ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia?”, ilmestyi alun perin *Lakimies*-lehden numerossa 2000/5, s. 671–689. Luvut ”Analyyttinen omistusoikeuskäsitys ja sen luonnonoikeudelliset rajoitukset”, jossa arvioin Tapio Määtän väitöskirjaa *Maanomistusoikeus. Tutkimus maanomistusparadigmoista maaomaisuuden käytön ympäristöoikeudellisen sääntelyn näkökulmasta*, ja ”Modernin oikeuden subjektikonstituutio: Locke – Kant – Foucault”, jossa arvioin Kevät Nousiaisen väitöskirjaa *Prosessin heruus. Länsimaisen oikeudenkäytön ‘modernille’ ominaisten piirteiden tarkastelua ja alueellista vertailua*, ovat ennen julkaisemattomia.

Kirjan päättävä kymmenes luku, ”Oikeustieteen nykytila ja tulevaisuus”, on yhtäältä kokoava yhteenvedo kirjan keskeisistä tutkimustuloksista. Toisaalta arvioin oikeudellisen analyysin tulevaisuutta eli sitä, mitä tai millaista oikeustiede voisi alkavalla 2000-luvulla olla: *quo vadis, iurisprudentia?* Teemoina ovat oikeusfenomenologian, luonnonoikeusopin ja oikeusteologian suhde analyytiseen oikeusrealismiin ja institutionaaliseen oikeuspositivismiin, todellisen ja mahdollisen dialektinen suhde oikeustieteessä, lainopin argumentatiivinen avoimuus ja metodinen omaehtoisuus suhteessa filosofiaan sekä oikeustieteen muihin osa-alueisiin, oikeudellinen pluralismi institutionaalisilta reunaehdoiltaan muuttuneessa ja muuttavassa yhteiskunnassa, toteutunut muutos suljetusta oikeudellisesta systeemiajattelusta oikeuden avoimeen yhteiskunnalliseen kontekstiin sekä yleiseurooppalaisen tai jopa globaalin oikeuden haasteet suhteessa paikalliseen tai lokalisoituvaan oikeuteen.

Kirjan liitteenä on sanasto, joka käsittää joukon teoksessa käytettyjä tieteenteorian avaintermiä selityksineen. Sanastoa voi hyödyntää myös systemaattisena yhteenvedona kirjan keskeisteemoista.

Argumentaation eheyden säilyttämiseksi *Oikeustieteen tieteenteoria* kannattaa lukea ensin kokonaisuudessaan alusta loppuun ja siirtyä vasta sitten luvun 10, ”Oikeustieteen nykytila ja tulevaisuus”, kokoaviin päätelmiin. Teoksen mahdollista oppikirjakäyttöä varten olen myös liittänyt lukujen 3–8 yhteyteen yhteenvedon kunkin luvun keskeispäätelmistä.

2. Mitä oikeus on?

1. OIKEUS RADIKAALISTI TULKINNANVARAISENA YHTEISKUNNALLISENA KÄYTÄNTÖNÄ

Niin kuin H.L.A. Hart huomauttaa *The Concept of Law* -teoksen johdantoluvussa, kysymykseen oikeustieteen tutkimuskohteesta ei ole annettu mitään yksiselitteistä tai yleisesti hyväksyttyä vastausta oikeuskirjallisuudessa, toisin kuin vastaavaan kysymykseen esimerkiksi lääketieteen tai kemian tutkimuskohteesta näiden tutkimusalojen keskeiskirjallisuudessa.¹ Lääketieteen hakuteokset eivät määrittele oppialaa viittaamalla epämääräisesti siihen, ”mitä lääkärit tekevät sairaustapauksissa” tai ”ennustesiin siitä, mitä lääkärit tulevat (sairautapauksissa) tekemään”. Teoreettisesti suuntautuneessa oikeuskirjallisuudessa vastaavia määritelmäehdotuksia oikeuden käsitteellisestä olemuksesta sen sijaan tavanomaisesti esiintyy.² Samoin esimerkiksi kemian tutkijat eivät pyri rajaamaan jotain oppiaineeseen tavanomaisesti ja kiinteästi kuuluvaa alaa, kuten happojen ja emästen tutkimusta, ”aidon”, varsinaisen tai oikean kemian ulkopuolelle, kun taas oikeuskirjallisuudessa esimerkiksi kansainvälisen oikeuden asema on usein kiistetty ”ei-oikeudellisena” ja väitetysti täydellisesti kansainväliseen politiikkaan palautettavissa olevana ilmiönä, koska kansainvälisestä oikeudesta valtaosin puuttuu kansallisen oikeuden institutionaalinen rakenne tehokkaan lainsäädäntöorganisaation ja tuomioiden täytäntöönpanon merkityksessä.³ Oikeus on myös saatettu pyrkiä palauttamaan yksinomaan (valta)politiikan lakeja noudatta-

¹ Hart, *The Concept of Law*, s. 1–2. – Toisaalta, kysymys lääketieteen tai kemian tutkimuskohteen luonteesta saattaa hyvinkin ajankohtaistua alan teoreettis-filosofisesti suuntautuneen tutkimuksen piirissä. Viittaukseni Hartin *The Concept of Law* -teokseen ovat teoksen ensimmäiseen, vuoden 1961 laitokseen, jollei erikseen toisin mainita.

² Hart, mts. 1. – Hart viittaa tietenkin amerikkalaisten oikeusrealistien Karl Llewellynin ja O.W. Holmesin esittämiin ennusteteoreettisiin oikeuden määritelmiin. ”What these officials do about disputes is, to my mind, the law itself.” Llewellyn, *The Bramble Bush*, s. 3 (kursivointi Llewellynin). ”The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.” Holmes, ”The Path of the Law”, s. 460–461. – Holmes luetaan usein (Roscoe Poundin ohella) Yhdysvaltain sosiologisen koulun edustajaksi, kun taas Llewellyn on varsinaisesti amerikkalaisen oikeusrealismin edustaja.

³ Hart, *The Concept of Law*, s. 1, 208–231. – Kansainvälisen oikeuden argumentaatorakenteesta, Koskenniemi, *From Apology to Utopia*; kansainvälisen oikeuden opillisesta historiasta, sama, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870–1960*.

vaksi ilmiöksi, samalla kiistäen oikeuden ja oikeustieteen itsenäisen olemassaolon oikeutus.⁴

Oikeus on vahvasti kiistanalainen käsite (engl.: *essentially contested concept*),⁵ eikä edes oikeustieteen ja oikeusfilosofian perustavin mahdollinen kysymys – *mitä oikeus on?* – saavuta oikeustieteellisessä tiede- ja tutkijayhteisössä yksimielisyyttä. Syvälinen kiista oikeustieteen tutkimuskohteesta ja muista tieteenkuvan keskeisistä sitoumuksista jakaa oikeuden tutkijat eri suuntauksiin tai koulukuntiin, joiden välinen keskusteluyhteys ja yhteisymmärrys on parhaimmillaankin varsin vajaata, puutteellista ja katkonaista tutkimuksellisten erimielisyyksien vuoksi: analyttinen ja institutionaalinen oikeuspositivismi, klassinen ja moderni luonnonoikeusfilosofia, oikeusfenomenologia, amerikkalainen ja skandinaavinen oikeusrealismi, historiallinen oikeuskoulu, hermeneuttinen oikeusfilosofia, eksistentiaalinen oikeusfilosofia, marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia, feministinen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia, Yhdysvaltain *Critical Legal Studies* -suuntaus, ja niin edelleen.

Luonnonoikeusfilosofia määrittelee oikeuden Rudolf Stammlerin termin *oikeana oikeutena* (saks.: *richtiges Recht*) eli osana ehdotonta yhteisöllisesti ja/tai uskonnollisesti määriteltyä oikeudenmukaisuutta, missä kysymys muodollisesti velvoittavasta oikeudesta ja oikeasta yhteiskuntamoraalista ovat yksi ja sama asia. Se, *mitä oikeus on*, on tällöin palautettavissa siihen, *mitä oikeuden pitäisi olla*. Oikeudenmukaisuuden kriteerit on saatettu hakea asioiden oikeasta luonnosta (saks.: *Natur der Sache*) ja oikeasta yhteisöllisestä järjestyksestä Aristoteleen ”hyvän elämän politiikan” merkityksessä,⁶ niin kuin antiikin Kreikan *klassisessa* luonnonoikeusajattelussa; uskonnollisesti ja päämäärähakuisesti määrittyneestä yhteiskunta-ajattelusta, niin kuin Tuomas Akvinolaisen 1200-luvun *skolastisessa* luonnonoikeusajattelussa; ihmisluonnon muuttumattomista lainalaisuuksista ihmisjärjen avulla johdettujen aksiomien ja yksityiskohtaisten oikeussääntöjen kokonaisuudesta, niin kuin uuden ajan *rationalistisessa* luonnonoikeusajattelussa; tai annetuista perushyvistä tahi oikeuden edellyttämästä sisäisestä moraalista (engl.: *internal morality of law*), niin kuin John Finnisin ja Lon L. Fullerin edustamassa *modernissa*, 1900-luvun jälkipuolen ja 2000-luvun luonnonoikeusajattelussa.⁷ Näistä klassinen ja moderni luonnonoikeusajattelu ovat merkittävimmät luonnonoikeusopin suuntauksat.

⁴ Vrt. Unger, *False Necessity*, s. 1: ”*False Necessity* (...) carries to extremes the thesis that everything in society is politics, mere politics, and then draws out of this seemingly negativistic and paradoxical idea a detailed understanding of social life.”

⁵ Gallie, ”Essentially Contested Concepts”, *passim*.

⁶ Aristoteleen ajattelusta yleisesti Sihvola, *Hyvän elämän politiikka. Näkökulmia Aristoteleen poliittiseen filosofiaan*.

⁷ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*; Fuller, *The Morality of Law*, etenkin s. 33–94; Rentto, *Prudentia Juris. The Art of the Good and the Just*. Rentto tukeutuu vahvasti Finnisin ajatteluun.

Oikeusfenomenologia pyrkii määrittelemään oikeuden apriorisen, empiirisiä havaintoja käsitteellisesti edeltävän, puhtaan olemuksen tai ”absoluuttisen itseannetun sisäisen a priorin”⁸ esimerkiksi Adolf Reinachin oikeuden aprioristen peruskäsitteiden, Martin Heideggerin fundamentaaliontologiasta johdetun ”oikeudessa/oikeassa-olemisen” (saks.: *Im-Recht-sein*) tai Erik Wolfin oikeusteologian oikeudellisen olemisen (saks.: *Rechtsdasein*) merkityksessä.⁹ *Hermeneuttinen oikeusfilosofia* korostaa oikeuden teksti-, tulkinta- ja traditiosidonnaisuutta sekä määritelmällisesti kaksisuuntaista vuorovaikutussuhdetta oikeuden tutkijan ja tämän tutkimuskohteen välillä.¹⁰ *Feministinen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia* lähestyy oikeutta filosofisesti keskeisen sukupuolieron yhteiskunnallisten ilmentymien analyysin kautta. *Marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia* mieltää oikeuden ja oikeudelliset ilmiöt yhteiskunnan vallitsevien taloudellisten tuotantorakenteiden suhteellisen epäitsenäisenä heijastumana, jolloin taloudelliset lainalaisuudet ja transsendentaalisubjektiksi ymmärretyn pääoman liikelait määrittävät viime kädessä myös oikeudellisia ja muita yhteiskuntaideologisia ilmiöitä.¹¹ *Eksistentiaalinen oikeusfilosofia* lähestyy oikeutta osana ihmisen eksistentiaalista olemusta määrittäviä merkitysrakenteita ja ”maailmaan-heitettynä-olemistä”. *Historiallinen oikeuskoulu* mielsi oikeuden kansan orgaanisesti kehittyvän oikeustajunnan tai kansanhengen (saks.: *Volksgeist*) ilmentymänä, jota tuli lähestyä vakiintuneita yhteisöllisiä käytäntöjä eli tavanomaista oikeutta sekä kehittyneissä oikeusjärjestelmissä ammatillisesti eriytyneen juristikunnan ammatillista itseymmärrystä tutkimalla.¹²

Analyttinen oikeuspositivismi, jota muun muassa John Austinin, Wesley Newcomb Hohfeldin, Hans Kelsenin ja H.L.A. Hartin oikeusajattelu edustaa, määrittelee oikeuden suvereenin lainsäätäjän antamina yleisinä ja kielellisessä muodossa ilmaistuina määräyksinä, joiden noudattamisen takeena on laissa määritely sanktiouhka, minkä ohella oikeuden muodollinen voimassaolo (engl.: *law*

⁸ Husserl, *Fenomenologian idea*, s. 104–105: ”Tutkimuksen on pitäydyttävä puhtaaseen näkemyseen, mutta ei aktuaalisesti immanenttiin; se on tutkimusta puhtaan ilmeisyyden sfäärissä ja nimennomaan olemustutkimusta. Mainitsimme myös, että sen kenttä on *absoluuttisen itseannetun sisäinen a priori*.” (Kursivoinnit Husserlin.)

⁹ Adolf Reinachin ajattelusta, Pöyhönen, ”Oikeuden fenomenologia Adolf Reinachin mukaan”. Oikeusfenomenologiasta, Pallard & Hudson, ”Phenomenology of Law”, *passim*. Suomalaisesta oikeusfenomenologiasta, Minkkinen, *Thinking without Desire*, s. 48–82 (eli luvut 3 ja 4, ”In an Orderly World” ja ”Right Things to Come”); Hirvonen, *Oikeuden käynti. Antigonon laki ja oikea oikeus*, etenkin s. 317–343.

¹⁰ Kokoavasti hermeneuttisesta oikeusfilosofiasta, Tontti, *Right and Prejudice. Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law*.

¹¹ Marxilaisesta oikeus- ja yhteiskuntafilosofiasta, Eriksson, *Marxistisk teori och rättsvetenskap*; sama, ”Rättslig argumentering och den dialektiska logiken”; sama, ”Utkast till en marxistisk jurisprudence”; Tuori, ”Marxilainen oikeusteoria”; sama, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, I, s. 70–81.

¹² Kokoavasti historiallisesta koulusta, Jääskinen, *Historiallisen koulun oikeustiedekäsitys*.

as it is) ja oikeuden sisällöllinen hyväksyttävyys (engl.: *law as it ought to be*) tulee voida erottaa tarkkarajaisesti toisistaan.¹³ *Institutionaalinen oikeuspositivismi*, jota Neil MacCormick ja Ota Weinberger ovat itsenäisesti kehittäneet, määrittelee oikeuden määrättyjen oikeudellisesti toimivaltaisten institutionaalisten toimijoiden, kuten lainsäätäjän ja tuomioistuinten, sääntösidonnaisten puhe-tekosten avulla luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa ja kumottavissa olevana ilmiönä.¹⁴

Samoin Karl Llewellynin ja Jerome Frankin edustama *amerikkalainen oikeusrealismi*, Roscoe Poundin ja Oliver Wendell Holmesin edustama *sosiologinen koulu* sekä Karl Olivecronan ja Alf Rossin edustama *skandinaavinen oikeusrealismi* mieltävät oikeuden *yhteiskunnallisena tosiasiana* eli tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten tosiasiallisesti tekemien ratkaisujen kokonaisuutena. Amerikkalaisille ja skandinaavisille oikeusrealisteille tuomioistuinten ja muiden viranomaisten ratkaisukäytännössä *toteutunut* ja myös *toteutettavissa* oleva oikeus (engl.: *law in action*) on ensisijainen analyttisen oikeuspositivismin korostamaan muodollisesti velvoittavaan lainsäädäntöön tai oikeusoppineiden esittämiin tulkintoihin (engl.: *law in books*) nähden. Tanskalaisen Alf Rossin ja englantilaisen H.L.A. Hartin *analyttisen oikeusrealismin* tarkoittamalla tavalla määritelty oikeus on tunnistettavissa tuomarien ja muiden lakia soveltavien viranomaisten kollektiivisesti sisäistämän tuomarinideologian (Ross) tai oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön (Hart) avulla.¹⁵ Yhdysvaltain *Critical Legal Studies* -suuntaus on jatkanut amerikkalaisen oikeusrealismin ja sosiologisen koulun metodista ohjelmaa. Se on palauttanut oikeuden määritelmällisesti osaksi yhteiskunnan poliittisia käytäntöjä,¹⁶ eikä oikeudelle ole sen kirjoituksissa jäänyt itsenäistä olemassaolon perustaa tai oikeutusta.

¹³ The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it ...”, Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 157. – Kokoavasti analyttisistä oikeuspositivismista, Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 17–21.

¹⁴ Institutionaalisesta oikeuspositivismista, MacCormick & Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Vrt. myös Austin, *How to Do Things with Words*; Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*; sama, *The Construction of Social Reality*.

¹⁵ Luotettava ja perusteellinen esitys skandinaavisesta oikeusrealismista ja sen vaikutuksista suomalaisen lainoppiin on Helin, *Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960*. – Kokoavasti amerikkalaisesta oikeusrealismista, Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*; sama, toim., *American Legal Theory*. Hartin oikeusajattelusta, Hart, *The Concept of Law*; Siltala, ”H.L.A. Hart oikeusfilosofina”.

¹⁶ Unger, *False Necessity*, s. 1: ”False Necessity (...) carries to extremes the thesis that everything in society is politics, mere politics, and then draws out of this seemingly negativistic and paradoxical idea a detailed understanding of social life.” Vrt. myös Morawetzin viittaus Duncan Kennedyn kantaan, jonka mukaan on kyse ”politiikasta perusteitaan myöten” (engl.: *politics all the way*).

Moderni oikeus on, Thomas Morawetzin osuvaa luonnehdintaa lainatakseni, *radikaalisti tulkinnanvarainen yhteiskunnallinen käytäntö* (engl.: *deliberative practice*),¹⁷ jonka episteeminen, käsitteellinen, konstitutiivinen ja metodinen identiteetti on vain heikosti jäsentynyt ja aina avoin uusille tulkinnoille. Oikeustieteen tutkimuskohteen eli (voimassa olevan) oikeuden määrittely, oikeustieteen tieteenkuvan yleiset määreet sekä oikeudellisen sääntelyn ja päätöksenteon avulla yhteiskunnassa tavoiteltavat asiatilat ovat aina sanottuun yhteiskunnalliseen käytäntöön eli oikeudelliseen argumentaatioon osallistuvien riitautettavissa ja uudelleen määriteltävissä. Niinpä yhtäältä oikeusfenomenologiaan, klassiseen tai moderniin luonnonoikeusfilosofiaan tai oikeusteologiaan ja toisaalta analyttiseen oikeusrealismiin tai institutionaaliseen oikeuspositivismiin sitoutuneiden tutkijoiden kesken ei vallitse perustavaa yksimielisyyttä edes siitä, mitä oikeus on tai miten oikeutta olisi perusteltua tutkia. Oikeusfenomenologia on kiinnostunut oikeuden intuitiivis-apiorisista edellytyksistä ja empiirisiä havaintoja edeltävistä käsitteellisistä välttämättömyyksistä, kun taas analyttinen oikeusrealismi ja institutionaalinen oikeuspositivismi kiinnittävät oikeuden lainsäätäjän ja tuomioistuimen tekemiin tahdonvaltaisiin päätöksiin.

Oikeutta radikaalisti tulkinnanvaraisena yhteiskunnallisena käytäntönä sekä sitä tutkivan oikeustieteen eri osalohkoja yhdistää vain väljä sidonnaisuus yhteiskunnan institutionaaliseen perustaan sekä oikeustieteen tieteenkuvan yleisiin määreisiin, joiden nojalla ratkaistaan se, miten oikeudelliset ilmiöt ovat *kohteellistettavissa* ja *käsitteellistettävissä* oikeudellisen tutkimuksen kohteeksi, samoin kuin se, miten oikeuden *synty*, *muutokset*, *täytäntöönpano* ja *kumoaminen* sekä oikeuden tietynhetkinen *tulkinnallinen merkityssisältö* ovat määritettävissä.¹⁸

down). Morawetz, "Law as Experience: The Internal Aspect of Law", s. 218. Vrt. Kennedy, "Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology", *passim*. Kennedy käyttää akronyymistä ilmaisu HIWTCO ("how-I-want-to-come-out" eli "miten-tahdon-selvitä-jutusta"), viitaten tuomarin tai muun lainsoveltajan idiosynkraattisiin, ei-oikeudellisiin ratkaisumotivieihin ja päätöksentekostrategioihin. Kennedy, mas. 548 *et seq.* Vrt. sama, *A Critique of Adjudication*, *passim*. – Martti Koskenniemen *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument* toteuttaa CLS-henkistä metodiopillisesti käsitettyä oikeuden dekonstruktiota sovellettu-na kansainvälisen oikeuden argumentaatorakenteisiin.

¹⁷ Morawetz, "Epistemology of Judging. Wittgenstein and Deliberative Practices", s. 19–23.

¹⁸ "A deliberative practice embraces participants with different commitments to different argumentative strategies and conceptions of goals. They are bound together not by shared rules but by mutual recognition of an array of relevant ways of proceeding. Deliberation proceeds as an activity in which each reaches and justifies arguments *and* deploys his justificatory strategy in part to persuade others to adopt it but also to vindicate his own way of making sense of experience." Morawetz, mas. 20. Koska ei ole sääntöjä, johon kaikki osalliset olisivat sitoutuneet, ei Morawetzin mukaan ole kyse sääntösidonnaisesta käytännöstä lainkaan. Itse tulkitse vaatimusta oikeudellisen argumentaation sääntösidonnaisuudesta Morawetzia väljemmin. Wittgensteiniläisittäin on kyse oikeudellisen argumentaation *perheyhtäläisyydestä* eli *ryväskäsiteluonteisuudesta*: väljä yhteisymmärrys oikeudellisessa argumentaatioissa sallituista perusteista riittää konstituomaan kyseisen yhteiskunnallisen käytännön oikeudelliseksi diskurssiksi.

Kysymys oikeustieteen tieteenkuvan osatekijöiden täsmällisestä tulkinnasta sekä etenkin oikeudellisen argumentaation määreistä jakaa tutkijat eri suuntauksiin tai koulukuntiin, joiden välinen yhteisymmärrys on parhaimmillaankin varsin puutteellista ja katkonaista.

Morawetzin keskeistermi *deliberative practice* ei ole sellaisenaan käännettävissä suomeksi. ”Deliberation” viittaa perusteelliseen harkintaan tai pohdintaan, ”practice” (yhteiskunnalliseen) käytäntöön. ”Oikeus pohdiskelevana käytäntönä” kuulostaisi kuitenkin käännöksenä vähemmän onnistuneelta. ”Oikeus radikaalisti tulkinnanvaraisena yhteiskunnallisena käytäntönä” tavoittaa nähdäkseni Morawetzin idean oikeuden heikosta käsitteellisestä ja tieteenteoreettisesta identiteetistä. ”Oikeus itseään määrittelevänä ja kriittisesti arvioivana yhteiskunnallisena käytäntönä” viittaisi oikeuden refleksiiviseen eli itse itsensä konstituivaan ja määrittelevään luonteeseen Kelsenin puhtaan oikeusopin ja sittemmin Gunther Teubnerin ja Niklas Luhmannin systeemi-teoreettisen *autopoieettisen oikeusteorian* tarkoittamalla tavalla. Morawetz ei kuitenkaan viittaa oikeudellisen diskurssin itsekonstituiviin piirteisiin vaan korostaa sen hajautuneisuutta ja yhteisten arviointikriteerien puuttumista sanottuun käytäntöön osallisten keskuudessa.

Oikeuteen ei ole, filosofi Thomas Nagelin ilmausta lainatakseni, *näkökulmaa ei-mistään* eli tieteenteoreettisista ja oikeusteoreettisista sitoumuksista täydellisen irrallista ja riippumatonta näkökulmaa. Mielekäs ja ymmärrettävä puhe oikeudesta edellyttää sitoutumista johonkin kieli- ja oikeusyhteisön tunnistamaan tapaan *kohteellistaa* ja *käsitteellistaa* oikeudelliset ilmiöt. Niinpä tutkijan on tehtävä arvo- ja ideologiasidonnainen valinta siitä, mihin tai millaiseen oikeuden ja oikeustieteen määrittelyyn hän katsoo parhaaksi sitoutua. Tässä teoksessa tutkimukselliseksi kehykseksi on siis valittu *analyttinen oikeusrealismi* (Ross, Hart) ja *institutionaalinen oikeuspositivismi* (MacCormick, Weinberger). Perusteluna ovat modernin oikeuden keskeiset liittymät yhteiskunnan institutionaaliin perustaan.

Oikeuden *radikaali tulkinnanvaraisuus* niin oikeuden käsitteen, oikeuden avulla tavoiteltavien yhteiskunnallisten päämäärien kuin oikeustieteen tietenteorian ja etenkin metodiopin määreiden ja sitoumusten osalta erottaa oikeuden shakkipelistä (Ross), kriketistä (Hart) ja mistä tahansa muusta suhteellisen yksinkertaisesta sääntösidonnaisesta pelistä, joita oikeuskirjallisuudessa on tavallisesti käytetty oikeuden yksinkertaistettuna analogiana.¹⁹ Shakissa, kriketissä, jalkapallossa ja vastaavissa muissa peleissä pelin säännöt ja keskeiset strategiset tavoitteet on tavallisesti varsin selkeästi määritelty: vastapuolen kuninkaan ma-

¹⁹ Pelianalogiasta yleisesti, Ost & van de Kerchove, *Le droit ou les paradoxes du jeu, passim*. – Ludwig Wittgensteinin kielipeli-idean sanotaan juolahtaneen hänen mieleensä hänen katsellessaan jalkapalloa. Malcolm, *Ludwig Wittgenstein. Muistelma*, s. 85.

tittaminen shakissa, tehdä vastustajaa enemmän maaleja jalkapallossa, ja niin edelleen. Oikeudellisessa diskurssissa näin ei ole asian laita: oikeuden tai oikeudellisen argumentaation tavoitteista ei vallitse yksimielisyyttä siihen osallisten kesken. Morawetzin oikeuden pelianalogian kritiikki osuu sen vuoksi hyvin koh-teeseensa:²⁰

”From the point of view of the theorist, the situation is paradoxical. A player of chess plays with a player of Chinese checkers, and they in turn play with a third who is playing bridge. Each justifies her moves by appealing to her particular game.”

Ajatus oikeudesta *radikaalisti tulkinnanvaraisena yhteiskunnallisena käytän-tönä* käsittää viittauksen pikemminkin *oikeusteorian* ja *oikeusfilosofian* reflek-toivaan tiedonintressiin kuin lainopin tulkinnallis-praktiseen, oikeuden ihmistie-teiden heuristis-käyttäytymistieteelliseen, oikeuden kulttuuritieteiden yhteisöl-lis-kulttuurisia merkityksiä ymmärtämään pyrkivään tai oikeuden yhteiskunta-tieteiden oikeuden yhteiskunnallisia vaikutuksia selittävään, mallintavaan ja en-nustavaan tiedonintressiin. Lainopissa tutkimuskohde, voimassa oleva oikeus, määritellään institutionaalisista oikeuslähteistä asianmukaisesti johdettujen, yh-täältä muodollisin perustein voimassa olevien *oikeussääntöjen* sekä toisaalta riit-tävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien *oikeusperi-aatteiden* ja vastaavien muiden ratkaisustandardien kokonaisuutena, mutta täl-löinkin keskeisenä taustaoletuksena on tietynlainen käsitys oikeuden ja oikeus-tieteen *konstitutiivisista, episteemisistä, metodisista ja käsitteellisistä* reunaeh-doista, jotka voivat perustua vain oikeusteorian ja/tai oikeusfilosofian täsmälli-semmin määrittelemiin sitoumuksiin oikeudesta ja oikeustieteestä.

Vastaava tieteenteoria- ja oikeusteoriasidonnainen tutkimuskohteen määrittely on edellytettynä myös oikeutta ihmistieteiden, kulttuuritieteiden tai yhteiskunta-tieteiden avulla tarkastelevissa oikeustieteen osalohkoissa, jos ja kun niiden tut-kimuskohteen edellytetty oikeudellisuus rajautuu tavalla, jonka vallitseva oikeu-dellinen *tietomuoto* eli *historiallinen a priori* (ransk.: *épistémè*) kykenee tunnis-tamaan mielekkääksi tavaksi *kohteellistaa* ja *käsitteellistää* (voimassa olevan) oikeuden ilmiöt. Sitä vastoin oikeuden ihmis-, kulttuuri- ja yhteiskuntatieteissä käsitys tutkimuksen tiedonintressistä ja metodiopista määräytyy taustalla vaikut-tavan erityistieteen mukaan, oli sitten kyse oikeushistorian, oikeuspsykologian, oikeusantropologian, psykoanalyttisen oikeustieteen, oikeuslingvistiikan, oi-keussemiotiikan, oikeussosiologian, oikeustaloustieteen tai vaikka oikeudellisen tilastotieteen erityisestä tutkimuksellisesta näkökulmasta oikeuteen. Morawetzin ajatus oikeudesta radikaalisti tulkinnanvaraisena yhteiskunnallisena käytäntönä

²⁰ Morawetz, ”Epistemology of Judging. Wittgenstein and Deliberative Practices”, s. 6–7.

perustelee samalla *metodisen pluralismin* hyväksymisen ja metodisen universalismin torjumisen oikeustieteessä: jos edes kysymykseen oikeuden ideasta, käsitteestä tai määritelmästä ei ole saavutettavissa juristikunnan keskuudessa yksimielisyyttä, on varsin vaikea perustella yhden ainoan, muut lähestymistavat täydellisesti poissulkevan oikeudellisen metodin olemassaolo.

2. ANALYYTTINEN OIKEUSPOSITIVISMI JA ANALYYTTINEN OIKEUSREALISMI

Oma tutkimuksellinen lähtökohtani on englantilaisen John Austinin (1790–1861), itävaltalaisen Hans Kelsenin (1881–1973), puolalaisen Jerzy Wróblewskin (1926–1990) ja englantilaisen H.L.A. Hartin (1907–1992) edustama *analyytinen oikeuspositivismi*²¹ sekä tanskalaisen Alf Rossin (1899–1979) *analyytinen oikeusrealismi*, jota ranskalaisfilosofi Jacques Derridan (1930–) *filosofisesta dekonstruktioista* omaksutut ideat saavat luvussa 9, ”Oikeudellisen metodiopin fragmentteja”, modifioida.²² Alf Ross voidaan lukea yhtä hyvin analyttisen oikeuspositivismin kuin analyttisen oikeusrealismin edustajaksi, sillä hänen keskeisajatuksessaan tuomioistuinten ja muiden viranomaisten kollektiivisesti sisäistämästä *tuomarinideologiasta*, jonka avulla voimassa olevan oikeuden säännöt ja muut oikeudellisesti merkitykselliset ratkaisustandardit ovat identifioidavissa, on selviä vaikutteita molemmista. Samoin H.L.A. Hartin esittämä *oikeuden tunnistamissäännön* (engl.: *rule of recognition*) määrittely viittaamalla tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten otaksuttavasti varsin yhdenmukaiseen voimassa olevan oikeuden sääntöjen *tunnistamiskäytäntöön* perustelee hänen oikeusajattelunsa liittymät paitsi analyttiseen oikeuspositivismiin myös tuomioistuin- ja viranomaiskeskeiseen analyttiseen oikeusrealismiin.

Analyttisen oikeuspositivismin ja analyttisen oikeusrealismin välillä on itse asiassa vain painotusero: edellinen painottaa lainsäätäjän ja muodollisesti päteväällä tavalla voimaan saatetun säädännäisen oikeuden merkitystä, kun taas jälkimmäinen korostaa tuomioistuinten ja muiden viranomaisten roolia tosiasiallisesti *toteutuneen* ja myös vastaisuudessa *toteutettavissa* olevan oikeuden merkityksessä. Molemmat mieltävät oikeuden *yhteiskunnallisena tosiasiana*, joka on palautettavissa määrättyjen oikeudellisten toimijoiden tekemiin päätöksiin, oli

²¹ Kokoavasti analyttisen oikeuspositivismin määrittelystä, Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 17–21.

²² Filosofisesta dekonstruktioista sekä sen metodiopiksi kääntyneen amerikkalaisen reseption kriitistä, Gasché, *The Tain of the Mirror. Derrida and the Philosophy of Reflection*, s. 2–3; Minkkinen, *Thinking without Desire*, s. 84–88; Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 22–29.

sitten kyse suvereenista lainsäätäjistä tai oikeudellisesti toimivaltaisista tuomioistuimista ja muista lakia soveltavista viranomaisista.

Analyttinen filosofia viittaa 1900-luvun ja 2000-luvun filosofian tutkimustapaan, tyyliin ja tutkimusmentaliteettiin, joka tavallisesti yhdistetään Bertrand Russellin, G.E. Mooren ja Ludwig Wittgensteinin filosofian soveltajiin ja edelleen kehittäjiin.²³ Analyttinen filosofia soveltaa Oxfordin koulun *lingvistisen filosofian* eli *luonnollisen kielen filosofian* eli arkikielen filosofian keskeisajatuksia. Sen mukaan filosofia on kielen loogista analyysia, jonka menetelmät ja tutkimustulokset ovat kiinteästi sidoksissa kielen oikeaan yhteisölliseen kontekstiin ja käyttötapaan. Analyttisen filosofian mukaan filosofisessa tutkimuksessa tulee pyrkiä käsitteelliseen tarkkuuteen sekä karta kaikkia metafysiikka-ideologioita, tutkimuksellista introspektiota, ”itseannettuja” tai intuitiivis-apriorisia totuuksia sekä muuta filosofista spekulatiota, joka ei kykene tuottamaan tutkimuksellisesti koeteltavissa olevaa tietoa maailmasta.²⁴ Analyttisen filosofian edustajat ovat torjuneet etenkin manner-eurooppalaisen fenomenologian perusteettomana metafysiikkana, jonka lauseilta puuttuu semanttinen referenssi kielen ulkoisessa todellisuudessa. Niinpä Martin Heideggerin eksistentiaalinen toteamus, jonka mukaan ”täälläolon (*Dasein*) olemus on huoli (*Sorge*)”,²⁵ tuli nyt korvata käsitteanalyttisellä kysymyksenasettelulla, joka keskittyi kielen ja todellisuuden keskinäiseen suhteeseen sekä kielen oikeaan käyttöön määrättyssä yhteisöllisessä kontekstissa: ”mitä oikein tarkoitat, kun esimerkiksi sanot, että ... ’täälläolon olemus on huoli’?” Analyttinen filosofia on kiinnostunut lauseen *totuusarvoa* määrittävistä tekijöistä: miten voimme tietää, että Heideggerin väite täälläolon (saks.: *Dasein*) olemuksesta huolena on tosi tai epätosi eli miten sellainen lause on ylipäättään todennettavissa eli osoitettavissa paikkansa pitäväksi tai kumottavissa eli osoitettavissa virheelliseksi?

Myöhemmässä tuotannossaan Ludwig Wittgenstein hylkäsi *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksessa esittämänsä kielen kuvateorian, jonka mukaan todellisuuden rakenne on jäsentynyt kielen loogisen rakenteen tavoin, ja korosti sen

²³ Heil, ”Analytic Philosophy”, s. 22. – Analyttisestä filosofiasta oikeustieteeseen sovellettuna myös Aarnio, ”Analyttisestä ja hermeneuttisesta oikeusteoriasta ja -tieteestä”, *passim*.

²⁴ A.M. Quinton kiteyttää osuvasti Oxfordin koulukunnan lingvistisen filosofian metodin suhteessa Ludwig Wittgensteiniin ja 1930-luvun loogiseen positivismiin: ”In general terms, then, the method of the Oxford philosophers lay somewhere in between the professed method of Wittgenstein and the methods of the logical positivists of the 1930’s. With the positivists and against Wittgenstein they believed that the job of philosophy was to set out the logical properties and relations of the various forms of discourse in a systematic way. But with Wittgenstein and against the positivists they rejected the ideal of linguistic perfection suggested by formal logic, concerning themselves with the description of language as it actually is rather than with the extrication of some ideal essence from it or with the proposal of a logically superior conceptual system as an alternative to it.” Quinton, ”Contemporary British Philosophy”, s. 546.

²⁵ Heidegger, *Oleminen ja aika*, s. 240 *et seq.*, sekä s. 345 (”Täälläolon oleminen on huolta.”)

sijaan yhteisöllisesti määräytyvän puhetilanteen merkitystä. Kielen yksittäisten käsitteiden merkitys on yhtä kuin niiden käyttö määräytyssä yhteisöllisessä puhetilanteessa. *Filosofisia tutkimuksia* -teoksessaan Wittgenstein otti käyttöön termin *kielipeli* (engl.: *language-game*), viitaten yhteisössä tavanomaisesti käytetyn kielen erilaisiin sosiaalisiin käyttötapoihin esimerkiksi käskemisen, kieltämisen, rukoilemisen, arvoitusten esittämisen, papin sunnuntaisaarnan pitämisen tai tuomarin oikeudellisen ratkaisun antamisen merkityksessä. Wittgensteinin myöhäisfilosofia muutti käsitystä kielestä tavalla, joka teki mahdolliseksi Oxfordin koulun *lingvistisen filosofian*, jota muun muassa Elizabeth Anscombe ja John Langshaw Austin sekä amerikkalainen John Searle ovat edelleen kehittäneet *institutionaalisten tosiasioiden* (Anscombe) ja *institutionaalisten puhetekojen* teorian (Austin, Searle) merkityksessä. Kielifilosofian ja kielentutkijan tehtävät eivät enää rajoittuneet propositionaalisten, tosi/epätosi -määreen saavien väitelauseiden analysointiin, vaan kielen yhteisölliset käyttötavat osoittautuivat huomattavasti monimuotoisemmiksi. Kielen avulla voidaan, J.L. Austinin termin, ”tehdä asioita”²⁶ eli saada aikaan määräytyjä yhteisöllisiä vaikutuksia (”Olkoon nimesi miinalaiva *Pohjanmaa*”) tai oikeusvaikutuksia (”Tuomitsen syytetyn varkaudesta rikoslain *x* §:n nojalla kahdeksi vuodeksi vankeuteen”) yhteisöllisesti määräytyneessä puhetilanteessa.

Etenkin Englantiin ja pohjoismaihin kotiutuneen analyttisen filosofian vastaakohtana ovat filosofiselta suuntautumiseltaan eri tavoin *holistiset* ja *ei-analyttiset* lähestymistavat, kuten marxilainen, hermeneuttinen, fenomenologinen, eksistentiaalinen ja feministinen filosofia, jotka pyrkivät oikeuden ja yhteiskunnan varsinaisen tai syvemmän olemuksen määrittelyyn analyttisen filosofian toteuttaman lingvistisen käsiteanalyysin sijaan.²⁷ Yhteisnimitykseltään näitä suuntauksia voi kutsua myös hieman epätarkalla nimityksellä *kontinentaalinen filosofia*.²⁸

Kysymys oikeuden ja oikeustieteen ontologisesta (= konstitutiivisesta), epistemologisesta (= oikeuslähdeopillisesta), metodologisesta (= argumentaatioteoreettisesta) ja loogis-lingvistikisestä (= semanttis-käsitteellisestä) identiteetistä on vielä analyttisen oikeuspositivismin tai oikeusrealismin piirissä tulkinnanvarai-

²⁶ Austin, *How to Do Things with Words*.

²⁷ Vrt.: ”Marxilaisille avain yhteiskunnallisten ilmiöiden ymmärtämiseen on teoreettisessa analyysissä eikä ilmiöiden empiirisessä tutkimisessa. Yhteiskunnallisten ilmiöiden todellisen olemuksen paljastamisen nähtiin edellyttävän näiden selittämistä yhteiskunnallisessa kokonaisuhteydessään. Tähän tarvitaan teoreettista ymmärrystä yhteiskunnasta.” Raunio, *Positivismi ja ihmistiede*, s. 132.

²⁸ Fenomenologit ovat käyttäneet itsestään myös (epätarkkaa) nimitystä eurooppalainen filosofia. Näin esimerkiksi tamperelaisyhdistys *Eurooppalaisen filosofian seura*, joka julkaisee korkeatasoista filosofian julkaisua *Niin & Näin*. Aiemmin yhdistyksen nimi *Suomen fenomenologinen instituutti* viittasi välittömästi fenomenologiaan.

nen. Onko oikeuden ja oikeustieteen viimekätisenä perustana ja oikeus/ei-oikeus-differentiaation erottelukriteerinä puhtaan oikeusopin edellyttämä *transsendentaalis-looginen perusnormi*, niin kuin Hans Kelsenin puhtaan oikeusopin teoriassa;²⁹ tuomarikunnan ja muiden viranomaisten kollektiivisesti sisäistämä viimekätinen *oikeuden tunnistamissääntö*, niin kuin H.L.A. Hartin oikeusteoriassa; vallitseva *tuomarinideologia* eli tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän oikeuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian premissit (tansk.: *den normative ideologi der besjæler dommeren*), niin kuin Alf Rossin oikeusajattelussa;³⁰ oikeudellisen argumentaation perimmäiset eli viidennen perustelutason justifikaatiopremissit, niin kuin Jerzy Wróblewskin oikeusteoriassa;³¹ vaiko oikeuden viimekätiset arvosidonnaiset ja tavoiterationaaliset perusteet (engl.: *underpinning reasons*), joiden avulla määrätyn oikeusjärjestyksen validiteetti- eli pätevyyskriteerit hyväksytään, niin kuin Neil MacCormick on esittänyt?³² Tutkimuksellinen hajonta myös analyyttisen oikeusteorian piirissä on toisin sanoen merkittävä: Kelsenin puhtaan oikeusopin edellyttämä uskantilaisen tieteenfilosofian mukainen transsendentaalis-looginen perusnormikonstruktio poikkeaa tieteenteoreettisilta premisseiltään melkoisesti Hartin ja Rossin ”sosiologisemmin” ja samalla oikeusrealistisemmin määrittelystä oikeuden viimekätisten perusteiden määrittelystä vallitsevan tuomarinideologian tai oikeuden tunnistamissäännön merkityksessä.³³

Analyyttisellä oikeuspositivismilla tai oikeusrealismilla, yhtä hyvin kuin millä tahansa muulla tieteenteoreettisesti perustellulla katsantokannalla, on samalla tieteenteoreettiset ehtonsa ja rajoituksensa, joita ei ole mahdollista ylittää sanotun tutkimustavan itsensä tarjoamin metodisin, episteemisin tai käsitteellisin kei-

²⁹ Kelsen, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934); sama, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit* (1960).

³⁰ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56: ”Retsvidenskaben beskæftiger sig med den normative ideologi der besjæler dommeren.”

³¹ Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, s. 210–211. Sitä, mitä nämä oikeuden viimekätiset justifikaatiopremissit ovat, Wróblewski ei täsmennä.

³² *Underpinning reasons* on MacCormickin mukaan joukko tavoiterationaalisia ja arvosidonnaisia perusteita, joiden nojalla määrätyn oikeusjärjestyksen validiteetti- eli pätevyyskriteerit hyväksytään (engl.: *reasons for accepting the system's criteria of validity*), MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, s. 64, 106. Käsitteestä ”underpinning reasons”, MacCormick, mts. 62–65, 138–140, 240–246 ja 275–292.

³³ Hart luonnehti *The Concept of Law* -teoksen esipuheessa soveltamaansa lähestymistapaa ehkä vähemmän onnistuneesti *deskriptiiviseksi sosiologiaksi* (engl.: *an essay in descriptive sociology*), mikä yhdessä oikeuden tunnistamissäännön tosiasialliseen tuomioistuin- ja viranomaiskäytäntöön kiinnittyvän määrittelyn kanssa antaa hänen oikeuskäsitykselleen kiistatta empiristis-sosiologisen sävyn. Hart, *The Concept of Law*, s. V. – Ross luonnehti omaa tarkastelutapaansa *Om ret og retfærdighed* -teoksen englanninkielisen laitoksen esipuheessa sanoen, että hänen tavoitteenaan oli toteuttaa empiriinen tutkimusohjelma oikeustieteessä aina sen äärimmäisiin päätelmiin asti. Ross, *On Law and Justice*, s. IX: ”The leading idea of this work is to carry, in the field of law, the empirical principles to their ultimate conclusions.”

noin, niin kuin perustelin väitöskirjani *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law* lopun post-analyttisissä tekstijaksoissa: kysymys *oikeus/ei-oikeus* -differentiaation edellyttämän viimekätisen raja- tai erottelukriteerin, kuten Kelsenin puhtaan oikeusopin perusnormin (saks.: *Grundnorm*) tai Hartin oikeusteorian edellyttämän oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön (engl.: *ultimate rule of recognition*), itsensä luokittelusta oikeus/ei-oikeus tai normi/fakta -erottelun merkityksessä jää vaille vastausta, kun kysymystä lähestytään analyttisen oikeuspositivismin tai analyttisen oikeusrealismin itsensä mahdolliseksi tekemien käsittekategorioiden ja tutkimusmenetelmien avulla.³⁴

Samalla teesi oikeudellisen analyysin sisäänrakennetuista tieteenteoreettisista sitoumuksista, joita yksittäinen tutkija ei voi sivuuttaa ja joiden olemassaoloa hän ei voi kieltää, pätee yhtä hyvin mihin tahansa oikeustieteen koulukuntaan, ei vain analyttiseen oikeuspositivismiin, analyttiseen oikeusrealismiin tai institutionaaliseen oikeuspositivismiin: oikeuteen ja yhteiskuntaan ei ole *näkökulmaa ei-mistään*³⁵ tieteenteoreettisen *tabula rasa* -lähtökohdan tai ajatuksellisen nolapistein merkityksessä. Ei voi myöskään olla tieteenteoriaa, joka kykenisi perustelemaan omat tieteenteoreettiset lähtökohtansa syyllistymättä samalla loogisessa katsannossa kiellettyyn kehäpäätelmään. Niinpä myös loogisen positivismin keskeisteesi kaiken metafysiikan kieltämisestä ja tieteellisen tiedon perustamisesta yksin empiirisiin havaintoihin on itsessään vahvasti metafyyinen väittämä, joka ei ole empiirisesti koeteltavissa, niin kuin suuntauksen kriitikot nopeasti oivalsivat. Yleisesti kullakin tieteenteorian tai tieteenfilosofian suuntauksella on väistämättä omat tutkimukselliset ennakkoehtonsa, rajoituksensa ja vahvuutensa.

Analyttinen oikeuspositivismi on sidoksissa oikeuden käyttämään kieleen ja oikeudelliseen argumentaatioon määrättyjen institutionaalisten reunaehtojen rajaamassa oikeuden tulkinta- ja soveltamistilanteessa, eikä se edes pyri vastaamaan sinänsä keskeisiin kysymyksiin oikeuden apriorisesta olemuksesta tai oikeuden suhteesta yhteiskunnassa vallitseviin taloudellisiin tuotantosuhteisiin, sukupuolisidonnaiseen yhteiskunnalliseen tasa-arvoon tai oikeaan oikeuteen ehdottoman yhteisöllisen ja/tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden merkityksessä, joita oikeusfenomenologia, marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia, feministinen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia sekä aristotelis-uustomistinen luonnonoikeusfilosofia pitävät omana tutkimuksellisena lähtökohtanaan. Toisaalta, erilaisilta analyttisen lähestymistavan vaihtoehdoilta, kuten oikeusfenomenologialta, marxilaiselta oikeus- ja yhteiskuntafilosofialta, eksistentialistiselta oikeusfiloso-

³⁴ Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 29–39, 229–231 ja 255–260.

³⁵ Onnistunut fraasi *näkökulma ei-mistään* viittaa filosofi Thomas Nagelin kirjaan *The View from Nowhere*, joskaan Nagel ei tarkastele erityisesti oikeutta tai oikeusteoriaa sanotussa teoksessa.

fialta, feministiseltä oikeus- ja yhteiskunta-ajattelulta tai arvosisidonnaiselta luonnonoikeusfilosofialta, ei ole lupa odottaa analyyttisen oikeusteorian ideaaliksi asettamaa käsitteellistä tarkkuutta, oikeudellisen argumentaation rationaalisuusehtojen analyysiä tai oikeuden instituutio- ja puhetekosidonnaisen perustan jäsentämistä.³⁶ Samoin eksistentialistinen, hermeneuttinen tai fenomenologinen oikeusfilosofia ei tavallisesti ole kiinnostunut niistä voimassa olevan oikeuden tulkinta-, systematisointi- ja punnintakysymyksistä, joita perinteinen lainoppi humanistisena tulkintatieteenä tarkastelee.³⁷

Tämän tutkimuksen keskeiseksi lähtökohdaksi on siis omaksuttu Alf Rossin (ja H.L.A. Hartin) edustama *analyyttinen oikeusrealismi*,³⁸ joka sitoutuu analyyttisen oikeuspositivismin tavoin ajatukseen oikeudesta yhteiskunnallisena tosiasiiana. Käsitys oikeuden määrittelystä on vaihdellut merkittävästi myös analyyttisen oikeusteorian keskeiskirjoituksissa. Itävaltalainen Hans Kelsen määritteli *puhtaan oikeusopin* teoriassaan voimassa olevan oikeuden seuraavaan tapaan:³⁹

Voimassa oleva oikeus on transsendentaalis-loogisesta *perusnormista* (saks.: *Grundnorm*) oikeudellisen velvoittavuutensa johtavan perustuslain sekä siitä velvoittavuutensa johtavien alemmanasteisten, ensisijaisesti tuomioistuimille ja muille viranomaisille osoitettujen oikeussääntöjen hierarkkinen kokonaisuus.

Voimassa olevan oikeuden normit muodostavat Kelsenin mukaan yhtenäisen ja hierarkkisen kokonaisuuden, missä alemmanasteinen säädös johtaa aina oikeudellisen velvoittavuutensa ylemmänasteisesta säädöksestä eli – Suomen oikeuteen sovellettuna – hallinnollinen säädös tasavallan presidentin tai valtioneuvoston antamasta asetuksesta, asetus eduskunnan säätämästä laista ja laki perustuslaista. Voimassa olevan perustuslain velvoittavuus voidaan palauttaa historiallisessa katsannossa varhaisimpaan perustuslakiin, jonka oikeudellisen pätevyyden perustelemiseksi Kelsen turvautui *transsendentaalis-loogiseen perusnormikonstruktion*. Kelsenin tulkinta perusnormista vaihteli puhtaan oikeusopin teorian eri kehitysvaiheissa, sillä Kelsen kehitti puhtaan oikeusopin teoriaa muodossa tai toisessa 1920-luvulta aina 1960-luvulle asti: voimassa olevan oikeuden

³⁶ Eroja on luonnollisesti myös tyyliässä ja kirjoitustavassa: lukija verratkoon Kelsenin tai Hartin kirjoituksia vaikkapa Carl Schmittin tekstiin ”Raum und Rom – Zur Phonetik des Wortes Raum”, jota olen kommentoinut luvussa 7.4. ”Tieteellisen metodin vähimmäiskriteerit”.

³⁷ Näin myös Nuotio, ”Oikeustiede humanistisena tieteenä?”, s. 55–56 ja 64, missä kirjoittaja arvioi muun muassa Hans-Georg Gadamerin ja Gianni Vattimon hermeneutiikan suhdetta oikeustieteeseen.

³⁸ Tutkimuksen toisena teoreettisena lähtökohtana on siis institutionaalinen oikeuspositivismi.

³⁹ Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 204–209.

viimekätinen velvoittavuus on vain hypoteettisen normin,⁴⁰ juristikunnan tietoisuudessa vaikuttavan oikeudellisen hypoteesin tai vain postuloidun viimekätisen säännön,⁴¹ uuskantilaisittain määritellyn oikeudellisen tiedon transsendentaaliloogisen, välttämättömän edellytyksen⁴² tai Hans Vaihingerin *als ob* -filosofiaan palautuvan fiktion varassa.⁴³ Kelsenin puhtaan oikeusopin ongelma on lopulta sama kuin saksalaisen kansansadun paroni von Münchhausenin, joka suonsilmäkkeeseen vajottuaan kiskoi itse itsensä omasta tukastaan takaisin kuivalle maalle. Tutkimuksellinen hinta voimassa olevan oikeuden määritelmällisestä suljettuisuudesta suhteessa siihen, mikä ei ole oikeutta, esimerkiksi moraalifilosofian, teologian, sosiologian, taloustieteen tai minkä tahansa muun tutkimusalan käsittämien arviointiperusteiden merkityksessä, maksetaan Kelsenin perusnormikonstruktion itsensä perustelemattomuuden muodossa.

H.L.A. Hart pyrki väistämään Kelsenin transsendentaalifilosofiaan ja vain edellytettyyn perusnormiin liittyvät ongelmat määrittelemällä voimassa olevan oikeuden opillista edeltäjäänsä empiirisemmin ja sosiologisemmin kahdenlaisten sääntöjen kokonaisuutena, missä tuomarit ja muut lakia soveltavat viranomaiset eli, tämän kirjan termein, *institutionaaliset lainsoveltaajat* ovat keskeisessä asemassa:⁴⁴

Voimassa oleva oikeus on tuomioistuinten ja muiden viranomaisten (eli tämän teoksen termein: institutionaalisten lainsoveltaajien) kollektiivisesti hyväksymän oikeuden tunnistamissäännön (engl.: *rule of recognition*) rajaamista oikeuslähteistä johdettavien oikeussääntöjen kokonaisuus yhtäältä kansalaisille osoitettujen ensiasteen velvoitesääntöjen (engl.: *primary rules of obligation*) ja toisaalta tuomioistuimille ja muille viranomaisille osoitettujen toisen asteen toimivalta-, täytäntöönpano- ja tunnistamissääntöjen (engl.: *secondary rules of change, adjudication & recognition*) merkityksessä.

⁴⁰ "... eine hypothetische Norm (...) nicht gesetzte, sondern vorausgesetzte", Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, s. 104. Perusnormin luonnehdinnasta "valtiösääntönä oikeusloogisessa merkityksessä" (saks.: *die Verfassung in einem rechtslogischen Sinne*), mts. 249.

⁴¹ Kelsen, *General Theory of Law and State*, s. XV, 113, 116.

⁴² Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 204–206. Vrt. Kelsen, *Pure Theory of Law*, s. 201–203.

⁴³ Kelsen, *General Theory of Norms*, s. 256.

⁴⁴ Hartin oikeusajattelusta yleisesti, Siltala, "H.L.A. Hart oikeusfilosofina", *passim*. – Käyttämäni terminologia *institutionaaliset lainsoveltaajat* ei ole Hartilta, vaan hän puhuu yleisemmin tuomareista (engl.: *judges*) ja viranomaisista (engl.: *officials*) toisen asteen sääntöjen kohderyhmänä. Vrt. Hart, *The Concept of Law*, s. 113: "There are therefore two minimum conditions necessary and sufficient for the existence of a legal system. On the one hand those rules of behaviour which are valid according to the system's ultimate criteria of validity must be generally obeyed, and, on the other hand, its rules of recognition specifying the criteria of legal validity and its rules of change and adjudication must be effectively accepted as common public standards of official behaviour by its officials."

Voimassa oleva oikeus käsittää Hartin mukaan kansalaisille osoitettujen ensiasteen *velvoitesääntöjen* ohella tuomareille ja muille viranomaisille osoitetut toisen asteen *toimivalta-* ja *täytäntöönpanosäännöt* sekä oikeuden (viimekätisen) *tunnistamissäännön*. Ensiasteen velvoitesäännöt määrittävät kansalaisten oikeudet ja velvollisuudet suhteessa toisiin kansalaisiin ja julkiseen valtaan. Oikeuden määrittelyn kannalta keskeiset toisen asteen toimivalta-, täytäntöönpano- ja tunnistamissäännöt on osoitettu ainakin pääsääntöisesti tuomareille ja muille lakia soveltaville viranomaisille, joskin myös yksityiset kansalaiset luonnollisesti soveltavat oman käyttäytymisensä sanottujen sääntöjen mukaan.⁴⁵ Oikeudelliset kompetenssi- eli toimivaltasäännöt (engl.: *rules of change*) määrittävät, miten sekä ensiasteen velvoitesääntöjä että toisen asteen toimivalta- ja täytäntöönpanosääntöjä voidaan pätevällä tavalla luoda, muuttaa ja kumota.⁴⁶ Oikeudelliset täytäntöönpanosäännöt (engl.: *rules of adjudication*) määrittävät, miten oikeussäännöt ovat oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa eli pantavissa tehokkaalla tavalla täytäntöön tuomioistuinten ja muiden viranomaisten toimesta. Lopuksi, oikeuden viimekätinen tunnistamissääntö (engl.: *ultimate rule of recognition*) määrittää pätevyyskriteerit, joiden avulla voimassa olevan oikeuden säännöt ovat tunnistettavissa voimassa olevaksi oikeudeksi ja erotettavissa tieto-opillisesti kaikesta, mikä ei ole oikeutta.

Engelmana on oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin eli tunnistamissäännön itsensä *ontologinen* ja *epistemologinen* status, niin kuin olen toisaalla tarkemmin perustellut:⁴⁷ onko kyse aidosti velvoittavasta *oikeussäännöstä*, niin kuin Hartin sääntösidonnainen terminologia ja teorian julkilausutusti oikeuspositivistinen lähtökohta antaisivat aiheen olettaa, vai onko sittenkin kyse vain kontingentista mutta yhtä kaikki vallitsevasta yhteiskunnallisesta tosiasiasta eli tuomioistuinten ja muiden viranomaisten toteuttamasta yhdenmukaisesta voimassa olevan oikeuden *tunnistamiskäytännöstä* määrättyjen institutionaalisten oikeuslähteiden avulla, niin kuin Hart tuntuu itse päättelevän? Jos voimassa oleva oikeus määritellään johdonmukaisesti oikeuspositivismin edellyttämällä tavalla *suljettuna* sääntöjärjestyksenä suhteessa vallitsevan tai kriittisen yhteiskuntamoraalin käsittämiin arvoperusteisiin sekä tietoisien yhteiskuntapolitiikan käsittämiin tavoite- tai tarkoituksenmukaisuusnäkökohtiin nähden, se tuntuisi tukevan kantaa, jonka mukaan myös oikeuden tunnistamissäännön täytyisi olla aidosti velvoittava oikeussääntö. Mutta mihin sen oikeudellinen velvoittavuus

⁴⁵ Poikkeuksena ovat *yksityisoikeudellista disponointikompetenssia* määrittävät siviilioikeuden normit, joiden varsinaisena kohderyhmänä ovat yksittäiset oikeussubjektit.

⁴⁶ Toimivalta- eli kelpoisuus- eli kompetenssisääntöjen itsensä muuttamiseen oikeuttavien sääntöjen osalta on siis kyse *kompetenssikompetenssista*: millä instanssilla on oikeudellinen kelpoisuus toimivaltasääntöjen itsensä muuttamiseen?

⁴⁷ Ks. luku 9.12. ”Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia?”.

voisi silloin perustua, kun on määritelmällisesti kyse *viimekätisestä* pätevyyskriteeristä, jota vasten (muiden) oikeussääntöjen voimassaoloa eli validiteettia arvioidaan?

Tunnistamissäännön määrittely puhtaasti empiiris-sosiologisten yhteiskunnallisten määreiden avulla johtaa puolestaan ratkeamattomaan *identifioitavuusongelmaan*: jos tunnistamissääntöä itseään ei ole mahdollista tunnistaa muutoin kuin viittaamalla tuomioistuinten ja muiden viranomaisten väitetysti yhdenmukaiseen oikeuden tunnistamis- ja soveltamiskäytäntöön,⁴⁸ miten oikeuden tunnistamissääntö on käsitteellisesti erotettavissa vallitsevasta tuomioistuin- ja viranomaiskäytännöstä? Tunnistamissäännön tunnistaminen viittaamalla oikeuskäytännön oletettuun yhdenmukaisuuteen ja yhtenäisyyteen johtaa toisin sanoen siihen, että tunnistamissääntö onkin käsitteellisesti toissijainen suhteessa institutionaalsiin oikeuslähteisiin, joiden kuitenkin tuli olla Hartin mukaan sen asettamien kriteerien avulla tunnistettavissa.

3. TUOMARINIDEOLOGIA JA OIKEUDEN TUNNISTAMISSÄÄNTÖ

Rossin *tuomarinideologian* ja Hartin *oikeuden tunnistamissäännön* välillä on tarkkaan ottaen merkitysero. Molemmat kiinnittävät voimassa olevan oikeuden normien tieto-opillisen tunnistamisen tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli, tämän teoksen termein, *institutionaalisten lainsoveltajien* kollektiivisesti sisäistämiin operatiivisiin kriteereihin, joiden avulla voimassa oleva oikeus on erotettavissa ”ei-oikeudesta” eli kaikesta, mikä ei ole oikeutta, esimerkiksi moraalin, uskonnon, tapaetikan tai estetiikan käsittämien normien merkityksessä.

Rossilla tuomarinideologia (tansk.: *den normative ideologi der besjæler dommeren*)⁴⁹ käsittää viittauksen niihin oikeuslähteisiin eli oikeudellisiin ratkaisuperusteisiin, jotka tosiasiallisesti vaikuttavat tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkintaan (tansk.: *at man ved retskilderne forstår indbegrebet af de faktorer der øver indflydelse på dommerens formulering af den regel hvorpå han baserer sin afgørelse*).⁵⁰ Ne voivat Rossin mukaan vaihdella formaaleista, sellaisenaan käsillä olevaan oikeustapaukseen sovellettavista oikeussäännöistä

⁴⁸ ”... the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact.” Hart, *The Concept of Law*, s. 107. Vrt. Hart, *The Concept of Law*, s. 245–246 alav. s. 97, missä Hart vertaa tunnistamissääntöä Kelsenin perusnormiin.

⁴⁹ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56: ”Retsvidenskaben beskæftiger sig med den normative ideologi der besjæler dommeren.”

⁵⁰ Ross, mts. 92.

(tansk.: *fra sådanne tilfælde, i hvilke kilden præsterer dommeren en fuldt færdig retsregel der blot overtages af dommeren*)⁵¹ vain vaillinaisesti täsmentyneisiin ratkaisuperusteisiin eli oikeuslähteestä johdettuihin yleisiin ideoihin tai oikeudellisen ratkaisuharkinnan yleisiin suuntaviivoihin, joiden perusteella tuomari tai muu lainsoveltaja muotoilee varsinaisen ratkaisunormin käsillä olevaa tapausta varten (tansk.: *til sådanne tilfælde, i hvilke kilden ikke byder dommeren andet og mere end visse inspirerende ideer ud fra hvilke han selv formulerer den regel han har brug for*).⁵²

Hart määrittelee oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön (engl.: *ultimate rule of recognition*) viittaamalla tuomarien ja muiden lakia soveltavien viranomaisten kollektiivisesti hyväksymiin institutionaalsiin oikeuslähteisiin, joista voimassa olevan oikeuden säännöt eli sekä *ensiasteen velvoitesäännöt* että *toisen asteen toimivalta- ja täytäntöönpanosäännöt* ja – tässä katsannossa pulmallinen – oikeuden *tunnistamissääntö* ovat johdettavissa. Rossin tuomarinideologia käsittelee siis paitsi varsinaiset oikeussäännöt myös sääntöjä heikommin täsmentyneet oikeusperiaatteet ja muut ratkaisustandardit, edellyttäen, että tuomarit ja viranomaiset ovat sisäistäneet ne osaksi vallitsevaa tuomarinideologiaa. Hartin voimassa olevan oikeuden määrittely on tiukemmin sääntökeskeinen, sillä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet eivät ole tunnistettavissa tunnistamissäännön tarkoittamien formaalien kriteerien avulla.

Kysymys, kuuluvatko myös oikeudellisen metodiopin *argumentaationsäännöt* eli oikeudellista tulkintaa, systematisointia ja punnintaa ohjaavat säännöt Rossin tuomarinideologian tai Hartin oikeuden tunnistamissäännön alaan, on monitulkintainen. Nähdäkseni tuomarien ja muiden lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämää tuomarinideologiaa voi tulkita siten, että se käsittelee myös oikeudellisen argumentaatioteorian keskeiset osatekijät eli oikeussääntöjen tulkinnessa ja oikeusperiaatteiden punninnassa käytetyt päättelymallit varsinaisten oikeuslähteiden ohella. Perusteluna on Rossin ajatus, jonka mukaan oikeustieteen, tai oikeammin lainopin, tehtävänä on ennusteiden laatiminen tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien tulevista ratkaisuista. Ilman oikeudellisen metodiopin tukea tämä ei olisi mahdollista. Niinpä vallitseva tuomarinideologia tarjoaa lainopin tutkijalle vakioituneen *institutionaalisen tuomarireferenssin*, jota vasten hänen esittämiään tulkinta-, systematisointi- ja punnintakannanottoja erilaisista institutionaalisista oikeuslähteistä johdettujen oikeussääntöjen sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden ratkaisustandardien tietynhetkisestä tulkinallisesta merkityssällöstä on mahdollista arvioida.

⁵¹ Ross, *ibid.*

⁵² Ross, *ibid.*

Hartin oikeuden tunnistamissääntö on lähtökohtaisesti Rossin tuomarinodeologiaa kiinteämmin sidoksissa oikeuden institutionaaliseen epistemologiaan, sillä Hart ei käsittele *The Concept of Law* -kirjassa oikeudellista tulkinta- ja argumentaatioteoriaa kuin ohimennen. Toisaalta hän painottaa toteutuneen tuomioistuinin- ja viranomaiskäytännön yhtenäisyyttä suhteessa oikeuden tunnistamissäännön rajaamiin institutionaalisiin oikeuslähteisiin, mikä hänen mukaansa on osoituksena tunnistamissäännön oikeudenkäyttöä yhtenäistävästä vaikutuksesta. Oikeuden tunnistamissäännön avulla toteutettua oikeuslähdeopillista yhtenevääsyyttä koskevan argumentin voi nähdäkseni yleistää myös näin rajatun ja määritellyn oikeuden tulkintaan, vaikkei Hart niin itse teekään: myös sovellettavista oikeudellisista argumentaatiomalleista vallitsee suhteellinen yksimielisyys tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten keskuudessa.

Tulkitsen toisin sanoen sekä Rossin tuomarinodeologiaa että Hartin oikeuden tunnistamissääntöä siten, että ne käsittävät oikeudellisen metodiopin eli oikeudellisen argumentaatioteorian keskeiset osatekijät vallitsevan institutionaalisen oikeuslähdeopin kriteerien ohella. Rossilla tuomarinodeologian metodinen elementti viittaa yhtäältä oikeussääntöjen tulkintaan, toisaalta oikeusperiaatteiden ja muiden oikeussääntöjä heikommin täsmentyneiden oikeudellisten ratkaisustandardien punnintaan. Hartilla oikeudelliset argumentaatiোসäännöt viittaavat yksinomaisesti oikeussääntöjen tulkintaan, koska oikeusperiaatteet ja vastaavat muut, (vain) riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeudelliset ratkaisustandardit rajautuvat oikeuden tunnistamissäännön ulkopuolelle. Oikeudellinen systematisointi kuuluu teoreettisen lainopin alaan, joten Rossin tai Hartin oikeusteoriaan kiinnitetty institutionaalinen tuomarireferenssi ei sitä kata. Tuomari ei toisin sanoen systematisoi oikeutta, vaan tulkitsee voimassa olevan oikeuden sääntöjä sekä punnitsee institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivia oikeusperiaatteita ja vastaavia ratkaisustandardeja.

Sekä Ross että Hart tekevät oletuksen vallitsevan tuomarinodeologian (Ross) ja oikeuden tunnistamissäännön (Hart) määritelmällisesti *kollektiivisesta* luonteesta: on kyse suhteellisen yhdenmukaisesta kriteeristä, jota tuomarit ja muut lakia soveltavat viranomaiset hyödyntävät voimassa olevan oikeuden sääntöjen (ja periaatteiden) tunnistamisessa sekä niiden erottamisessa kaikesta, mikä ei ole oikeutta esimerkiksi vallitsevan yhteiskuntamoraalin tai uskonnon käyttäytymisnormien merkityksessä. Oletus tuomarinodeologian tai oikeuden tunnistamissäännön käsittämien oikeuslähdeopillisten ja argumentaatioteoreettisten osatekijöiden kollektiivisesti yhdenmukaisesta luonteesta ei ole täysin ongelmaton, mutta yleisellä tasolla se pitäänee yhtä kaikki paikkansa.⁵³ Hart viittaa Rossin

⁵³ Hart, *The Concept of Law*, s. 107: "... the rule of recognition exists only as a *complex, but normally concordant*, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by

tavoin siihen käsitteelliseen tosideikkaan, että jo puhe ”oikeusjärjestyksestä” edellyttää sovelletun tunnistamiskriteerin yhteisöllisyyttä.⁵⁴ Hän myös huomauttaa, että kysymys jonkin yksittäisen oikeussäännön voimassaolosta vain ani harvoin ajankohtaistuu. Tämä viittaa Hartin mukaan siihen, että tunnistamissääntö täyttää tyydyttävällä tavalla oikeudenkäyttöä yhtenäistävän tehtävänsä kyseisessä oikeusyhteisössä.

4. INSTITUTIONAALINEN OIKEUSPOSITIVISMI JA KRIITTINEN OIKEUSPOSITIVISMI

Skotlantilaisen Neil MacCormickin (1941–) ja itävaltalaisen Ota Weinbergerin (1919–) institutionaalinen oikeusteoria eli *institutionaalinen oikeuspositivismi* on jatkanut Austinin, Kelsenin ja Hartin edustamaa analyttisen oikeuspositivismin tutkimustraditiota.⁵⁵ Institutionaalinen oikeuspositivismi poikkeaa edeltäjästään siinä, että se tulkitsee oikeutta lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden oikeudellisesti toimivaltaisten viranomaisten *institutionaalisten puhetekojen* avulla luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa ja kumottavissa olevana ilmiönä. Taustalla on kielifilosofien Elizabeth Anscomben, John L. Austinin ja John Searlen ajatus *institutionaalisista puheteoista* (engl.: *speech acts*), joiden avulla yhteisöllisen ja oikeudellisen todellisuuden ilmiöt ovat tehokkaalla tavalla *konstituoitavissa* eli luotavissa, muutettavissa, pantavissa täytäntöön eli toteutettavissa oikeusvaikutuksiltaan sekä kumotta-

reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact.” Hart, *The Concept of Law*, s. 107 (kursivointi lisätty); samoin Hart, mts. 105: ”Secondly, it is the case that this rule of recognition, in terms of which he assesses the validity of a particular statute, is not only accepted by him but is the rule of recognition actually accepted and employed in the general operation of the system. If the truth of this presupposition were doubted, it could be established by reference to actual practice: to the way in which courts identify what is to count as law, and to the general acceptance of or acquiescence in these identifications. Vrt. myös Hart, mts. 111: ”Here what is crucial is that there should be a *unified or shared official acceptance* of the rule of recognition containing the system’s criteria of validity.” (Kursivointi lisätty.) – Vrt. Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 48–49: ”Det er i det foregående talt snart om ’dommeren’, snart om ’domstolene’. Forudsætningen for, at man kan operere med begrebet ’dansk ret’ som et for det hele retssamfund fælles, identisk system er, at de individuelt forskellige dommere besjæles af en fælles, overindividuel ideologi, og at det derfor kommer ud på et, om man refererer til ’dommeren’ eller til ’domstolene’. Retten er et socialt, d.v.s. overindividuel fænomen. I det omfang, den enkelte dommer motiveres af særegen ideosynkrasi, henregnes denne ikke til ’dansk ret’ – selv om den naturligvis ligefuldt er en faktor der må tages i betragtning af den der er interesseret i at forudkalkulere en konkret retsafgørelse.”

⁵⁴ Hart, *The Concept of Law*, s. 112–113.

⁵⁵ MacCormick & Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, *passim*; Weinberger, *Law, Institution and Legal Politics*, etenkin s. 3–29, 148–185.

vissa.⁵⁶ Todellisuus koostuu toisin sanoen ”raakojen” eli materiaalistien, empiirisesti havaittavissa olevien ilmiöiden tai tosiasioiden (engl.: *brute facts*)⁵⁷ ohella sääntösidonnaisista eli institutionaalisista faktoista (engl.: *institutional facts*), joissa määrätty empiirisen todellisuuden ilmiöt sekä niitä yhteisöllisesti ja/tai oikeudellisesti kvalifioivat normatiiviset säännöt ovat erottamattomasti yhteenkietoutuneina.

Erilaiset oikeudelliset ilmiöt, kuten Suomen voimassa oleva perustuslaki, yksityisoikeudellinen sopimus, testamentti, avioehto, omistusoikeus, valtiopäiville kokoontunut (Suomen) eduskunta sekä Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 234 artiklan mukainen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle tehty ennakkoratkaisupyyntö, ovat sääntösidonnaisia eli institutionaalisia tosiasioita, joiden eksistenssi on määritelmällisesti sidoksissa sanottuja instituutioita säänteleviin oikeudellisiin konstituutiosääntöihin. Myös lainsäätäjät ja tuomioistuimet ovat oikeudellisten konstituutiosääntöjen määrittämiä ilmiöitä eli oikeudellisia instituutioita.⁵⁸ Ajatus sosiaalisen todellisuuden ilmiöiden käsitteellisistä sidoksista voimassa olevan oikeuden sääntöihin ei sinänsä ole uusi. Hans Kelsen huomautti jo 1920-luvulla, että ”valtio” on määritettävissä vain oikeussääntöjen avulla. Se on yhteisnimitys määrätyille valtiosääntö-, hallinto- ja vastaavien muiden oikeusnormien joukolle, eikä valtiolla voi olla itsenäistä olemassaoloa sanottujen oikeussääntöjen rajaaman normatiivisen sfäärin ulkopuolella.⁵⁹

MacCormickin ja Weinbergerin mukaan *oikeudellinen instituutio* on kolmenlaisten sääntöjen kokonaisuus:⁶⁰ *institutiiviset* eli instituution perustamis- eli voimaansaattamissäännöt (engl.: *institutive rules*) määrittävät oikeudellisen instituution syntyä, *konsekventialistiset* eli instituution käsittämiä oikeusseuraamuksia koskevat säännöt (engl.: *consequential rules*) määrittävät sen oikeusvaikutuksia ja *kumoavat* eli instituution lakkauttamista koskevat säännöt (engl.: *terminative rules*) määrittävät sen voimassaolon lakkauttamista. Itse määrittelyn oikeudellisen instituution jonkin verran laajemmin kaikkiaan viidenlaisten sääntöjen tai sääntöryvästen kokonaisuutena: (1) oikeuden *konstituutiosäännöt*

⁵⁶ MacCormick ja Weinberger mainitsevat tässä yhteydessä Elizabeth Anscomben ja John Searlen, mutta Searlen ajattelu rakentuu keskeisesti John L. Austinin jäsentämien premissien varaan. MacCormick & Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, s. 9. MacCormick ja Weinberger eivät käsittele tässä yhteydessä oikeussääntöjen toteutettavuutta määrittäviä (prosessioikeudellisia) täytäntöönpanosääntöjä, vaan se on oma tulkinnallinen lisäykseni sanottuun teoriaan. Vrt. MacCormick & Weinberger, mts. 52–53.

⁵⁷ Näitä ovat esimerkiksi pöydät ja tuolit, joiden eksistenssi ei ole millään tavoin riippuvainen yhteisöllisten sääntöjen tai konventioiden olemassaolosta.

⁵⁸ Käytän termiä *institutionaaliset lainsoveltajat* viittaamaan tuomioistuihin ja muihin virkansa puolesta ja virkavastuulla lakia soveltaviin viranomaisiin.

⁵⁹ Kelsen, *Der Soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*, *passim*.

⁶⁰ MacCormick & Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, s. 52–53.

oikeusnormien synty-, transformaatio-, soveltamis- ja derogaatiosääntöjen merkityksessä, joista oikeuden synty- ja derogaatiosäännöt vastaavat MacCormickin vastaavia sääntöjä (engl.: *institutive rules & terminative rules*), (2) oikeuden tunnistamissääntö, jonka avulla oikeus on tieto-opillisesti identifioitavissa ja erotettavissa ”ei-oikeudesta”, vastaten Hartin oikeuden tunnistamissääntöä (engl.: *rule of recognition*), (3) oikeudelliset *argumentaatiosäännöt* oikeussääntöjen tulkinta- ja systematisointinormien sekä oikeusperiaatteiden punnintanormien merkityksessä, (4) oikeudelliset *artikulaatiosäännöt* eli oikeudellisten ilmiöiden käsitteellistämistä sääntelevät loogisen syntaksin ja semantiikan säännöt, sekä (5) ensiasteen oikeudelliset *velvoitesäännöt*, vastaten MacCormickin *konsekventialistisia* sääntöjä (engl.: *consequential rules*). Palaan sanottuun jaotteluun lähemmin luvussa 6, ”Oikeustieteen tieteenkuva”.

Kaarlo Tuorin kehittämä *kriittisen oikeuspositivismin* teoria ei lukeudu analyttisen oikeuspositivismin traditioon, vaikka Kelsenin ja Hartin edustama analyttinen eli, Tuorin termein, ”traditionaalinen” oikeuspositivismi onkin yksi tuon teorian tutkimuksellisista lähtökohdista.⁶¹ Kyse on kuitenkin, Tuorin termein, ”poleemisesta vastapoolista”, johon hän oman kriittisen oikeuspositivismin teorian suhteuttaa, ei sen omista teoreettisista sitoumuksista.

Tuorin oikeusajattelun lähtökohdat ovatkin varsin eri suunnalla kuin Kelsenin tai Hartin edustaman analyttisen oikeuspositivismin tutkimustraditiossa. Ajatuksellisen lähtökohdan ovat hänelle tarjonneet Sakari Hännisen marxilaiseen yhteiskuntafilosofiaan ja Georg Lukács -tulkintaan palautuva yhteiskunnan subjektirakenteen ja tietoisuusmuotojen monitasomalli pääoman liikelakeineen sekä oikeuden tasojen välillä vaikuttavine ”ekspressiivisine yhteyksineen”; Jürgen Habermasin kommunikatiivisen rationaalisuuden teoria ja tämän *Faktizität und Geltung* -teoksessa esittämä modernin oikeuden oikeusparadigmojen rekonstruktio; Max Weberin *Wirtschaft und Gesellschaft* -teoksen ideaalityyppitarkastelu oikeudelliseen kontekstiin sovellettuna; Michel Foucault’n tiedonarkeologian *historiallinen a priori*, millä ranskalaisfilosofi viittasi ”sanat” (ransk.: *les mots*) ja ”asiat” (ransk.: *les choses*) yhdistäneen maailmankuvan tai tietomuodon (ransk.: *épistémè*) käsitteellisiin ja episteemisiin reunaehtoihin, joita siis itsekin sovellan tässä teoksessa; François Ewaldin sosiaalivaltion syntyä jäljittäneen *L’Etat providence* -teoksen idea ”Normin rationaalisuudesta” teollisten standardien kaltaisena ja perinteisestä sallittu/kielletty -tyyppisestä binäärilogiikasta poikkeavana oikeudellisen sääntelylogiikan vaihtoehtona; Ranskan annalistisen historiantutkimuksen koulukunnan ja etenkin sen edustajan Fernand Braudelin monitasoinen aikakäsitys, jonka mukaan ”aika liikkuu historian eri tasoilla eri nopeuksilla”; Pierre Bourdieun oikeudellisen kentän pelitilanteen ja lakimiesha-

⁶¹ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 7–8.

bituksen muodostumisen analyysi; Ronald Dworkinin ajatus oikeussääntöjä heikompaa institutionaalista tukea nauttivista oikeusperiaatteista sekä John L. Austinin ja John Searlen ajatuksiin palautuva puhetekojen teoria (engl.: *speech-act theory*).⁶²

Kyse on myös syvällisestä erosta tutkijamentaliteetissa: Tuorin tarkastelutapa on pikemminkin *holistinen* kuin (käsite)analyttinen ja käsitteelliseen tarkkuuteen pyrkivä.⁶³ Tutkimuksellisenä tavoitteena on kokonaisvaltainen *rekonstruktio modernista oikeudesta yhteisöllis-kulttuurisena ilmiönä* kolmen tason tai ajallisen kerrostuman eli oikeuden pintatason, oikeuskulttuurin tason ja oikeuden syvätason sekä kahden ulottuvuuden eli yhtäältä velvoittavien oikeusnormien ja toisaalta erilaisten oikeutta uusintavien ja tuottavien oikeudellisten käytäntöjen merkityksessä. Lisäksi Tuorin kriittisen oikeuspositivismin painopiste on oikeuden kolmitasoisien ja kaksiulotteisen *ontologian* tarkasteluilla, eikä oikeuden *epistemologiaa* eli institutionaalista oikeuslähteoppia tai *metodologiaa* eli oikeudellista argumentaatioteoriaa vastaavasti käsitellä. Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin institutionaalisen oikeuspositivismin teoria on tarjonnut omalle tutkimukselleni teoreettisen lähtökohdan Alf Rossin ja H.L.A. Hartin analyttisen oikeusrealismin ohella, mutta Tuorin kriittisen oikeuspositivismin ohjelmaa en tutkimuksessani seuraa. Sen pulmana on nähdäkseni sovittamaton jännite teorian yhtäältä tahdonvaltaisten ja positivististen sekä toisaalta sisältökriittisten ainesosien välillä, niin kuin perustelen luvussa 9.5. ”Mistä puhumme, kun puhumme oikeudesta?”. Toisaalta, en katso voivani sitoutua Tuorin oikeuden monitasomallin vähintään heikosti ”myöhäis-marxilaisiin” piirteisiin,⁶⁴ vaikka sen varhaisversion marxilaisittain ymmärretty oikeuden subjektirakenne ja yhteiskunnallis-transsendentaalinen pääomalogiikka oikeuden eri tasojen ja olemus-ilmiö -kategorioiden välisine ekspressiivisine yhteyksineen onkin nyt saanut ainakin valtaosin väistyä oikeuden perustavan tahdonvaltaisuuden sekä oikeuden tasojen välisten suhteiden uudelleen määrittelyn tieltä.

⁶² Tutkimuksellisen eklektismin teoreettisesta puolustamisesta, Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 333, missä hän viittaa Jürgen Habermasin vastaaviin tutkimuksellisiin valintoihin suhteessa Niklas Luhmannin systeemiteoriaan.

⁶³ Teorian avoimen marxilaisessa varhaisversiossa Tuori kirjoitti: ”Eri tasoille sijoittuvat ilmiöt kehittyvät ja muuntuvat erityyppisten lainalaisuuksien ohjaamina ja erilaista historiallista rytmiä noudattaen, eri ajassa. Niiden välillä on kuitenkin olemus-ilmiö -kategorioiden ilmentämä ’ekspressiivinen’ yhteys.” Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 1, s. 74. Tämä edustaa marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian vahvasti holistista näkemystä yhteiskunnasta. Analyttiselle kielifilosofialle ominainen kysymys saattaisi sitä vastoin kuulua: ”Mitä oikein tarkoitat, kun (esimerkiksi) sanot, että ... ’oikeuden eri tasojen välillä vallitsee olemus-ilmiö -kategorioiden ilmentämä ’ekspressiivinen’ yhteys’?”

⁶⁴ Kriittisen oikeuspositivismin suhteesta marxilaiseen teoriaan, Tuori, ”Ideologiakriittistä kriittiseen positivismiin”, s. 312–316 ja etenkin s. 319; sama, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. VI–IX.

5. OIKEUSLÄHTEIDEN KOHERENSSI JA OIKEUDELLISEN TULKINTAKANNANOTON RATIONAALINEN HYVÄKSYTTÄVYYS

Oikeuden määrittely siten, että Austinin, Kelsenin ja Hartin analyyttisen oikeuspositivismin määritelmällinen vaatimus oikeuden ja ei-oikeuden täysimääräisestä erottamisesta täytyisi, kohtaa tieteenteoreettisessa katsannossa varsin vaikeasti ylitettäviä esteitä, niin kuin olen toisaalla perustellut Kelsenin perusnormin ja Hartin oikeuden tunnistamissäännön itsensä pulmallisen ontologian ja epistemologian osalta.⁶⁵ Analyyttinen oikeuspositivismi rajaa arviot oikeuden sisällöllisestä hyväksyttävyydestä voimassa olevan oikeuden käsitteen ulkopuolelle: oikeuden muodollinen voimassaolo ja oikeuden sisällöllinen hyväksyttävyyys on erottava toisistaan mahdollisimman tarkkarajaisesti, mikä tekee samalla oikeuden aidosti arvoperustaisen kritiikin oikeuden ulkopuolisten kriteerien perusteella mahdolliseksi. Samalla voimassa olevan oikeuden käsitettä on pyritty laventamaan myös teoreettisilta lähtökohdiltaan positivismissä oikeuskirjallisuudessa siten, että se käsittäisi myös oikeuden tosiasiallisen hyväksynnän tai ideaalisen hyväksyttävyyden. Neil MacCormick viittasi positivistisen oikeuskäsityksen taustalla vaikuttaviin arvosidonnaisiin ja tavoiterationaalsiin perusteisiin (engl.: *underpinning reasons*), joiden avulla määrätyn oikeusjärjestyksen validiteetti- eli pätevyyskriteerit hyväksytään.⁶⁶ Meillä Aulis Aarnion käsitys *rationaalisesta hyväksyttävyydestä* oikeuden konstitutiivisena kriteerinä on osaltaan muuntanut oikeuden määrittelyn positivistista lähtökohtaa.⁶⁷

Aulis Aarnion mukaan puhe oikeuden tai oikeusnormin *voimassaolosta* voi tarkoittaa kaikkiaan kolmenlaista voimassaolon tapaa tai perustaa: muodollista *pätevyyttä*, tosiasiallista *tehokkuutta* tai arvoperustaista *hyväksyttävyyttä*. Oikeusnormin muodollinen pätevyys vastaa Kelsenin puhtaan oikeusopin määrittelyä, jonka mukaan oikeussäännön voimassaolo viittaa sen syntytapaan eli siihen, että sääntö on säädetty voimassa olevan perustuslain tarkoittamalla tavalla.⁶⁸ Hartin oikeuden tunnistamissääntö (engl.: *rule of recognition*) sekä sen käsittämä viittaus voimassa olevan oikeuden muuttamista koskeviin toisen asteen toi-

⁶⁵ Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 205–209, 221–231, 255–260; myös luku 9.12. ”Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia?”.

⁶⁶ MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, s. 62–65, 138–140, 240–246, 275–292.

⁶⁷ Aarnio, *Laintulkinnan teoria, passim*. – Toisaalta siis Kaarlo Tuorin *kriittinen oikeuspositivismi* on perustellut tutkimuksellisen vaihtoehdon perinteiselle analyyttiselle oikeuspositivismille. Arvioin Tuorin oikeuskäsitystä lähemmin luvussa 9.5. ”Mistä puhumme, kun puhumme oikeudesta?”.

⁶⁸ Dworkin käytti säännön muodolliseen syntytapaan viitaten termiä *pedigree* eli sukupuu tai kantanäkö. Sanan etymologia viittaa alun perin koirien ja vastaavien muiden kotieläinten polveutumisesta jäljittämiseen. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 40.

mivaltasääntöihin (engl.: *rules of change*) viittaavat samaan seikkaan eli oikeuden muodolliseen syntytapaan. Oikeuden tehokkuus tarkoittaa, että määrättyä oikeusnormia tosiasiallisesti sovelletaan tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien oikeudellisessa ratkaisukäytännössä eikä ole kyse *desuetudo*-tapauksesta, missä sinänsä pätevä oikeusnormi jää vaille oikeudellisen soveltamiskäytännön tukea. Oikeuden arvoperustainen hyväksyttävyyys viittaa oikeusnormin aksiologiseen vastaanottoon oikeusyhteisössä, mikä toteutuu etenkin oikeusperiaatteiden ja vastaavien standardien kohdalla tuomarien ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien ratkaisuharkinnassa. Kyse on tältä osin pikemmin luonnonoikeudellisesta kuin ankan oikeuspositivistisesti määritellystä oikeuden voimassaolokriteeristä.

Voimassa olevan oikeuden käsittämät oikeusnormit voidaan johtaa tuomaria eri tavoin velvoittavista *oikeuslähteistä*. Ne voidaan jakaa *vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin* ja (vain) *sallittuihin* oikeuslähteisiin, missä erottelukriteerinä on yhtäältä tuomarille tai muulle lainsoveltajalle todennäköisesti koituvat negatiiviset viralliset ja epäviralliset seuraukset, mikäli hän poikkeaa vakiintuneesta oikeuslähteiden hierarkiasta, sekä toisaalta kansalaisten perusteltu oikeusturvaodotus, mistä yleinen ratkaisujen perusteluvelvollisuus on johdettavissa. Vahvasti velvoittavia oikeuslähteitä ovat Aarnion mukaan lainsäädäntö sekä lain vaietessa tavanomainen oikeus, mikä kiinnittää Suomen voimassa olevan oikeuden ensisijaisesti tahdonvaltaiseen, lainsäädäntökeskeiseen oikeuspositivismiin. Heikosti velvoittavia ovat lainvalmisteluaineisto ja tuomioistuinten antamat pre-judikaatit. Sallittuja oikeuslähteitä ovat muun muassa lainopillinen oikeuskirjallisuus, oikeusvertailevat argumentit sekä reaaliset argumentit eli tulkinnan ennakoitavissa olevat yhteiskunnalliset seuraukset. Oikeuslähteistä asianmukaisesti johdetun oikeusnormin tulkinnallisen merkityssisällön tulee Aarnion mukaan täyttää *rationaalisen hyväksyttävyyden* vaatimus, jonka hän johtaa kansalaisten oikeudenkäyttöön kohdistamasta perustellusta oikeusturvaodotuksesta. Se on jaettavissa yhtäältä ratkaisun *ennustettavuuteen* ja oikeudellisen mielivallan välttämiseen sekä toisaalta ratkaisun aineelliseen *hyväksyttävyyteen* ja kohtuullisuuteen kohdeauditoriona olevassa oikeusyhteisössä.⁶⁹

⁶⁹ Tämä on varsin tiivis yhteenveto Aarnion oikeusteorian eräistä keskeiskohdista. Johdatuksena Aarnion oikeusajatteluun on esimerkiksi teos *Laintulkinnan teoria*. Oikeusnormin voimassaolosta, Aarnio, mts. 83–100; oikeusturvaodotuksesta, Aarnio, mts. 186–189; vahvasti velvoittavista, heikosti velvoittavista ja sallituista oikeuslähteistä, Aarnio, mts. 218–247; rationaalisesta hyväksyttävyydestä, Aarnio, mts. 285. – Aarnion oikeuslähteoppia olen kommentoinut lähemmin luvussa 4, ”Institutionaalinen oikeuslähteoppi”.

Rekonstruktio Aarnion voimassa olevan oikeuden määritelmästä on nähdäkseen seuraavanlainen:⁷⁰

Voimassa oleva oikeus on niiden vahvasti velvottavista, heikosti velvoittavista ja sallituista oikeuslähteistä johdettujen, keskenään yhdenmukaisten eli *koherenttien* oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden kokonaisuus, joka olisi hyväksyttävissä *rationaalisen harkinnan kriteerit täyttävässä oikeusyhteisössä*.

Aarnion oikeuskäsitteeseen sisältyvä *rationaalisen hyväksyttävyyden* vaatimus merkitsee poikkeamaa Kelsenin (ja Hartin) oikeuspositivistisesta oikeuden määrittelystä, koska oikeuden muodollinen voimassaolo kietoutuu nyt yhteen sen yhteisöllisen eli kohdeauditoriosidonnaisen hyväksyttävyyden kanssa.

Mikä on voimassa olevan oikeuden sisältö tilanteessa, jossa tuomarien ja muiden lainsoveltajien käsitys oikeudesta vahvasti velvottavista, heikosti velvoittavista ja sallituista oikeuslähteistä johdettujen, keskenään yhdenmukaisten eli koherenttien oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden kokonaisuuden merkityksessä poikkeaa olennaisesti siitä, minkä oikeusyhteisön enemmistö voisi rationaalisen harkinnan jälkeen hyväksyä? Oletetaan, että tuomioistuimet ja muut lainsoveltajat ovat toteutuneessa oikeuskäytännössä antaneet johdonmukaisesti oikeussuojaa oikeussäännön x tarkoittamille erityisille oikeuksille ja velvollisuuksille. Oletetaan lisäksi, että sanottu oikeussääntö x on johdettavissa vallitsevan tuomarinideologian käsittämistä oikeuslähteistä, vaikkei se täytäkään vaatimusta, jonka mukaan oikeusyhteisön C enemmistö voisi sen rationaalisen harkinnan jälkeen hyväksyä. Onko oikeussääntö x voimassa olevaa oikeutta oikeusyhteisössä C ? Kyse voi olla esimerkiksi sopimussitovuutta määrittelevistä kriteereistä, joita tuomioistuimet ovat aika ajoin tulkinneet yleistä oikeustajua ankaremmin. Tai oletetaan käänteisesti, että tuomarit ja muut lainsoveltajat ovat johdonmukaisesti kieltäytyneet antamasta oikeussuojaa oikeussäännön y tarkoittamille oikeuksille ja velvollisuuksille, vaikka tuo sääntö täyttäisi vaatimuksen, jonka mukaan oikeusyhteisön C enemmistö voisi sen rationaalisen harkinnan jälkeen hyväksyä. Onko sääntö y voimassa olevaa oikeutta oikeusyhteisössä C ? Kyse voi olla vaikka yleisestä kohtuusperiaatteesta, joka otaksuttavasti nauttii suurempaa hyväksyntää maallikoiden ja kriittisten oikeustutkijoiden keskuudessa kuin tuomarikunnan ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien keskuudessa.

⁷⁰ Aarnion oikeuden määritelmä on johdettu hänen keskeisajatuksistaan, joita hän on kehittänyt esimerkiksi *Laintulkinnan teoria* -teoksessaan sekä ”On the Truth and Validity of Interpretative Statements in Legal Dogmatics” -kirjoituksessaan. Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 218–247, missä on esitelty suomalainen oikeuslähdeoppi, sekä mts. 285, missä Aarnio esittää lainopin *regulatiivisen periaatteen*: ”tulkinta- tai normikannanottoja esittävän lainopin samaten kuin lainkäytön tulee pyrkiä tuloksiin, jotka voisivat rationaalisesti harkitsevassa oikeusyhteisössä saavuttaa enemmistön tuen.” (Kursivoinnit Aarnion.)

Edellä sanotun valossa Aarnion kanta olisi kielteinen säännön x voimassa-oloon ja myönteinen säännön y voimassaoloon nähden, koska vain jälkimmäinen sääntö on rationaaliseen harkintaan sitoutuneen oikeusyhteisön enemmistön hyväksyttävissä. Aarnio ei toisin sanoen anna tuomarien ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien käsitykselle voimassa olevan oikeuden sisällöstä oikeutta konstituoivaa merkitystä, toisin kuin oikeusyhteisön rationaalisen harkinnan tuloksena syntyneelle hyväksynnälle. Aarnion oikeusteoriaan sisältyy näin (*oikeus*)*ideal*istinen elementti, joka poikkeaa esimerkiksi H.L.A. Hartin ja Alf Rossin tässä katsannossa (*oikeus*)*real*istisesta voimassa olevan oikeuden määrittelystä. Hart arvioisi, ettei sääntö y ole voimassa olevaa oikeutta, koska se ei ole tunnistettavissa tuomarien ja muiden lakia soveltavien viranomaisten kollektiivisesti hyväksymän oikeuden tunnistamissäännön (engl.: *rule of recognition*) käsittelemien oikeuslähdeopillisten kriteerien avulla. Ross puolestaan toteaisi, ettei sääntö y kuulu vallitsevan tuomarinideologian rajaamien oikeudellisten ratkaisuperusteiden joukkoon, eikä se siten ole osa voimassa olevaa oikeutta. Jos oikeus määritellään Aarnion tavoin viittaamalla rationaalisesti harkitsevan oikeusyhteisön enemmistön kantaan suhteessa määrättyyn oikeuskysymykseen, oikeuden rajat ja sisällöllinen määritettävyyden käyvät Hartin ja Rossin teoriaa epätarkemmiksi ja epävarmemmiksi: mikä on voimassa olevan oikeuden tulkinnallinen merkityssisältö suhteessa määrättyyn oikeustositseikastoon f ja miten se on metodisesti määritettävissä?

6. TUOMARINIDEOLOGIA: TOTEUTUNUT JA TOTEUTETTAVISSA OLEVA OIKEUS

Miten voi perustella tutkimuksellisen valinnan esimerkiksi analyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin edustaman oikeuskäsityksen sekä sen erilaisten vaihtoehtojen, kuten oikeusfenomenologian, luonnonoikeusfilosofian, oikeusteologian tai marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian, vastaavien käsitysten välillä? Vai onko tuo valinta lainkaan loppuun asti *rationaalisesti* perusteltavissa? Perustelen tässä teoksessa (muun muassa) tieteenteoreettisen väitteen, jonka mukaan oikeuteen ei ole *näkökulmaa ei-mistään*.⁷¹ kaikki oikeuden ja oikeustieteen ajateltavissa olevat tutkimukselliset arviointikriteerit ovat määritelmällisesti ”aina-jo” *teoriasidonnaisia*, koska niiden on määrä olla myös muille tiedeyhteisön jäsenille perusteltavissa tutkijan ainutkertaisen, idio-

⁷¹ Onnistunut fraasi ”näkökulma ei-mistään” viittaa siis amerikkalaisen filosofi Thomas Nagelin teokseen *The View from Nowhere*.

synkraattisen ja muilta suljetun yksityiskielen ja yksityismetodin sijasta.⁷² Tutkimuksen tieteenkuvassa on kyse tutkijan sitoutumisesta määrätynlaiseen, yhteisöllisesti perusteltavissa olevaan ja muut ajatukselliset vaihtoehdot poissulkevaan käsitykseen oikeuden ja oikeustieteen ontologisista, epistemologisista, metodologisista ja loogis-lingvistisistä kriteereistä.

Niinpä tutkijan on tehtävä *aksiologinen* ja *yhteiskuntaideologinen* valinta, pidetäänkö oikeuden määrittelyn ja oikeudellisen analyysin yleisten lainalaisuuksien kannalta ratkaisevana oikeuden intuitiivis-apriorista, empiirisiä havaintoja käsitteellisesti edeltävää olemusta (= oikeusfenomenologia), oikeuden suhdetta yhteiskunnan vallitseviin taloudellisiin tuotantosuhteisiin ja tuotantorakenteisiin sekä transsendentaalisubjektiksi ymmärretyn pääoman itseään uusintaviin liikelakeihin (= marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia), oikeuden suhdetta ”oikeaan oikeuteen” (saks.: *richtiges Recht*) ehdottoman yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden merkityksessä (= klassinen ja moderni luonnon-oikeusfilosofia), oikeuden suhdetta yhteiskunnallisesti ja filosofisesti merkitykselliseen sukupuolieroon (= feministinen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia) vaiko oikeuden suhdetta yhteiskunnan *institutionaaliseen perustaan*, jolloin oikeus mielletään *yhteiskunnallisena tosiasiana*, joka on *toteutunut* ja vallitsevan tuomarinideologian käsittämien oikeuslähdeopillisten ja argumentaatioteoreettisten premissien valossa myös tulevaisuudessa todennäköisesti *toteutettavissa* määrättyjen institutionaalisten toimijoiden, kuten lainsäätäjän ja tuomioistuinten, sääntösidonnaisten puhetekojen avulla (= analyytinen oikeuspositivismi, analyytinen oikeusrealismi ja institutionaalinen oikeuspositivismi).

Aarnion oikeuslähteiden koherenssiin ja tulkintakannanoton rationaaliseen hyväksyttävyyteen perustuva oikeuskäsitys sivuuttaa tuomioistuimille ja muille *institutionaalisille lainsoveltajille* annetun keskeisroolin voimassa olevan oikeuden määrittämisessä, mitä yhtä hyvin analyytinen oikeuspositivismi, analyytinen oikeusrealismi ja institutionaalinen oikeuspositivismi pitävät oikeuden konstitutiivisena ja epistemologisena erottelukriteerinä, esimerkiksi Hartin oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön tai Rossin tuomarideologian edellyttämän *institutionaalisen tuomarireferenssin* merkityksessä. Aarnio antaa sen sijaan ideaalisessa ja partiaalisessa oikeusyhteisössä saavutetulle oikeudellisen voimassaolo- tai tulkintakannanoton *rationaaliselle hyväksyttävyydelle* ratkaisevan merkityksen voimassa olevaa oikeutta määrittelevänä konstitutiivisena kriteerinä.⁷³ Ne oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet, jotka täyttävät Aarnion asettamat ehdot oikeuslähteiden keskinäisestä koherenssista ja oikeudellisen tulkinnan kohdeauditoriosidonnaisesta rationaalisesta hyväksyttävyydestä, saattavat kuitenkin

⁷² Käsittelen oikeustieteellisen metodin vähimmäiskriteerejä tämän teoksen luvussa 7, ”Tieteellinen metodi”.

⁷³ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 283.

poiketa niistä oikeussäännöistä ja oikeusperiaatteista, joille tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat ovat antaneet oikeussuojaa ja joille ne, valitsevan tuomarinideologian normatiivisten premissien perusteella, tulevat todennäköisesti myös tulevaisuudessa antamaan tehokasta oikeussuojaa *toteutuneiden* ja *toteutettavissa* olevien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen erityisten oikeuksien ja velvollisuuksien merkityksessä.

Analyttisen oikeusrealismin ja *institutionaalisen oikeuspositivismin* mukainen ajatus voimassa olevasta oikeudesta perustelee käsityksen oikeudesta *yhteiskunnallisena tosiasiana*, joka on identifioitavissa lainsäätäjän ja tuomioistuinten tekemien päätösten avulla. Voimassa oleva oikeus on ainakin lähtökohtaisesti – eli *tavanomainen oikeus* ja *oikeusperiaatteet* pois lukien – joukko lainsäätäjän,⁷⁴ tuomioistuinten ja muiden *institutionaalisten lainsoveltajien* määrätystä institutionaalisessa eli sääntö- ja puhetekosidonnaisessa yhteiskunnallisessa kontekstissa tekemiä päätöksiä yleisten säädösten ja yksittäisten tuomioistuin- ja viranomaisratkaisujen merkityksessä.

Oma ehdotukseni voimassa olevan oikeuden määritelmäksi noudattelee yhdistelmää, jossa on yhtäältä *institutionaalis-normatiivisia* ja toisaalta *oikeusrealistisia* eli oikeuden tosiasialliseen *täytäntöönpanotehokkuuteen* liittyviä piirteitä John Austinin ja Hans Kelsenin analyttisen oikeuspositivismin, H.L.A. Hartin ja Alf Rossin analyttisen oikeusrealismin sekä Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin institutionaalisen oikeuspositivismin tarkoittamalla tavalla. Ajatus oikeudesta yhteiskunnallisena tosiasiana *toteutuneiden* ja myös vastaisuudessa *toteutettavissa* olevien oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena perustuu *analyttisen oikeusrealismin* mukaiseen käsitykseen oikeudesta, missä tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämällä *tuomarinideologialla* eli institutionaalisen oikeuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian kriteereillä on ratkaiseva merkitys voimassa olevan oikeuden tunnistamisessa sekä oikeuden tulkinnallisen merkityssisällön määrittämisessä. Myös Hartin oikeuden tunnistamissääntö voidaan tulkita vastaavalla tavalla viittaukseksi tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten kollektiivisesti hyväksymiin oikeuslähteisiin, kuten lainsäädäntöön, lainvalmisteluaineistoon, prejudikaatteihin ja tavanomaiseen oikeuteen.

Rekonstruktio tanskalaisen Alf Rossin oikeuden määritelmästä voidaan esittää seuraavaan tapaan:⁷⁵

⁷⁴ Tai oikeammin monikollisesti *lainsäätäjien*, koska lainsäätämiseen kelpoisia toimielimiä on monilukuinen joukko Suomen valtiopäiville kokoontuneesta eduskunnasta asetuksia antavaan tasavallan presidenttiin, valtioneuvostoon ja alemmanasteisiin hallinnollisiin norminasettajiin. Lisäksi on vielä Euroopan yhteisön yleiseen norminantoon kykenevät toimielimet, kuten Euroopan parlamentti, neuvosto ja komissio.

⁷⁵ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 92.

Voimassa oleva oikeus on vallitsevan *tuomarinideologian* (tansk.: *den normative ideologi der besjæler dommeren*)⁷⁶ avulla identifioitavissa olevista oikeuslähteistä johdettujen oikeussääntöjen sekä oikeussääntöjä heikommin formaalien oikeudellisten ratkaisuperusteiden tai ratkaisustandardien kokonaisuus.

Voimassa oleva oikeus kiinnittyy siis Rossilla niihin oikeussääntöihin ja oikeusperiaatteisiin tai ratkaisustandardeihin, jotka ovat toteutuneet ja ovat todennäköisesti myös tulevaisuudessa toteutettavissa tuomioistuinten ja muiden instituutioiden lainsoveltajien ratkaisukäytännössä. Instituutiosidonnainen *oikeusrealismi* saa näin etusijan Aarnion oikeudelliseen idealismiin nähden. Ross hyväksyy voimassa olevan oikeuden osaksi myös ne oikeusperiaatteet ja muut oikeussääntöjä heikommin formalisoituneet ratkaisustandardit, jotka on hyväksytty ja jotka myös vastaisuudessa hyväksyttäisiin tuomioistuinten ja muiden viranomaisten oikeudellisessa ratkaisukäytännössä. Oikeustieteen tutkimuskohteena on oikeus *yhteiskunnallisena tosiasiana* – ei oikeus ideaalisena tai oikeana oikeutena, kuten luonnonoikeusopin tai oikeusfenomenologian tarkasteluissa, ei oikeus rationaalisesti harkitsevan kohdeauditorion hyväksyttävyytenä, kuten Aarnion oikeusteoriassa, eikä myöskään oikeus (vain) yhteiskunnallisena mahdollisuutena tai muutospotentiaalina, niin kuin vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin systematisointi- ja tulkintakannanotoissa.

Oma Rossin (ja Hartin) ajatuksiin perustuva ehdotukseni voimassa olevan oikeuden määritelmäksi on seuraava:

Voimassa oleva oikeus on *toteutunut* ja *toteutettavissa* oleva *yhteiskunnallinen tosiasia* eli niiden muodollisesti velvoittavien *oikeussääntöjen* sekä riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien *oikeusperiaatteiden* ja vastaavien muiden oikeudellisten *ratkaisustandardien* kokonaisuus, jotka tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat ovat tosiasiallisesti hyväksyneet ja jotka ne vallitsevan eli tuomioistuinten ja muiden viranomaisten kollektiivisesti hyväksymän tuomarinideologian perusteella tulevat todennäköisesti myös tulevaisuudessa hyväksymään oikeudellisen ratkaisun normatiiviseksi perustaksi eli mittapuuksi, jonka avulla ratkaisun lainmukaisuutta ja oikeellisuutta arvioidaan.

Oikeussubjektien näkökulmaa painottaen voimassa oleva oikeus voidaan määritellä myös seuraavasti:

Voimassa oleva oikeus on niiden oikeussubjekteille kohdennettujen *oikeuksien* ja *velvollisuuksien* kokonaisuus, joille tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat ovat antaneet ja joille ne vallitsevan tuomarinideologian perusteella tulevat todennäköisesti myös tulevaisuudessa antamaan *tehokasta oikeussuojaa*.

⁷⁶ Ross, mts. 56.

Oikeuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian näkökulmasta arvioiden voimassa oleva oikeus on määriteltävissä seuraavasti:

Voimassa oleva oikeus on vallitsevan tuomarinideologian rajaamista *institutionaalista* ja *ei-institutionaalista 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 merkityssisältö on määritettävissä vallitsevien oikeudellisten argumentaatiomallien mukaisesti.

Tuomarin tai muun lainsoveltajan idiosynkraattiset eli puhtaasti subjektiiviset arvot, joilta oikeusperiaatteiden institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä puuttuu, rajautuvat voimassa olevan oikeuden käsitelmääritelmän ulkopuolelle.

Ehdotetun oikeusrealistisen oikeuden määrittelyn etuna on tarkastelun kiinnittyminen oikeuden yhteiskunnalliseen perustaan: oikeus on *yhteiskunnallinen tosiasia* yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen, tosiasiallisesti *toteutuneiden* ja todennäköisesti myös vastaisuudessa *toteutettavissa* olevien oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuuden merkityksessä, ei pelkkä saavuttamaton oikeudellinen ja yhteiskunnallinen ideaali. Sanotunlaisten oikeuksien ja velvollisuuksien olemassaolo on todettavissa tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien ratkaisukäytäntöä tutkimalla ja ennakoimalla. Teoreettisessa katsannossa ongelmana on se, että voimassa olevan oikeuden tietynhetkistä merkityssisältöä koskevat väitteet ovat näin tulkiten enemmän tai vähemmän *todennäköisiä* ja vain poikkeuksellisesti jälkikäteen todennettavissa olevia väitteitä, eivät ehdottomasti tosia (tai epätosia) tai edes aina todennettavissa olevia väitteitä. Toisaalta, sama vasta-argumentti voidaan esittää vielä suuremmalla syyllä myös Aarnion sekä myöhemmin lähemmin kommentoitavan Kaarlo Tuorin oikeuskäsitteeseen: oikeus, joka on määritettävissä vain viittaamalla ehdotetun oikeudellisen tulkinnan *rationaaliseen hyväksyttävyyteen* määrätyssä kohdeauditoriossa (= Aarnio) tai oikeuden syvempien tasojen normatiivisiin, käsitteellisiin ja metodologisiin elementteihin esimerkiksi oikeuskulttuurin tason ja oikeuden syvätason normatiivisten oikeusperiaatteiden merkityksessä sekä erilaisiin oikeudellisiin käytäntöihin muun muassa vallitsevan ja kriittisen lainopin tuottamien systematisointi- ja tulkintalauseiden oikeutta konstituoiavan vaikutuksen merkityksessä (= Tuori), on ulkoisilta rajoiltaan varsin vaikeasti määritettävissä.⁷⁷

⁷⁷ Tuorin oikeuskäsityksestä, Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi, passim*; ks. myös luku 9.5. ”Mistä puhumme, kun puhumme oikeudesta?”.

Puhtaasti tuomioistuinrealistinen teoria oikeudesta rakentuu samalla osin senkaltaisten teoreettisten ennako-oletusten varaan, joita se ei itse pysty tyydyttävällä tavalla käsittelemään. Se, mikä on ”lainsäätäjä”, ”tuomioistuin” tai ”institutionaalinen lainsoveltaja”, ei ole ylipäätään määriteltävissä ilman viittausta oikeusyhteisössä muodollisesti velvoittaviin oikeussääntöihin, eikä viittaus tuomioistuimissa toteutuneeseen ja toteutettavissa olevaan oikeuteen ole tällöin mahdollinen ilman joutumista loogisessa katsannossa kiellettyyn kehäpäätelmään. Tuomioistuin on *institutionaalinen* eli *sääntösidonnainen tosiasia*, joka edellyttää jo käsitteellisesti määrättyjen tuomioistuinorganisaatiota ja tuomioistuinprosessia konstituovien sääntöjen olemassaoloa, niin kuin Alf Ross huomautti.⁷⁸ Ilman voimassa olevan perustuslain ja prosessioikeuden konstitutiivisia sääntöjä senkaltaiset käsitteet kuin ”lainsäätäjä” tai ”tuomioistuin” eivät olisi identifioitavissa tai konstituoitavissa oikeudellisesti merkityksellisenä yhteiskunnallisena tosiasiana. Sama pätee luonnollisesti myös muihin institutionaaliin lainsoveltajiin. Niinpä oikeusrealistista voimassa olevan oikeuden määritelmää on muutettava tavalla, joka liittää sen osaksi institutionaalista lainsäädäntö- ja tuomioistuinorganisaatiota ja tuomioistuinprosessia sääteleviä *normatiivis-konstitutiivisia* määreitä:

Voimassa oleva oikeus on niiden oikeudellisten ratkaisuperusteiden eli velvoittavien oikeussääntöjen sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien kokonaisuus, jotka tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat ovat ratkaisukäytännössään hyväksyneet ja jotka ne vallitsevan *tuomarinideologian* perusteella tulevat todennäköisesti myös tulevaisuudessa hyväksymään oikeudellisen ratkaisun normatiiviseksi perustaksi, jonka avulla yksittäisen ratkaisun oikeellisuutta arvioidaan. Voimassa olevan oikeuden määrittely vallitsevan tuomarinideologian avulla edellyttää pätevällä tavalla voimaansaatettujen (ja toistaiseksi ei-kumottujen) *konstitutiivisten* valtiosääntöoikeudellisten ja prosessioikeudellisten oikeussääntöjen voimassaoloa, joita ilman tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat eivät olisi konstituoitavissa ja identifioitavissa oikeudellisesti toimivaltaisiksi tuomioistumuiksi ja muiksi viranomaisiksi.

Voimassa olevan oikeuden käsitteessä yhdistyy Rossin analyttinen *tuomioistuinrealismi*, koska oikeus on määriteltävissä vain vallitsevan tuomarinideologian avulla, sekä Kelsenin ja sittemmin MacCormickin ja Weinbergerin kehitte-

⁷⁸ Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law*, s. 61–62. – Samoin Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 143: ”Samalla tavoin kuin ’valtio’, ’kompetentti organisi’ ja ’suvereeni’ myös ’tuomioistuin’ ja ’tuomari’ ovat juridisesti kvalifioituja käsitteitä. (...) Näin ollen oikeutta ei voida tyhjentävästi määritellä tuomarin käyttäytymisen avulla, koska meidän täytyy jo tuntea oikeusjärjestystä tietääksemme, kuka on tuomari.” Ks. myös Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 141.

lemä institutionaalinen, muodollis-juridinen *normativismi*, koska tuomioistuinten ja muut oikeudellisesti toimivaltaiset viranomaiset eli institutionaaliset lainsoveltajat eivät ole ontologisesti konstituoitavissa ja epistemologisesti identifioitavissa institutionaalisina, sääntösidonnaisina yhteiskunnallisina tosiasioina muutoin kuin viittamalla muodollisesti pätevällä tavalla voimaansaatettuihin valtiösääntöoikeuden ja prosessioikeuden sääntöihin. Yksinään kumpikaan sanotuista oikeuden määreistä ei riitä. Kelsenin puhtaan oikeusopin sekä MacCormickin ja Weinbergerin institutionaalisen oikeuspositivismin normativismi edellyttää oikean yhteiskunnallisen kohdentuvuutensa vuoksi kytkentää tuomarien ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien tosiasialliseen ratkaisutoimintaan, jollaisen vain Rossin ja Hartin (analyttinen) tuomioistuinrealismi kykenee sille tarjoamaan.

Ilman kytkentää *toteutuneeseen* ja myös *toteutettavissa* olevaan oikeuteen puhtaan oikeusopin oikeudellinen normativismi johtaa tilanteeseen, jossa muodollisesti pätevien oikeussääntöjen tehokkuusperustaisesta voimassaolosta ja siten yhteiskunnallisesta kohdentuvuudesta ei olisi minkäänlaisia takeita. Sanotusta syystä Kelsen joutui lopulta luopumaan asettamastaan puhtaan oikeusopin metodisen puhtauden vaatimuksesta ja liittämään idean oikeusjärjestyksen käsitämien muodollisesti pätevien oikeusnormien kokonaistehokkuudesta (saks.: *im grossen und ganzen wirksam*) voimassa olevan oikeuden validiteettiedellytyksien joukkoon.⁷⁹ Toisaalta, ilman Kelsenin, MacCormickin ja Weinbergerin normatiiviseen ja institutionaaliseen oikeusteoriaan palautuvaa oletusta valtiosääntöoikeuden ja prosessioikeuden tuomioistuinlaitosta ja -menettelyä määrittävien konstitutiivisten sääntöjen muodollisesta pätevyydestä tuomioistuinrealismi johtaa käsitteelliseen mahdottomuuteen, koska siinä joudutaan silloin oletta-amaan annetuksi jotain sellaista, mikä ei ole määriteltävissä oikeusrealismin itsensä tarjoamien perusteiden avulla.

On toisin sanoen kyse yhtäältä Kelsenin puhtaan oikeusopin oikeudellisen normativismin sekä MacCormickin ja Weinbergerin institutionaalisen oikeuspositivismin jäsentämien oikeudellisten konstituutiosääntöjen *muodollisen validiteetin* sekä toisaalta Rossin ja Hartin analyttisen tuomioistuinrealismin tarkoitettaman oikeuden *tosiasiallisen täytäntöönpanotehokkuuden* keskinäisestä suhteesta, missä yhtä ei voi määritelmällisesti olla ilman toista:

⁷⁹ Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 219. – ”Eine Rechtsordnung wird als gültig angesehen, wenn ihre Normen *im grossen und ganzen* wirksam sind, das heisst tatsächlich befolgt und angewendet werden. Und auch eine einzelne Rechtsnorm verliert ihre Geltung nicht, wenn sie nur in einzelnen Fällen nicht wirksam ist, das heisst nicht befolgt oder angewendet wird, obgleich sie befolgt und angewendet werden soll.” Kelsen, mts. 219 (kursivointi Kelsenin). – Kelsen rajaa toisin sanoen yksittäiset tapaukset, joissa muodollisesti pätevää oikeusnormia ei syystä tai toisesta viranomaiskäytännössä sovelleta, oikeudellisen kokonaistehokkuusvaatimuksen ulkopuolelle.



Oikeuspositivismi:
Oikeuden muodollinen
validiteetti

Oikeusrealismi:
Oikeuden tosiasiallinen
(täytäntöönpano)tehokkuus



Toinen toisiinsa tukeutuvien oikeuden muodollis-konstitutiivisten *validiteetti-ehdojen* sekä oikeusrealistisesti määriteltyjen *tehokkuusehtojen* keskinäinen suhde muistuttaa pysyvästi lukittua kehää, missä *a* edellyttää *b*:tä ja samanaikaisesti *b* edellyttää *a*:ta. Kelsenin oikeudellinen *normativismi* tai yleisemmin analyttinen oikeuspositivismi yhtäältä sekä Rossin *tuomioistuinrealismi* toisaalta vastaavat myös kumpikin varsin erilaista oikeudellista tiedonintressiä. Kelsen tarjoaa vastauksen oikeuden perimmäisten *konstitutiivisten kriteerien* määrittelyyn, ja päättelyn suunta on taaksepäin katsova, historiallinen: *mihin oikeuden velvoittavuus ja tuomioistuinten muodollis-juridinen asema voidaan oikeusfilosofisessa ja tietoteoreettisessa katsannossa palauttaa?* Ross tarjoaa puolestaan vastauksen oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittelyyn: *mikä on voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden tulkinnallinen, institutionaalista oikeuslähteistä johdettavissa oleva merkityssisältö hetkellä t?*, missä oikeudelliset ratkaisuperusteet viittaavat niiden muodollisin perustein velvoittavien oikeussääntöjen sekä riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden ratkaisustandardien kokonaisuuteen, jotka sisältyvät vallitsevaan tuomariniteologiaan ja jotka tuomarit ja muut institutionaaliset lainsoveltaajat sen vuoksi todennäköisesti asettavat tehtävän oikeudellisen ratkaisun normatiiviseksi premissiksi. Oikeutta lainopin tulkinnallisesta näkökulmasta tarkasteltaessa on lisäksi otettava huomioon oikeudellisen *metodiopin* eli oikeudellisen argumentaatioteorian käsitykset oikeussääntöjen tulkinnasta ja systematisoinnista sekä oikeusperiaatteiden arvosidonnaisesta painoarvopunninnasta, samoin kuin oikeudellisten artikulaatiosääntöjen sisältämät kriteerit oikeuden kielellisestä *käsitteellistettävyydestä*.

Analyttisessä oikeusrealismissa ei siis ole kyse amerikkalaistuomari Oliver Wendell Holmesin tai (nuoren) Karl Llewellynin suorasukaisesta oikeudellisesta ennusteteoriasta, jossa oikeuden määritelmä palautetaan *behavioristisiin* ennusteisiin siitä, mitä tuomarit tulevat tosiasiaassa tekemään myöhemmissä oikeudelli-

sisä ratkaisutilanteissa ja jossa lainopin tiedonintressi muunnetaan eräänlaiseksi tuomarisosiologiaksi tai tuomaripsykologiaksi.⁸⁰

”This doing of something about dispute, this doing of it reasonably, is the business of law. And the people who have the doing in charge, whether they be judges or sheriffs or clerks or jailers or lawyers, are officials of the law. *What these officials do about disputes is, to my mind, the law itself.* (...) It will be their [the judges’] *action* and the available means of influencing their action or of arranging your affairs with reference to their action which make up the ”law” you have to study. And *rules*, in all of this, are important to you so far as they help you see or predict what judges will do or so far as they help you get judges to do something. That is all their importance, except as pretty play-things.”

Tuomari O.W. Holmes määritteli voimassa olevan oikeuden käsitteen viittaamalla lainrikkokan eli ”pahan miehen” (engl.: *bad man*) oikeudelliseen tiedonintressiin, joka kylmän rationaalisesti harkitsee lainrikkomisen etuja ja mahdollisia haittoja: ”miten (esimerkiksi) Massachusettsin tai Englannin tuomioistuimet tulevat todennäköisesti asiassa menettelemään, jos toimin lainvastaisesti ... (niin-tai-näin)”.⁸¹

”Take the fundamental question, What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of his mind. *The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.*

Ratkaisevaa ei ole nuoren Llewellynin ja Holmesin yksinomaisesti korostama tuomarien ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien tosiasiallinen ratkaisukäyttäytyminen, vaan yhtäältä tuomarien käyttäytymistä koskevien sekä toisaalta ideologisten tekijöiden vaikutus voimassa olevan oikeuden määrittelyyn. Tämä yhtäältä behaviorististen ja toisaalta ideologisten tekijöiden yhteisvaikutus ilmenee oikeussubjekteille kohdennettujen *toteutuneiden* ja – vallitsevan eli tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien sisäistämän tuomarinideologian normatiivisten premissien perusteella – myös tulevaisuudessa toden-

⁸⁰ Llewellyn, *The Bramble Bush*, s. 3, 5 (kursivoinnit Llewellynin). Myöhemmin Llewellyn sanoutui osin irti kyseisen tekstikatkelman jyrkkyydestä, todeten: ”They are, however, unhappy words when not more fully developed, and they are plainly at best a very partial statement of the whole truth.” Llewellyn, mts. X.

⁸¹ Holmes, ”The Path of the Law”, s. 460–461 (kursivointi lisätty).

näköisesti *toteutettavissa* olevien oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena, missä tuomarien ja muiden lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämät oikeuslähdeopilliset ja argumentaatioteoreettiset premissit ovat normatiivinen mittapuun, jonka avulla oikeudellisten ratkaisujen lainmukaisuutta ja oikeellisuutta arvioidaan. Lainopin tulkintakannanottojen suhteuttaminen vallitsevaan tuomarinideologiaan (Ross) tai oikeuden tunnistamissääntöön (Hart) johtaa siihen, että oikeuden aidosti moraaliperustainen kritiikki käy mahdolliseksi. Voimassa olevaa oikeutta on toisin sanoen mahdollista arvioida kriittisesti esimerkiksi moraalifilosofian, luonnonoikeusopin, oikeusfennomenologian tai oikeusteologian tarjoamien oikeuden *ulkoisten* kriteerien avulla.

Rossilaisittain ymmärretyyn voimassa olevan oikeuden sisältö on vallitsevan tuomarinideologian valossa muotoa $\sim a$, missä loogiskäsitteellinen operaattori " $\sim$ " viittaa oikeudellisen voimassaoloväitteen sisältämään määritelmälliseen epävarmuus- tai todennäköisyselementtiin. Lainopin tehtävänä on esittää voimassa olevasta oikeudesta tulkinta-, systematisointi- ja punnintalauseita, joiden tietopillisenä ja metodiopillisenä referenssinä vallitseva tuomarinideologia toimii.

7. TUTKIJANIDEOLOGIA: OIKEUS TOSIASIANA JA OIKEUS IDEAALINA

Tutkijanideologia viittaa tutkijan omaksumaan näkökulmaan eli tutkijanpositioon suhteessa vallitsevaan tuomarinideologiaan yhtäältä *deskriptiivisen* eli *analyttis-deskriptiivisen* ja toisaalta *kriittisen* eli *normatiivis-kriittisen* tutkijanideologian tai näiden kahden keskenään sovitettun yhdistelmän merkityksessä. Lainopin tutkimuskohteena on *voimassa oleva oikeus* eli vallitsevan oikeuden tunnistamissäännön rajaamista institutionaalisista oikeuslähteistä johdettujen *oikeussääntöjen* sekä riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien *oikeusperiaatteiden* ja muiden oikeudellisten *ratkaisustandardien* tietynhetkinen tulkinnallinen merkitysisältö. Lainopin tutkijan omaksuma *tutkijanideologia* määrittää sen, onko lainopin tutkimuskohteena täsmällisemmin ilmaisten se, *mitä oikeus on* eli oikeus *yhteiskunnallisena tosiasiana*, kun oikeutta tarkastellaan vallitsevan, tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämää tuomarinideologiaa tutkimuksellisesti vakioituna tulkintareferenssinä hyödyntäen, vaiko se, *mitä oikeuden pitäisi olla* eli oikeus *yhteiskunnallisena ideaalina*, kun oikeutta tarkastellaan joltain muuta oikeus- ja yhteiskuntaideologista näkökulmaa kuin vallitsevaa tuomarinideologiaa tulkintareferenssinä hyödyntäen. Tutkijanideologia sivuaa näin samalla kysymystä oikeustieteen tutkijan *aksiologisista* sitoumuksista.

Oikeus *yhteiskunnallisena tosiasiana* eli oikeus *sosiaalisena faktana* eli oikeus *realiteettina* viittaa vallitsevan lainopin mukaiseen tutkijanideologiaan,

jonka vakioituna oikeuslähde- ja laintulkintaopillisena referenssinä eli kiintopisteinä on vallitseva *tuomarinideologia* eli tuomarikunnan ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämä oikeuden *tunnistamissääntö*. Sen tutkimuskohteena on siis oikeus tosiasiallisesti *toteutuneena* ja myös tulevaisuudessa todennäköisesti *toteutettavissa* olevana yhteiskunnallisena tosiasiana niiden oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena, joille tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat ovat antaneet oikeussuojaa ja joille ne vallitsevan tuomarinideologian perusteella tulevat todennäköisesti myös tulevaisuudessa antamaan oikeussuojaa, jollei tuomarinideologian normatiivisten premisien sisältö sitä ennen ratkaisevasti muutu. Ne oikeudet ja velvollisuudet, jotka vallitsevan tuomarinideologian nojalla todennäköisesti eivät saisi tuomioistuimissa oikeussuojaa, eivät ole aidosti *juridisia* oikeuksia tai velvollisuuksia, vaan on kyse – John Austinin analyttisen oikeuspositivismin termein – *positiivisen moraalin* (engl.: *positive morality*) eli vallitsevan yhteiskuntamoraalin alaan kuuluvista ilmiöistä.⁸² Kun oikeus määritellään yhteiskunnallisena tosiasiana, sovellettu tutkijanideologia on *deskriptiivinen* eli *analyttis-deskriptiivinen*: mikä on voimassa olevan oikeuden tulkinnallinen, institutionaalisista ja ei-institutionaalisista oikeuslähteistä johdettavissa oleva merkityssisältö hetkellä *t* aiemmin *toteutuneiden* ja myös tulevaisuudessa todennäköisesti *toteutettavissa* olevien oikeuksien ja velvollisuuksien merkityksessä?

Toisaalta lainopin tutkija voi tarkastella oikeutta *yhteiskunnallisena ideaalina* eli perustella *parhaan mahdollisen* tulkinnan voimassa olevan oikeuden säännöistä ja periaatteista, sivuuttaen vallitsevan tuomarinideologian oikeuslähdeopilliset ja argumentaatioteoreettiset sitoumukset jonkin muun mahdollisen oikeus- tai yhteiskuntaideologisen katsantokannan hyväksi. Sovellettu tutkijanideologia on tällöin *vaihtoehtoisen, kriittisen* tai avoimen *poliittisen* lainopin mukainen *kriittinen* eli *normatiivis-kriittinen* näkökulma oikeuteen. Jaottelu *oikeus tosiasiana* – *oikeus ideaalina* on palautettavissa John Austinin, Hans Kelsenin ja H.L.A. Hartin edustaman analyttisen oikeuspositivismin keskeiserotteiluun, jonka mukaan oikeuden muodollinen *voimassaolo* ja oikeuden *sisällöllinen hyväksyttävyyys* tulee erottaa toinen toisistaan.⁸³ Analyttinen oikeuspositivismi ja analyttinen oikeusrealismi pysyttävät oikeuden ja moraalin välisen

⁸² Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 20, 110–112.

⁸³ Austin, mts. 157: ”The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation or disapprobation.” Austinin viittaus tekstiin, johon perustamme hyväksyvät tai moittivat arviomme oikeudesta (”... the text, by which we regulate our approbation or disapprobation”) viittaa luonnonoikeudellisiin ja uskonnollisiin arviointikriteereihin, joihin Austinin kritiikin kohteena ollut Sir William Blackstone tukeutui omassa oikeudellisessa ajattelussaan. – H.L.A. Hartin kanta on esitelty johdonmukaisimmin hänen kirjoituksessaan Hart, ”Positivism and the Separation of Law from Morals”, *passim*.

erotteluteesin, kun taas luonnonoikeuden ja oikeusteologian käsittämät suuntauksiset kiistävät sen oikeusfilosofisen merkityksen. Lisäksi, vaikka tuomioistuintimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat olisivat johdonmukaisesti tulkinneet lakia tavalla x aiemmassa ratkaisukäytännössään, mikään ei estä niitä radikaalistikin muuttamasta tulkintaansa uudessa soveltamistilanteessa muuttuneiden yhteiskunnallisten olosuhteiden tai arvostusten vuoksi.

Lainoppi voidaan jakaa yhtäältä *vallitsevaan doktriiniin*, toisaalta *vaihtoehtoiseen, kriittiseen* tai avoimen *poliittiseen lainoppiin*. Jakokriteerinä on yksittäisen tutkijan sisäistämä tai kokonaisen lainopillisen tulkintamatriisin kollektiivisesti hyödyntämä *tutkijanideologia* joko analyyttis-deskriptiivisen tai normatiiviskriittisen lähestymistavan merkityksessä. Tutkijanideologian keskeissisältönä on toisin sanoen joko *hyväksyvä* tai *torjuva* suhtautuminen vallitsevan tuomariniideologian oikeuslähdeopillisiin ja argumentaatioteoreettisiin sitoumuksiin, joiden avulla voimassa olevan oikeuden säännöt ja periaatteet ovat tunnistettavissa ja joiden avulla sanottujen sääntöjen ja periaatteiden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö on määritettävissä.

Onko oikeusnormi x voimassa olevaa oikeutta oikeusyhteisössä C , jos se saisi sanotussa oikeusyhteisössä rationaalisesti asiaa harkitsevan enemmistön hyväksynnän muttei kuulu niiden normatiivisten ratkaisupremissien joukkoon, joita tuomarit ja muut institutionaaliset lainsoveltajat käyttävät normatiivisena mittapuuna arvioidessaan oman ja toisten lainsoveltajien toiminnan lainmukaisuutta? On toisin sanoen kyse tilanteesta, jossa oikeusnormin voimassaoloa koskevat rationaalisien hyväksyttävyyden vaatimukset poikkeavat olennaisesti vallitsevasta tuomariniideologiasta tuomarien ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän oikeuslähdeopin sitoumusten merkityksessä. Onko oikeusnormi x voimassa olevaa oikeutta? Vastaus riippuu ratkaisevasti siitä, miten (voimassa olevan) oikeuden määrittelemme: hyväksymmekö Aarnion tässä suhteessa *oikeusidealistic* käsityksen, jonka mukaan oikeuden muodollinen voimassaolo on kietoutunut yhteen sen sisällöllisen hyväksyttävyyden kanssa, vai hyväksymmekö *analyttisen oikeuspositivismin* ja *analyttisen oikeusrealismin* mukaisen käsityksen, jonka mukaan oikeuden muodollinen voimassaolo ja oikeuden sisällöllinen hyväksyttävyys tulee erottaa toisistaan.

Lainopin *vallitseva doktriini* pyrkii kuvaamaan voimassa olevan oikeuden tietynhetkistä tilaa mahdollisimman arvo- ja kohdeneutraalilla tavalla, sitoutuen tuomarikunnan ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti noudattamiin oikeuslähdeopillisiin ja metodiopillisiin reunaehtoihin eli vallitsevaan *tuomariniideologiaan* (Alf Ross) tai oikeuden *tunnistamissääntöön* (H.L.A. Hart) oikeuden tunnistamista ja merkityssisällön määrittämistä koskevien episteemisten ja metodisten eli oikeuslähde- ja laintulkintaopillisten sitoumusten merkityksessä. Voimme puhua lainopin *institutionaalisesta tuomarireferenssistä* viitaten lainoppiin, joka on omaksunut vallitsevan tuomariniideologian käsittä-

män *institutionaalisen oikeuslähdeopin* ja *argumentaatioteorian* mallit vakioi-
duksi ajatukselliseksi kiintopisteeksi, jota vasten esitettyjen oikeudellisten tul-
kinta-, systematisointi- ja punnintalauseiden oikeellisuutta arvioidaan.⁸⁴

Taustalla on analyttinen ja (oikeus)realistinen käsitys oikeudesta. H.L.A. Hart määritteli voimassa olevan oikeuden kahdenlaisten sääntöjen kokonaisuute-
na, ja olennaista on tuomarien ja muiden viranomaisten tai institutionaalisten
lainsoveltajien oikeuden tunnistamissääntöön kohdentuva hyväksyntä. Alf Ross
määritteli vastaavasti oikeuden tuomarien sisäistämän normatiivisen ratkaisu-
ideologian eli tuomarinideologian (tansk.: *den normative ideologi der besjæler
dommeren*)⁸⁵ avulla. Yksittäisten kansalaisten tai oikeussubjektien hyväksyntää
ei Rossin tai Hartin oikeusteoriassa edellytetä, mutta voimassa olevaa oikeutta
on mahdollista arvioida kriittisesti oikeuden ulkopuolisesta näkökulmasta käsin,
jolloin kritiikin mittapuuna voi olla esimerkiksi luonnonoikeuden, moraalifiloso-
fian, oikeusteologian tai oikeusfenomenologian käsitys ideaalisesta tai parhaasta
mahdollisesta oikeudesta.

Toisaalta lainoppi voi sitoutua *normatiivis-kriittiseen* tutkijanideologiaan eli
tutkijanpositioon, joka tietoisesti irtautuu vallitsevasta tuomarinideologiasta eli
tuomarikunnan ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hy-
väksymästä oikeuden tunnistamissäännöstä oikeus/ei-oikeus -differentiaation
operatiivisena kriteerinä. *Vaihtoehtoisen, kriittisen* tai *poliittisen* lainopin tavoit-
teena ei ole sen selvittäminen, mikä on voimassa olevan oikeuden tietynhetki-
nen, institutionaalisista ja ei-institutionaalista oikeuslähteistä johdettavissa oleva
tulkinnallinen merkityssisältö suhteessa määrättyyn oikeuskysymykseen, vaan
parhaan mahdollisen tai *ideaalisen* oikeudellisen ratkaisun tai tulkinnan perus-
teleminen – ja täysin siitä riippumatta, vastaako esitetty tulkinta tuomioistuinten
ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien käsitystä voimassa olevan oikeuden
sisällöstä.

Oikeudellisen tulkinnan, systematisoinnin ja punninnan lähtökohtana voi
kriittisessä lainopissa olla esimerkiksi: (a) marxilainen oikeus- ja yhteiskunta-
filosofia sekä poliittinen vasemmistoideologia (= *vaihtoehtoinen lainoppi*),
(b) yhteiskunnan rakenteellisen eriarvoisuuden purkaminen sekä naisten tai jon-
kin muun yhteiskuntaryhmän erityisintressien edistäminen tietoisien suosivan
erityiskohtelun avulla (= *naisioikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus*),
(c) yleistetty heikomman sopijapuolen suojelu (= *sosiaalinen siviilioikeus*),
(d) yleistetty sopimusoikeudellinen kohtuullisuus sekä aineellista sopimustasa-
painoa edistävät oikeusperiaatteet (= Juha Pöyhösen *oikeusperiaatteiden pun-
nintamalli*), (e) oikeuden syvempien tasojen eli oikeuskulttuurin tason ja oikeu-

⁸⁴ Hart, *The Concept of Law*, s. 97–107 *et seq.*; Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 6–8 (Ross) ja 8–
10 (Hart).

⁸⁵ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56.

den syvätason käsittämien aineellisten oikeusperiaatteiden rekonstruktio, minkä avulla lainsäädännön ja tuomioistuinratkaisujen kritiikki on mahdollinen, sekä vallitsevan lainopin tuottamien tulkintalauseiden kritiikki vaihtoehtois-kriittisen lainopin keinoin oikeuden pintatasolla (= *kriittinen oikeuspositivismi*), tai (f) toteutuneen lainsäädännön ja tuomioistuinikäytännön kriittinen arvioiminen taloudellisen kustannustehokkuuden, transaktiokustannusten minimoinnin ja optimaalisen yhteiskunnallisen resurssijaon näkökulmasta (= *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi*). Itse asiassa myös Aarnion rationaalisen hyväksyttävyyden idea tuomareille ja muille lainsoveltajille osoitettuna laintulkintaa ohjaavana *regulatiivisena periaatteena* sisältää vastaavanlaisen ideaalisen elementin, jonka perusteet on tosin lukittu rationaalisesti harkitsevan oikeusyhteisön enemmistön hyväksyntään.⁸⁶

Tavallisesti kriittisen oikeustutkijan tavoitteena on lisäksi vaikuttaa tulevaan lainsäädäntöön ja oikeuskäytäntöön esimerkiksi siten, että sosiaaliseen oikeudenmukaisuuteen (= sosiaalinen siviilioikeus), yhteiskunnalliseen tasa-arvoon ja aiemmin syrjittyjen väestöryhmien asemaan (= naisoikeus- tai oikeudellinen tasa-arvotutkimus) tai taloudelliseen kustannustehokkuuteen (= oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi) liittyvät yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet saisivat vastaisuudessa suuremman painoarvon, jolloin tutkimuksella on selkeä oikeuspoliittinen eli *de lege ferenda* -tutkimuksen mukainen tiedonintressi.⁸⁷ Poliittisen lainopin alaan voi lukea myös erilaiset tutkimukset, joissa jonkin määrätyn eturyhmän tai etujärjestön yhteiskunnalliset tavoitteet on kritiikittä omaksuttu tutkimuksen normatiiviseksi lähtökohdaksi. Osallistuva *toimintatutkimus*, missä tutkija pyrkii vaikuttamaan tuomioistuin- ja viranomaiskäytännön muuttamiseen esimerkiksi toimimalla yhteistyössä oikeuksiaan hakevien yksityisten kansalaisien tai kansalaisjärjestöjen kanssa, on esimerkki *oikeudelliseen asianajoon rinnastuvasta* tutkimustavasta, missä oikeustieteellisen tutkimuksen ja käytännön oikeudellisen asianajon tavoitteet on yhdistetty määrätyn yhteiskuntaryhmän poliittisten tai muiden etujen edistämiseksi.⁸⁸

Toisinaan kriittisen lainopin asettamat yhteiskuntaideologiset tavoitteet ovat myös toteutuneet. Velallistahon maksukykyä määrittävät sosiaaliset näkökohdat on hyväksytty muun muassa yleisestä viivästyskorosta säättävässä korkolaissa ja

⁸⁶ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 284.

⁸⁷ Naisioikeuden yhteiskunnallisista sitoumuksista, Niemi-Kiesiläinen, ”Oikeus ja sukupuoli”, s. 326–327; oikeudesta yhteiskunnallisena mahdollisuutena ja muutospotentialina sosiaalisen siviilioikeuden ohjelmassa, Wilhelmsson, ”Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat”, 347–355.

⁸⁸ Scheinin, *Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa*, s. 14–15. Kirjoittaja viittaa tutkimusaineistoonsa kuuluviiin tapauksiin, joissa hän on itse toiminut asianosaisen oikeudellisenä avustajana, vaikuttaen siten tutkimusaineiston käsittämien tapausten saamaan oikeudelliseen arvioon tuomioistuinten tai viranomaisten ratkaisuharkinnassa. Niin kuin Scheinin itsekin myöntää, tutkimuksellisen objektiviteetin näkökulmasta tämä on pulmallista.

velkajärjestelylainsäädännössä, ja sukupuolten väliset tasa-arvonäkökohdat on enenevässä määrin otettu huomioon eri alojen lainsäädännössä ja oikeudenkäytössä. Lisäksi lainopin vallitsevan doktriinin tiedonintressi (= mikä on voimassa olevan oikeuden *toteutunut* ja myös *toteutettavissa* oleva tulkinnallinen merkityssisältö tiettyyn oikeustositseikastoon *f* suhteutettuna?) lomittuu usein yhteen eri tavoin vaihtoehtoisten, kriittisten, poliittisten tai ylipäättään voimassa olevan oikeuden vastaiseen tulkintaan vaikuttamaan pyrkivien *tulkintasuositusten* kanssa (= mikä olisi oikeuden *paras mahdollinen* tai *ideaalinen* tulkinta jostain vallitsevasta tuomariniideologiasta poikkeavasta oikeus- tai yhteiskuntaideologisesta näkökulmasta arvioituna?). Tutkija omaehtoiset tulkintasuositukset on myös saatettu erottaa tekstissä erilliseksi *oikeuspoliittiseksi* eli *de lege ferenda* -osioksi.

Institutionaalisen tuomarireferenssin käsittämä viittaus tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten kollektiivisesti sisäistämään oikeuslähde- ja laintulkintaoppiin tarjoaa siis lainopin vallitsevalle doktriinille vakiodun tutkimuksellisen kiintopisteen, johon sen esittämät oikeudelliset tulkinta-, systematisointi- ja punnintakannanotot tulee suhteuttaa tutkimuksellisen kontrolloitavuuden saavuttamiseksi.⁸⁹ Samalla se on vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin tutkimuksellinen referenssi siinä merkityksessä, että sanotuissa oikeusopin kriittisissä suuntauksissa on kyse erilaisista ajatuksellisista vaihtoehtoista tai oikeuden ”mahdollisista maailmoista” institutionaaliseen tuomariniideologiaan suhteutettuna. Ilman institutionaalista tuomarireferenssiä tai vastaavaa vakioitua tutkimuksellista kiintopistettä ei ajatus oikeuden *vaihtoehtoisista* tulkinnoista olisi edes käsitteellisesti mahdollinen.

Raja lainopin vallitsevan doktriinin ja kriittisen lainopin välillä on vääjäämättä liukuva ja epätarkka: lainoppi on merkityssidonnainen *tulkintatiede*, jonka tuottamia oikeuslauseita eli oikeudellisia tulkinta-, systematisointi- ja punnintalauseita ei ole mahdollista yksiselitteisellä tavalla todentaa eli *verifioida* tai osoittaa vääräksi eli *falsifioida* luonnontieteiden tuottamien empiiriseen todellisuuteen viittaavien lauseiden tavoin laboratorio-olosuhteissa tai muutoin toteutuilla empiirisillä koejärjestelyillä, vaan oikeudellisia tulkinta-, systematisointi- ja punnintalauseita rasittaa sisäänrakennettu tulkinnallinen *epävarmuuselementti*. Se on seurausta lainopin vakiodun episteemisen ja metodisen referenssin itsensä epävarmuudesta ja tulkinnanvaraisuudesta, oli sanottuna ajatuksellisena

⁸⁹ Hart, mts. 113: ”... its rules of recognition specifying the criteria of legal validity and its rules of change and adjudication must be effectively accepted as common public standards of official behaviour by its officials.” Vrt. Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56–57, missä vallitseva tuomariniideologia asetetaan oikeustieteen vakioituksi tutkimukselliseksi referenssiksi, jonka avulla voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen – tai oikeammin: lähitulevaisuuteen kohdentuva – tulkinnallinen merkityssisältö on mahdollista määrittää, jolleivät tuomariniideologian premissit sitä ennen ratkaisevasti muutu.

kiintopisteenä oikeuden transsendentaalis-looginen perusnormi (Kelsen), oikeuden viimekätinen tunnistamissääntö (Hart) tai tuomarien ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymä tuomarinideologia (Ross). Oikeus on *radikaalisti tulkinnanvarainen yhteiskunnallinen käytäntö*, eikä oikeustieteen epistemologia (eli institutionaalinen oikeuslähdeoppi) tai metodologia (eli oikeudellinen argumentaatioteoria) voi sen vuoksi olla ehdottoman tarkkarajaisesti määritelty sekään. Kun tieto oikeudesta on kiinnitetty vallitsevaan tuomarinideologiaan, on määritelmällisesti kyse lähitulevaisuutta koskevista ja sen vuoksi vain enemmän tai vähemmän *todennäköisistä* väitteistä, joiden semanttisena kohdereferenssinä on vallitsevan institutionaalisen oikeuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian avulla jäsennetty kuva voimassa olevan oikeuden tietynehetkisestä sisällöstä.

Kokoavasti lainopin tutkijanideologian vaihtoehdot voidaan ilmaista seuraavasti:⁹⁰

- a) *oikeus yhteiskunnallisena tosiasiana*: oikeus tosiasiallisesti toteutuneena ja myös tulevaisuudessa todennäköisesti toteutettavissa olevana yhteiskunnallisena tosiasiana niiden oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena, joille tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat ovat aiemmin johdonmukaisesti antaneet ja joille ne tuomarikunnan kollektiivisesti sisäistämän *tuomarinideologian* eli oikeuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian premissien perusteella tulevat todennäköisesti myös tulevaisuudessa antamaan tehokasta oikeussuojaa, jolloin oikeudellisen tulkinnan, systematisoinnin ja punninnan lähtökohtana on vallitseva lainsäädäntöideologia ja tuomarinideologia sekä tekninen oikeusasema-analyysi (= *analyttinen oikeustiede*), vallitseva perusoikeusjärjestelmä (= *perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi*) sekä vallitsevan tuomarinideologian tunnistamat sisällölliset oikeusperiaatteet (= *oikeusperiaatteiden punnintamalli* ja *kriittinen oikeuspositivismi* vallitsevan tuomarinideologian sisältöä myötäilevin osin), tai
- b) *oikeus yhteiskunnallisena ideaalina tai mahdollisuutena*: ”paras mahdollinen” mutta samalla toteutettavuudeltaan toistaiseksi enemmän tai vähemmän epätodennäköinen tulkinta voimassa olevan oikeuden säännöistä ja periaatteista vallitsevasta eli tuomarien ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien sisäistämästä tuomarinideologiasta poikkeavan oikeudellisen tai yhteiskuntaideologian perusteella, jolloin käsitys oikeuden tulkinnasta voidaan kytkeä esimerkiksi marxilaiseen oikeus- ja yhteiskuntaideologiaan (= *vaihtoehtoinen lainoppi*), hyvinvointivalttiolliseen heikomman sopijapuolen intressien suojaamiseen (= *sosiaalinen siviilioikeus*, Th. Wilhelmsson),⁹¹ kriittisen oikeusopin käsittämiin oikeusperiaatteisiin (= *oikeusperi-*

⁹⁰ Käsittelen lainopin tulkintamatriiseja, kuten analyttistä oikeustiedettä, perusoikeuskeskeistä laintulkintaoppia, oikeusperiaatteiden punnintamallia ja sosiaalista siviilioikeutta, lähemmin luvussa 8, ”Lainopin tulkintamatriisit”.

⁹¹ Oikeudesta mahdollisuutena, Wilhelmsson, ”Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat”, s. 347–353.

aatteiden punnintamalli, J. Pöyhönen), oikeuden syvempien tasojen käsitämiin kriittisiin oikeusperiaatteisiin sekä kriittisen lainopin tuottamiin oikeudellisiin tulkintalauseisiin (= *kriittinen oikeuspositivismi* vallitsevasta tuomariniideologiasta poikkeavin osin), naisten tai muiden aiemmin syrjittyjen yhteiskuntaryhmien suhteellisen aseman parantamiseen tietoisien suosivan erityiskohtelun keinoin (= *naisioikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus*) tai vaikka taloudellisen kustannustehokkuuden maksimointiin, transaktiokustannusten minimoointiin sekä optimaaliseen yhteiskunnalliseen resurssiallokaatioon (= *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi*).

Soveltamani jaottelu lainopin vallitsevaan doktriiniin sekä erilaisiin vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin suuntauksiin perustuu siis Rossin ja Hartin ajatukseen tuomarien ja muiden viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien sisäistämästä *tuomariniideologiasta* (Ross) tai oikeuden *tunnistamissäännöstä* (Hart) voimassa olevan oikeuden konstitutiivisena kriteerinä. Kantani on lähempänä Rossin oikeusrealismia kuin ideaalisemmin määriteltyä Kelsenin puhtaan oikeusopin teoriaa tai Aarnion ja Peczenikin oikeuslähdeopin mallia. Tuomioistuin- ja viranomaiskeskeistä oikeusrealismia on usein moitittu siitä, ettei yksittäisen tuomioistuinratkaisun kritiikki ole mahdollinen, jos sanotunlaiset tutkimukselliset premissit hyväksytään. Näin asia ei kuitenkaan ole, jos Rossin ajatus tuomariniideologiasta tai Hartin vastaava idea tuomarien ja muiden viranomaisten kollektiivisesti hyväksymästä oikeuden tunnistamissäännöstä hyväksytään normatiiviseksi mittapuuksi, jota vasten esitettyjä tulkintakannanottoja arvioidaan. Vallitseva tuomariniideologia tarjoaa tutkijalle normatiivisen kriteerin, jonka avulla toteutunutta oikeuskäytäntöä on mahdollista kriittisesti arvioida.⁹² Lisäksi voimassa olevaa oikeutta voi aina arvioida kriittisesti oikeuden *ulkoisesta*, arvo- ja moraaliperustaisesta näkökulmasta, jolloin voi esimerkiksi todeta: ”tämä on kylläkin voimassa olevan oikeuden kanta oikeuskysymykseen *p*, mutta samalla se on – asiaa moraaliperustaisesti tai arvoteoreettisesti arvioiden – sisällöllisesti kelvotonta lainsäädäntöä tai tuomioistuinten ja muiden viranomaisten ratkaisukäytäntöä.”

Entä tapaukset, missä tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat eivät ole (vielä) ottaneet kantaa voimassa olevan oikeuden tulkintaan, esimerkiksi aivan tuoreen lainsäädännön kohdalla tai koskien tulkintatilanteita, joita ei syystä tai toisesta ole toistaiseksi saatettu tuomioistuinten ja muiden viranomaisten arvioitaviksi? Onko voimassa olevan oikeuden sisältö silloin lainkaan määritettävissä? Nähdäkseni vastaus on myöntävä. Voimassa olevan oikeuden sisältö

⁹² Onko kyse oikeuden *immanentista* eli oikeuden sisäisestä kritiikistä? Vastaus riippuu oikeuden tunnistamissäännön pulmallisesta ontologisesta luokittelusta, niin kuin perustelen lähemmin luvussa 9.12. ”Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia?”.

on tällöin johdettava senkaltaisten oikeuslähdeopillisten ja argumentaatioteoreettisten premissien avulla, jotka tuomarit ja muut institutionaaliset lainsoveltajat *todennäköisesti hyväksyisivät* vastaisen oikeudellisen ratkaisunteen perustaksi. Vallitseva *lainsäädäntöideologia* eli lainsäädännön taustalla vaikuttavat tai vaikuttaneet yhteiskunnalliset arvo- ja/tai tavoiteperusteet, joita virallinen lainvalmisteluaineisto ilmentää, saavat silloin keskeistä merkitystä osana (toistaiseksi toteutumaton) tuomarinideologiaa ja oikeudellista ratkaisukäytäntöä.

Sama pätee sinänsä kaikkiin kiperiin oikeustapauksiin (engl.: *hard case*), joissa oikeussääntöjen riittämättömyyden tai keskinäisten ristiriitaisuuksien vuoksi on turvauduttava erilaisten oikeusperiaatteiden punnintaan ja tasapainottamiseen (engl.: *weighing and balancing*) voimassa olevan oikeuden sisällön selvittämiseksi. Mitään periaatteellista tai käsitteellistä estettä voimassa olevan oikeuden sisällön määrittämiselle ei tällöinkään asiaa oikeusrealistisesti tarkastellen ole, vaan ongelmat liittyvät ainoastaan käytettävissä olevan oikeuslähdeaineiston niukkuuteen ja riittämättömyyteen. Sovellettavat ratkaisuperusteet on tällöin etsittävä eriasteisesti Suomen oikeuteen rakenteistuneiden eli eriasteista institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeudellisten ratkaisuperusteiden joukosta, jolloin kyseeseen voivat tulla esimerkiksi oikeudellinen säädös- tai tapausanalogia, oikeudenalakohtaisesta systematiikasta tehtävät päätelmät sekä omaksuttu lainsäädäntöideologia, oikeusvertailevat argumentit, lainopillisessa oikeuskirjallisuudessa esitetyt tulkintakannanotot sekä reaaliset argumentit. Samalla käsitteellinen rajalinja analyttis-deskriptiivisen ja normatiivis-kriittisen tutkijanideologian välillä ohenee: oikeuden tutkijalle ylipäätään mahdollinen tutkijanpositio lähenee väistämättä kriittisen oikeustutkimuksen premissellä, kun vallitsevan tuomarinideologian sisältö on hahmotettavissa vain välillisesti eli eriasteista institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja vastaavien oikeussääntöjä heikommin formaalien oikeudellisten tulkinta- tai ratkaisuperusteiden avulla.

8. LAINOPPI JA TIETEENTEORIA

Tämä tutkimus käsittelee yleisesti oikeustieteen tieteenteoriaa, mutta pääpaino on kahdestakin syystä *lainopin* teorialla. Ensinnäkin lainoppi voimassa olevan oikeuden systematisointiin ja tulkintaan sekä oikeusperiaatteiden punnintaan keskittyvänä tieteenalana jäsentää juristikunnan kollektiivista ammatillista identiteettiä eli itseymmärrystä tavalla, joka ei voi toteutua muiden oikeustieteen osalueiden, kuten oikeusfilosofian, oikeushistorian tai oikeussosiologian, kohdalla. Henkilö, joka ei tunne edes voimassa olevan oikeuden määrittelyä oikeuslähteiden avulla tai oikeudellisen tulkinnan, systematisoinnin ja punninnan perusteita, ei määritelmällisesti ole oikeusoppinut lainkaan. Sen sijaan juristi, joka taitaa

sanotut lainopin perusteet mutta jonka tiedollisissa valmiuksissa on aukkoja oikeusteorian, oikeushistorian tai oikeussosiologian osalta, on kiistatta juristi, olkoonkin, että hän on varustautunut tehtävänsä heikommin työvälinein kuin monipuolisemmin oikeustieteen eri osalohkot hallitseva ja myös niiden tieteenteoreettiset lainalaisuudet tunteva kollegansa.

On sanottu, ettei juttua ratkaiseva tuomari tarvitse mihinkään senkaltaista analyttisen ja institutionaalisen oikeusteorian tuottamaa tietoa, että hän tekee *institutionaalisen puheteon* antaessaan yksittäisessä oikeusjutussa ratkaisun, ja sama pätee väitetysti kaikkeen muuhunkin ei-lainopilliseen tietoon: *iura novit curia*, tuomari tuntee (virkansa puolesta) lain, eikä hänen väitetysti tarvitse muusta välittääkään. Tämä on kuitenkin virhekesitys. Vaikka oikeushistorian, oikeussosiologian tai oikeusteorian kaltaisten oppiaineiden tuntemus ei ehkä määritäkään juristin ammatillista identiteettiä lainopin käsittämän voimassa olevan oikeuden määrittelyn sekä oikeuslähdeopin ja laintulkintaopin tavoin, (voimassa olevan) oikeuden konstitutiiviset ja institutionaaliset premissit ovat yhtä kaikki määräytyneet tavalla, jota oikeuden ihmis-, kulttuuri- ja yhteiskuntatieteellinen sekä filosofinen analyysi osaltaan jäsentävät.

Otto Brusiin huomautti aikanaan, miten tuomarin tulee osata *ajatella* esimerkiksi sosiologin, valtio-oppineen tai taloustieteilijän tavoin pulmallisessa oikeudellisessa ratkaisutilanteessa,⁹³ ja sama pätee yleistäen myös oikeuden ihmis- ja yhteiskuntatieteiden sekä oikeusteorian ja oikeusfilosofian tuottamaan tietoon ihmisestä, oikeudesta ja yhteiskunnasta. Voimassa olevaa oikeutta ei ole mahdollista soveltaa ilman tietoa oikeuden historiallisista ja yhteiskunnallisista liittymistä ja filosofisista perusteista. Oikeuden yleiset opit edustavat eräänlaista kollektiivista ”oikeuden muistia”,⁹⁴ joka liittyy laintulkinnan oikeuden historiallisesti kerrostuneeseen ainekseen. Oikeudellisen tulkinnan ennakoitavissa olevat yhteiskunnalliset vaikutukset rajaavat viime kädessä tutkijalle tai tuomarille mahdollisten tulkintojen alan, sillä voimassa olevan oikeuden tulkinta ei voi tapahtua yhteiskunnallisessa tyhjiössä. Lainsäädäntö ja tuomioistuinten oikeudenkäyttö edellyttävät jo määritelmällisesti tietynlaista käsitystä oikeudesta, tavoiteltavista yhteiskunnallisista päämääristä sekä yhteiskunnallisesta oikeudenmukaisuudesta, eikä näitä ole mahdollista analysoida ilman oikeuden tulkinta-, ihmis-, kulttuuri- ja yhteiskuntatieteellisen tutkimuksen sekä oikeusteorian ja oikeusfilosofian tarjoamia ajatuksellisia työvälineitä. Lainopin tutkimuksessa on lisäksi aina edellytettynä tietynlainen käsitys tutkimuksen *tieteenteoreettisista* sitoumuksista, joita tässä tutkimuksessa tarkemmin analysoin. Vaikka operatiivisessa laintulkinnassa tulkinnallinen tieto voimassa olevan oikeuden sisällöstä

⁹³ Brusiin, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*, s. 204–229 ja etenkin s. 222–223 ja 226.

⁹⁴ Vrt. Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 180.

korostuu oikeustieteen muiden osalohkojen kustannuksella, myös viimeksi mainitut ovat siinä edellytettynä.

Oikeushistorian, oikeussosiologian ja oikeusteorian tai oikeusfilosofian tuntemus määrittävät osaltaan *hyvän ja ammattitaitoisen juristin* ammatillista itseymmärrystä. Tuomari, asianajaja tai tutkija, joka on selvillä oman oikeudellisen ajattelunsa teoreettisista perusteista sekä oikeuden historiallisista ja yhteiskunnallisista sidonnaisuuksista, tekee todennäköisesti parempia ja paremmin perusteltuja ratkaisuja tai ratkaisuehdotuksia kuin tehtävänsä huolettomammin suhtautuva juristi, joka tyytyy sokeasti seuraamaan kerran omaksumaansa mallia tai esikuvaa, tietämättä mihin siinä oikein sitoutuu. Juristin ammattitaito on sen oivaltamista, mitä moderni oikeus, oikeustiede sekä oikeudellisen ratkaisun perusteleminen oikein ovat. Hyvä ja taitava juristi on oikeudellisen tulkintataidon ammattilainen, joka taitaa keskiajan glossaattorien, kommentaattorien ja kanonistien tavoin ”oppineiden reunahuomatusten taidon”, mutta jolle oikeuden historiallinen kehitys, oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset ja oikeuden suhde yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden ideaaliin eivät ole vieraita nekään.⁹⁵

Toisaalta, lainoppi on metodisesti oikeustieteen muita osalohkoja pulmallisempi, koska se ei voi tukeutua minkään muun erityistieteen metodiseen oppitraditioon, toisin kuin esimerkiksi oikeushistorian, oikeussosiologian, oikeustaloustieteen kaltaiset oikeustieteen osa-alueet. Esimerkiksi oikeushistorian tutkimuskohde on oikeudellisesti määrittynyt, mutta sen metodi on yhteinen yleisen historian tutkimuksen kanssa. Samoin oikeussosiologia soveltaa yleisen sosiologian ja oikeustaloustiede yleisen taloustieteen omaksumia menetelmiä oikeudellisesti määrittyneen tutkimuskohteen analyysiin. Oikeusfilosofia soveltaa yleisen filosofian analyysimenetelmiä oikeuden tutkimukseen. Lainoppi on metodiopillisesti sukua lähinnä teologian eksegeesin ja dogmatiikan sekä kirjallisuudentutkimuksen kaltaisille humanistisille tulkintatieteille. Näiden tulkinnallisen metodiopin traditio on ajallisesti huomattava, sillä uskonnollista hermeneutiikkaa on toteutettu aina Vanhan testamentin ja juutalaisen kabbalistiikan ajoista lähtien, mutta metodisesti niiden tarjoama tuki lainopille on varsin heikko, ainakin jos sitä vertaa empiiristen yhteiskuntatieteiden kuten sosiologian, taloustieteen tai tilastotieteen metodioppiin suhteessa oikeussosiologian, oikeustaloustieteen tai oikeudellisen tilastotieteen vastaavaan metodiseen itseymmärrykseen.

Lainopin yhteiskunnallisen merkittävyyden, sen juristien ammatillista identiteettiä keskeisesti jäsentävän tehtävän sekä sen metodiopillisen ohuuden vuoksi perustelen tässä teoksessa lainopin tieteenteoreettiset sitoumukset muita oikeustieteen osalohkoja perusteellisemmin. Luvut 3 (”Mitä oikeustiede on?”), 6 (”Oi-

⁹⁵ Palaan kysymykseen tutkijan itseymmärryksestä luvussa 2, ”Oikeustieteen tutkijan itseymmärrys”. Vrt. Siltala, *Johdatus oikeusteoriaan*, s. 135–136.

keustieteen tieteenkuva”) ja 7 (”Tieteellinen metodi”) käsittelevät yleisesti *oikeustieteen* tieteenteoriaa, kun taas luvut 4 (”Institutionaalinen oikeusläheoppi”), 5 (”Lainopin metodi: oikeudellinen tulkinta, systematisointi ja punninta”), 8 (”Lainopin tulkintamatriisit”) ja 9 (”Oikeudellisen metodiopin fragmentteja”) käsittelevät pääosin *lainopin* tieteenteoriaa. Luku 10 (”Oikeustieteen nykytila ja tulevaisuus”) on kokoava yhteenvetojakso, jossa on aineksia sekä oikeustieteen että lainopin tieteenteoriasta.

9. TIEENTEOREETTINEN POSITIVISMI JA OIKEUSPOSITIVISMI

Tämä tutkimus perustuu *oikeuspositivistiseen* käsitykseen modernista oikeudesta. Termi ”positivismi” on aidosti monitulkintainen, sillä se tarkoittaa ratkaisevasti eri asiaa yhtäältä *tieteenteoreettisessa* ja toisaalta *oikeusteoreettisessa* kontekstissa.

Tieteenteoreettinen positivismi viittaa käsitykseen, jonka mukaan tieteellinen tieto voi perustua vain empiirisiin havaintoihin sekä luonnontieteiden sovelta-miin mekanistis-kausaalisiin selitysmalleihin, eikä metafysisillä spekulatioil-la, intuitiivisella tiedolla tai tutkijan omilla arvoarvostelmilla voi olla tieteessä sijaa. Termi *positivismi* syntyi 1830-luvulla osana ranskalaisen Auguste Comten (1798–1857) tieteenteorian ohjelmaa, jonka mukaan kypsän positivistisen tie-teen oli määrä olla vapaa tiedettä aiemmin vinouttaneista uskonnollisista ja me-tafyysisistä harhauskomuksista. Samoin John Stuart Mill (1806–1873) korosti empiiristen havaintojen merkitystä tieteellisen tiedon lähteenä. 1920- ja 1930-luvulla vaikuttanut *Wienin piiri* eli *looginen positivismi* jatkoi edelleen positivistisen tieteenteorian kehittelyä Ludwig Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksen filosofisen ohjelman sekä matemaattisen fysiikan tarjoaman tieteellisen mallin mukaisesti.⁹⁶

Looginen positivismi ja *looginen empirismi* tulee tarkkaan ottaen erottaa toisistaan, vaikka termejä käytetäänkin usein rinnakkain. *Looginen positivismi*, jota muun muassa Rudolf Carnap, Friedrich Waismann, Otto Neurath, Kurt Gödel ja Moritz Schlick edustivat, oli 1920-luvun luvun tieteenteoreettinen suuntaus, joka pyrki palauttamaan todellisuutta koskevat väitelauseet empiiri-sesti verifioitavissa oleviksi havaintolauseiksi sekä rajaamaan kaiken metafysiikan tieteen ulkopuolelle. Keskeisenä innoittajana oli Ludwig Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus*, jota luettiin – vastoin tekijänsä tarkoitusta – tieteenteoreettisena ja metodisena ohjelmanjulistuksena. Termi *Wienin piiri*

⁹⁶ Wienin piirin tieteenteoriasta, ks. yleisesti Niiniluoto & Koskinen, toim., *Wienin piiri*, sekä etenkin Manninen, ”Uuden filosofisen liikkeen ja sen manifesti syntyi” sanotussa teoksessa.

viittaa loogisiin positivisteihin. *Looginen empirismi*, jota esimerkiksi Hans Reichenbach ja sittemmin muun muassa Carl Hempel edustavat, on ajallisesti myöhempi suuntaus, jonka synty sijoittuu Berliiniin Wienin sijasta.⁹⁷ Yhtäläisyyksiä on kuitenkin runsaasti: molemmat syntyivät vastareaktiona 1800-luvun uuskantilaiseen tieteenfilosofiaan, molemmat korostivat empiirisen tiedon ja modernin logiikan merkitystä, molemmat pitivät luonnontieteellisten erityistieteiden tieteenteoriaa referenssinään ja molemmat suhtautuivat kielteisesti spekulatiiviseen metafysiikkaan. Ajallisesti myöhempi looginen empirismi suhtautui osin kriittisesti edeltäjänsä, loogisen positivismin, tieteenteoreettisiin sitoumuksiin. Loogisen empirismin vaikutus ulottui 1900-luvun jälkipuoliskolle, kun taas looginen positivismi oli lakannut vaikuttamasta 1900-luvun puoliväliin mennessä. Loogisina positivistina uransa aloittaneista filosofeista Carnap, Feigl ja Hempel vaihtoivat sittemmin loogiseen empirismiin.⁹⁸

Georg Henrik von Wright on esittänyt positivistisen tieteenkäsityksen määreinä kolme keskeistä piirrettä: ensinnäkin usko *metodologiseen monismiin*, toiseksi käsitys, jonka mukaan eksaktien luonnontieteiden ja etenkin *matemaattisen fysiikan metodi* tarjoaa metodologisen ideaalin tai standardin, johon muiden tieteenalojen metodioppi tulee suhteuttaa, sekä kolmanneksi ajatus *kausaalisen selitysmallin* käyttämisestä tieteessä erilaisten teleologis-intentionaalisten selitysten sijaan.⁹⁹ Kyösti Raunio esittää kokoavasti positivistisen tieteenkäsityksen osatekijöinä viisi sääntöä:¹⁰⁰ (a) *fenomenalismin* sääntö, jonka mukaan vain välitön aistikokemus voi tarjota luotettavan perustan todellisuutta koskevalle tieteelliselle tiedolle, (b) *nominalismin* sääntö, jonka mukaan tieteessä käytetyt abstraktit käsitteet tulee johtaa havaintokokemuksesta ja teoreettisten termien tulee olla käännettävissä havaintokokemuksen kielelle, (c) *arvoteoreettinen nonkognitivismi*, joka erottaa tosiasiat (saks.: *Sein*; engl.: *Is*) ja arvot tai normit (saks.: *Sollen*; engl.: *Ought*) toisistaan sekä kieltää arvoarvostelmilta ja normatiivisilta väittämiltä tieteellisen tiedon statuksen, koska nämä ovat vain puhujan tunteiden tai tahdon ilmauksia, (d) *metodologisen naturalismin* eli *metodologisen naturalistisen monismin* sääntö, jonka mukaan myös humanististen ja yhteiskuntatieteiden aloilla tulee soveltaa luonnontieteiden metodioppia, ja (e) *nomoteettinen* sääntö eli sääntö, jonka mukaan tieteessä tulee pyrkiä yleisten lakien eli yleisiä lainomaisia väitteitä sisältävien teorioiden esittämiseen todellisuudesta.

Positivistista tieteenfilosofiaa on käytetty myös väljemmin ja epätarkemmin viittamaan ylipäätään tutkimukseen, jonka tiedonintressinä on (vain) sen selvittäminen, mikä on objektiivisin arviointikriteerein havaittavissa eikä edellytä sitoutumista mihinkään (muihin) arvo- tai ideologiasidonnaisiin näkökohtiin, ja

⁹⁷ Ray, "Logical Positivism", s. 243–251; Salmon, "Logical Empiricism", s. 233–242.

⁹⁸ Salmon, "Logical Empiricism", s. 233.

⁹⁹ von Wright, *Explanation and Understanding*, s. 4.

¹⁰⁰ Raunio, *Positivismi ja ihmistiede*, s. 112–115.

jonka tutkimusmetodina on arvovapaiden havaintojen tekeminen todellisuuden ilmiöistä. ”Onnellinen positivist”, niin kuin ranskalainen filosofi Michel Foucault luonnehti itseään ja omaa *ihmistieteiden arkeologian* tutkimusprojektiaan 1960-luvun lopulla,¹⁰¹ tyytyy tutkimuskohteen kuvaamiseen ja selittämiseen sen normatiivis-kriittisen arvottamisen sijaan.

Oikeuspositivismi viittaa puolestaan käsitykseen, jonka mukaan voimassa oleva oikeus on ainakin lähtökohtaisesti – eli tavanomaisoikeudelliset vakiintuneet yhteisölliset käytännöt sekä riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit pois lukien – *asetettua* oikeutta (lat.: *ius positivum*) eli joukko oikeussääntöjä, jotka ovat lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien sekä, määräedellytysten täytyessä, rajoitetusti myös yksittäisten oikeussubjektien tahdonvaltaisesti luotavissa, muutettavissa, pantavissa yksittäistapauksessa täytäntöön sekä kumottavissa.¹⁰² Moderni analyttinen oikeuspositivismi palautuu John Austinin 1830-luvulla esittämään käsitykseen, jonka mukaan oikeuden voimassaolo ja oikeuden sisällöllinen hyväksyttävyys tulee tarkoin erottaa toisistaan. Oikeuspositivistisesti määritelty oikeustiede tutkii vain ja ainoastaan edellistä, muodollisesti velvoittavaa oikeutta:¹⁰³

”The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it ...”.

1900-luvulla itävaltalainen Hans Kelsen jatkoi Austinin oikeuspositivistista metodiohjelmää, rajaten kaiken ei-oikeudellisen aineksen tieteellisesti ymmärre-

¹⁰¹ ”Analyser une formation discursive, c’est donc traiter un ensemble de performance verbales, au niveau des énoncés et de la forme de positivité qui les caractérise; ou plus brièvement, c’est définir le type de positivité d’un discours. Si, en substituant l’analyse de la rareté à la recherche des totalités, la description des rapports d’extériorité au thème du fondement transcendantal, l’analyse des cumuls à la quête de l’origine, on est un positiviste, eh bien *je suis un positiviste heureux*, j’en tombe facilement d’accord.” Foucault, *L’Archéologie du savoir*, s. 164–165 (kursivointi lisätty).

¹⁰² Viitataan tältä osin yksityisoikeuden kompetenssinormeihin sekä välitystuomioistuimen toimivallan perustaviin yksityisoikeudellisiin sopimuslausekkeisiin.

¹⁰³ Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 157. – Vrt. myös Morawetzin luonnehdinta oikeuspositivismista: ”Accordingly, positivists distinguish sharply between analytical legal theory and normative legal doctrine. The first involves the analysis of the nature of legal rules, legal validity, institutional structure, and so on, but not normative question such as what rights should be part of the system and how those rights are to be understood. Critical theorists, like positivists, characteristically distinguish between questions about the nature of law (e.g. as legitimating ideology) and the particular merits, demerits, and uses of normative responses to legal issues. On the other hand, natural law theorists often address these issues in ways that bridge analytical and normative questions.” Morawetz, ”Law as Experience: The Internal Aspect of Law”, s. 215, alav. 74.

tyn oikeustieteen tutkimuskohteen ulkopuolelle, oli sitten kyse oikeuden taloudellisista, sosiologisista, moraalifilosofista, teologisista tai mistä tahansa muista ulkoisista sidonnaisuuksista.¹⁰⁴ Moderni oikeus koostuu Kelsenin mukaan oikeusnormeista, joka ovat lainsäätäjän ja tuomioistuinten määrämuotoisten oikeutta luovien päätösten (saks.: *rechtserzeugende Akte*) avulla luotavissa, muutettavissa, pantavissa täytäntöön sekä kumottavissa. Lainsäätäjän asettamien oikeusnormien ja tuomioistuinten asettamien oikeusnormien välillä on vain astero: parlamentaarisen lainsäätäjän säätämät yleiset ja abstraktit oikeusnormit täsmentyvät ja konkretisoituvat alemmanasteisten hallinnollisten norminasettajien sekä lopulta tuomioistuinten ja muiden viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien ratkaisuissa yksittäisiksi ja konkreettisiksi oikeusnormeiksi.¹⁰⁵ Samoin esimerkiksi Neil McCormick viittaa oikeuden tahdonvaltaisuuteen sekä oikeuden riippumattomuuteen universaalilla tavalla määritellystä moraalista oikeuspositivismin keskeisinä tunnusmerkkeinä.¹⁰⁶ Oikeuden muodollinen voimassaoloperusta ja validiteettikriteerit tuli toisin sanoen erottaa oikeuden aineellisen sisällön kriittisestä tai hyväksyvistä arvottamisesta.

Kun analyttisen oikeuspositivismin (ja analyttisen oikeusrealismin) mukaan oikeuden voimassaolo ja oikeuden sisällöllinen, arvoperustainen hyväksytävyyys tulee voida erottaa tarkkarajaisesti toinen toisistaan, voimassa olevan oikeuden säännöt ovat tunnistettavissa niiden syntytapaan liittyvän formaalin tunnistamiskriteerin, kuten Hartin oikeusteorian edellyttämän oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön (engl.: *ultimate rule of recognition*), avulla. Toisaalta, *oikeusperiaatteet* ja vastaavat muut oikeudelliset ratkaisustandardit eivät ole tunnistettavissa yksinomaan oikeusnormin muodolliseen syntytapaan viittaavan formaalin erottelukriteerin avulla. Yksittäisen oikeusperiaatteen merkitys tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa on pääteltävissä vain sen yhteiskunnassa nauttiman institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän perusteella, mikä rajaa sisällölliset oikeusperiaatteet ankan oikeuspositivistisesti määritellyn oikeuskäsityksen ulkopuolelle.

Tutkimuksellista sekaannusta on samalla aiheuttanut se, että oikeuspositivismin tutkimuskohde on saatettu määritellä ainakin osin tieteenteoreettisen positivismin tarkoittamalla tavalla, kun oikeuden tunnistettavuus ja eriytettävyyys ”ei-oikeudesta” on määritelty viittaamalla empiirisesti havaittavissa oleviin tosiseikkoihin lainsäätäjän ja tuomioistuinten tosiasiallisesti tekemien nimenomaisten yksittäisten päätösten merkityksessä ja tutkijan omat ideologiset tai yhteiskun-

¹⁰⁴ Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 1: ”Dass heisst: sie [i.e. *Reine Rechtslehre*] will die Rechtswissenschaft von allen ihr fremden Elementen befreien. Das ist ihr methodisches Grundprinzip.”

¹⁰⁵ Kelsen, mts. 228–282.

¹⁰⁶ McCormick & Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, s. 128–129. Vrt. Hart, *The Concept of Law*, s. 253 (alav. s. 181).

nalliset arvoarvostelmat on rajattu oikeustieteen ulkopuolelle oikeuspolitiikan alaan kuuluvana. Niinpä esimerkiksi Alf Ross määrittelee oikeuspositivismin seuraavasti:¹⁰⁷

”Considering how the term ‘positivism’ is used in general philosophy, it seems to me reasonable to take the term ‘legal positivism’ in a broad sense to mean an attitude or approach to the problems of legal philosophy and jurisprudence, an approach based on the principles of an *empiricist, antimetaphysical philosophy*.”

Luonnonoikeusoppi oikeuspositivismin vastinparina määritellään viittaamalla katsantokantaan, jonka mukaan empiristiset perusteet eivät yksin riitä, vaan oikeuden määrittelemiseksi on välttämätöntä turvautua ”metafyysiseen tulkintaan”, missä postuloitu ihmisen rationaalinen tai jumalallinen luonto, intuitiivis-aprioriset periaatteet tai empiriset aistihavainnot ylittävät ideat tarjoavat oikeuden tulkintaperustan.¹⁰⁸

Ross määrittelee edelleen empiristisen lähestymistavan viittaamalla kahteen oikeuspositivismin ”kovan ytimen” (engl.: *kernel*) määrittävään teesiin. Ensinnäkin, usko luonnonoikeuden olemassaoloon on virheellinen, sillä kaikki oikeus on määritelmällisesti positiivista oikeutta. Toiseksi, positiivisen oikeuden sisältö on määritettävissä puhtaasti tosiasiallisten, empiristen tosiseikkojen avulla, perustuen yhtäältä havaintojen tekoon ja toisaalta tulkintaan, joiden kohteena ovat yhteiskunnalliset tosiseikat eli ihmisten käyttäytyminen ja käyttäytymisasetteet, eikä viittausta luonnolliseen oikeuteen tai luonnolliseen moraaliin tarvita.¹⁰⁹ Jo Rossin käyttämä terminologia – ”havaintojen teko ja tulkinta” – paljastaa, ettei yksin empirinen tai empiristinen lähestymistapa sittenkään riitä mielekkään oikeustieteellisen tutkimuksen menetelmäksi, vaikka Ross ilmoittaa *Om ret og retfærdighed* -kirjan englanninkielisen laitoksen esipuheessa vievänsä sanotussa

¹⁰⁷ Ross, ”Validity and the Conflict between Positivism and Natural Law”, s. 148 (kursivointi lisätty).

¹⁰⁸ Ross, mas. 148: ”... the belief that the law cannot be exhaustively described or understood in terms of empiricist principles, but requires metaphysical interpretation, that is, interpretation in light of the rational or divine nature of man, *a priori* principles and ideas transcending the world of the senses.”

¹⁰⁹ ”The second fundamental thesis of legal positivism is a doctrine pertaining to the theory or methodology of legal science. It asserts the possibility of establishing the existence and describing the content of the law of a certain country at a certain time in purely factual, empirical terms based on the *observation* and *interpretation* of social facts (human behaviour and attitudes). And it asserts, especially, that there is no use in appealing to ideas or principles taken over from natural law or natural morality.” Ross, mas. 149. (Kursivointi lisätty.)

teoksessa empiiriset periaatteet äärimmilleen.¹¹⁰ Empiiristen havaintojen ohella tarvitaan myös yhteiskunnallisten tosiasioiden tulkintaa, mikä ylittää ahtaasti positivistisen tieteenteorian rajoitukset. Rossilla tämä tarkoitti *tuomarinideologian* eli tuomarikunnan ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämän oikeudellisen ratkaisu- eli päätöksentekoidelogian käyttämistä *tulkintakehyksenä* eli *tulkinta-avaimena* (saks.: *Deutungschema*; tansk.: *tydnings-skema*),¹¹¹ jonka avulla voimassa olevan oikeuden sisältö on episteemisesti ja metodisesti määritettävissä. Kyse on tällöin tulevaisuuteen kohdentuvista *toden-näköisyyssarvostelmista*, joissa tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämä oikeuslähde- ja laintulkintaoppi on vakioituna epistemologisena ja metodologisena referenssinä voimassa olevan oikeuden sisältöä koskeville väitteille.¹¹²

”Retsvidenskaben beskæftiger sig med *den normative ideologi der besjæler dommeren*. Kendskab til denne ideologi (og dens tolkning) sætter os derfor i stand til med betydelig sikkerhed at forudberegne det retsgrundlag, hvorpå visse fremtidige afgørelser vil blive truffet, og som altså vill figurere i domspræmisserne. Men hvilket forhold består der mellem præmisserne og konklusionen, der naturligvis er det vi virkelig er interesseret i at kunne forudberegne?”

Samoin Kelsen asetti puhtaan oikeusopin tavoitteeksi sen selvittämisen, *mitä oikeus on*, ei sitä, mitä oikeuden ehkä pitäisi olla, kun asiaa tarkastellaan luonnonoikeuden tai moraalifilosofian arvosidonnaisesta näkökulmasta.¹¹³ Puhtaan oikeusopin tieteellisyydellä oli kuitenkin hintansa: lainopin tulkinnallinen, voimassa olevan oikeuden tietynhetkiseen merkityssisältöön kohdentunut tiedonintressi rajautui Kelsenin tieteellistetyn oikeusopin ulkopuolelle, kun tutkijan ei ollut lupa esittää muuta kuin loogis-semanttisesti *mahdollisten* tulkintojen jouk-

¹¹⁰ Ross, *On Law and Justice*, s. IX: ”The leading idea of this work is to carry, in the field of law, the empirical principles to their ultimate conclusions. From this idea springs the methodological demand that the study of law must follow the traditional patterns of observation and verification which animate all modern empirical science; and the analytical demand that the fundamental legal notions must be interpreted as conceptions of social reality, the behaviour of man in society, and as nothing else.” – Toisaalta, niin kuin Markku Helin on perustellut, Rossin myöhäisajatteluun sisältyy tulkinnallis-hermeneuttinen elementti, josta Ross ei tunnu itse olleen täysin tietoinen. Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 159–169.

¹¹¹ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 41; Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 3 *et seq.*

¹¹² Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56–57 (kursivointi lisätty.) Vrt. Ross, *On Law and Justice*, s. 43.

¹¹³ ”Sie [die reine Rechtslehre] versucht, die Frage zu beantworten, was und wie das Recht ist, nicht aber die Frage, wie es sein oder gemacht werden soll. Sie ist Rechtswissenschaft, nicht aber Rechtspolitik.” Kelsen, *Reine Rechtslehre*, s. 1.

ko ilman eri tulkintoja keskenään arvottavaa elementtiä.¹¹⁴ Puhtaan oikeusopin tiedonintressinä on, niin kuin Kelsen asian ilmaisi, ”*eine wertfreie Beschreibung ihres Gegenstandes*”,¹¹⁵ eli sen tutkimuskohteen, voimassa olevan oikeuden, täydellisen arvovapaa kuvaaminen. Oikeuden tulkinnallisiin sisältökysymyksiin sen ei ollut lupa puuttua muutoin kuin *lex superior derogat (legi) inferiori* ja *lex specialis derogat (legi) generali* -tyyppisten formaalien konfliktinratkaisunormien merkityksessä. Toisaalta Kelsen erotti tuomioistuinten ja muiden viranomaisten *autenttisen* eli oikeutta luovan tulkinnan oikeustieteen tutkijoiden tai yksityisten kansalaisten *epäautenttisesta* oikeuden tulkinnasta, jonka vaikutuksesta voimassa olevan oikeuden sisältö ei muutu.¹¹⁶ Yhtä kaikki, oikeuden *tulkintatieteellisen* analyysin eli perinteisen lainopin ja sen lähitieteiden, kuten oikeusvertailun, soveltama *metodioppi* on tieteenteoreettisessa katsannossa *ei-positivistinen* lainsäädännön, tuomioistuinratkaisujen ja muiden institutionaalisten ja kirjallisessa muodossa annettujen oikeuslähteiden tietynhetkisen merkityssisällön selvittämisen mielessä. Metodiopillisesti on kyse institutionaalisten oikeuslähteiden tietynhetkisen merkityssisällön selvittämisestä *teksti- ja merkitysanalyysin* avulla, missä tieteenteoreettinen positivismi ei siis riitä tutkimuksen metodiseksi lähtökohdaksi.

Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin *institutionaalinen oikeuspositivismi* rakentuu Hans Kelsenin ja H.L.A. Hartin perinteisen *analyttisen oikeuspositivismin* premissien varaan, täydentäen sitä Elizabeth Anscomben, John L. Austinin ja John Searlen sääntösidonnaisten tosiasioiden sekä kahden jälkimmäisen *institutionaalisten puhetekojen* teorian oivalluksilla todellisuuden instituutiosidonnaisesta luonteesta. Yhdessä Alf Rossin (ja H.L.A. Hartin) analyttisen oikeusrealismin kanssa se tarjoaa nähdäkseni perustellun kuvan modernin oikeuden teoreettisista perusteista.

10. TIETEELLINEN REALISMI JA OIKEUSREALISMI

Tieteellisen realismin ja oikeusrealismin keskinäinen suhde ei ole vähemmän pulmallinen kuin tieteenteoreettisen positivismin ja oikeuspositivismin monitulkintainen suhde, jota jo edellä käsittelemme. *Tieteellinen realismi* on sekin yhdistel-

¹¹⁴ ”Rechtswissenschaftliche Interpretation kann nichts anderes als die möglichen Bedeutungen einer Rechtsnorm herausstellen.”, Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 353.

¹¹⁵ Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 84.

¹¹⁶ Konfliktinratkaisunormeista, Kelsen, *Reine Rechtslehre*, s. 210–212, 275; autenttisesta ja epäautenttisesta tulkinnasta, mts. 346–354 ja etenkin s. 351–352; Rossin käsityksestä oikeustieteestä ja oikeuspolitiikasta, Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 385 et seq.

mä- eli ryväs-käsite. Ilkka Niiniluodon ja Sami Pihlströmin mukaan se voi viitata (ainakin) seuraavanlaisiin filosofisiin sitoumuksiin:¹¹⁷

- 1) *ontologinen* realismi: todellisuus on ainakin osaksi ihmismielestä riippumaton,
- 2) *semanttinen* realismi: totuus on semanttinen suhde kielen ja todellisuuden välillä Tarskin totuuden korrespondenssiteorian tarkoittamalla tavalla,
- 3) *tieteelliseen käsitteen- ja teorianmuodostukseen* liittyvä realismi: toden ja epätoden (engl.: *truth and falsity*) määreet soveltuvat tieteellisen tutkimuksen kielen avulla ilmaistuihin tuotoksiin, kuten havaintokuvauksiin, lakeihin ja tieteellisiin teorioihin,
- 4) *epistemologinen* realismi: todellisuudesta on mahdollista saada tietoa,
- 5) *aksiologinen* realismi: totuus tai totuudenkaltaisuus (engl.: *truthlikeness*) on yksi tieteellisen tutkimuksen keskeisistä päämääristä,
- 6) *metodologinen* realismi: on olemassa parhaat keinot tieteellisen tiedon saavuttamiseksi,
- 7) *eettinen* realismi: moraaliset arvot ovat olemassa todellisuudessa.

Tieteellisen realismin eri ilmenemismuodot menevät osin päällekkäin ja loittaittain, ja muut realismin muunnelmat edellyttävät vähintäänkin sitoutumista ontologiseen realismiin.

Ontologinen realismi määrittelee todellisuuden ainakin osin ihmismielestä riippumattomaksi. Todellisuuden ilmiöt ovat toisin sanoen olemassa siitä riippumatta, ovatko ne tietyllä hetkellä minkään yksittäisen subjektin mentaalisen tajunnantilan tai havainnonsisällön kohteena. Karl Popperin *maailma 3*:n käsittämät yksittäisestä ihmismielestä irtautuneet yhteisöllis-kulttuuriset oliot, entiteetit tai artefaktit, kuten matematiikan luvut, tieteelliset teoriat, itsenäiset taide-teokset tai voimassa olevan oikeuden normit ja oikeudelliset instituutiot, ovat Niiniluodon hyväksymä poikkeus hänen muutoin realistisesti määrittelemäänsä ontologiaan.¹¹⁸ *Maailma 3*:n oliot vastaavat Alf Rossin analyttisen oikeusrealismin, John L. Austinin ja John Searlen puhetekojen teorian sekä Neil McCormickin ja Ota Weinbergerin institutionaalisen oikeuspositivismin tarkoittamia *institutionaalisia faktoja* vallitsevan tuomarinideologian sekä tulkintaskeemoiksi eli tulkinta-avaimiksi käsitettyjen oikeussääntöjen ja muiden oikeudellisten

¹¹⁷ Niiniluoto, *Critical Scientific Realism*, *passim*, ja etenkin mts. 2–13. Ks. myös Pihlström, *Tutkiiko tiede todellisuutta? Realismi ja pragmatismi nykyisessä tieteenfilosofiassa*, s. 30–66, 72–73.

¹¹⁸ Popperilla *maailma 1* käsittää materiaalis-fyysiset objektit ja prosessit, *maailma 2* tietoisuuden mentaaliset tilat ja prosessit ja *maailma 3* määrätty ihmisten sosiaalisen toiminnan tuotokset. Niiniluoto, *Critical Scientific Realism*, s. 23. *Maailma 3* käsittää siis erilaiset yhteisöllis-kulttuuriset artefaktit, kuten matematiikan luvut, Pariisin perusmetrin, Sibeliuksen 7 sinfoniaa, yhteisvaltuutta euron sekä voimassa olevan oikeuden normit tai instituutiot.

ratkaisustandardien merkityksessä (= Ross), ”raaoista” tosiasioista erotettujen institutionaalisten eli sääntö- ja puhetekosidonnaisten yhteisöllisten tosiasioiden merkityksessä (= Anscombe, J.L. Austin ja Searle) sekä sääntösidonnaisten oikeudellisten instituutioiden merkityksessä (= McCormick & Weinberger).

Semanttinen realismi määrittelee totuuden vastaavuutena kielellisten ilmausten ja todellisuuden ilmiöiden välillä. Niinpä lause, ”ulkona sataa”, on Tarskin formaalin semanttisen totuusteorian mukaan tosi, jos ja vain jos ulkona sataa. Vastaavasti lause, ”oikeusnormi n on voimassa oikeusyhteisössä C ”, on tosi, jos ja vain jos oikeusnormi n on voimassa oikeusyhteisössä C . Totuuden korrespondenssiteorian mukaan lauseen totuusarvon määrittämiseksi sitä tulee toisin sanoen verrata todellisuudessa vallitsevaan asiantilaan eli esimerkiksi siihen, saataako ulkona tai onko oikeusnormi n voimassa oikeusyhteisössä C .¹¹⁹ Kun Niiniluoto hyväksyy ontologiaansa edellä kerrotulla tavalla myös Popperin maailma 3:n käsittämät yhteisöllis-kulttuuriset faktat esimerkiksi oikeusnormin yhteisöllisesti määräytyneen voimassaolon merkityksessä, myös tosi/epätosi -kvaliteetin saavat propositiot käyvät niistä mahdollisiksi. Tarskin ja Niiniluodon semanttinen realismi sulkee erilaiset totuuden korrespondenssiteorian vaihtoehdot, esimerkiksi koherenssi- tai konsensusiteorian tai pragmatistisen totuusteorian merkityksessä, aidosti tieteellisen tiedon ulkopuolelle.

Tieteelliseen käsitteen- ja teorianmuodostukseen liittyvä realismi ulottaa tosi/epätosi -kvaliteetin tieteellisen teorian ja sen käyttämien käsitteiden arvioimiseen. Teoreettiset käsitteet viittaavat todellisuudessa eksistoiiviin olioihin tai entiteetteihin, ja teoreettiset lait ja periaatteet ovat tosia (tai epätosia). Tieteelliseen käsitteen- ja teorianmuodostukseen liittyvä realismi rajaa tieteellisten teorioiden arviointi- tai validiteettiperusteiden ulkopuolelle instrumentalistiset tai pragmatistiset kriteerit, joiden mukaan teorian toimivuudesta, menestyksellisyydestä tai hyväksytyksi tulemisesta tiedeyhteisössä voitaisiin tehdä päätelmiä sen paikkansa pitävyydestä. Samoin se kieltää tieteellisen deskriptivismiä, jonka mukaan teoreettiset termit ovat aina palautettavissa tai käännettävissä havaintokielen käsitteiksi. Tieteellinen teoria on toisin sanoen realistisessa katsannossa tosi, jos sen laeilla ja käsitteillä on vastineensa todellisuudessa, ei jos se on instrumentalistisessa katsannossa tehokas, taloudellinen tai muutoin toimiva, eikä myöskään, jos sen käsittämät teoreettiset termit voidaan palauttaa havaintotermeiksi.

Epistemologinen eli tieto-opillinen eli tietoteoreettinen realismi väittää, että ihmismielestä riippumattomasta maailmasta on mahdollista saavuttaa tietoa. Kriittinen realisti eroaa naiivista realistista siinä, että edellinen tunnustaa sen tosiasian, että tieto maailmasta perustuu aina johonkin käsitteelliseen viiteke-

¹¹⁹ Tarskin totuusteoriasta, Niiniluoto, *Critical Scientific Realism*, s. 55–64; Pihlström, *Tutkiiko tiede todellisuutta?*, s. 45–52.

hykseen, eikä sitä voida pitää milloinkaan ehdottomasti ja lopullisesti totena vaan enintään totena valitun käsitteellisen kehyksen määrittämin ehdoin.¹²⁰ Oikeustieteessä Rossin ajatus tuomarinideologiasta tai Hartin tunnistamissäännön idea tarjoavat oikeuden tutkijalle sanotunlaisen käsitteellis-episteemisen viitekehyksen, niin kun alla lähemmin perustelen. Tieto-opillisen realismin perusteet, lähteet ja arviointikriteerit ovat yhdenmukaiset ontologisen realismin, tieteelliseen käsitteen- ja teorianmuodostukseen liittyvän realismin ja semanttisen realismin käsittämän totuuden korrespondenssiteorian kanssa. Näin tieto-opillinen realismi on erotettavissa muun muassa idealismista, fenomenologiasta, skeptisismistä ja pragmatismista, jotka kaikki kieltävät objektiivista todellisuutta koskevan tiedon mahdollisuuden.¹²¹ Tieto-opillinen realismi on yhdenmukainen tietenteoreettisen *fallibilismin* eli tieteen itsekorjaavuuden idean kanssa. Se myös tekee ajatuksen tieteellisten teorioiden *totuudenkaltaisuudesta* mahdolliseksi.

Aksiologinen realismi katsoo, että totuus tai sille analogiset käsitteet kuten totuudenkaltaisuus on tieteen keskeinen päämäärä eivätkä esimerkiksi instrumentalistisesti ja/tai pragmatistisesti määritellyt tavoitteet ole riittäviä aidon tieteen päämääräksi. *Metodologinen* realismi arvioi parhaita käytettävissä olevia menetelmiä toden tai totuudenkaltaisen tiedon saavuttamiseksi maailmasta yhdenmukaisesti ontologisen, epistemologisen sekä tieteelliseen käsitteen- ja teorianmuodostukseen liittyvän realismin keskeisten sitoumusten kanssa. Metodologisen antirealismen muodot kiistävät tieteellisten teorioiden totuuspyrkimysten katsoen, että teorian empiirinen adekvaattisuus (van Fraassen), tiedeyhteisön kollektiivinen hyväksyntä (Kuhn) tai teorian pragmatistinen toimivuus käytännössä ovat tieteellisen teorian ja metodologian keskeiset arviointikriteerit totuudellisuuden sijaan.¹²² *Eettinen* realismi sitoutuu käsitykseen arvojen objektiivisesta eksistenssistä realistisesti määritellyssä todellisuudessa eikä vain subjektien mielessä määrätynlaisena tajunnansisältönä. Sen liittymät tietenteoriaan ovat samalla heikommät kuin aksiologisen tai metodologisen realismin.

Tieteellinen realismi on siis määritelty varsin täsmällisesti filosofian kirjallisuudessa ontologian, semantiikan, tieteellisen käsitteen- ja teorianmuodostuksen, epistemologian, tieteellisen aksiologian ja metodologian sekä etiikan keskeismääreiden avulla. *Oikeusrealismi* viittaa sen sijaan sisällöltään huomattavasti väljemmin määriteltyihin oikeusfilosofian tai oikeusteorian koulukuntiin *amerikkalaisen* ja *skandinaavisen oikeusrealismin* merkityksessä, eivätkä nämä ole suinkaan yksiselitteisesti sitoutuneet tieteellisen realismin vakioimiin teeseihin

¹²⁰ Pihlström, *Tutkiiko tiede todellisuutta?*, s. 34–35.

¹²¹ Pihlström, mts. 35.

¹²² Pihlström, mts. 57–58; Niiniluoto, *Critical Scientific Realism*, s. 160 et seq.

todellisuudesta ja sen tutkimisesta.¹²³ Yhtenäisten tieteenteoreettisten sitoumusten sijaan oikeusrealismia määrittää pikemminkin vain vastakohtaisuus tai kriittinen suhtautuminen erilaisiin oikeutta idealistisesti, historiallisesti ja/tai formalistisesti määritteleviin lähestymistapoihin esimerkiksi von Savignyn historiallisen koulun, perinteisen tai modernin luonnonoikeusfilosofian tai oikeuden muo-
dolis-systeemistä voimassaoloa korostavan lainsäädäntökeskeisen oikeuspositi-
vismin merkityksessä.

Amerikkalainen oikeusrealismi on saanut keskeisiä vaikutteita Yhdysvaltain pragmatistisesta filosofiasta.¹²⁴ Skandinaavinen oikeusrealismi on puolestaan vahvemmin tieteenteoreettisesti jäsentynyt, sillä sen tutkimuksellisenä innoittajana ja lähtökohtana oli oikeustieteen tieteellisyyden pelastaminen ruotsalaisfilosofi Axel Hägerströmin arvonihiilistiseltä filosofisen metafysiikan totaalikritiikiltä.¹²⁵ Olen sitoutunut tässä teoksessa – paitsi Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin institutionaaliseen oikeuspositivismiin – myös Alf Rossin (ja H.L.A. Hartin) *analyttiseen oikeusrealismiin*, joka määrittelee oikeuden *yhteiskunnallisena tosiasiana* toteutuneiden sekä vallitsevan tuomariniideologian käsittämien epistemoisten ja metodisten premissien valossa myös tulevaisuudessa todennäköisesti toteutettavissa olevien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena.

Alf Rossin käsitys oikeuden ja oikeustieteen ontologiasta, epistemologiasta, semantiikasta, metodologiasta ja tieteellisestä aksiologiasta voidaan nähdäkseni saattaa yhdenmukaiseksi tieteellisen realismin vastaavien filosofisten sitoumusten kanssa. Toteutunut oikeudellinen ratkaisukäytäntö ja vallitseva eli tuomarikunnan kollektiivisesti sisäistämä tuomariniideologia tarjoaa oikeustieteelle tutkimuksellisen referenssin eli ajatuksellisesti vakioituneen kiintopisteen, jota vasten oikeudellista ontologiaa, semantiikkaa, tieto-oppia, aksiologiaa ja metodologiaa on mahdollista edellä kerrotulla tavalla arvioida. Oikeusrealistien tarkoittama oikeus on ontologisessa katsannossa *toteutunut* ja todennäköisesti myös tulevaisuudessa *toteutettavissa* oleva yhteiskunnallinen tosiasia, ei vain yhteiskunnallinen ideaali tai mahdollisuus, joka olisi aina ”kätkeyty ja saavuttamaton”,¹²⁶

¹²³ Amerikkalaistutkija Robert S. Summers on käyttänyt termiä *pragmaattinen instrumentalismi*, viitaten sillä *filosofisen pragmatismiin* (John Dewey), *sosiologiseen oikeustieteeseen* (Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound) ja eräiden varsinaiseen *amerikkalaiseen oikeusrealismiin* kuuluneiden kirjoittajien (John Chipman Gray, W.W. Cook, Joseph Bingham, W. Underhill Moore, Herman Oliphant, Jerome Frank, Karl N. Llewellyn ja Felix S. Cohen) muodostamaan opilliseen kokonaisuuteen. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, s. 19–26 ja etenkin s. 22–23.

¹²⁴ Amerikkalaisesta oikeusrealismista, Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory, passim*; sama, *American Legal Theory*.

¹²⁵ Skandinaavisesta oikeusrealismista, Helin, *Lainoppi ja metafysiikka, passim*; ks. myös luku 9.4. ”Reflektoitua teoreettista tietoa vai hiljaista tekijän tietoa?”.

¹²⁶ Hirvonen, ”After the Law”, s. 233.

”ikuisesti tuleva”,¹²⁷ ”ei-mitään”,¹²⁸ ”se mikä on oikein Jumalan edessä”^{128a} tai ”sateenkaaren tuolla puolen”,¹²⁹ niin kuin oikeusfenomenologian, luonnonoikeusopin ja oikeusteologian tutkimuksellisiin premisseihin sitoutuneet tutkijat ovat asian ilmaisseet. Oikeus *yhteiskunnallisena tosiasiana* vastaa realistisen tieteenfilosofian ontologisia sitoumuksia, kun myös *institutionaaliset faktat* hyväksytään realistisen ontologian alaan muun muassa Ilkka Niiniluodon tarkoittamalla tavalla.

Realistisen tieto-opin eli epistemologian jäsentämä tieto oikeudesta perustuu yhteiskunnallisiin tosiasioihin semanttisen totuuden korrespondenssiteorian sekä oikeuden institutionaalisen tieto-opin ja metodologian tarkoittamalla tavalla, sivuuttaen eri tavoin määritellyn idealistisen epistemologian, johon erilaiset *anti-realistiset* filosofian suuntaukset ja koulukunnat, kuten luonnonoikeusfilosofia, oikeusfenomenologia, oikeusteologia ja vastaavat muut suuntaukset, ovat sitoutuneet. Tosin amerikkalaisen oikeusrealismin teoreettisiin sitoumuksiin kuuluu vahvasti pragmatistinen asennoituminen oikeuteen ja yhteiskuntaan, mikä vie oikeudellista analyysia sivuun tieteellisen realismin mukaisesta tietopista (ja metodologiasta). Rossilaisittain tieto vallitsevan tuomarinideologian normatiivisista premisseistä tarjoaa oikeustieteelle vakioitun *tulkintareferenssin*, jota ajatuksellisena kiintopisteenä käyttäen voimassa olevan oikeuden tietynhetken sisältö on mahdollista määrittää. Vallitsevaan tuomarinideologiaan sidotun lainopin tuottamien oikeudellisten voimassaolo- ja/tai tulkintalauseiden totuusarvo on aina enintään likiarvoinen, likimääräinen tai *totuudenkaltainen*, ei ehdottoman varmasti tosi tai todennettavissa oleva, lainopin määritelmällisen episteemisen epävarmuuden vuoksi.¹³⁰

Metodologisesti oikeusrealismi on usein tarkoittanut samaa kuin *empiristinen* tai *sosiologinen* tutkimustapa, missä tuomioistuinten ja muiden viranomaisten ratkaisukäytäntö on asetettu etusijalle lainsäätäjän asettamaan ja muodollisesti pätevään oikeuteen nähden.¹³¹ Realistisesti oikeuteen suhtautuvien tutkijoiden

¹²⁷ Hirvonen, *Oikeuden käynti*, s. 484–485.

¹²⁸ Hirvonen, mts. 484: ”*Dikē* ei ole mitään.”

^{128a} ”what is law (right) before God, that *ought* to be law (right) for man”, Panu Minkkinen kirjoittaa Erik Wolfin oikeusteologiaa lainaten. Minkkinen, *Thinking without Desire*, s. 168.

¹²⁹ Sivenius, ”The Law and the Rainbow”, s. 239–244; vrt. Siltala, ”’Sateenkaaren tuolla puolen’ – polysentrisen oikeuden manifesti”, s. 306–313.

¹³⁰ Siihen, millaisena analyttinen oikeusrealismi täsmällisemmin puhuen mieltää oikeusnormilauseiden totuusarvoproblematiikan, palaan luvussa 2.11. ”Onko voimassa olevaa oikeutta koskevilla väitelauseilla totuusarvo?”

¹³¹ Ross viittaa empiristiseen lähestymistapaan *Om ret og retfærdighed* -teoksen englanninkielisen laitoksen alkusanoissa, mutta tutkimuksellinen empirismi ei ole sama asia kuin tieteellinen realismi. Ross, *On Law and Justice*, s. IX. – Skandinaavisista oikeusrealisteista Theodor Geiger oli vahvimmin sosiologisesti suuntautunut. Vrt. Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 50–51, missä kirjoittaja arvioi, ettei oikeustiede olisi voinut hyväksyä Geigerin metodista ohjelmanjulistusta muuttumatta samalla empiriseksi sosiologiaksi.

kirjoituksissa *toteutunut* ja myös tulevaisuudessa (todennäköisesti) *toteutettavissa* oleva oikeus (engl.: *law in action*) on katsottu ensisijaiseksi ideaaliseen, parhaaseen mahdolliseen, muodollisesti velvoittavaan, lainsäätäjän tarkoittamaan tai vain mahdolliseen oikeuteen nähden, joka saattaa olla vailla tosiasiallista täytäntöönpanon tehokkuutta (engl.: *law in books*).¹³² Oikeudellinen ennusteteoria, johon sekä O.W. Holmes että Alf Ross sitoutuivat, kiinnittää oikeudellisen epistemologian ja metodologian ennusteisiin siitä, miten tuomioistuimet ja muut viranomaiset tulevat todennäköisesti ratkaisemaan määrätyn oikeudellisen kysymyksen.

Tieteelliseen käsitteen- ja teorianmuodostukseen liittyvät tieteellisen realismin määreet ovat tässä suhteessa ongelmallisempia, koska tuomarinideologian (tansk.: *den normative ideologi der besjæler dommeren*)¹³³ kaltaiset käsitteet, joihin Rossin teoria tukeutuu, voi tulkita yhtä hyvin tieteellisen realismin tarkoittamalla tavalla aidosti todellisuuteen viittaavina käsitteinä kuin sille vastakkaista kantaa edustavina instrumentalistisina käsitteinä, joiden arviointikriteerinä on vain niiden tutkimuksellinen tarkoituksenmukaisuus. Toisaalta, Rossilta vaikutteita saanut analyttinen oikeustiede on korostanut voimakkaasti oikeudellisten käsitteiden tarkoitussidonnaisuutta ja apukäsiteluontoisuutta, mikä liittyy sen pikemminkin instrumentalistis-pragmatistiseen tieteenteorian traditioon varsinaisesti realistisen tieteenteorian sijaan. Eettiseen realismiin ei nähdäkseni ole välttämätöntä ottaa tässä kantaa muutoin kuin viittaamalla tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien sisäistämiin, institutionaalista tukea nauttiiviin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin. On toisin sanoen kyse institutionaalisen yhteiskuntamoraalin normeista, jotka ovat eriasteisesti *rakentuneet* Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eli nauttivat (eriasteista) institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää suomalaisen yhteiskunnan vakiintuneissa, oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa käytännöissä.

11. ONKO VOIMASSA OLEVAA OIKEUTTA KOSKEVILLA VÄITELAUSEILLA TOTUUSARVO?

Palaan vielä kysymykseen semanttisesta realismista. Ilkka Niiniluoto ja Aulis Aarnio kävivät 1980-luvulla tieteellisen keskustelun *oikeusnormipropositioiden totuusarvoproblematiikasta*.¹³⁴ Siinä oli toisin sanoen kyse voimassa olevaa oi-

¹³² Pound, "Law in Books and Law in Action", s. 12–36.

¹³³ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56.

¹³⁴ Niiniluoto, "On the Truth of Norm Propositions"; Aarnio, "On the Truth and Validity of Interpretative Statements in Legal Dogmatics"; vrt. myös Niiniluoto, "Norm Propositions Defended".

keutta koskevien väitelauseiden *tosiepätösi* -kvaliteetista: ovatko voimassa olevaa oikeutta koskevat voimassaolo- ja/tai tulkintalauseet tosia tai epätosia vai soveltuvatko totuusarvomäärät lainkaan oikeusnormien voimassaoloa ja tulkinnallista merkitysisältöä koskeviin väitteisiin?

Ilkka Niiniluoto perusteli kannan, jonka mukaan totuuden *korrespondenssi-teoria* on sovellettavissa myös oikeusnormin voimassaoloa koskeviin väitelauseisiin. Oikeusnormi *n* on hänen mukaansa voimassa oikeusyhteisössä *C*, jos ja vain jos oikeusyhteisö *C* hyväksyy oikeusnormin *n* pätevyyden tai jos oikeusyhteisö *C* on sitoutunut hyväksymään oikeusnormin *n* pätevyyden eli sen pätevyys on johdettavissa oikeusyhteisö *C*:n hyväksymistä oikeudellista päättelyä koskevasta sitoumuksista.¹³⁵ Oikeusyhteisö viittaa Niiniluodolla varsinaisen oikeudellisen ammattikunnan (engl.: *legal profession*) ohella myös muihin yhteiskunnallisiin toimijoihin, jotka ovat osallisina esimerkiksi lainsäädännössä, hallinnossa tai vastaavissa muissa tehtävissä.¹³⁶ Oikeusyhteisön tosiasiallisesti vallitseva tai vain pääteltävissä oleva hyväksyntä on Niiniluodon mukaan ratkaisevaa yksittäisen oikeusnormin *n* voimassaoloa arvioitaessa. Tämän voi ilmaista myös siten, että oikeusyhteisön tosiasiallinen tai johdettavissa oleva *konsensus* on oikeusnormin voimassaoloa arvioitaessa ratkaisevaa.

Niiniluodon ajatus tuomareiden ja muiden lakia soveltavien viranomaisten keskeisroolista arvioitaessa yksittäisen oikeusnormin *n* voimassaoloa on varsin lähellä Alf Rossin (ja H.L.A. Hartin) ajatusta *institutionaalisesta tuomarireferenssistä*, jota vasten oikeussääntöjen validiteettia sekä Rossilla myös institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien oikeudellista merkitystä arvioidaan. Samoin Niiniluodon ajatus oikeudellisista päättelymalleista, joiden perusteella tuomarit ja muut viranomaiset ovat *sitoutuneet hyväksymään* määrätyn oikeusnormin *n* voimassaolon, on varsin lähellä Alf Rossin analyyttisen oikeusrealismin keskeisajatusta *tuomarinideologiasta* tuomioistuinten ja muiden lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän oikeuslähdeopin ja – edellä esittämäni tulkinnan mukaan – myös oikeudellisten argumentaationsääntöjen merkityksessä.

Oikeusnormiproposition totuusarvo määräytyy Niiniluodon mukaan totuuden *korrespondenssiteorian* edellyttämällä tavalla vastaavuutena oikeusnormin voimassaoloa koskevan väitelauseen ja määrätyn yhteiskunnallisen tosiasian eli oikeusyhteisössä *C* vallitsevan, oikeusnormin *n* voimassaoloa koskevan tosiasiallisen tai vain oikeusyhteisön tekemien argumentaatioteoreettisten sitoumusten perusteella pääteltävissä olevan hyväksynnän välillä. Yleisesti totuuden *korrespondenssiteoria* määrittelee totuuden vastaavuutena kielen avulla ilmaistujen väite-

¹³⁵ Niiniluoto, ”On the Truth of Norm Propositions”, s. 178.

¹³⁶ ”... the *legal community* consists of the legal profession together with the agents acting in legally relevant positions (e.g. in legislation, administration, as members of jury, etc.)”, Niiniluoto, ”On the Truth of Norm Propositions”, s. 176 (kursivointi Niiniluodon).

lauseiden eli propositioiden ja todellisuudessa vallitsevien asiantilojen välillä. Esimerkiksi Ludwig Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksen sisältämä kielen kuvateoria sitoutuu väitelauseiden totuuden korrespondenssiteorian mukaiseen määrittelyyn, samoin Ilkka Niiniluodon edustama tieteellinen realismi sekä Tarskin formaali semanttinen totuusteoria.¹³⁷ Totuuden korrespondenssiteorian ongelmana on kuitenkin se, ettemme voi milloinkaan tietää, vastaavatko todellisuuden ilmiöt niistä kielen avulla esitettyjä väitteitä. Kieleni rajat ovat samalla maailmani rajat, niin kuin Ludwig Wittgenstein huomautti *Tractatus Logico-Philosophicuksessa*,¹³⁸ eikä meillä voi olla pääsyä kielen ulkopuolelle kieli – maailma -suhteen oikeellisuuden arvioimiseksi. Ei voi myöskään olla määrätyn yhteisöllis-kulttuurisen tietomuodon (ransk.: *épistémè*) eli historiallisen *a priorin* tunnistamista ja hyväksymistä episteemis-käsitteellisistä sitoumuksista riippumatonta keinoa määrittää kielen ja maailman eli, foucault’laisittain ilmaisten, ”sanojen” ja ”asioiden” keskinäistä suhdetta, niin kuin luvussa 6, ”Oikeustieteen tieteenkuva”, lähemmin perustelen.

Myös luonnontieteiden alalla on joukko väitteitä tai uskomuksia, joita ei ole mahdollista mitenkään verifioida eli osoittaa paikkansa pitäviksi tai falsifioida eli osoittaa virheellisiksi mutta jotka on silti välttämätöntä hyväksyä todellisuutta jäsentävän ajattelun edellytetyksi aprioriseksi perustaksi, jotta ylipäätään voimme sanoa jotain kielestä ja maailmasta. Wittgensteinin *Varmuudesta*-kirjan esimerkit, jotka toistavat filosofi G.E. Mooren jo aiemmin esittämiä pohdintoja – kuten: ”Tiedän, että maa on ollut olemassa jo kauan ennen syntymääni”,¹³⁹ ja: ”Tiedän, etten ole koskaan käynyt kuussa”¹⁴⁰ – ovat esimerkkejä tavanomaisen totuusarvoproblematiikan onnistuneesti väistävistä lauseista. Oikeudellisessa kontekstissa Kelsenin transsendentaalis-looginen perusnormi (saks.: *Grundnorm*) ja Hartin oikeuden viimekätinen tunnistamissääntö (engl.: *rule of recognition*) täyttävät vastaavan tehtävän oikeudellisessa kontekstissa, rajaten oikeus/eioikeus -differentiaation sanotun erottelukriteerin edellyttämällä tavalla.¹⁴¹

Totuuden *koherenssiteorian* mukaan totuus on määriteltävissä kielellisten ilmausten välisenä suhteena, ei siis kielen ja ulkoisen todellisuuden keskinäissuhteena. Koherenssiteoria myöntää avoimesti sen, että tietomme todellisuudesta on

¹³⁷ Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, *passim*; Niiniluoto, *Critical Scientific Realism*, s. 55–64.

¹³⁸ Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, § 5.6 (s. 148/149): ”Die Grenzen meiner Sprache bedeuten die Grenzen meiner Welt – The limits of my language mean the limits of my world.” (Kursivoinnit Wittgensteinin.)

¹³⁹ Wittgenstein, *Varmuudesta*, § 84 (s. 48) *et seq.*

¹⁴⁰ Wittgenstein, *Varmuudesta*, § 111 (s. 54).

¹⁴¹ Palaan kysymykseen tämän teoksen luvuissa 9.11. ”Metrin pituudesta” ja 9.12. ”Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia?”.

aina sidoksissa kielen avulla ilmaistuihin väitteisiin, eikä tutkijalla voi olla mitään välitöntä, yhteisössä yleisesti käytetystä kielestä riippumatonta yhteyttä kielen ulkoiseen todellisuuteen. Ongelmana on väitetysti tosien väitelauseiden osoittaminen sellaisiksi kaikenlaisen kielen ulkoisen viitekohdan eli referenssin puuttuessa: miten erottaa sisäisesti johdonmukaiset keijukaissadut (engl.: *coherent fairy-tales*) tosista väitelauseista, esimerkiksi voimassa olevaa oikeutta koskevien voimassaoloväitteiden merkityksessä? Teorian kriitikoiden mielestä usko todellisuutta koskevien väitteiden keskinäiseen koherenssiin totuuskriteerinä rinnastuu Wittgensteinin sanomalehtiesimerkkiin. Totuuden koherenssiteorian käsitystä todellisuuden ja kielen välisestä suhteesta voi toisin sanoen verrata ajatukseen henkilöstä, joka ostaa useamman kappaleen päivän sanomalehteä vain varmistuakseen siitä, että jokin sen sisältämä tieto pitää varmasti paikkansa.

Pragmatistisen tieteenfilosofian mukaan yksittäisen väitelauseen, teorian tai uskomuksen totuus on yhtä kuin sen käytännön toimivuus tai koeteltavuus sen edellyttämien luonnontieteellisten, yhteiskunnallisten tai muiden seurausten valossa. Totuus on *instrumentalistinen* käsite, jonka määrittelemiseksi ei tarvitse turvautua totuuden korrespondenssiteorian oletuksiin kielen ja todellisuuden vastaavuudesta tai totuuden koherenssiteorian oletuksiin kielen väitteiden keskinäisyyksistä. Määrätyn teorian tai käsityksen totuus on paljon yksinkertaisemmin, ja vähäisempiin metafysiisiin oletuksiin turvautuen, sen tosiasiallista toimivuutta. Teorian kriitikoiden mielestä puhtaasti käytäntösuuntautunut, instrumentalistinen totuus käsitys ei voi vastata totuuden tieteellistä, filosofista tai edes intuitiivista määrittelyä. Totuuden *konsensusteoria* määrittelee totuuden väitteen, teorian tai uskomuksen yhteisöllisen hyväksynnän avulla. Tieteensosiologi Thomas S. Kuhnin ajatus tiedeyhteisön kollektiivisten uskomusten keskeismerkityksestä kulloinkin hyväksytyyn tiedon ja totuuden kriteerinä, on tieteenteoreettisilta premisseiltään totuuden konsensusteorian mukainen.¹⁴² Toisaalta, niin kuin kuhnilainen tieteensosiologia avoimesti myöntää, tiedeyhteisö voi myös olla uskomuksissaan kollektiivisesti täydellisen väärässä – jos asiaa arvioi totuuden korrespondenssiteorian tai pragmatistisen totuusteorian kriteereiden valossa – niin kuin keskiajan skolastisen luonnontieteen ja maakeskisen planeettajärjestelmän suhde myöhempään uuden ajan empiiriseen luonnontieteeseen ja aurinkokeskiseen maailmankuvaan kiistatta osoittaa.

Ilkka Niiniluoto tukeutuu siis oikeusnormilauseiden totuusarvoproblematiikkaa analysoidessaan totuuden korrespondenssiteoriaan. Hän määrittelee oikeusnormin *voimassaolon* oikeusyhteisön tosiasiallisesti vallitsevan tai vain pääteltävissä olevan hyväksynnän avulla, mutta oikeusnormin voimassaoloa koskevan

¹⁴² Käsitellen Kuhnin tieteenteoriaa tarkemmin luvussa 6, ”Oikeustieteen tieteenkuva”.

väitelauseen eli oikeusnormiproposition *totuusarvo* on määritettävissä vain korrespondenssiteorian tarkoittamalla tavalla: oikeusyhteisössä vallitseva konsensus (tai dissensus) on sosiaalinen fakta eli *yhteiskunnallinen tosiasia*, johon oikeusnormipropositiot viittaavat ja jonka perusteella niiden totuusarvo on määritettävissä.

Aulis Aarnion on kritisoinut Niiniluodon käsitystä. Hänen mukaansa Niiniluodon määrittely ei vastaa juristien ammatillista itseymmärrystä eli heidän tapansa ymmärtää oman tieteenalansa tulkinnallinen tiedonintressi. Kyse ei Aarnion mukaan ole totuuden korrespondenssiteorian edellyttämästä vastaavuudesta oikeusnormin voimassaoloa koskevien väitelauseiden sekä määrätyn yhteiskunnallisen tosiasian eli oikeusyhteisössä tosiasiallisesti vallitsevan tai vain pääteltävissä olevan, sanotun oikeusnormin voimassaoloa koskevan hyväksynnän välillä. Lainoppi tuottaa Aarnion mukaan vain harvoin lauseita, joiden merkityssisältönä on väite jonkin oikeusnormin voimassaolosta tai kuulumisesta oikeusjärjestykseen. Sen sijaan lainoppi tuottaa tavanomaisesti voimassa olevaa oikeutta koskevia *tulkintalauseita*, joiden sisältönä on esimerkiksi: ”Lakitekstin lausetta *P* tulee tulkita tavalla *I*.”¹⁴³ Oikeusnormin tietynhetkistä merkityssisältöä koskevat *tulkintalauseet* voidaan aina kääntää oikeusnormin voimassaoloa koskeviksi *normilauseiksi*,¹⁴⁴ joten kysymys on tältä osin pelkästään semanttinen.

Lainopin tiedonintressi on tulkinnallinen, voimassa olevan oikeuden tietynhetkistä tulkinnallista merkityssisältöä analysoiva juristikunnan ammatillisen itseymmärryksen osoittamalla tavalla. Tavoitteena ei Aarnion mukaan ole esittää totuuden korrespondenssiteorian ehdot täyttäviä oikeusnormipropositioita voimassa olevasta oikeudesta vaan perustella oikeusyhteisön kollektiivisesti hyväksymien oikeuslähteiden ja oikeudellisten argumentaatio sääntöjen avulla voimassa olevasta oikeudesta *tulkintakannanottoja*, jotka täyttäisivät kohdeauditoriossa *rationaalisen hyväksyttävyyden* edellytykset.¹⁴⁵ Aarnio myös määrittelee oikeusyhteisön Niiniluotoa laajemmin, viittauksella rationaaliseen harkintaan kykenevien kansalaisten – eikä siis vain tuomioistuinten ja muiden viranomaisten – muodostamaan yhteisöön, jolle oikeudellinen tulkintakannanotto on osoitettu. Aarnion mukaan oikeudellisen tulkintakannanoton totuus tai epätotuus on määritettävissä vain suhteessa oikeusyhteisön kollektiivisesti hyväksymästä oikeuslähteaineistosta johdettujen oikeudellisten ratkaisu- tai tulkintaperusteiden keskinäiseen yhteensopivuuteen eli *koherenssiin*. Oikeuslähteistön mahdollisesti

¹⁴³ Aarnio, ”On the Truth and Validity of Interpretative Statements in Legal Dogmatics”, s. 167.

¹⁴⁴ Aarnio, mas. 166: ”Interpretative statements and norm statements are only two sides of the same coin.” Oikeudelliset tulkintalauseet ja oikeudelliset normilauseet ovat kuin saman kolikon kaksi puolta, niin kuin Aarnio asian kiteyttää, eikä kysymystä oikeusnormin voimassaolosta ja sen tulkinnasta voi täydellisesti erottaa toisistaan.

¹⁴⁵ Aarnio, mas. 178–183.

sallimien useiden tulkintavaihtoehtojen keskinäinen paremmuus ratkaistaan Aarnion mukaan *rationaalisen hyväksyttävyyden* avulla.¹⁴⁶ Oikeudellisten tulkintakannanottojen totuusarvo kiinnittyy Aarniolla totuuden *koherenssiteoriaan* Ilkka Niiniluodon ja Alf Rossin edustaman totuuden korrespondenssiteorian sijaan.¹⁴⁷

Lainopin tutkija esittää oikeudellisen *validiteetti- eli voimassaololauseen*, jonka mukaan ”normi n on hetkellä t voimassa olevaa oikeutta”, tai oikeudellisen *tulkintalauseen*, jonka mukaan ”voimassa olevan oikeuden sisältö hetkellä t on x ”. Mihin sanotunlaisen oikeudellisen validiteetti- tai tulkintaväitteen totuusarvo voi perustua? Niiniluoto pitää ratkaisevana oikeusnormin voimassaoloa koskevan väitelauseen vastaavuutta suhteessa oikeusyhteisössä vallitsevaan tosiasialliseen hyväksyntään. Aarnion mukaan ratkaisevaa on kirjallisessa muodossa annettujen oikeuslähteiden keskinäinen yhteensovivuus eli koherenssi sekä tulkinnan mahdollisuus saavuttaa rationaalinen hyväksyttävyys kohdeauditoriossa. *Vaihtoehtoisen* tai *kriittisen* lainopin tutkijanideologian sisäistänyt tutkija pitäisi ratkaisevana sitä, toteuttaako ehdotettu tulkinta voimassa olevasta oikeudesta senkaltaisia yhteiskunnallisia arvoja ja tavoitteita, joita hänen itsensä kannattama – ja samalla vallitsevasta tuomarinideologiasta poikkeava – oikeudellinen ja yhteiskuntaideologia pitää merkityksellisinä, oli sitten kyse vaikkapa marxilaisesta, feministisestä tai oikeustaloustieteellisestä oikeus- ja yhteiskuntaideologiasta.

Oletetaan, että tutkija A esittää voimassa olevasta oikeudesta tulkinnan a , joka perustuu hänen käsitykseensä vallitsevasta tuomarinideologiasta eli tuomioistuinten ja muiden viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien keskuudessa vallitsevista oikeuslähte- ja laintulkintaopin sitoumuksista. Tutkija B esittää voimassa olevasta oikeudesta tulkinnan b , joka perustuu hänen sisäistämäänsä yhteiskuntaideologiaan, jonka premissit poikkeavat merkittävällä tavalla vallitsevasta tuomarinideologiasta. Kyse voi olla esimerkiksi vaihtoehtoisen lainopin marxilais-vasemmistolaisista tulkintapremisseistä. Molemmat tutkijat, A ja B, perustelevat tulkintansa institutionaalisten oikeuslähteiden avulla, eikä yhteisymmärrystä oikeuden tulkinnasta löydy.

Jos maan tuomioistuinlaitos ratkaisee myöhemmin sanotun tulkintakysymyksen tavalla $\sim a$, missä ” $\sim$ ” tarkoittaa *likiarvoisuutta* tai *likimääräisyyttä* suhteessa tulkintakannanottoon a , on tässä tutkimuksessa omaksuttujen *analyttisen oikeusrealismin* sitoumusten valossa oikein todeta, että vallitsevaan tuomarinideologiaan tulkintansa perustanut A on ollut lähempänä totuutta hetkellä t voimassa

¹⁴⁶ Aarnio, mas. 179.

¹⁴⁷ Aarnio, mas. 176: ”Thus, the validity of a legal norm contention (and/or interpretation contention) is not a matter of truth according to the correspondence theory, but a matter of truth according to the *coherence theory*.” Vrt. toisin Aarnio, mas. 168 sekä 173: ”I shall defend the view the property of truth/falsity cannot be imported to a norm contention.” Edellinen kanta on kuitenkin se, johon Aarnio tekstissä päätyy.

olleen oikeuden sisällöstä kuin kriittistä oikeusoppia edustanut B. Vastakkainen kanta, jonka mukaan voimassa olevan oikeuden kanta sanottuun kysymykseen onkin oikeasti *b*, vaikka vallitseva ja vakiintunut tuomioistuinkäytäntö edustaa-kin siitä poikkeavaa vastakkaista kantaa $\sim a$, ei saa tukea tavasta, jolla voimassa oleva oikeus ymmärretään *analyttisen oikeusrealismin* ja *institutionaalisen oikeuspositivismin* premissien alaisuudessa eli tosiasiallisesti *toteutuneiden* sekä vallitsevan tuomarinideologian perusteella myös tulevaisuudessa todennäköisesti *toteutettavissa* olevien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien merkityksessä – eikä vain ideaalisten tai mahdollisten sekä samalla toteutettavuudeltaan enemmän tai vähemmän epätodennäköisten oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena, niin kuin vaihtoehtois-kriittinen oikeusoppi asian mieltää.

Oikeuden määrittely on samalla vahvasti *teoriasidonnainen* asia: oikeuteen ei ole tieteenteorian sitoumuksista irrallista *näkökulmaa ei-mistään*, eikä voi myöskään olla täydellisen teoriavapaata käsitteistöä, jonka avulla modernin oikeuden episteeminen ja käsitteellinen identiteetti olisi määritettävissä ilman viittausta sanottuihin tieteenteorian sitoumuksiin. Oikeusfenomenologia, luonnonoikeusfilosofia, oikeusteologia tai marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia määrittelisivät oikeuden varsin eri tavoin kuin analyttinen oikeusrealismi ja institutionaalinen oikeuspositivismi, joihin olen itse sitoutunut: luonnonoikeusfilosofia ja oikeusteologia viittaamalla ”oikeaan oikeuteen” ehdottoman yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden merkityksessä, oikeusfenomenologia oikeuden intuitiivis-apriorisen, empiirisiä havaintoja käsitteellisesti edeltävän olemuksen tai absoluuttisen itseannetun sisäisen *a priorin*¹⁴⁸ merkityksessä ja marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia viittaamalla yhteiskunnassa vallitseviin taloudellisiin tuontantosuhteisiin ja pääoman itseään uusintaviin liikela-keihin.

Aarnion idealistisen, totuuden koherenssiteoriaan sitoutuneen oikeuskäsityksen pulmana on sen suhde tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämään oikeuslähde- ja laintulkintaoppiin.¹⁴⁹ Tässä Aarnion kanta eroaa ratkaisevasti Rossin ja Hartin käsityksestä, joilla kummallakin tuomarien ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien käsitys oikeudesta on keskeisellä sijalla, Rossilla tuomarien kollektiivisesti sisäistämän normatiivisen tuomarinideologian ja Hartilla oikeuden tunnistamissäännön merkityksessä. Aarnio sivuuttaa *institutionaalisen tuomarireferenssin* voimassa olevan

¹⁴⁸ Husserl, *Fenomenologian idea*, s. 104–105.

¹⁴⁹ Aarnio kritisoii tuomioistuinrealistisia teorioita oikeudesta ja hyväksyy itse kannan, jonka mukaan oikeusnormien muodollinen velvoittavuus voidaan määritellä irrallaan sanottujen oikeusnormien soveltamisesta. Aarnio, ”On the Truth and Validity of Interpretative Statements in Legal Dogmatics”, s. 169–173 *et seq.*

oikeuden pätevyyskriteerinä ja määrittelee oikeusnormin voimassaoloa tai tulkintaa koskevan väitelauseen totuusarvon viittaamalla oikeusyhteisössä hyväksytystä oikeuslähteistä johdettujen tulkintalauseiden keskinäiseen *koherenssiin*¹⁵⁰ sekä ehdotetun tulkinnan *hyväksyttävyyteen rationaalisen harkinnan pelisääntöihin sitoutuneessa oikeudellisessa kohdeauditoriossa*. Oikeudellisen tulkinnan kohdeauditorio on Aarniolla määritelty laajasti myös yksityiset kansalaiset käsittävänä oikeusyhteisönä, eikä tuomioistuimille ja muille institutionaalisille lainsoveltajille ole annettu privilegioitua asemaa voimassa olevan oikeuden tietynhetkistä sisältöä ja pätevyyskriteereitä määritettäessä.

Oma käsitykseni sovellettavasta oikeuslähdeopista myötäilee Rossin (ja Hartin) oikeusteoriaa. Niin kuin luvussa 4, ”Institutionaalinen oikeuslähdeoppi”, perustelen, olennaista on määrittäminen *institutionaalisten oikeuslähteiden* – kuten kansallisten säädösten ja EY-lainsäädännön, Euroopan yhteisöjen tuomioistuinten ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevien yleisten oikeusohjeiden, kansallisen oikeuskäytännön sekä muun muassa sopimusperustaisen oikeuden – *rakenteistuminen* osaksi Suomen oikeuden *institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa* sen erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä nauttiman institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän merkityksessä; oikeudellisen ratkaisuargumentin (*sääntö*) *formaalisuus* tai *argumentatiivinen avoimuus* eli sen suhteellinen itsenäisyys ja riippumattomuus suhteessa sen taustalla vaikuttaviin tai ainakin alun perin vaikuttaneisiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin; oikeuslähteen tai oikeudellisen ratkaisuargumentin taustalla vaikuttavat *institutionaaliset oikeuttamisperusteet*, kuten lainsäädännön taustalla vaikuttava demokratiaperiaate tai sopimusperustaisen oikeuden taustalla vaikuttava oikeussubjektien tahdonautonomian kunnioittamisen periaate; sekä vallitseva *oikeudellinen metateoria* eli oikeuden *institutionaalinen metakonteksti*, joka suhteuttaa institutionaaliset oikeuslähteet ja niiden oikeuttamisperusteet keskenään esimerkiksi oikeusvaltioperiaatteen tarkoittamalla tavalla.

Tieto tuomarien ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien soveltamasta oikeuden *tunnistamissäännöstä* eli vallitsevasta *tuomarinideologiasta* tarjoaa lainopin tutkijalle vakioitun episteemisen ja metodisen referenssin eli tutkimuksellisen viitekohdan, jota vasten esitettyjen tulkintalauseiden oikeellisuutta on mahdollista arvioida. Vallitseva tuomarinideologia (Ross) tai oikeuden viimekätinen tunnistamissääntö (Hart) on *sosiaalinen fakta* eli *yhteiskunnallinen tosiasia*, johon totuuden korrespondenssiteorian mukaiset väitteet todellisuudesta voidaan kiinnittää. Ilman tuomarinideologian kaltaista sovellettavien oikeuslähteiden ul-

¹⁵⁰ ”... the interpretation – or the norm contention – is only valid provided that it is coherent with the statement cluster accepted as sources of the law.” Aarnio, mas. 176.

kopuolista tieto-opillista ja metodiopillista referenssiä oikeuslähteiden edellytety koherenssi ja oikeudellisen tulkinnan kohdeauditoriosidonnainen hyväksyttävyy ei kykene erottamaan voimassa olevaa oikeutta erilaisista ideaalisen tai idealisoidun oikeuden muodoista. Samoin se ei kykene erottamaan voimassa olevaa oikeutta erilaisista vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin käsityksistä.

Korrespondenssiteorian hyväksymisellä on kuitenkin hintansa: rossilaisittain (ja hartilaisittain) *institutionaaliseen tuomarireferenssiin* kiinnitettyjä oikeusnormin voimassaolo- tai tulkintalauseita rasittaa määritelmällinen *epävarmuus* tai *likiarvoisuus*: rossilaisen lainopin tuottama oikeudellinen voimassaololause, jonka mukaan ”oikeusnormi n on hetkellä t voimassa olevaa oikeutta”, tai oikeudellinen tulkintalause, jonka mukaan ”voimassa olevan oikeuden sisältö hetkellä t on x ”, on *todennäköisyysarvostelma*, jonka oikeellisuuden vahventamiseksi tai heikentämiseksi tutkija voi vain viitata tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien aiempien oikeudellisten ratkaisujen perusteella rekonstruoidunsa tuomarinideologian sisältöön sekä sen perusteella tehtäviin todennäköisyyspäätelmiin tulevista tuomioistuinratkaisuksista analyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin tutkimuksellisten premissien vallitessa.¹⁵¹ Korrespondenssiteorian mukaan jäsentyneessä oikeudellisessa tiedossa on toisin sanoen kyse enintään *totuudenkaltaisuudesta* (engl.: *truthlikeness*).¹⁵² Tutkijan, joka on hyväksynyt analyttisen oikeusrealismin tieteenteoreettiset sitoumukset, tulee pyrkiä esittämään voimassa olevan oikeuden tietynhetkisestä merkityssisällöstä tulkintalauseita, joiden *tulkintareferenssinä* eli vakioituna tieto-opillisenä ja metodiopillisenä vertailukohtana on *institutionaalinen tuomarireferenssi* tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten kollektiivisesti sisäistämisen ratkaisuideologian eli Rossin *tuomarinideologian* merkityksessä. Toisaalta, vastaava tiedollinen epävarmuus rasittaa myös Aarnion koherenssiteoreettista oikeuden tulkintalauseiden totuusarvon määrittelyä, koska oikeuslähteiden keskinäinen koherenssi ja tulkintakannanoton kohdeauditoriosidonnainen hyväksyttävyy ovat määritelmällisesti varsin tulkinnanvaraisia nekin.

Lainoppi on tieteenteoreettisessa katsannossa *epävarma tiede*, Panu Minkkinen osuvaa ilmausta lainatakseni.¹⁵³ Vallitsevan tuomarinideologian tietynhetki-

¹⁵¹ Rossin oikeuden käsitteestä ja oikeudellisesta ennusteteoriasta, Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 41–66 sekä etenkin mts. 58: ”Når den retsvidenskabelige påstand om, at en vis regel er gældende dansk ret, som påvist efter sit realindhold er en forudsigelse om reglens anvendelse i fremtidige retsafgørelser, følger heraf, at sådanne påstande aldrig kan gøre krav på absolut sikkerhed, men kun kan hævdes med *større eller mindre sandsynlighed*, alt efter styrken af de holdepunkter, fremtidskalkulationerne hviler på.” (Kursivointi Rossin.)

¹⁵² Tieteellisestä realismista yleisesti, Niiniluoto, *Critical Scientific Realism*, *passim*. Niiniluodon oma totuusteoria perustuu ideaan *totuudenkaltaisuudesta*.

¹⁵³ Minkkinen, *Thinking without Desire*, s. 9–25. – Minkkinen ei tarkoita erityisesti lainoppia, vaan kyse on oikeudellisen tiedon yleisistä filosofisista edellytyksistä.

seen sisältöön sidottu lainoppi tuottaa voimassa olevaa oikeutta koskevia voimassaolo- ja/tai tulkintalauseita, joiden totuusarvo on enintään likiarvoinen eli määritelmällisesti epävarma eli (vain) enemmän tai vähemmän todennäköinen tai *totuudenkaltainen*. Senkaltaisten pätevyys- tai tulkintalauseiden oikeellisuus joko vahventuu tai heikentyy tuomioistuinten ja muiden lainsoveltajien tulevien ratkaisujen myötä, mutta täydellistä varmuutta tai totuusarvoa ”ehdottoman tosi” voimassa olevaa oikeutta koskevat tulkintalauseet eivät voi saada edes *ex post facto*, vaan kyse on enintään likimääräisesti todesta tai epätodesta väitteestä, jos edellä esitetyt, Rossin (ja Hartin) oikeusajattelun mukaiset premissit totuuden korrespondenssiteorian soveltuvuudesta myös oikeustieteeseen hyväksytään. Vaikka voimassa olevan oikeuden tulkinta olisi historiallisessa katsannossa ollut johdonmukaisesti määrätynlainen, tuomioistuimet saattavat silti ennalta varoittamatta muuttaa tulkintalinjaansa, ja näin on myös käytännössä tapahtunut.

Kokoavasti: vallitseva, analyttis-deskriptiiviseen tutkijanideologiaan sitoutunut lainoppi tuottaa *institutionaalisen tuomarireferenssin* avulla voimassa olevaa oikeutta koskevia voimassaolo- tai tulkintalauseita, jotka olisivat *todennäköisesti toteutettavissa* eli joiden tarkoittamat oikeudet ja velvollisuudet todennäköisesti saisivat *tehokasta oikeussuojaa* tuomioistuinten ja muiden viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien tulevassa oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa. Vaihtoehtoinen, kriittinen tai avoimen poliittinen eli normatiivis-kriittiseen tutkijanideologiaan sitoutunut lainoppi tuottaa voimassa olevaa oikeutta koskevia voimassaolo- tai tulkintalauseita, jotka ovat (vain) enemmän tai vähemmän *epätodennäköisesti* toteutettavissa eli joiden tarkoittamat oikeudet ja velvollisuudet eivät todennäköisesti saisi tehokasta oikeussuojaa tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien tulevassa oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa nykyisten oikeuslähdeopillisten ja argumentaatioteoreettisten premissien vallitessa. Edellisiä voi kutsua Aarnion kielenkäyttöä seuraten oikeudellisiksi tulkintakannanotoiksi, jälkimmäisiä oikeudellisiksi tulkintasuosituksiksi.

Lainopin tulkintakannanottoja ei siis ole mahdollista varsinaisesti todentaa tai osoittaa vääräksi, vaan lainopin tuottamia oikeuslauseita rasittaa määritelmällisesti tulkinnallinen epävarmuus, jota ei voi täydellisesti poistaa ilman, että lainopin luonne *tulkintatieteenä* eli voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden tietynhetkistä merkitysisältöä koskevia tulkinta- systematisointi- ja punnintalauseita tuottavana tieteenalana tulee samalla määritellyksi uudelleen esimerkiksi empirisen yhteiskuntatieteen merkityksessä. Rajalinja lainopin vallitsevan doktriinin ja kriittisen oikeusopin välillä ei sekään ole tarkkarajaisesti määritettävissä. Koska on kyse vain oikeudellisen tulkintakannanoton vastaisen toteutumisen tai toteutumatta jäämisen todennäköisyydestä vallitsevan tuomariniideologian käsittämien normatiivisten premissien valossa, täydellistä varmuutta oikeudellisen nor-

mi- tai tulkintalauseen totuusarvosta ei voi milloinkaan saada, vaan kyse on enintään *totuudenkaltaisuudesta* (engl.: *truthlikeness*; lat.: *verisimilitude*) Ilkka Niiniluodon edustaman tieteellisen realismin merkityksessä.

12. ONKO OIKEUDELLISEEN ONGELMAAN VAIN YKSI AINOA OIKEA RATKAISU?

Aulis Aarnion mukaan väite yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta voi tarkoittaa kolmea asiaa:¹⁵⁴

- (1) yksi oikea ratkaisu oikeudelliseen ongelmaan on aina olemassa ja se myös aina löydetään,
- (2) yksi oikea ratkaisu on aina olemassa ja se on mahdollista löytää, joskaan käytännössä sitä ei ehkä onnistuta koskaan tavoittamaan, ja
- (3) yhden oikean ratkaisun olemassaolo samoin kuin (luonnollisesti) mahdollisuus sellaisen löytämiseen kiistetään, jolloin ajatus yhdestä oikeasta ratkaisusta on vain oikeudellista tulkintaa ohjaava ideaali.

Kun esitetään väite yhdestä ainoasta oikeudellisesta ratkaisusta, se voidaan yleisemmällä tasolla jakaa (ainakin) neljään osatekijään. Voidaan erottaa yhtäältä *ontologinen* teesi, jonka mukaan yksi oikea ratkaisu joko on tai sitä ei ole olemassa, toisaalta *epistemologinen* teesi, jonka mukaan meillä joko voi olla tai meillä ei voi olla tietoa senkaltaisen ratkaisun olemassaolosta, kolmanneksi *metodologinen* teesi, jonka mukaan on olemassa määrätty menetelmä yhden ainoan oikean ratkaisun löytämiseksi, sekä neljänneksi *lingvistis-käsitteellinen* teesi, jonka mukaan senkaltaisen ratkaisu on aina myös kielellisesti artikuloitavissa.¹⁵⁵ Lisäksi voitaisiin erottaa esimerkiksi *aksiologinen* teesi, joka ottaa kantaa yhden oikean ratkaisun olemassaolon arvoperustaiseen hyväksyttävyyteen, sekä *pragmatistinen* teesi, joka arvioi yhden oikean ratkaisun olemassaolon yhteiskunnallista hyödyllisyyttä. Aarnion edellä esitetyt kohdat (1) ja (3) edustavat vastakkaisia kantoja suhteessa *ontologiseen*, *tieto-opilliseen* sekä *metodiopilliseen* teesiin yhden oikean ratkaisun olemassaolosta ja sen tunnistamisesta ja/tai löytämisestä. Kohta (1) vastaa hyväksyvää ja kohta (3) torjuvaa kantaa sekä yhden oikean ratkaisun olemassaoloon että sellaisen löytämiseen. Kohta (2) on välittävä kanta, missä metodinen epävarmuus rasittaa yhden ainoan oikean ratkaisun löytämistä.

Teesi yhden oikean juridisen ratkaisun olemassaolosta (= oikeudellinen *ontologia*), kriteereistä, joiden nojalla sellainen on tieto-opillisesti tunnistettavissa (=

¹⁵⁴ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 266.

¹⁵⁵ Palaan oikeustieteen tieteenkuvan ontologisiin, epistemologisiin, metodologisiin ja loogis-lingvistisiin määreisiin luvussa 6, ”Oikeustieteen tieteenkuva”.

oikeudellinen *epistemologia*), perusteista, joiden avulla sellainen on löydettävissä (= oikeudellinen *metodologia*) tai seikoista, joiden perusteella se on kielellisesti käsitteellistettävissä (= oikeudellinen *lingvistiikka*), edellyttävät vähintäänkin hetkellisesti vakioitua oikeuden *tulkintareferenssiä* eli oikeuden ulkoista tai sisäistä kiinne- ja vertailukohtaa, johon esitetty oikeudellinen tulkinta on suhteutettavissa sen oikeellisuuden arvioimiseksi. Ilman vakioitua tulkintareferenssiä väite yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta ei olisi ylipäätään mahdollinen.

Oikeuden *ulkoinen tulkintareferenssi* viittaa yhteiskunnalliseen oikeudenmukaisuuteen oikeudellisen tulkinnan vakioituna viitekohtana esimerkiksi oikean ja luonnollisen yhteisöllisen järjestyksen, uskonnollisen auktoriteetin antaman ilmoituksen, ihmisjärjen muuttumattomien lainalaisuuksien tai kertakaikkisesti annettujen yhteisöllisten perushyveiden merkityksessä, viitaten antiikin klassiseen, keskiajan skolastiseen, uuden ajan alun rationalistiseen sekä moderniin luonnonoikeusajatteluun. Samalla se, mikä on oikeuden sisäistä ja mikä oikeuden ulkoista, on sidoksissa oikeuden käsitteen määrittelyyn sekä tutkijan omaksumaan näkökulmaan oikeuteen. Luonnonoikeuden arvosidonnaisesta näkökulmasta asiaa tarkastellen oikeus on ehdottoman oikeudenmukaista eli ”oikeaa oikeutta” (saks.: *richtiges Recht*), jossa oikeudelliset ja moraaliset näkökohdat kietoutuvat määritelmällisesti yhteen. Toisaalta, kun oikeutta tarkastellaan analyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin teoreettisten premissien valossa, niin kuin olen itse tässä kirjassa tehnyt, voimassa oleva oikeus ja vallitseva tai eri tavoin kriittinen yhteiskuntamoraali tulee voida erottaa toisistaan. Tällöin luonnonoikeuden, oikeusfenomenologian tai oikeusteologian pohdinnat oikeasta oikeudesta ja ehdottomasta yhteisöllisestä oikeudenmukaisuudesta ovat voimassa olevaan oikeuteen nähden ulkoisia arviointikriteerejä.

Oikeuden *sisäinen tulkintareferenssi* viittaa puolestaan voimassa olevan oikeuden omaksumaan sisäiseen systematiikkaan, jota vasten yksittäisen oikeudellisen tulkintaratkaisun tai lainopillisen tulkintakannanoton oikeellisuutta on mahdollista arvioida. Oikeudellisen ratkaisun arviointi perustuu tällöin voimassa olevan oikeuden itsensä tarjoamiin arviointikriteereihin.

Toisaalta, yhden ainoan oikean ratkaisun edellyttämä oikeudellinen tulkintareferenssi voi olla ajallisessa katsannossa enemmän tai vähemmän pysyvästi vakioitu, jolloin on kyse staattisesta oikeudellisesta systematiikasta, tai se voi olla vain tilannesidonnaisesti määritettävissä, jolloin on kyse dynaamisesta oikeudellisesta systematiikasta.¹⁵⁶ *Staattinen* oikeudellinen systematiikka viittaa toisin sanoen sääntösidonnaiseen ja formalisoitavissa olevaan oikeuskäsitykseen, joka on systeemisesti lukittavissa esimerkiksi oikeudellisten peruskäsitteiden keskinäissuhteiden avulla. *Dynaaminen* systeeminen jäsennys viittaa puo-

¹⁵⁶ Käsitteiden staattista ja dynaamista oikeudellista systematiikkaa lähemmin luvussa 5, ”Lainopin metodi: oikeudellinen tulkinta, systematisointi ja punninta”.

lestaan oikeusperiaatteiden tai vastaavien muiden, ratkaisuarvoltaan vain tilannesidonnaisesti määritettävissä olevien ratkaisuperusteiden tietynhetkisiin suhteisiin. Oikeusteoriakirjallisuudessa teesi yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta on liittynyt etenkin Ronald Dworkinin ajatukseen oikeusperiaatteiden tilannesidonnaisesta koherenssista, joka on yksittäisessä soveltamistilanteessa saavutettavissa tulkittaessa oikeutta parhaan mahdollisen *oikeudellisen kokonaisteorian* sekä *oikeudellisen eheyden* idean valossa (engl.: *law as integrity*).¹⁵⁷

Oikeudellisen systematiikan staattisuus ja vähintäänkin hetkellinen vakioitavuus eli riippumattomuus ratkaisun tilannesidonnaisesta kontekstista on ehtona sille, että on mahdollista puhua yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta. Oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudelliselta ratkaisuarvoltaan ei-vakioitavissa olevien ratkaisuarargumenttien toteuttama dynaaminen eli tilannesidonnainen ja systeemisesti erilaisille yhteiskunnallisille arvoille tai tavoitteille avoin oikeudellinen systematiikka ei tarjoa yksittäisestä oikeudellisesta soveltamisratkaisusta käsitteellisesti erotettavissa olevaa vertailukohtaa, johon kyseinen ratkaisu voitaisiin suhteuttaa sen oikeellisuuden arvioimiseksi. Toisaalta, jos oikeusperiaatteiden jäsenitys on vähintäänkin heikosti systeeminen, niin kuin esimerkiksi perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin tai Juha Pöyhösen tarkoittamalla tavalla sopimusoikeudellisen kohtuusperiaatteen suhteellisen systeemisen etusijan varaan perustuvan oikeusperiaatteiden punnintamallin alaisuudessa on asian laita, niin silloin yksi oikea tulkinta voimassa olevan oikeuden tulkinnallisesta merkityssisällöstä on rajoitetusti mahdollinen.

Käsitelainopin keskeisteeseihin kuului ajatus oikeudellisten peruskäsitteiden aukottomasta systeemisestä jäsenyyksestä, johon yksittäinen oikeudellinen soveltamisongelma tuli voida sijoittaa ennen kuin oikeudellinen tulkinta oli ylipäättään mahdollinen. Erilaiset substanssi- eli olemuspohdinnat, kuten A.R. Heikosen 1930-luvun pohdinnat jakamattoman kuolinpesän oikeasta olemuksesta¹⁵⁸ tai Antti Hannikaisen 1940-luvun pohdinnat rajoitettujen esineoikeuksien olemuksesta¹⁵⁹ tulee nähdäkseni tulkita yrityksinä lukita oikeudellinen systematiik-

¹⁵⁷ Dworkin, *Law's Empire*, *passim*.

¹⁵⁸ Heikonen pohti muun muassa seuraavanlaisia kysymyksiä: onko jakamaton kuolinpesä juridinen henkilö, onko jakamaton kuolinpesä yhtiö, onko jakamaton kuolinpesä esine, onko perillisten oikeus jäämistöön saamisoikeutta, onko perintöosuus sama kuin jäämistössä olevien esineiden ja oikeuksien osuuksien summa, ja ovatko perintöosuus ja itse perillisuus identtisiä? Heikonen, *Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa silmälläpitäen erikoisesti perillisen omistusoikeussuhteita*, I, s. 122–160, 161–214 ja 215–236 sekä sama, *Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa silmälläpitäen erikoisesti perillisen omistusoikeussuhteita*, II, s. 155–172, 173–181 ja 181–187.

¹⁵⁹ Hannikainen pohti muun muassa seuraavanlaisia kysymyksiä: mikä on esineoikeuden olemus, millaisia ovat luonteeltaan rajoitetut esineoikeudet, onko pidätysoikeus vakuusoikeus varsinaisessa mielessä, onko pidätysoikeus akseessorinen oikeus, onko pidätysoikeus subsidiaärinen oikeus, onko vuokranantajan vakuusoikeus täydellinen vaiko epätäydellinen esineoikeus? Hannikainen, *Pidätysoikeuden rakenteesta silmälläpitäen Suomen voimassaolevaa oikeutta*, *passim*.

ka sanottujen pulmalliseksi koettujen oikeudellisten ilmiöiden osalta: kun vakapa jakamaton kuolinpesä voitiin sijoittaa (esimerkiksi) yhtiöoikeuden tai esi-neoikeuden systeemiseen yhteyteen, myös sanotun oikeudenalan yleisten oppien tulkintaperiaatteet soveltuivat siihen. Kyse oli toisin sanoen oikeudellisen ilmiön systeemisen sijainnin määrittämisestä, joskin tuon systeemisen tarkastelun tie-teenteoreettiset premissit olivat vahvemmin idealistiset ja ”metafyysiset” kuin mitä myöhempi analyttinen lähestymistapa piti hyväksyttävänä. Kun oikeuden systeeminen jäsennys oli onnistuneesti lukittu, kysymykset oikeuden tulkinnasta voitiin ratkaista puhtaasti loogisen päättelyn eli oikeudellisen systeemilogiikan avulla.

Myös *analyttinen oikeustiede* hahmotti oikeuden systematisoitavissa ja formalisoitavissa olevana normikokonaisuutena tavalla, jota esimerkiksi Simo Zittingin omistusoikeuskäsitteen analyttinen tarkastelu tahollaan toteutti. Omistusoikeus nähtiin yläkäsitteenä, joka voitiin jakaa omistajan oikeusaseman eri osatekijöihin suojatun hallinto-oikeuden, disponointikompetenssin sekä määrätyn-asteisen dynaamisen suojan merkityksessä. Ajatusta yhdestä oikeasta ratkaisusta oikeudelliseen ongelmaan ei kiistetty, vaan analyttisen koulun edustajat hyväksyivät tältä osin edeltäjiensä käsityksen. Yhden oikean ratkaisun opin hylkääminen palautuu meillä Kaarle Makkosen ansiokkaaseen väitöskirjaan *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, jossa ajatus sidotusta eli yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta hylättiin teoreettisesti ja normiloogisesti kestäättömänä. Tuomarin ratkaisuharkinta ei noudata formaalia kaksiarvologiikkaa, jossa oikeusnormin tulkinnallinen merkityssisältö olisi löydettävissä oikeuslähteistä loogisesti moitteettoman ja oikeuslähteistä johdettujen päättelyn premissien to-tuusarvon säilyttävän syllogistisen päättelyn avulla, vaan siinä on kyse merkityk-sen *antamisesta* lakitekstin ja muiden oikeuslähteiden kielellisille ilmauksille.¹⁶⁰ Makkosen analyysi perustui oikeuden kielen loogiseen rakenneanalyysiin. Se oli lisäksi ideologisesti neutraali eikä siis sitoutunut mihinkään erityiseen yhteis-kuntaideologiseen näkemykseen oikeuden roolista yhteiskunnassa.

Toisaalta, ja yhteiskuntaideologisesti varsin erilaisista lähtökohdista käsin, Lars D. Erikssonin edustama *vaihtoehtoinen lainoppi* (ital.: *uso alternativo del diritto*) on perustellut 1960-luvun lopulta lähtien idean oikeuden *mahdollisista tulkinnoista* sekä *tarve-* tai *tavoiterationaalisesta* oikeudellisesta sääntelystä ja päätöksenteosta.¹⁶¹ Myöhemmät kriittisen oikeusopin suuntaukset eli sosiaali-nen siviilioikeus, naisoikeustutkimus sekä ainakin osin Pöyhösen tavoin tulkittu

¹⁶⁰ Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 238–256. Teos ilmestyi alun perin saksankielellä vuonna 1965, nimellä *Zur Problematik der juristischen Entscheidung. Eine struktur-analytische Studie*.

¹⁶¹ Eriksson, ”Rättslig argumentering och den dialektiska logiken”, s. 445–482; sama, ”Värderin-gar, fakta och juridik”, s. 414–430; vrt. myös sama, ”Utkast till en marxistisk jurisprudence”, s. 53.

oikeusperiaatteiden punnintamalli ja kriittinen oikeuspositivismi, samoin kuin *reella överbäganden* -juridiikka ja perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi, ovat kukin tahollaan, joskin osin toisistaan eriävin perustein, riittauttaneet käsitelainopin ja analyttisen oikeustieteen idean abstrakteista ja yleisistä oikeuskäsitteistä, jotka ovat formalisoitavissa oikeudelliseksi systeemiksi ja johon yksittäinen oikeudellinen ratkaisu voidaan palauttaa. Yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoite-sidonnaisiin oikeusperiaatteisiin sitoutuneen lainopin suuntauksen, kuten oikeusperiaatteiden punnintamallin, kriittisen oikeuspositivismin tai perusoikeuskeskeisen laintulkintamallin, teoreettisten lähtökohtien hyväksyminen johtaa aidosti tilannesidonnaisen oikeudellisen ratkaisuharkinnan hyväksymiseen, jolloin myös ajatus yhdestä oikeasta ratkaisusta on hylättävä.¹⁶² Samaa lopputulokseen päästään kuitenkin jo Makkosen loogisen ja rakenneanalyttisen oikeudellisen ratkaisutoiminnan tarkastelun avulla. Oikeudellinen ratkaisu ei siis ole looginen syllogismi, jonka totuusarvo voitaisiin määritellä loogisesti virheettömällä tavalla määritettävissä olevien juridisten merkitysten avulla, vaan on kyse tulkinnallisen merkityssisällön antamisesta institutionaalisten oikeuslähteiden käsittämille kielellisille ilmauksille, jotka ovat aina määritelmällisesti tulkinnanvaraisia.

Saamme siis kaksi oikeudellista systematiikkaa määrittävää käsitteparia: *sisäisen/ulkoinen* tulkintareferenssi ja *staattinen/dynaaminen* systematiikka. Kokoa-vasti tämä voidaan esittää seuraavasti:

Kaavio 1: Oikeuden sisäinen ja ulkoinen tulkintareferenssi sekä staattinen ja dynaaminen systematiikka

	<i>Staattinen systematiikka</i>	<i>Dynaaminen systematiikka</i>
<i>Sisäinen tulkintareferenssi</i>	käsitelainoppi	tilannekohtaisesti määritettävissä oleva oikeudellinen eheys
<i>Ulkoinen tulkintareferenssi</i>	perusteiltaan vakioitu luonnonoikeusoppi	perusteiltaan muuttuva luonnonoikeusoppi

Sisäistä tulkintareferenssiä ja staattista tarkastelutapaa toteuttaa esimerkiksi käsitelainopin systeeminen jäsenitys, jonka mukaan oikeuden peruskäsitteet muodostavat vakioituneen viitekohdan, johon oikeudellinen tulkinta on suhteutettavissa. Sisäistä tulkintareferenssiä ja dynaamista tarkastelutapaa toteuttaa puolestaan Ronald Dworkinin ajatus oikeudellisesta eheydestä eli oikeusperiaatteiden tilannesidonnaisesta koherenssista, joka on yksittäisessä soveltamistilanteessa toteutettavissa suhteessa parhaaseen mahdolliseen oikeudelliseen kokonaisteo-

¹⁶² Käsittelen suomalaisen lainopin koulukuntia lähemmin luvussa 8, ”Lainopin tulkintamatriisit”.

riaan. Ulkoista tulkintareferenssiä ja joko staattista tai dynaamista tarkastelutapaa toteuttavat erilaiset arviointiperusteiltaan joko pysyvät tai muuttuvat luonnonoikeusopin muunnelmat. Jos luonnonoikeusopin tulkintareferenssinä on perusteiltaan muuttumaton ideaalinen yhteisöllinen ideaali tai muuttumaton ihmisluonto, on kyse staattisesta tarkastelutavasta. Jos tulkintareferenssinä on perusteiltaan muuttuva käsitys ihmisyhteisöstä tai yhteisöllisistä hyveistä, on kyse dynaamisesta tarkastelutavasta oikeuden ulkoiseen tulkintareferenssiin sovelletuna. Taustapremissinä jaottelussa oikeuden sisäiseen ja oikeuden ulkoiseen tulkintareferenssiin on siis oikeuspositivistinen lähtökohta, jonka mukaan oikeuden muodollinen voimassaolo ja oikeuden arvoperustainen hyväksyttävyyys ovat erottavissa toinen toisistaan.

13. OIKEUDEN RAKENTEELLINEN AKSIOLOGIA: FORMAALIT OIKEUSSÄÄNNÖT, INSTITUTIONAALISET OIKEUSPERIAATTEET JA SUBJEKTISIDONNAISET ARVOT

Oikeudellinen *aksiologia* arvioi oikeuden yhteiskunnallista ja institutionaalista arvoperustaa ja suhdetta arvoihin sekä voimassa olevan oikeuden itseensä sisällyttämien arvojen että oikeuteen nähden ulkoisten arvojen merkityksessä. Voimassa olevan oikeuden suhde arvoihin on määritelmäkysymys, joka on sidoksissa yksittäisen oikeuden tutkijan tai kokonaisen oikeudellisen tutkimussuuntauksen kollektiivisesti omaksumaan oikeuskäsitykseen. Analyyttinen oikeuspositivismi on sitoutunut käsitykseen, jonka mukaan oikeuden arvoperusta ja siten oikeuden ulkoiset rajat ovat määritettävissä vain oikeuden itsensä hyväksymien näkökohtien avulla.

Analyyttisen oikeuspositivismin perustaja John Austin päätteli jo 1830-luvulla, että oikeuden muodollinen voimassaolo ja oikeuden sisällöllinen hyväksyttävyyys tulee erottaa toisistaan.¹⁶³ Moderni oikeus määrittelee Hans Kelsenin tarkoittamalla tavalla viime kädessä itse omat synty- ja soveltamisehtonsa.¹⁶⁴ Lisäksi Kelsen rajasi kaiken ”ei-oikeudellisen” aineksen tieteellistetyin puhtaan oikeusopin ulkopuolelle, oli sitten kyse oikeuden taloudellisista, yhteiskunnallisista, arvoperustaisista, teologisista tai vastaavista muista sidonnaisuuksista.¹⁶⁵ H.L.A. Hart perusteli viime kädessä lingvistisiin argumentteihin eli oikeus- ja kieliyhteisön kollektiiviisiin lingvistisiin sitoumuksiin viitaten kannan, jonka

¹⁶³ Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 157.

¹⁶⁴ Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960) s. 73: ”Denn es ist eine höchst bedeutsame Eigentümlichkeit des Rechts, dass es seine eigene Erzeugung und Anwendung regelt.”

¹⁶⁵ Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 1.

mukaan puhe yksittäisen oikeusnormin voimassaolosta tuli voida erottaa sen sisällöllisen hyväksyttävyyden tai moitittavuuden arvioimisesta.¹⁶⁶ Viimeaikaisessa suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa myös Kaarlo Tuori on korostanut, miten ”[p]ositivisena oikeutena moderni oikeus sallii itseään kritikoitavan vain sisältä käsin. Positiivinen oikeus ei tunnusta ulkopuolisen kritiikin oikeudellista relevanssia; tämän havaitsi jo Kelsen.”¹⁶⁷

Ei-positivistinen oikeusajattelu suhtautuu oikeuden ja moraalin keskinäissuhteeseen toisin. Luonnonoikeusoppi samoin kuin eräät oikeusfenomenologian ja oikeusteologian suuntaukset määrittelevät oikeuden ”oikeana oikeutena” ehdottoman yhteisöllisen ja/tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden merkityksessä, jolloin kysymys oikeuden voimassaolosta ja oikeuden sisällöllisestä hyväksyttävyydestä on määritelmällisesti yksi ja sama asia. Oikeus samastuu ideaaliseen yhteiskuntamoraaliin.

Johdonmukainen oikeuspositivisti hyväksyy vain muodollisesti velvoittavat oikeussäännöt ja niiden selväsanaisesti käsittämät arvonäkökohdat voimassa olevan oikeuden käsitteen alaan. Niinpä Kelsenin puhdas oikeusoppi rajasi oikeuden alan vain pätevällä tavalla säädettyihin tai muutoin voimaansaatettuihin oikeussääntöihin: oikeusperiaatteille tai muille oikeussääntöjä heikommin formaaleille ratkaisustandardeille siinä ei ollut sijaa. Johdonmukainen oikeusrealisti puolestaan hyväksyy Alf Rossin tavoin voimassa olevan oikeuden alaan ne oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet sekä mahdolliset muut ratkaisustandardit, jotka ovat tosiasiallisesti saaneet ja jotka tulevat todennäköisesti myös tulevaisuudessa saamaan *tehokasta oikeussuojaa* tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien oikeudenkäytössä. Institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien ratkaisustandardien hyväksyminen tuomarin ratkaisuharkintaa ohjaavien ratkaisuperusteiden joukkoon edellyttää tiukan oikeuspositivistisesti määriteltyjen tutkimuksellisten reunaehtojen höllentämistä, kun taas oikeusrealistinen voimassa olevan oikeuden määrittely on väljempi, jos ja kun sanotut periaatteet ja ratkaisustandardit saavat tukea tuomioistuinten ratkaisukäytännöstä. Tässä teoksessa sanotunlainen lieventävä oletus on tehty: oikeusperiaatteet ja vastaavat ratkaisustandardit on hyväksytty oikeudellisesti merkityksellisten ratkaisuargumenttien joukkoon edellyttäen, että ne saavat tukea vallitsevasta *tuomarinideologiasta* eli tuomarien ja muiden lakia soveltavien viranomaisten kollektiivisesti hyväksymästä oikeudellisesta ratkaisuideologiasta eli vallitsevan institutionaalisen oikeuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian sitoumuksista. Puhtaasti subjektisidonnaiset arvot rajautuvat oikeuden ulkopuolelle tuomarin tai tutkijan idiosynkraattisina

¹⁶⁶ Hart, ”Positivism and the Separation of Law from Morals”, *passim*.

¹⁶⁷ Tuori, ”Ideologiakritiikistä kriittiseen positivismiin”, s. 324.

yhteiskunnallisina preferensseinä, vailla oikeusperiaatteilta edellytettyä riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää.

Rossin (ja Hartin) tavoin ymmärretyn *analyttisen oikeusrealismin* teoreettisten sitoumusten vallitessa voimassa olevan oikeuden säännöt ovat identifioitavissa tuomioistuinten ja muiden virkansa puolesta ja virkavastuulla lakia soveltavien viranomaisien eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämän oikeuden tunnistamissäännön avulla, kun taas yksittäisen oikeusperiaatteen ratkaisuarvon määrittämiseksi tulee arvioida sen yhteiskunnassa nauttima institutionaalinen tuki sekä yhteisöllinen hyväksyntä. Yleisesti erilaisten oikeudellisten ratkaisuperusteiden merkitystä tuomarin ratkaisuharkinnan osana arvioitaessa on keskeistä niiden suhteellisen *rakenteistumisen* ja *formalisoitumisen* aste.

Oikeudellisen ratkaisuperusteen *rakenteistuminen* Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan viittaa sen nauttimaan *institutionaaliseen tukeen* ja *yhteisölliseen hyväksyntään* Suomen oikeudessa erilaisten sääntösidonnaisten, oikeudellisesti merkityksellisten yhteiskunnallisten käytäntöjen merkityksessä.¹⁶⁸ Oikeudellisen ratkaisuperusteen *formalisoituminen* viittaa sen erilaisiin muotosidonnaisuutta korostaviin määreisiin muun muassa *konstitutiivisen* eli oikeusnormin muodolliseen validiteettiin liittyvän formalismin, *systeemisen* formalismin, päätöksentekoa ohjaavaan *sitovuuteen* eli ratkaisuarvoon liittyvän formalismin (engl.: *mandatory formality*), *rakenteellisen* eli normiloogisen formalismin sekä *methodisen* eli argumentaatioteoreettisen formalismin merkityksessä.¹⁶⁹

Formaalit oikeussäännöt ovat irtautuneet niiden alkuperäisestä synty- ja oikeuttamisperustasta erilaisten yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoitenäkökohtien merkityksessä, joiden nojalla kyseiset säännöt alun perin asetettiin. Yksittäisen oikeussäännön validiteetin ja oikeudellisen ratkaisuarvon tunnistamiseksi viittaus vallitsevan tuomarinideologian käsittämään oikeuden tunnistamissääntöön on riittävä, eikä oikeussääntöä ole tarpeen palauttaa sen taustalla vaikuttaviin tai ainakin sen säätämishetkellä vaikuttaneisiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin sen oikeudellisen validiteetin sekä sen tulkinnallisen merkityssällön määrittämiseksi. Kyse on toisin sanoen täysimääräisesti formaalista ratkaisuperusteesta, jonka oikeudellinen velvoittavuus ei riipu sen aineellisesta oikeuttamisperustasta. *Institutionaaliset oikeusperiaatteet* ovat määritelmällisesti kietoutuneet yhteen yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoitenäkökohtien kanssa, joten ne ovat sääntöjä heikommin formaaleja ratkaisuaargumentteja. Toisaalta, ne nauttivat riittäväksi arvioitua institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntä-

¹⁶⁸ Ks. luku 4.3.4. ”Oikeudellisen ratkaisuperusteen rakenteistuminen: institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä”.

¹⁶⁹ Ks. luku 4.3.3. ”Oikeudellisen ratkaisuperusteen sääntöformalismin tai argumentatiivinen avoimuus: oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet”.

tää, mikä perustelee niiden merkityksen osana tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa. *Subjektisidonnaiset arvot* ovat vain kantajalleen ominaisia yhteiskunnallisia preferenssejä, mieltymyksiä tai torjuntia, vailla oikeusperiaatteiden institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää tai edes heikosti sääntöformaaleja ominaisuuksia. Koska oikeus on määritelmällisesti yhteisöllinen eli yliyksilöllinen ilmiö, vain oikeusperiaatteilla ja vastaavilla ratkaisustandardeilla, samoin kuin tietenkin formaaleilla oikeussäännöillä, voi olla institutionaalisen oikeudellisen ratkaisuperusteen asema, kun taas subjektisidonnaiset arvot rajautuvat yhteisöllisen, ei-idiosynkraattisen oikeuskäsitteen ulkopuolelle.¹⁷⁰

Oikeudellisen ratkaisuperusteen suhteellinen *rakenteistuneisuus* ja *formalisoituminen* ratkaisee sen, onko kyse (a) *subjektisidonnaisesta arvosta*, joka ei voi saada oikeudellisen ratkaisuperusteen asemaa, (b) Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneesta eli riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivasta *oikeusperiaatteesta* tai muusta oikeudellisesta ratkaisustandardista vaiko (c) *oikeussäännöstä* täysimääräisesti *formalisoidun* oikeudellisen ratkaisuperusteen merkityksessä. Mitä vahvemmin jokin oikeudellinen ratkaisuargumentti on *rakenteistunut* Suomen oikeuteen sen erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä nauttiman institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän merkityksessä ja mitä itsenäisempi se on oikeudellisena ratkaisuperusteena suhteessa sen taustalla vaikuttaviin tai ainakin vaikuttaneisiin validiteetti- ja justifikaatioperusteisiin määrättyjen yhteiskunnallisten arvo- tai tavoiteperusteiden merkityksessä eli mitä vahvemmin *sääntöformaali* ratkaisuperuste on kyseessä, sitä suurempi on sen lähtökohtainen oikeudellinen ratkaisuarvo tuomioistuinten ja muiden viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa. Lisäksi oikeuslähteen tai oikeudellisen ratkaisuperusteen taustalla vaikuttava *institutionaalinen oikeuttamisperuste* vaikuttaa sen oikeudelliseen ratkaisuarvoon.

Taustalla on Alf Rossin ajatus tuomarien ja muiden viranomaisten kollektiivisesti sisäistämästä tuomarinideologiasta (tansk.: *den normative ideologi der besjæler dommeren*),¹⁷¹ joka käsittää viittauksen niihin ratkaisuperusteisiin, jotka

¹⁷⁰ Vrt. Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 48–49: ”Retten er et socialt, d.v.s. overindividuel fænomen. I det omfang, den enkelte dommer motiveres af særegen ideosynkrasi, henregnes denne ikke til ’dansk ret’ – selv om den naturligvis ligefuldt er en faktor der må tages i betragtning af den der er interesseret i at forudkalkulere en konkret retsafgørelse.” Vrt. myös Duncan Kennedyn kolmi- jaottelu (*judge as constrained activist – difference-splitting judge – bipolar judge*), millä hän viittaa tuomarin tietoiseen yhteiskuntapoliittiseen strategiavalintaan suhteessa voimassa olevaan oikeuteen ja sen mahdollistamiin ideologisiin valintoihin. Kennedy, *A Critique of Adjudication*, s. 180–186.

¹⁷¹ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56: ”Retsvidenskaben beskæftiger sig med den normative ideologi der besjæler dommeren.”

tosiasiallisesti vaikuttavat tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudelliseen ratkaisuharkintaan (tansk.: *at man ved retskilderne forstår indbegrebet af de faktorer der øver indflydelse på dommerens formulering af den regel hvorpå han baserer sin afgørelse*).¹⁷² Ne voivat Rossin mukaan vaihdella formaaleista, sellaisenaan käsillä olevaan oikeustapaukseen sovellettavista oikeussäännöistä (tansk.: *fra sådanne tilfælde, i hvilke kilden præsterer dommeren en fuldt færdig retsregel der blot overtages af dommeren*)¹⁷³ vain vaillinaisesti täsmentyneisiin ratkaisuperusteisiin eli oikeuslähteestä johdettuihin yleisiin ideoihin tai oikeudellisen ratkaisuharkinnan yleisiin suuntaviivoihin, joiden perusteella tuomari tai muu lainsoveltaja muotoilee varsinaisen ratkaisunormin käsillä olevaa tapausta varten (tansk.: *til sådanne tilfælde, i hvilke kilden ikke byder dommeren andet og mere end visse inspirerende ideer ud fra hvilke han selv formulerer den regel han har brug for*).¹⁷⁴

Prejudikaattinormit eivät ole ongelmitta luokiteltavissa sääntö/periaate -akselille. Yksittäisen ennakkoratkaisun käsittämä prejudikaattinormi (lat.: *ratio decidendi*) on lainsäätäjän asettamaa yleistä normia vahvemmin sidoksissa vallitsevaan eli tuomarikunnan ja muiden lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämään *prejudikaatti-ideologiaan* sekä siihen yksittäiseen oikeustapaukseen, johon liittyen se annettiin. Tuomarin tai tutkijan soveltamasta prejudikaatti-ideologiasta riippuen yksittäinen prejudikaattinormi voi saada enemmän tai vähemmän sääntöformaaleja eli formaalin oikeussäännön kaltaisia tai, vaihtoehtoisesti, argumentatiivisesti avoimen oikeusperiaatteen tai ratkaisustandardin ominaisuuksia. Tuomarille tai tutkijalle mahdollisia prejudikaatti-ideoita ovat esimerkiksi myöhemmän lainsoveltajan takautuva päättely ennakkoratkaisun aineellisesta lopputuloksesta sen välttämättömiin tai riittäviin normi- tai faktapremisseihin taaksepäin katsovan *oikeudellisen eksegeesin* merkityksessä; *lainsäädäntöä jäljittelevä* prejudikaatti-ideologia, missä prejudikaatin asettava tuomioistuin määrittää samalla arvovaltaisesti ja lopullisesti sen, mikä sanotussa ratkaisussa on vastaisuudessa katsottava sen yleisesti velvoittavaksi oikeusohjееksi (lat.: *ratio decidendi*); toteutuneiden ennakkoratkaisujen sarjan arvioiminen parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian ja *oikeudellisen eheyden* valossa (engl.: *law as integrity*) tai prejudikaatin mieltäminen esimerkinomaiseksi *malliratkaisuksi*, jonka soveltamisalaa joko analogisesti lavennetaan tai kavennetaan oikeudellisen distinktiotekniikan avulla myöhemmän oikeustapauksen soveltamiskon- tekstissa riittävän tai riittämättömän samankaltaisuusarvion perusteella.

¹⁷² Ross, mts. 92.

¹⁷³ Ross, *ibid.*

¹⁷⁴ Ross, *ibid.*

Näistä esimerkiksi lainsäädäntöä jäljittelevä prejudikaatti-ideologia on lähinnä lainsäätäjän oikeudellista sääntelyrationaalisuutta, jonka tuloksena on sääntöformaali prejudikaattinormi. Toisaalta, taaksepäin katsova oikeudellinen eksegeesi, prejudikaattien arvioiminen parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian ja oikeudellisen eheyden valossa sekä prejudikaatin mieltäminen (vain) esimerkinomaisena, joko oikeudellisen analogian tai faktaperustaisen poissuljennan eli distinktiotekniikan mahdollistavana malliratkaisuna toteuttavat heikommin formaalia oikeudellista sääntelyrationaalisuutta, jolloin prejudikaattinormi on tavallisesti lähempänä oikeusperiaatetta tai yleistä ratkaisustandardia kuin formaalia oikeussääntöä. Prejudikaattinormit toteuttavat jo lähtökohtaisesti heikompa oikeudellista sääntöformalismia kuin lainsäädäntöön perustuvat oikeusnormit, koska ne liittyvät kiinteästi siihen yksittäiseen oikeustapaukseen, jonka yhteydessä ne alun perin asetettiin. Tavallisesti niiltä puuttuu lainsäädännössä asetettujen oikeussääntöjen kaltainen yksiselitteinen ja virallinen oikeusnormiformulointi, ja lisäksi niiden vaikutus saattaa olla ainakin osin taannehtiva, *ratio/dicta* -erottelun myöhempien ja vaikeasti ennakoitavissa olevien muutosten seurauksena. Jälleen liittymä määrättyyn prejudikaatti-ideologiaan on ratkaiseva yksittäisen ennakkoratkaisun prejudikaattinormin (lat.: *ratio decidendi*) määrittämiselle.

Ennen siirtymistä lainopin epistemologiaan eli *institutionaaliseen oikeuslähdeoppiin* luvussa 4 (”Institutionaalinen oikeuslähdeoppi) sekä lainopin metodologiaan voimassa olevien oikeussääntöjen *tulkinnan* ja *systematisoinnin* sekä riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden *punninnan* ja keskinäisen *tasapainottamisen* (engl.: *weighing and balancing*) merkityksessä luvussa 5 (”Lainopin metodi: oikeudellinen tulkinta, systematisointi ja punninta”) arvioin lyhyesti kysymystä oikeustieteen tutkijan itseymmärryksen osatekijöistä eli sitä, *mitä oikeustiede on?*

3. Mitä oikeustiede on?

1. OIKEUSTIETEEN TUTKIJAN ITSEYMMÄRRYS

Saksalainen oikeusajattelija Rudolf von Jhering (1818–1892) moitti oman aikansa juristeja siitä, miten ”kaikista laeista, joiden parissa juristit työskentelevät, he tuntevat huonoimmin oman tietensä lait”.¹ Nähdäkseni von Jheringin moite pätee yhtä hyvin 2000-luvun kuin 1800-luvun oikeusoppineisiin. Mitä nuo oikeustieteen tieteenteoreettiset lait ovat, ja mistä oikeustieteellisen tutkimuksen onnistuminen tai epäonnistuminen oikein riippuu? Ratkaiseva merkitys on nähdäkseni oikeustieteen *tutkijan itseymmärryksellä* eli sillä, miten hän tutkimusprosessia ja etenkin sen metodia ohjaavat tieteenteoreettiset lainalaisuudet mieltää. Ehdotukseni tutkijan itseymmärryksen osatekijöiksi käsittää viisi osatekijää. Koska listan kohdat alkavat sattumalta kaikki T-kirjaimella, sitä voi kutsua myös tutkijan *seitsemän T:n listaksi*.²

- 1) *Tieteenala*
- 2) *Tutkimuskohde*
- 3) *Tiedonintressi*
- 4) *Tutkimusmetodi*
- 5) *Tutkijanideologia*
- 6) *Tieteenkuva*
- 7) *Tutkimustulokset*

Oikeustieteen tutkijan itseymmärrys on oikeustieteen *tieteenalaa*, *tutkimuskohdetta*, *tiedonintressiä*, *tutkimusmetodia*, *tutkijanideologiaa*, *tieteenkuvaa* sekä tavoiteltavia tai jo saavutettuja *tutkimustuloksia* koskevien tieteenteoreettisten sitoumusten kokonaisuus.

1.1. Tieteenala

Oikeustiede on monikollinen termi. Se voidaan jakaa viiteen osa-alueeseen, joista kunkin tutkimuskohteen määrittely, tiedonintressi ja metodioppi poikkeavat merkittävästi toisistaan:

¹ Lainattu teoksessa Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 261.

² Itse asiassa tutkimusmetodi on osa oikeustieteen tieteenkuvaa, mutta didaktisista syistä olen erottanut metodikysymykset tässä omaksi alakohdakseen. – Vrt. myös Siltala, ”Oikeustieteen tutkijan itseymmärryksestä”, *passim*.

- 1) oikeustiede teologian ja kirjallisuudentutkimuksen kaltaisena humanistisena *tulkintatieteenä* eli *oikeuden tulkintatieteellinen* (eli *tulkintaopillinen*) *analyysi* käsittää lainopin ja eräät sen lähitieteet kuten vertailevan oikeustieteen sekä osin oikeuspoliittisen eli *de lege ferenda* -tutkimuksen, joissa tavoitteena on voimassa olevan oikeuden sääntöjen systematisointi ja tulkinta sekä oikeusperiaatteiden punninta,
- 2) oikeustiede *ihmistieteenä* eli *oikeuden ihmistieteellinen analyysi* käsittää esimerkiksi oikeuspsykologian, oikeuspsykiatrian ja psykoanalyttisen oikeustieteen kaltaiset tutkimusalat, joissa oikeutta arvioidaan ihmistieteiden heuristisen, psykologisen, käyttäytymistieteellisen tai psykoanalyttisen tarkastelutavan avulla,
- 3) oikeustiede *kulttuuritieteenä* (eli *kulttuurintutkimuksena*) eli *oikeuden kulttuuritieteellinen analyysi* käsittää esimerkiksi oikeussemiotiikan, oikeuslingvistiikan, oikeusinformatiikan, aatteellis-ideologisiin selitysmalleihin sitoutuneen oikeushistorian sekä oikeuden kirjallisuustieteellisen analyysin kaltaiset tutkimusalat, joissa oikeutta lähestytään oikeudellisesti keskeisten yhteisöllis-kulttuuristen merkitysten analyysin kautta,
- 4) oikeustiede *yhteiskuntatieteenä* eli *oikeuden yhteiskuntatieteellinen analyysi* käsittää esimerkiksi oikeussosiologian, oikeustaloustieteen, oikeudellisen tilastotieteen, oikeusantropologian, oikeudellisen sosiaalipsykologian sekä rakenteellis-sosiaalsiin selitysmalleihin sitoutuneen oikeushistorian kaltaiset tutkimusalat, jotka arvioivat oikeutta yhteiskunnallisena ilmiönä eri yhteiskuntatieteiden metodioppia soveltaen, ja
- 5) oikeustiede *oikeusfilosofiana* eli *oikeuden filosofinen analyysi* käsittää oikeusteorian ja oikeusfilosofian erityisen näkökulman oikeuteen, jolloin arvioitavana ovat oikeuden määritelmälliset tai, yleisemmin, filosofisessa katsannossa merkitykselliset määreet ja ominaisuudet.

Oikeustiede on wittgensteinilaisittain *perheyhtäläinen* eli ryväs-käsite (engl.: *cluster concept*),³ jonka osatekijöitä vain tutkimuskohteen edellytetty *oikeudellisuus* sekä vähintään heikko liittymä yhteiskunnan *institutionaaliseen perustaan* yhdistää. Tuo edellytetty ”oikeudellisuus” tarkoittaa samalla varsin eri asioita oikeuden *tulkintatieteellisessä*, *ihmistieteellisessä*, *kulttuuritieteellisessä*, *yhteiskuntatieteellisessä* ja (*oikeus*)*filosofisessa* analyysissä.

Vaatimus oikeustieteen tutkimuskohteen määritelmällisestä oikeudellisuudesta on varsin lähellä loogista ja käsitteellistä kehäpäätelmää. Toisaalta, oikeustieteen tutkimuskohteen liittymät yhteiskunnan institutionaaliseen perustaan on sekin sisällöllisesti varsin heikko erottelukriteeri.

Oikeuden *tulkintatieteet* on muiden humanististen tulkintatieteiden, kuten teologian eksegeesin ja dogmatiikan sekä yleisen kirjallisuudentutkimuksen, tutki-

³ Aarnio on puhunut samaa tarkoittaen *oikeustieteiden perheestä*. Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 47–52.

muksellinen rinnakkaisilmiö oikeudellisessa kontekstissa.⁴ Yhteistä kaikille kolmelle on *teksti-* ja *merkityssidonnaisuus* eli sitoutuminen kirjallisessa muodossa annetun lähdeaineiston tulkinnallisen merkityssisällön analyysiin, oli tuon kirjallisen aineiston luonne sitten uskonnollinen (= teologia), oikeudellinen (= lainoppi) tai yleisesti kirjalliset tai esteettiset kriteerit täyttävä (= kirjallisuudentutkimus). Itse asiassa lainopin, vertailevan oikeustieteen ja osin *de lege ferenda*-tutkimuksen edustama oikeuden tulkintatieteellinen analyysi on yhteisöllis-kulttuurisia merkityksiä ja merkitysrakenteita tarkastelevien oikeuden kulttuuritieteiden alaluokka: molemmissa on kyse oikeuteen liitettyjen tulkinnallisten ja yhteisösidonnaisten merkitysten analyysistä. Tässä lainoppi ja muut oikeuden tulkintatieteet on esitetty itsenäisenä alakohtana niiden tutkimuskohteen, voimassa olevan oikeuden, tutkimuksellisen erityislaadun, lähdeaineiston instituutio-naalisten piirteiden sekä lainopin yhteiskunnallisten sidonnaisuuksien vuoksi.

Oikeuden *ihmistieteet* tarkoittavat oikeuspsykologian, oikeuspsykiatrian ja psykoanalyttisen oikeustieteen kaltaisia tieteenaloja, jotka tutkivat ihmisen tietoisuutta jäsentäviä mentaalis-tajunnallisia rakenteita ja prosesseja sekä yksilöllisen tai kollektiivisen piilotajunnan lainalaisuuksia, joiden yhteisvaikutuksesta aistihavainnot, muistikuvat, oivallukset, intentiot ja muut tajunnantilat sekä yleisesti inhimillisen käyttäytymisen motivaatioperusteet jäsenyivät inhimilliseksi tietoisuudeksi. Ihmistieteet on mahdollista määritellä joko suppeasti, viitaten vain sanotunlaisiin ”psykotieteisiin”, tai laajasti, viitaten erilaisiin ihmistä intentionaalisena ja tiedostavana yksilönä, sosiaalisen yhteisön jäsenenä sekä kulttuurisia, merkityssidonnaisia artefakteja tuottavana olentona tutkiviin *ihmis- ja sosiaalitieteisiin*.⁵ Laajasti määriteltujen ihmis- ja sosiaalitieteiden tutkimuksellinen identiteetti ja etenkin metodologia ovat määriteltävissä vain suhteessa niiden käsitteelliseen vastinpariin eli kausaalisia selitysmalleja hyödyntäviin sekä enemmän tai vähemmän positivistista tieteenteoriaa soveltaviin luonnontieteisiin.⁶ Toisin kuin (empiiriset) luonnontieteet, ihmis- ja sosiaalitieteet hyödyntävät eläytyvää, ymmärtävää ja/tai tulkitsevaa metodologiaa tutkimuskohteeseen, jonka ihminen itse ja hänen luomansa sosiaalisen ja kulttuurisen todellisuuden ilmiöt muodostavat.

⁴ Vrt. Aarnio: ”Lainoppi tulkitsee ja systematisoi oikeussääntöjä. Se on siis tässä mielessä hermeneuttinen tiede, jonka sukulaiset löytyvät muiden tulkintatieteiden eivätkä empiiristen tieteiden piiristä.” Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 143. (Kursivointi Aarnion.) Vrt. myös yleisesti Nuotio, ”Oikeustiede humanistisena tieteenä?”, missä on kommentoitu etenkin kontinentaalisen hermeneutiikan merkitystä oikeustutkimukselle.

⁵ Näin esimerkiksi Michel Foucault, teoksissaan *Les Mots et les choses. Une Archéologie des sciences humaines* ja *L'Archéologie du savoir*, sekä Kyösti Raunio, jonka *Positivismi ja ihmistiede. Sosiaalitutkimuksen perustat ja käytännöt* -teoksen varsinainen otsikko viittaa ihmistieteisiin ja alaotsikko laajemmin sosiaalitieteisiin. Ks. myös Raunio, mts. 227–250.

⁶ Tieteenteoreettinen positivismi on syytä pitää erillään oikeuspositivismista, niin kuin perustelin edellä luvussa 2.9. ”Tieteenteoreettinen positivismi ja oikeuspositivismi”.

Laajasti määritellen oikeuden ihmistieteet tai ihmis- ja sosiaalitieteet käsittävät myös oikeuden yhteisöllis-kulttuurisia merkityksiä ja merkityssuhteita tarkastelevat oikeuden *kulttuuritieteet* samoin kuin oikeuden yhteiskunnallisia vaikutuksia ja vaikutussuhteita tutkivat oikeuden *yhteiskuntatieteet* varsinaisten, oikeudellisesti merkityksellisiä mentaalis-tajunnallisia rakenteita ja prosesseja sekä yksilöllisen tai kollektiivisen piilotajunnan lainalaisuuksia tutkivien oikeuden *ihmistieteiden* ohella. Ulkopuolelle jää vain *oikeusteoria* ja *oikeusfilosofia* erityistä filosofista lähestymistapaa eli oikeuden määritelmällisiin tai yleisemmin filosofisessa katsannossa merkityksellisiin ominaisuuksiin kohdentuvaa tiedonintressiä tyydyttävänä lähestymistapana oikeuteen. Periaatteessa myös lainoppi ja muut oikeuden tulkintatieteet, kuten oikeusvertailu, sekä oikeuden tulkintatieteiden ja oikeuden yhteiskuntatieteiden ideoita yhdistelevä *de lege ferenda*-tutkimus lukeutuvat ihmis- ja sosiaalitieteisiin sanotun termin laajassa merkityksessä. Tässä oikeustieteen tutkijan itseymmärryksen jäsennyksessä oikeuden ihmistieteet on kuitenkin ymmärretty suppeasti, käsittäen vain oikeuspsykologian, oikeuspsykiatrian ja psykoanalyttisen oikeustieteen kaltaiset tutkimusalat, ja oikeutta tulkintatieteiden, kulttuuritieteiden tai yhteiskuntatieteiden näkökulmasta tutkivat oikeustieteen alat on erotettu omaksi ryhmäkseen.

Oikeustieteen alaan kuuluvien tutkimusalojen jaottelu oikeuden tulkintatieteelliseen, ihmistieteelliseen, kulttuuritieteelliseen ja yhteiskuntatieteelliseen analyysiin on viime kädessä sopimuksenvarainen ja tarkoitussidonnainen asia. Oikeushistoria voidaan lukea joko oikeuden kulttuuritieteelliseen tai yhteiskuntatieteelliseen tutkimukseen omaksutusta historian tutkimus- ja selitysmallikäsitteestä riippuen, niin kuin jäljempänä lähemmin perustelen. Samoin oikeusantropologia ja oikeudellinen sosiaalipsykologia voitaisiin lukea yhtä hyvin oikeuden ihmistieteelliseen kuin yhteiskuntatieteelliseen analyysiin, sillä niillä kummallakin on liittymiä sekä mentaalis-tajunnallisten tai piilotajunnan alaan kuuluvien tosiasioiden että oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten ja vaikutussuhteiden analyysiin. Oikeuspoliittinen eli *de lege ferenda*-tutkimus sijoittuu oikeuden tulkintatieteellisen ja oikeuden yhteiskuntatieteellisen analyysin leikkauskohtaan, koska se soveltaa oikeuden yhteiskunnallisiin vaikutuksiin perustuvaa lähestymistapaa tulevaan lainsäädäntöön (lat.: *de lege ferenda*) tai oikeuskäytäntöön (lat.: *de sententia ferenda*). Yksittäisten oikeustieteellisen tutkimuksen osalohkojen sijoittaminen tässä esitetyn kaltaiseen tieteenalakohtaiseen luokitukseen on toisin sanoen viime kädessä sopimuksenvarainen ja tarkoitussidonnainen asia.

1.2. Tutkimuskohde

Oikeustieteen tutkimuskohde määräytyy kyseessä olevan oikeustieteen osalueen mukaisesti: oikeuden *tulkintatieteellinen*, *ihmistieteellinen*, *kulttuuritieteellinen*, *yhteiskuntatieteellinen* ja (*oikeus*)*filosofinen* analyysi määrittelevät kukin

tutkimuskohteensa eri tavoin, mutta yhdistävänä tekijänä on (vain) tutkimuskohteen määritelmällinen *oikeudellisuus* sekä ainakin jonkinlainen liittymä oikeuden *institutionaaliseen perustaan*.

Kokoavasti: (a) oikeuden *tulkintatieteet* tarkastelevat voimassa olevan oikeuden tulkinnallista, institutionaalisista ja ei-institutionaalisista oikeuslähteistä johdettavissa olevaa merkityssisältöä eli voimassa olevia oikeussääntöjä ja riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttavia oikeusperiaatteita, (b) oikeuden *ihmistieteet* tutkivat oikeutta määrittäviä tai oikeudellisesti merkityksellisiä mentaalisia faktoja eli mentaalis-tajunnallisia rakenteita ja prosesseja sekä yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan lainalaisuuksia, (c) oikeuden *kulttuuritieteet* tarkastelevat oikeuden yhteisöllis-kulttuurisia merkityksiä ja merkitysrakenteita, (d) oikeuden *yhteiskuntatieteet* arvioivat oikeuden yhteiskunnallisia vaikutuksia ja vaikutussuhteita, ja (e) *oikeusfilosofia* analysoi oikeuden määritelmällisiä, käsitteellisiä tai muutoin filosofisessa katsannossa merkityksellisiä ominaisuuksia.

Oikeusfilosofian tieteenteoreettisen identiteetin ja varsinaisen tutkimuskohteen määrittely on aidosti filosofinen kysymys, johon annettu vastaus vaihtelee merkittävästi (oikeus)filosofian eri koulukuntien tai tutkimussuuntausten kesken. Puhe oikeuden *määritelmällisistä* tai *käsitteellisistä* ominaisuuksista voi viitata oikeusfenomenologian, oikeusteologian tai luonnonoikeusfilosofian tutkimukselliseen tehtävänasetteluun, jolloin keskeistä on oikeuden apriorinen, itseannettu ja empiirisiä havaintoja käsitteellisesti edeltävä olemus. Toisaalta, sen voi ymmärtää myös osana analyttistä ja oikeuspositivistista tutkimustraditiota, jolloin keskeistä on oikeudellisen *epistemologian* keskeiskysymys oikeudellisen tiedon lähteistä, edellytyksistä ja arviointikriteereistä, esimerkiksi Kelsenin *Puh-taan oikeusopin* ja Hartin *The Concept of Law* -teoksen tarkoittamalla tavalla, ja siten se on tässä teoksessa käsitelty.

Oikeuden *tulkintatieteellisen* tai tulkintaopillisen analyysin eli lainopin ja eräiden sen tulkinnallisten lähitieteiden, kuten oikeusvertailun ja osin oikeuspoliittisen eli *de lege ferenda* -tutkimuksen, kohteena on voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen *tulkinnallinen merkityssisältö* eli yhtäältä ne muodollisesti pätevät *oikeussäännöt*, jotka ovat johdettavissa vallitsevan oikeuden tunnistamissäännön rajaamista ja kirjallisessa muodossa ilmaistuista – tai ainakin kirjallisessa muodossa ilmaistavissa olevista – institutionaalisista oikeuslähteistä sekä toisaalta ne *oikeusperiaatteet* ja muut oikeudelliset *ratkaisustandardit*, jotka nauttivat riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää Suomen oikeudessa ja yhteiskunnassa eli ovat *rakenteistuneet* osaksi Suomen oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa. Tavanomaisen oikeuden sekä oikeusperiaatteiden ja vastaavien muiden oikeudellisten ratkaisustandardien suhde oikeuslähteen kirjallisen ilmiasun vaatimukseen on samalla pulmallinen. Oikeusperiaatteille on ominaista se, etteivät ne ole tunnistettavissa formaalin, yksinomai-

sesti oikeuden muodolliseen syntytapaan kiinnittyvän tunnistamissäännön tai -kriteerin avulla, koska ne ovat määritelmällisesti kietoutuneet yhteen yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden kanssa.⁷ Lisäksi niiden kielellinen ilmaisu ei ole oikeussääntöjen tavoin vakiintunut, vaan voi olla kyse vain väljästi ja epätasaisesti määritellystä oikeudellisesta (ratkaisu)standardista. Tässä oikeusperiaatteet rinnastuvat prejudikaattiperustaiseen oikeuteen, missä ennakoratkaisusta johdetun prejudikaattinormin täsmällinen tulkinta ja kielellinen ilmaisu saattavat merkittävästikin vaihdella yksittäisestä soveltamistilanteesta toiseen.⁸ Vakiintuneet tavanomaisoikeudelliset käytännöt ovat sinänsä kielellisesti käsitteellistettävissä, mutta useinkaan ne eivät ole vakioitavissa kiinteän ja formaalin oikeussäännön muotoon.

Lainoppi on oikeustieteen monilukuisista tutkimusaloista yhteiskunnallisesti merkittävin sen tutkimuskohteen, voimassa olevan oikeuden, institutionaalisten sidonnaisuuksien vuoksi. Voimassa olevan oikeuden säännöt sekä riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja vastaavat ratkaisustandardit määrittävät sen, miten yksittäisille oikeussubjekteille kohdennetut oikeudet ja velvollisuudet sekä yleisemmin valta, vastuu ja niukat aineelliset resurssit jakautuvat yhteiskunnassa. Lainopin tehtävänä on voimassa olevan oikeuden sääntöjen systematisointi ja tulkinta sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden arvosidonnainen punninta. Tuomarilla ja muilla lakia virkansa puolesta soveltavilla viranomaisilla eli institutionaalisilla lainsoveltajilla on lisäksi yhteiskunnallista vakautta luova *ratkaisupakko* ja siihen liittyen *perusteluvelvollisuus* eli velvollisuus ratkaista kaikki asianmukaisesti vireille pannut oikeusjutut⁹ sekä perustella tekemänsä ratkaisut tavalla, joka täyttää sekä muodollisen lainmukaisuuden vaatimukset että kansalaisten oikeudenkäyttöön kohdistaman oikeusturvaodotuksen.¹⁰

Toisin kuin tuomari tai muu lakia soveltava viranomainen, lainopin tutkija ei ole sidottu tuomarin institutionaaliseen ratkaisupakkoon tai niihin prosessioikeudellisiin määräaika- ja muihin säännöksiin, joiden avulla kansalaisten oikeusturva ja käsittelyn asianmukaisuus tuomioistuinprosessissa on pyritty takaamaan. Tieto-opillisesti ja metodiopillisesti voimassa olevan oikeuden tietynhetkistä sisältöä analysoiva lainoppi on sidottu samaan oikeuslähde- ja laintulkintaoppiin

⁷ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 40–41.

⁸ Siltala, *A Theory of Precedent*, *passim*, ja etenkin mts. 84–105 sekä 121–148.

⁹ Tuomari ei toisin sanoen voi tyytyä lausumaan *non liquet* (”ei ratkea”), oli juttu miten kiperä hyvänsä, vaan hänellä on virkaan perustuva velvollisuus tehdä jutussa perusteltu ratkaisu.

¹⁰ Aulis Aarnio on jäsentänyt kansalaisten oikeusturvaodotusta tai oikeusturvavaatimusta yhtäältä ratkaisun ennustettavuuteen liittyvien muodollisten tekijöiden, toisaalta ratkaisun aineelliseen sisältöön liittyvän hyväksyttävyyden tai kohtuullisuuden avulla. Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 186–189 *et seq.*

kuin tuomari tai muu institutionaalinen lainsoveltaja,¹¹ joskin vaihtoehtoinen, kriittinen tai avoimen poliittinen lainoppi tekee tästä tietoisien poikkeaman. Lainoppi tuottaa perusteltuja *oikeuslauseita* eli oikeudellisia *systematisointi-* ja *tulkintakannanottoja* voimassa olevan oikeuden säännöistä sekä oikeudellisia *punnintakannanottoja* riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivista oikeusperiaatteista. Lainopin tuottamat oikeuslauseet osoitetaan lainmukaisiksi ja sisällöllisesti oikeellisiksi oikeudellisilla ratkaisu- ja tulkintaperusteilla, jotka on johdettu vallitsevan (tai kriittisen) oikeuslähdeopin rajaamasta institutionaalisesta lähdeaineistosta vallitsevan (tai kriittisen) oikeudellisen metodioffin argumentaatiomallien edellyttämällä tavalla. Esitetyn oikeudellisen tulkinnan on toisin sanoen oltava johdettavissa eurooppaoikeudellisesta ja kansallisesta lainsäädännöstä ja oikeuskäytännöstä sekä, edellisiä heikommassa merkityksessä, virallisesta lainvalmisteluaineistosta, oikeuskirjallisuudesta sekä muista oikeudellisista ratkaisu- ja tulkintaperusteista. Lainopin tuottamat tulkintalauseet ovat muotoa: ”tapauksessa, jonka tosiseikat ovat muotoa *f*, voimassa olevaa oikeutta on perusteltua tulkita ... (niin-ja-näin)”.

Aarniota seuraten lainoppi voidaan jakaa teoreettiseen lainoppiin ja käytännölliseen lainoppiin eli, Tuorin termein, tulkintalainoppiin.¹² *Tulkintalainoppi* tuottaa perusteltuja *tulkintalauseita* eli tulkintakannanottoja voimassa olevan oikeuden säännöistä ja periaatteista, tukeutuen joko vallitsevaan tai kriittiseen oikeuslähde- ja laintulkintaoppiin. Tulkinnallisen tiedonintressinsä perusteella sillä on liittymiä sekä yleiseen tekstihermeneutiikkaan että analyttisesti suuntautuneeseen oikeudelliseen argumentaatioteoriaan. Oikeusperiaatteiden ja vastaavien oikeussääntöjä heikommin formaalien oikeudellisten ratkaisustandardien osalta tulee täsmällisesti ottaen puhua oikeudellisista *punnintalauseista*. Oikeusperiaatteita ei tulkita oikeussääntöjen tavoin, missä säännölle annettu tulkinnallinen merkityssisältö on irrotettavissa sen taustalla vaikuttavista tai ainakin alun perin vaikuttaneista yhteiskunnallisista arvo- tai tavoiteperusteista, vaan oikeusperiaatteita ja muita vastaavia oikeudellisia ratkaisustandardeja on tarpeen *punnita* niiden ilmentämien yhteiskunnallisten arvojen ja/tai tavoitteiden valossa, ja ne tulee *tasapainottaa* muiden asiaanvaikuttavien oikeusperiaatteiden ja ratkaisustandardien vastaavien yhteiskunnallisten taustaperusteiden kanssa (engl.: *weighing and balancing*). Määrittelen tulkintalainopin eli tulkintajuridiikan tässä teoksessa laajasti eli siten, että se käsittää varsinaisten oikeussääntöjen tulkinnan ja systematisoinnin ohella myös oikeusperiaatteiden arvosidonnaisen punninnan ja tasapainottamisen suhteessa muihin asiaanvaikuttaviin oikeusperiaatteisiin ja ratkaisustandardeihin.

¹¹ Aarnio on puhunut lainopin *episteemisesti sisäisestä* näkökulmasta oikeuteen. Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 56–58.

¹² Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 303.

Teoreettinen lainoppi painottuu oikeudelliseen käsitesystematiikkaan sekä oikeudenalakohtaisiin yleisiin oppeihin vakioitujen oikeussysteemisten kiintopisteiden eli lainopillisten *dogmien* ja *konstruktioiden* sekä niiden lukitsemien pääsääntö/poikkeussääntö -luokitusten määrittämisen merkityksessä.¹³ Oikeudelliset käsitesysteemit ovat tavallaan ”jähmettynyttä” eli ajallisessa katsannossa vakioitua tulkintaa,¹⁴ jolloin metodisena vertailukohtana on pikemminkin tekstin strukturalistinen rakenneanalyysi ja eri osatekijöiden keskinäinen yhteensovittaminen kuin yksittäisen oikeussäännön merkityksen selvittäminen. Omaksuttu käsitesystematiikka rajaa tutkimuksellisenä esikysymyksenä sen, millaiset tulkinnot ovat ylipäätään semanttisesti ja oikeudellisesti mahdollisia tietyistä oikeussäännöistä, mutta oikeudellisen systematiikan ja tulkinnan välillä vallitsee myös vastakkaiseen suuntaan toimiva vuorovaikutussuhde.¹⁵

Toisin kuin *joko/tai* -tyyppisiä oikeussääntöjä, jotka joko soveltuvat yksittäiseen tapaukseen tai eivät siihen sovellu,¹⁶ *enemmän-tai-vähemmän* -tyyppisiä oikeusperiaatteita ja vastaavia muita oikeudellisia ratkaisustandardeja ei ole mahdollista lukita kiinteään, ennalta tai edes jälkikäteen vakioitavissa olevan eli staattisen oikeudellisen systematiikan osaksi. Oikeusperiaatteiden keskinäinen jäsenitys tai oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden yhdistelmä voi perustua enintään *avoimeen* ja *dynaamiseen* eli vain tilannekohtaisesti määrittyvään oikeudelliseen systeemiajatteluun, missä yksittäisen oikeusperiaatteen ratkaisuarvo vaihtelee tapauskohtaisesti toisiin asiaanvaikuttaviin oikeusperiaatteisiin sekä niiden yhteiskunnallisiin taustaperusteisiin suhteutettuna. Tosin sovellettava oikeudellinen tulkintamatriisi saattaa edellyttää *heikosti systeemistä* jäsennyttä myös oikeusperiaatteilta ja vastaavilta oikeudellisilta ratkaisustandardeilta, kuten esimerkiksi perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin tai Juha Pöyhösen tavoin tulkittu, yhteisöllisen kohtuusperiaatteen suhteellisen systeemisen etusijan varaan rakentuvan oikeusperiaatteiden punnintamallin kohdalla.

Toiseksi, oikeuden *ihmistieteellisen* analyysin tutkimuskohteena on oikeutta määrittävät tai oikeudellisesti merkitykselliset *mentaalis-tajunnalliset rakenteet ja prosessit* sekä yksilöllisen tai kollektiivisen *alitajunnan lainalaisuudet*, jolloin

¹³ Dogmeista ja konstruktioista, joiden avulla oikeudelliset pääsääntö/poikkeus -koordinaatit voidaan lukita, Pöyhönen, *Sopimus oikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 82–87. Ks. myös luku 9.3. ”Sopimusmalliajattelun piilevät premissit”.

¹⁴ Oikeudesta ”jähmettyneenä politiikkana” (engl.: *frozen politics*), Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, s. 92, 108.

¹⁵ Samanlainen esistrukturoiva määräyssuhde palaute- eli *feed back* -vaikutuksineen vallitsee myös tutkimuksen teoreettisen viitekehyksen ja sen varsinaisen väite- ja perusteluosan välillä.

¹⁶ Ronald Dworkin käyttää oikeussäännöistä ilmaisuja *kaikki-tai-ei-mitään* -tyyppinen velvoittavuus (engl.: *all-or-nothing*). Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 24. *Joko/tai* -tyyppinen soveltavuus tavoittaa kuitenkin paremmin oikeussääntöjen liittymän kaksiarvologiikkaan, minkä ohella se jättää paremmin tilaa oikeussääntöjen tulkinnalle, minkä seurauksena sääntöä saatetaan soveltaa yksittäiseen tapaukseen vain osittain, ei Dworkinin tarkoittamalla tavalla ”kaikki-tai-ei-mitään” -tyyppisesti.

tutkijan mielenkiinnon kohteena voi olla esimerkiksi oikeudellinen ratkaisuheuristiikka tuomarin oivaltamisen logiikan (engl.: *logic of discovery*) merkityksessä, tuomarinsykologia esimerkiksi osana oikeudellista ennusteteoriaa tai tuomarin ratkaisumotiivien selittämistä tahi todistajanpsykologia osana näyttö-harkinnan teoriaa. Oikeutta *ihmistieteiden* menetelmin tutkivista oppiaineista *oikeuspsykologia* tarkastelee oikeutta mentaalis-tajunnallisena ilmiönä, soveltaen yleisen psykologian menetelmiä esimerkiksi oikeudelliseen näyttö-harkintaan ja ratkaisuheuristiikkaan. Arvioitaviksi saattavat tulla esimerkiksi oikeusjutussa esitettyjen todistajankertomusten yleinen uskottavuus, syyttäjän syyteharkintaa ohjaavat psykologiset näkökohdat tai tuomarin henkilökohtaisiin ominaisuuksiin liittyvien tekijöiden vaikutus oikeudelliseen ratkaisuharkintaan.¹⁷ Samoin rikoksenteikijän tai uhrin persoonaa saatetaan arvioida erilaisten psykologisten muut-tujen ja selitysmallien avulla. Oikeutta tarkastellaan toisin sanoen yleisen psy-kologian konstitutiivisten, epistemologisten, metodiopillisten ja käsitteellisten kriteerien avulla. *Oikeuspsykiatria* arvioi muun muassa yksittäisen rikoksenteiki-jän kykyä itsenäiseen tahdonmuodostukseen ja omaehtoiisiin oikeudellis-moraa-lisiin valintoihin rikosoikeudellisen rangaistusvastuun edellyttämän toisintoimi-mismahdollisuuden ja syyntakeisuuden merkityksessä, soveltaen tutkimuskoh-teeseen yleisen psykiatrian menetelmiä ja arviointikriteereitä. *Psykoanalyttinen oikeustiede* arvioi oikeutta ja oikeudellisia ilmiöitä esimerkiksi freudilaisen tai lacanilaisen psykoanalyysin keskeiskäsitteiden ja teorioiden valossa. Niinpä ar-vioitavaksi voi tulla esimerkiksi yksilöllisen tai kollektiivisen piilotajunnan suh-de oikeudelliseen tulkintaan ja päätöksentekoon.¹⁸

Kolmanneksi, oikeuden *kulttuuritieteellinen* tutkimus tarkastelee oikeuden *yhteisöllis-kulttuurisia merkityksiä ja merkitysrakenteita* esimerkiksi oikeusse-miotiikan, oikeuslingvistiikan tai oikeuden kirjallisuustieteellisen analyysin kei-noin, jolloin tutkittavana voi olla oikeuden kielen ja oikeudellisen argumentaa-tion, oikeudellisen merkki- ja merkitysjärjestelmän tai vaikka oikeudellisten tie-tojärjestelmien oikeudelliselle argumentaatiolle asettamat rajoitukset ja mahdol-lisuudet.

¹⁷ Vrt. Duncan Kennedyn analyysi tuomarin psykologisista profiileista (*judge as*) *constrained activist – difference-splitting judge – bipolar judge* -merkityksessä, millä hän viittaa tuomarin tietoiisiin yhteiskuntapoliittisiin strategiavalintoihin suhteessa voimassa olevaan oikeuteen. Kennedy, *A Critique of Adjudication*, s. 180–186.

¹⁸ Alan klassikko on Jerome Frankin *Law and the Modern Mind*. Frankin mukaan juristikunnan usko tuomarin erehtymättömyyteen oikeusjutun ratkaisijana rinnastuu lapsen uskoon isän erehty-mättömyyteen. Muita psykoanalyttisen suuntauksen edustajia ovat esimerkiksi Albert A. Ehren-zweig, *Psychoanalytic Jurisprudence*, Pierre Legendre laajalla tuotannollaan sekä Peter Goodrich, joka soveltaa *Oedipus Lex* -teoksessa psykoanalyttistä lähestymistapaa oikeudelliseen alitajun-taan. Suomessa Ari Hirvonen on soveltanut psykoanalyttistä tarkastelutapaa markiisi de Saden tuotantoon ja sananvapauskysymykseen. Hirvonen, ”Nautintaoikeus. Sananvapaus ja sensuuri psy-koanalyttisen lainopin tarkastelussa”, *passim*.

Oikeuden *tulkintatieteellinen* analyysi, johon lainoppi, oikeusvertailu sekä osin *de lege ferenda* -tutkimus eli oikeuspoliittinen tutkimus edellä luettiin, on itse asiassa osa laajempaa oikeuden kulttuuritieteellisen analyysin kokonaisuutta, jonka eri osa-alueita tutkimuskohteen määritelmällinen merkityssidonnaisuus sekä sovellettavan metodiopin sidonnaisuus tulkinnallisuuden ideaan yhdistää. Lainoppi, oikeusvertailu ja muut oikeuden tulkintatieteen osalohkot on tässä erotettu omaksi ryhmäkseen muista oikeuden kulttuurintutkimuksen osa-alueista sen voimassa olevaa oikeutta myötäilevän institutionaalisen lähdeaineiston vuoksi.

Oikeutta kulttuuritieteiden menetelmin tutkivista oppiaineista *oikeussemiotiikka* tutkii oikeutta merkkien ja merkitysten järjestelmänä. Tutkimuskohteena voi olla esimerkiksi voimassa olevan osakeyhtiölain konstituomien oikeudellisten toimijoiden – eli osakeyhtiön yhtiökokouksen, yhtiön hallituksen ja toimitusjohtajan – keskinäiset toimivaltasuhteet sekä sanotun lain kerronnallinen rakenne, jota on saatettu verrata vaikka (venäläisten) kansansatujen narratiiviseen rakenteeseen tarinan sankareiden, vastustajien ja avustajien rinnasteisuuden merkityksessä.¹⁹ Toisaalta tutkimuskohteena voisi olla esimerkiksi lainsäädäntö- tai tuomioistuinprosessin narratiivinen rakenne ja oikeudellisten merkitysten muodostuminen sen kuluessa. *Oikeuslingvistiikka* tutkii oikeutta kielellisenä ilmiönä, soveltaen yleisen kielitieteen menetelmiä ja arviointikriteerejä oikeuteen. Sen tutkimuskohteena voi olla esimerkiksi juristien käyttämän kielen ja oikeudellisen diskurssin suhde muihin ammatillisesti eriytyneisiin kielellisiin käytäntöihin ja oikeusyhteisössä käytettyyn luonnolliseen kieleen tai esimerkiksi Euroopan yhteisön säädösten käännettävyys yhteisön eri jäsenmaiden kielille, jolloin myös oikeuskulttuuriset seikat saavat merkitystä välittömästi kielellis-terminologisten kysymysten ohella.²⁰

Oikeusinformatiikka tutkii oikeutta informaatiojärjestelmänä eli oikeudellisen tiedon saatavuutta ja erilaisiin tietokantoihin liittyviä oikeudellisia kysymyksiä, kuten oikeudellisia tietojärjestelmiä, tiedonhakua ja tiedonsiirtoa. Erityisenä oikeusinformatiikan tiedonintressinä voi olla vaikka se, miten hyvin kansalaiset saavat tietoa lain heille takaamista oikeuksista ja miten tietokantojen valvonta ja väärinkäytösten estäminen on oikeudellisesti järjestetty. *Oikeusekologia* arvioi voimassa olevaa oikeutta luonnon- ja ympäristöarvojen säilymisen näkökulmasta. Tutkimuskohteena voi olla esimerkiksi se, miten biodiversiteetti eli luonnon monimuotoisuus on turvattu nykyisessä lainsäädännössä tai miten sanottu tavoite voitaisiin parhaiten toteuttaa *de lege ferenda*. Oikeusekologian sijoittaminen ak-

¹⁹ Greimas, ”Analyse sémiotique d’un discours juridique. La loi commerciale sur les sociétés et les groupes des sociétés”, s. 79–128. Taustalla on venäläisen kirjallisuudentutkijan Vladimir Propin venäläisten kansansatujen formalistinen analyysi.

²⁰ Erinomainen johdatus oikeuslingvistiikkaan on Mattila, *Vertaileva oikeuslingvistiikka*, missä kirjoittaja soveltaa sekä kielitieteellistä että oikeusvertailevaa näkökulmaa oikeuteen.

selille oikeuden ihmistieteet – kulttuuritieteet – yhteiskuntatieteet ei ole aivan ongelmatonta. Tässä se on sijoitettu oikeudellisten kulttuuritieteiden yhteyteen, koska muiden yhteisöllisten arvojen tavoin myös ympäristöarvot ovat viime kädessä yhteisöllis-kulttuurisesti määräytyneitä.²¹

Oikeuden kirjallisuustieteellinen tutkimus voidaan jakaa kahteen osa-alueeseen. Oikeus kirjallisuutena (engl.: *law as literature*) arvioi oikeutta ja oikeudellisia tekstejä yleisen kirjallisuudentutkimuksen menetelmien avulla, jolloin tutkimuskohde on oikeudellisesti määrittynyt ja tutkimusmenetelmä on kirjallisuustieteellinen. Niinpä Ronald Dworkin on rinnastanut oikeudellista ongelmaa ratkaisevan tuomarin ketjuromaanin (engl.: *chain novel*) kirjoittajaan. Tuomarin tehtävänä on jatkaa toteutuneiden tuomioistuinratkaisujen sarjaa parhaalla eli koherenteimmalla mahdollisella tavalla oikeudellista eheyttä (engl.: *law as integrity*) silmällä pitäen, missä tietyt kerronnalliset ratkaisut ja teemat on ennalta lukittu ja osa on myöhemmän kirjoittajan itsensä päätettävissä.²² Toisaalta, oikeus kirjallisuudessa (engl.: *law in literature*) arvioi maailmankirjallisuudessa esiintyviä oikeudellisia teemoja, esimerkiksi Kafkan *Oikeusjutun*, Shakespearen *Venetsian kauppiaan* tai Dostojevskin *Rikoksen ja rangaistuksen* käsittämien oikeudellisten kysymysten, kuten rikosoikeudellisen ja moraalisen syyllisyyden, sopimusten kohtuullisuuden, oikeudenkäyntimenettelyn tai yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden, merkityksessä. Kyse on tällöin yleisestä kirjallisuudentutkimuksesta, ei oikeuden tutkimisesta kirjallisuustieteen menetelmien avulla. Niinpä oikeus kirjallisuustieteen tutkimusmenetelmien avulla tarkasteltuna (engl.: *law as literature*) on oikeustieteen ja sen metodiopin kannalta näistä kahdesta kiinnostavampi tutkimussuuntaus.

Oikeushistoria tutkii oikeutta historiallisena ilmiönä, jolloin oikeuden ja oikeudellisten ilmiöiden ajallinen kesto ja muutos tai pysyvyys ovat keskeisellä sijalla. Oikeushistoria on kiinnostunut siitä, mitä oikein tapahtui eli, maineikkaan historiantutkija Leopold von Ranken termin, *wie es eigentlich gewesen*:²³ mitä tapahtui esimerkiksi Suomen suuriruhtinaskunnan kamppailussa Venäjän keisarin venäläistämisyarkimyksiä vastaan sortovuosina 1800-luvun lopulla, miten vuoden 1918 tapahtumia voidaan rakenteellisesti selittää tai tehdä toimijoiden motiiviperustan avulla ymmärrettäväksi, miten presidentin valtaoikeudet ovat kehittyneet Suomen itsenäisyyden aikana tai miten kansalaisten oikeusta-

²¹ Oikeusekologian edellyttämän arvoperustan konstruktionistisuudesta, Kumpula & Määttä, ”Ekologia, yhteiskunta ja oikeus: konstruktionistinen tulkinta luonnontieteellisen tiedon ja oikeuden suhteesta”.

²² Dworkin, *Law's Empire*, s. 228–232; sama, ”How Law Is Like Literature”, *passim*.

²³ ”Man hat der Historie das Amt, die Vergangenheit zu richten, die Mitwelt zum Nutzen zu künftiger Jahre zu belehren, beigemessen; so hoher Ämter unterwindet sich gegenwärtiger Versuch nicht: er will bloss zeigen, *wie es eigentlich gewesen*.” Lainaus teoksessa Kalela, *Historiantutkimus ja historia*, s. 50 (kursivointi lisätty).

junta ja käsitys kansanvallasta ovat muuttuneet uudella ajalla, itsenäisyyden aikana tai EU-Suomessa? Oikeushistorian tutkijan tiedonintressinä on toisin sanoen yhtäältä historialliseksi ymmärretyn oikeuden tietynhetkisen yhteiskunnallisen ja/tai aatteellisen kontekstin mahdollisimman autenttinen rekonstruktio, toisaalta sanotun tapahtumainkulun esittäminen ja perusteleminen tämän päivän lukijalle. Jorma Kalela on puhunut historian tutkimuksen kahdesta toisiinsa lo mittuvasta tehtävästä, *rekonstruktioista* ja *argumentaatiosta*.²⁴

Heikki Ylikangas ja Jukka Kekkonen ovat korostaneet oikeudellisen muutoksen analyysia oikeushistorian keskeisenä tiedonintressinä.²⁵ Keskeiskysymykseen, *miksi oikeus muuttuu?* – tai: miksi oikeus pysyy muuttumattomana? – on vastattu kahdella tapaa. Oikeudellista muutosta selittävät tekijät ovat joko rakenteellis-sosiaalisia tai aatteellis-ideologisia. Esimerkiksi väitteet, joiden mukaan ”kuolemanrangaistus otettiin 1600-luvulla laajamittaisesti Ruotsi-Suomen rikoslakiin, koska ankara rikoslaki vahvisti kuninkaan valta-asemaa”, ”Ranskan val lankumous tuli mahdolliseksi, kun kansalaisten elinolot olivat riittävästi kurjittuneet” tai ”Suomen itsenäisyys oli seurausta Venäjän ja Suomen suhteita määränneestä kansainvälispoliittisesta tilanteesta vuonna 1917”, ovat *rakenteellis-sosiaalisia* selityksiä oikeuden muutokselle, missä yhteiskunnan valtarakenteet, taloudelliset rakenteet ja yleisesti sosiaaliset rakenteet ovat keskeisellä sijalla. Toisaalta väitteet, joiden mukaan ”kuolemanrangaistus otettiin 1600-luvulla laajamittaisesti Ruotsi-Suomen rikoslakiin, koska ankaran rikoslain velvoittavuus oli perusteltavissa ajankohdan uskonnollisen maailmankuvan ja Vanhan testamentin vaatimusten nojalla”, ”Ranskan vallankumous tuli mahdolliseksi, kun valistusfilosofia oli ensin tarjonnut sille yhteiskuntafilosofiset riittävät perustelut” tai ”Suomen itsenäisyys oli seurausta Venäjän ja Suomen suhteita määränneistä aatteellis-ideologisista käsityksistä vuonna 1917, kuten uskosta kansansuvereniteettiin ja kansakunnan määrittelystä yhteisen kielen, kulttuurin ja identiteetin avulla”, ovat *aatteellis-ideologisia* selityksiä, joissa yksittäisten historiallisten toimijoiden omaksumat aatteet, uskomukset ja ideologiat ovat keskeisellä sijalla.

²⁴ Kalela, *Historiantutkimus ja historia*, s. 54–60. Kalela painottaa voimakkaasti historian tutkimuksen argumentatiivista, lukijan vakuuttamaan pyrkivää tehtävää, sivuuttaen keskustelun historiallisen muutoksen selittämisestä osin vanhentuneena. Kaikin osin Kalelan perustelut eivät vakuuta: vaikka historian tutkimuksen osana on aina myös argumentoiva elementti, ei se vielä tee sanotusta oppiaineesta vielä ”pelkkää retoriikkaa”. Vrt. Kalela, mts. 170–171.

²⁵ Kekkonen, ”Oikeudellisen muutoksen tutkimisesta – minun metodini”, s. 131, 140–145. Kekkonen jatkaa Heikki Ylikankaan maassamme alulle panemaa metodista suuntausta, joka perustuu rakenteellis-sosiaalisten selitysten hyödyntämiseen. Ks. myös Ylikangas, ”Perustietoja historiasta ja sen tutkimuksesta” ja ”Historiantutkimuksen yleisestä merkityksestä”, *Näkökulmia historian tutkimukseen*, s. 4–20 ja s. 101–109.

Oikeushistoria soveltaa tutkimusmenetelmään yleisen historian tutkimuksen työvälineitä, joihin kuuluvat historiallisen lähdeaineiston tulkinta²⁶ ja siitä tehtävien päätelmien eli yhtäältä *rakenteellis-sosiaalisten* ja *taloudellisten* tai toisaalta *aatteellis-ideologisten* ja *mentaaliteettiin* liittyvien selitysten perusteleminen tavalla, joka täyttää yleiset tieteellisen perustelun vaatimukset. Historiantutkimus jakautuu lukuisiin eri koulukuntiin tutkimuksen teoreettisten, metodologisten ja käsitteellisten sitoumusten perusteella. Karkea jako on kahteen, yhtäältä *objektivisteihin* ja toisaalta *osallistujiin*.²⁷ Kyse on historian tutkimuksen tutkijanideologiasta joko historiallisten tosiseikkojen mahdollisimman kohde- ja arvoneutraalin kuvaamisen ja selittämisen eli ”objektivoimisen” merkityksessä tai, vaihtoehtoisesti, tutkijan sisäistämien tieteenteoreettisten ja yhteiskuntaideologisten sitoumusten mahdollisimman avoimen esille tuomisen ja perustelemisen merkityksessä. ”Onnellinen positivist”, niin kuin vankilalaitoksen, erilaisten kurrinpitotekniikoiden sekä ihmis- ja sosiaalitieteiden syntyä tarkkanäköisesti analysoinut ranskalaisfilosofi ja ihmistieteiden tiedonarkeologi Michel Foucault itseään luonnehti,²⁸ tyytyy historian tutkimuksen objektivistien tavoin vain riidattomien, objektiivisesti todennettavissa olevien tosiseikkojen kuvaamiseen, selittämiseen ja analysoimiseen. Osallistuva historiantutkimus sitä vastoin kiistää täydellisen puolueettoman tarkastelutavan mahdollisuuden, korostaen tutkijan omaksuman tieteenteoreettisen ja yhteiskuntaideologisen tulkintakehyksen vaikutusta tutkimuksessa saavutettaviin tuloksiin.²⁹ Historiantutkimuksen eri suuntauksia tai koulukuntia ovat esimerkiksi rakenneselityksiä painottava historian tutkimus, psykohistoria, annalistinen mikrohistoria tai marxilaiseen yhteiskuntakäsitykseen ja valtakonflikteihin palautettavissa oleva historiantutkimus.

Neljänneksi, oikeuden *yhteiskuntatieteellisen* analyysin tutkimuskohteena on oikeus yhteiskunnallisena ilmiönä eli oikeuden *yhteiskunnalliset vaikutukset ja vaikutussuhteet* esimerkiksi oikeussosiologian, oikeustaloustieteen, oikeudelli-

²⁶ Jorma Kalela kritisoi termiä ”lähdekritiikki” ja puhuu sen sijaan lähteistä todisteina tai inhimillisen toiminnan jättäminä jälkinä. Kalela, *Historiantutkimus ja historia*, s. 90–95. Vrt. toisin Ylikangas, ”Perustietoja historiasta ja sen tutkimuksesta”, s. 11–16.

²⁷ Kalela, *Historiantutkimus ja historia*, s. 57–60.

²⁸ Foucault, *L'Archéologie du savoir*, s. 167: ”... un *a priori* qui serait non pas condition de validité pour des jugements, mais condition de réalité pour des énoncés. In ne s'agit pas de retrouver ce qui pourrait rendre légitime une assertion, mais d'isoler les conditions d'émergence des énoncés, la loi de leur coexistence avec d'autres, la forme spécifique de leur mode d'être, les principes selon lesquels ils subsistent, se transforment et disparaissent. *A priori*, non de vérités qui pourraient n'être jamais dites, ni réellement données à l'expérience; mais d'une histoire que est donnée, puisque c'est celle des choses effectivement dites.” Samoin: ”... je suis un positiviste heureux”, Foucault, mts. 164. – Kyse on siis tieteenteoreettisesta positivismista, ei oikeuspositivismista. Ks. luku 2.9. ”Tieteenteoreettinen positivismi ja oikeuspositivismi”.

²⁹ Oikeuteen ei ole *näkökulmaa ei-mistään*, ja sama pätee luonnollisesti myös historiaan ja historiantutkimukseen.

sen tilastotieteen tai oikeusantropologian tutkimien yhteiskunnallisten säännön- mukaisuuksien merkityksessä.

Oikeutta *yhteiskuntatieteiden* tutkimusmenetelmin tarkastelevista oppiaineis- ta *oikeussosiologia* tutkii oikeutta yhteiskunnallisena ilmiönä. Oikeussosiolo- gian tutkimuskohteena voi olla toteutetun tai vasta ehdotetun lainmuutoksen vaikutus kansalaisten yleiseen lainkuuliaisuuteen, rikollisuuden kokonaisvaihte- lujen tai yksittäisen henkilön rikoksentekijäksi valikoitumisen yhteiskunnallinen selittäminen, jolloin on tapana puhua *kriminologiasta* oikeussosiologian tutki- muksellisesti itsenäistyneenä alalajina, tai sen selittäminen, millainen vaikutus- suhde voimassa olevan perhelainsäädännön ja tosiasiallisesti käytettyjen pari- suhdemuotojen välillä vallitsee. Oikeussosiologia soveltaa yhteiskuntatieteiden analyysimenetelmiä: tilastollista analyysia, tutkimuskohteen osallistuvaa ha- vainnointia, haastatteluja ja vaalien ovensuukyselyjä (engl.: *exit poll*) ja niin edelleen. Tutkimuksellisenä tiedonintressinä on yhteiskunnan oikeudellisesti merkityksellisten säännönmukaisuuksien kuvaaminen, selittäminen ja, mahdol- lisesti, tulevaisuutta koskevien ennusteiden laatiminen. Oikeussosiologian erot- taan yleisestä sosiologiasta edellisen tutkimuskohde, joka on määräytynyt voi- massa olevan oikeuden tarkoittamalla tavalla. Oikeussosiologia jakautuu lukui- siin eri koulukuntiin tutkimuksen ontologisten, epistemologisten, metodologis- ten, yhteiskuntaideologisten ja lingvististen sitoumusten perusteella. Voidaan erottaa esimerkiksi marxilainen konfliktiteoreettinen tutkimustapa, Max Weberin ajatuksiin palautuva ymmärtävä, yhteiskuntaa ja yhteisöllisiä merkityksiä ideaalityypitarkastelun avulla tutkiva sosiologia (saks.: *verstehende Sozio- logie*), Émile Durkheimin ja Talcott Parsonsin funktionalistinen sosiologia, ja niin edelleen.³⁰

Oikeustaloustiede eli, oikeammin ja täsmällisemmin ilmaisten, *oikeuden ta- loustieteellinen analyysi* tutkii oikeuden taloudellisia vaikutuksia taloustieteen käsitteiden, teoreettisten mallien, metodologian sekä yleisten arviointikriteerien avulla. Tiedonintressinä on sen selvittäminen, miten hyvin voimassa olevan oi- keuden säännöt ja periaatteet toteuttavat *taloudellista kustannustehokkuutta* esi- merkiksi liiketoiminnan transaktiokustannusten minimoinnin tai optimaalisen yhteiskunnallisen resurssiallokaation merkityksessä. Tutkimusmenetelminä ovat taloustieteen soveltamat metodit: yhteiskuntatodellisuuden mallintaminen ta- loustieteen hypoteesien, selitysmallien ja muuttujien avulla sekä taloudellisten arviointikriteerien soveltaminen yhtäältä voimassa olevan oikeuden (lat.: *de lege lata*), toisaalta tulevaisuudessa mahdollisesti laadittavan oikeuden (lat.: *de lege ferenda*) arvioimiseen. Taloustiede jakautuu muiden yhteiskuntatieteiden tavoin

³⁰ Oikeussosiologian koulukunnista, Kytäjä & Laitinen, *Oikeussosiologia, passim*; amerikkalai- sesta *law and society* -liikkeestä, Ervasti, ”Oikeus, yhteiskunta ja tuomioistuimet”.

lukuisiin eri koulukuntiin, kuten klassinen Chicagon koulukunta, uusinstitutionalistinen taloustiede, ja niin edelleen.³¹ Lisäksi oikeustaloustiede voidaan jakaa edelleen tutkimuksellisesti eriytyneisiin tieteenaloihin, joissa taloudellinen ja jonkin muu tutkimuksellinen näkökulma oikeuteen yhdistyvät:³² oikeudellinen sääntelyteoria, käyttäytymispainotteinen oikeustaloustiede, vertaileva oikeustaloustiede, oikeustaloushistoria ja oikeusekonometria eli oikeuden taloudellisiin kysymyksiin sovellettu tilastotiede. Voimassa olevan oikeuden sääntöjen tulkintaan sekä oikeusperiaatteiden punnintaan sovellettuna on kyse *oikeustaloustieteellisestä laintulkintaopista* eli tulkintamatriisista, joka perustelee esittämänsä oikeudelliset tulkinta- ja punnintasuositukset taloudellisten arviointikriteerien avulla.

Oikeudellinen tilastotiede ja sitä tukeva sosiaalimatematiikka arvioivat hyvinvointivalttiollisen oikeuden yhteisöllistä riskin- ja vastuunjakoa sekä siihen liittyviä sosiaalivakuutusoikeuden kysymyksiä. Tutkimuksellisena tiedonintressinä on sen selvittäminen, millaisia tilastollisia lainalaisuuksia joukkomittaiset oikeudelliset ilmiöt toteuttavat. Esimerkiksi kysymys ympäristövahinkojen terveysriskeistä, syy-yhteydestä ja vahingonkorvausvastuusta saatetaan joutua ratkaisemaan puhtaasti tilastollisen faktorianalyysin perusteella, kun muutakaan tietoa arvioitavien ilmiöiden keskinäisistä vaikutussuhteista ei ole saatavilla. Samoin oikeuspoliittiset arviot rikos- tai muun lainsäädännön vaikutuksista kansalaisten käyttäytymiseen perustuvat tavallisesti tilastollisista lähteistä tehtäviin päätelmiin, jollaista aineistoa muun muassa Oikeuspoliittinen tutkimuslaitos meillä tuottaa. *Oikeusanthropologia* tutkii oikeutta ja yksittäisiä oikeudellisia ilmiöitä erilaisten yhteisöllisten symbolien, riittien ja rituaalien kokonaisuutena, soveltaen oikeuteen yleisen antropologian käsitteistöä, tieteenteoriaa ja metodioppia. Niinpä länsimaista tuomioistuinprosessia on saatettu verrata primitiivisten kansanheimojen ritualistisiin voimainkoetuksiin tai oikeudellista valainstituutiota on voitu verrata perinteisiin uskonnollisiin käsityksiin valan yhteisön kollektiivista tajuntaa puhdistavan vaikutuksen merkityksessä. *Oikeudellinen sosiaali-psykologia*, joka voitaisiin lukea myös oikeuden ihmistieteiden alaisuuteen, tarkastelee oikeutta yhteisön kollektiivisten psykologisten tai käyttäytymistieteellisten lainalaisuuksien valossa.

³¹ Oikeustaloustieteestä yleisesti, Kanninen & Määttä, toim., *Näkökulmia oikeustaloustieteen*, 1; Kanninen & Määttä, toim., *Näkökulmia oikeustaloustieteen*, 2; oikeustaloustieteen suhteesta perinteiseen lainoppiin, Timonen, *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti no-teerattun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely*, s. 31–130; oikeudellisesta regulaatio- eli sääntelyteoriasta, Määttä, *Environmental Taxes. From an Economic Idea to a Legal Institution*, *passim*.

³² Oikeustaloustieteen eri osalohkoista, Mähönen & Määttä, ”Uusia näkökulmia oikeustaloustieteen”.

Listaa oikeustieteen ja erilaisten tulkinta-, ihmis-, kulttuuri- ja yhteiskuntatieteiden yhdistelmistä voi periaatteessa jatkaa loputtomiin, tyyliin ”oikeus ja ... (jotain muuta)” tai ”oikeustiede ... (jonakin muuna)”.³³

- *oikeus ja musiikkitiede* eli *oikeuden musiikkitieteellinen tutkimus*: oikeus musiikintutkimuksen menetelmin arvioituna, jolloin arvioitavana voivat olla esimerkiksi oikeuden ja musiikin ilmiöiden keskinäiset yhtäläisyydet ja eroavuudet yhtäältä kirjallisen notaation (lakiteksti/nuottikirjoitus) ja toisaalta yksittäistapauksellisen tulkinnan (tuomioistuinratkaisu/musiikkiesitys) merkityksessä,³⁴
- *oikeudellinen etnografia*: oikeudellisen esineistön, kuten englantilaisen tuomarin käyttämän viitan ja peruukin tai suomalaisen käräjäsalin valaraamatun, muutokielen arvioiminen kansatieteellisestä näkökulmasta,
- *oikeudellinen arkeologia*: oikeuden ja oikeudenkäytön varhaisten jäänteiden, kuten käräjäkivien ja muiden varhaisten oikeuspaikkojen tahi kiveen hakattujen laintaulujen, tutkiminen yleisen arkeologian menetelmien avulla,
- *oikeudellinen folkloristiikka*: oikeutta ja oikeudenkäyttöä koskevan kansanrunouden ja kansanperinteen tutkimus, kuten oikeudenkäyntiä ja ”käräjäveijareita” (eli asianajajia) koskevien sananlaskujen ilmentämän oikeuskäsityksen analyysi,
- *oikeuspoetiikka*: oikeus ja oikeudelliset ilmiöt yleisen runousopin arviointikriteerien valossa, esimerkiksi Sofokleen tragedian *Antigone* ja Aristoteleen *Runousopin* merkityksessä,³⁵
- *oikeudellinen estetiikka*: oikeuden ja oikeudellisten ilmiöiden tarkastelemisen yleisen estetiikan kriteerien avulla,³⁶
- *oikeusteknologia*: oikeudellisen sääntelyn ja oikeuskäytännön arvioiminen erilaisten teknologisten arviointikriteerien valossa,³⁷
- *oikeudellinen väestötiede*: oikeudellisen sääntelyn suhde ihmisyyteen tai kuolleisuuteen,
- *oikeusteologia*: oikeus ja oikeudelliset ilmiöt teologian jumaluusopillisiin kriteereihin arvioituna,³⁸
- ja niin edelleen.

³³ Erilaisista ”oikeus ja ... (jotain muuta)” tai ”oikeustiede ... (jonakin muuna)” -tyyppisistä suuntauksista, Ervasti & Meincke, toim., *Oikeuden tuolla puolen, passim*.

³⁴ Heimonen, ”Musiikki ja laki – aspekteja esittävän säveltaiteen ja oikeuden välisestä suhteesta”, *passim*; sama, ”NoaNoa – musiikin ja oikeuden tulkinnasta”, *passim*.

³⁵ Hirvonen, *Oikeuden käynti. Antigonen laki ja oikea oikeus, passim*.

³⁶ Turunen, ”Oikeuden kuvista ja tiloista”; oikeustaiteesta, Pöyhönen, ”Filosofia – minun metodini?”, s. 257–260.

³⁷ Kuusihoima & Pöyhönen, ”Oikeus ja teknologia – erossa informaatio-oikeudesta”.

³⁸ Juntunen, *Oikeuden idean teologiset perusteet. Oikeusteologian hahmottelua demokraattisen oikeusjärjestyksen teologisenä kritiikkinä*; Hirvonen, toim., *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law, passim*; vrt. Siltala, ”Sateenkaaren tuolla puolen – polysentrisen oikeuden manifesti”, s. 306–313.

Oikeuden kirjallisuustieteellinen analyysi, oikeuden musiikkiteieteellinen analyysi, oikeudellinen etnografia, oikeudellinen arkeologia, oikeudellinen folkloristiikka, oikeuspoetiikka, oikeudellinen estetiikka ja oikeusteologia kuuluvat käsillä olevassa jaotuksessa yhteisöllis-kulttuurisia merkityksiä tutkiviin oikeuden kulttuuritieteisiin, kun taas oikeudellinen väestötiede lukeutuu oikeuden yhteiskuntatieteisiin. Niiden suhteellinen merkitys on samalla vähäisempi kuin oikeushistorian, oikeussosiologian tai oikeustaloustieteen, jotka ovat vakiinnuttaneet asemansa juristitutinnossa ja juristien ammatillisessa itseymmärryksessä. Mikään ei kuitenkaan estä oikeuskulttuuria muuttumasta vastaisuudessa siihen suuntaan, että uudenlaiset lähestymistavat oikeuteen voisivat saada jatkossa aiempaa suuremman painoarvon. Itse asiassa myös oikeuden taloustieteellinen analyysi on suomalaisessa oikeustieteessä varsin nuorta perua, sillä sen varsinainen läpimurto ajoittuu vasta 1990-luvun jälkipuoliskolle.³⁹ Oikeusteknologia voitaisiin lukea oikeuden *luonnontieteellisen* analyysin osaksi, samoin kuin oikeusbiologia ja oikeuskemia, joita en ole tässä teoksessa lähemmin käsitellyt. Sitä vastoin *lääkintäoikeus* sijoittuu perinteisen lainopin tutkimuksen osaksi sosiaali-, hallinto- ja rikosoikeuden tavoin: lääkintäoikeus arvioi terveydenhuollon henkilöstöä, lääketiedettä ja terveydenhuoltoa koskevia lainopillisia kysymyksiä etenkin potilaan ja lääkärin tai terveydenhuollon muun ammattihenkilön välisen oikeudellisen suhteen osalta.⁴⁰ Oikeuden *lääketieteellinen* analyysi arvioisi vastaavasti oikeudellista sääntelyä ja oikeuskäytäntöä lääketieteen medikaalisesta tai hoito-opillisesta näkökulmasta käsin.

Oikeuden (*oikeus*)*filosofinen* analyysi tutkii oikeuden käsitteellisiä, *määritelmällisiä* tai, yleisemmin ilmaisten, teoreettis-filosofisessa katsannossa kiinnostavia ominaisuuksia esimerkiksi oikeuden yleisen idean, käsitteen tai olemuksen, oikeuden sekä yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden keskinäissuhteen, oikeuden ja taloudellisten tuotantorakenteiden sekä ”pääomalogiikan” keskinäissuhteen, oikeuden ja yhteiskunnallisen sukupuolieron keskinäissuhteen tai vaikkapa oikeustieteen tieteenkuvan osatekijöiden määrittämisen merkityksessä.

Kysymys oikeusteorian tai oikeusfilosofian tutkimuskohteesta ja tiedonintresistä on aidosti filosofinen kysymys, johon annettu vastaus vaihtelee tutkijan filosofisista sitoumuksista riippuen. *Oikeusfenomenologia* pohtii oikeuden itseannettua ideaa, käsitettä tai apriorista olemusta (saks.: *Rechtsidee*) esimerkiksi

³⁹ Oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi on jatkanut 1940-luvun ruotsinkielisten kirjoittajien Erik af Hällströmin, C.H. Ekin, Berndt Godenhielmin ja Lars Erik Taxellin eli *reella överbäganden* -juridiikan aloittamaa oikeuden arvioimista sen ennakoitavissa olevien yhteiskunnallisten vaikutusten avulla.

⁴⁰ Lötjönen, ”Oikeus ja lääketiede – oikea resepti?”, s. 236–237; Lahti, ”Lääkintäoikeus – kehittyvä uusi oikeudenala”, s. 753. – Samoin uusista tai ehdotuista oikeudenaloista *urheilu-oikeus* on osa perinteistä lainoppia.

fenomenologian perustajan Edmund Husserlin ”absoluuttisen itseannetun sisäisen a priorin”,⁴¹ Adolf Reinachin oikeuden aprioristen peruskäsitteiden tai Martin Heideggerin ja Erik Wolfin fundamentaaliontologiasta johdetun *oikeudessa/oikeassa-olemisen* (saks.: *Im-Recht-sein*; *Rechtsdasein*) merkityksessä.⁴² *Oikeudellinen hermeneutiikka* arvioi oikeuden ja oikeudellisen tulkinnan yleisiä kielellisiä, kulttuurisia ja yhteisöllisiä reunaehtoja esimerkiksi kielellisen merkityksen muodostumisen, puhujan alkuperäisten intentioiden, tulkintatradition, yksittäisen arvoarvostelman väitetysti ehdottoman ja singulaarisen kohdesidonnaisuuden sekä tulkinnan yhteisöllisen kontekstin asettamien rajoitusten merkityksessä. *Marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia* tarkastelee oikeuden suhdetta vallitseviin taloudellisiin tuotantosuhteisiin, yhteiskunnan luokkarakenteeseen sekä transsendentaalisubjektiksi ymmärretyn pääoman itseään uusintaviin liikelakeihin sekä ”olemus-ilmiö -kategorioiden ilmentämään ekspressiiviseen yhteyteen” oikeuden ja yhteiskunnan eri tasojen ja tietoisuusmuotojen välillä.⁴³ *Luonnonoikeusfilosofia* keskittyy oikeuden ja ehdottoman yhteisöllisen oikeudenmukaisuuden eli, Rudolf Stammlerin termin, ”oikean oikeuden” (saks.: *richtiges Recht*) keskinäissuhteen pohdintaan,⁴⁴ samasta näin moraalifilosofian ja oikeusfilosofian tutkimuskohteen keskenään. *Feministinen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia* tarkastelee oikeutta filosofisesti, oikeudellisesti ja yhteiskunnallisesti keskeisen sukupuolieron sekä yhteiskunnallisen eriarvoisuuden ja tasa-arvon näkökulmasta. Taustaoletuksena on feministisen yhteiskuntaideologian mukainen käsitys oikeudesta ja yhteiskunnasta.

Analyttinen oikeusteoria on keskittynyt etenkin oikeuden kielen, oikeudellisen argumentaation, oikeudellisen epistemologian sekä oikeuden käsitteen analyysiin tavalla, josta Kelsenin *Puhdas oikeusoppi*, Rossin *Om ret og retfærdighed* ja Hartin *The Concept of Law* -teokset ovat esimerkkeinä.⁴⁵ Analyttinen oikeus-

⁴¹ Husserl, *Fenomenologian idea*, s. 104–105: ”Tutkimuksen on pitäydettävä *puhtaaseen näkemiin*, mutta ei aktuaalisesti immanenttiin; se on tutkimusta puhtaasti ilmeisyyden sfäärissä ja nimennomaan olemustutkimusta. Mainitsimme myös, että sen kenttä on *absoluuttisen itseannetun sisäinen a priori*.” (Kursivoinnit Husserlin.)

⁴² Minkkinen, *Thinking without Desire*, s. 70, 72 ja 79–80; Hirvonen, *Oikeuden käynti*, s. 338–339 (”Onko oikeus?”).

⁴³ Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 1, s. 74. Vrt.: ”[Yhteiskunnan] syvärakenteessa taloudelliset, poliittiset ja ideologiset aspektit, arvomuoto, oikeusmuoto ja fetissimuoto pääoman uusintamisprosessin välitysmuotoina, ovat kietoutuneet yhteen taloudellisen aspektin, arvomuodon, määräävyyden pohjalta. Joukkomittaisten ilmiöiden ja kollektiivisubjektien tasolla talouden voi nähdä eriytyvän poliittisista ja ideologisista aspekteista, jotka politiikan määräävyyden perustalta jäävät yhteenkietoutuneiksi. Vasta konkreettisen pinnan tasolla politiikasta ja ideologiastakin voi puhua suhteellisen itsenäistyneinä yhteiskunnallisen todellisuuden aspekteina.” Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 1, s. 75. Vrt. myös Tuori, ”Marxilainen oikeusteoria”.

⁴⁴ Minkkinen, *Thinking without Desire*, s. 32–33.

⁴⁵ Sekä Rossin että Hartin sanotuissa teoksissa on merkittäviä vaikutteita paitsi analyttisistä myös hermeneuttisesta lähestymistavasta. Rossista, Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 162–163; Hartista, McCormick & Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, s. 135.

teoria voidaan jakaa edelleen esimerkiksi *analyyttiseen oikeuspositivismiin* (Austin, Hohfeld, Kelsen, Hart, Wróblewski), *analyyttiseen oikeusrealismiin* (Ross, Hart) sekä *institutionaaliseen oikeuspositivismiin* (MacCormick, Weinberger), joiden painotukset jonkin verran vaihtelevat.⁴⁶

Analyyttinen oikeuspositivismi mieltää oikeuden lainsäätäjän asettamina yleisinä määräyksinä, joiden noudattamisen takeena on sanktiouhka eli uhka jostain epämiellyttävästä seurauksesta, jollei määräystä asianmukaisesti noudateta. Toisin H.L.A. Hartin Austin-kritiikin mukaan osa voimassa olevan oikeuden säännöistä ei noudata lainkaan sanktioperustaista logiikkaa. Oikeudelliset kompetenssinormit asettavat sen sijaan määrätyille oikeudellisille toimijoille kelpoisuuden toimia määrätyllä tavalla, noudattaen teknisen normin muotoa: ”jos tahdot tehdä esimerkiksi pätevän testamentin, niin sinun tulee menetellä seuraavalla tavalla ...”. *Analyyttinen oikeusrealismi* mieltää oikeuden analyttisen oikeuspositivismin tavoin yhteiskunnallisena tosiasiana eli oikeuskäytännössä tosiasiallisesti toteutuneiden ja myös tulevaisuudessa todennäköisesti toteutettavissa olevien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena, analyttisen oikeuspositivismin korostaman muodollisesti velvoittavan lainsäädännön sijaan. *Institutionaalinen oikeuspositivismi* korostaa lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten merkitystä: voimassa olevan oikeuden säännöt ovat pätevällä tavalla luotavissa, muutettavissa, pantavissa täytäntöön ja kumottavissa vain lainsäätäjän ja tuomioistuinten institutionaalisten puhetekojen avulla. Filosofisesta pragmatismista vaikutteita saanut *amerikkalainen oikeusrealismi* (Karl Llewellyn, Jerome Frank, Herman Oliphant) sekä myöhempi *Critical Legal Studies* -suuntaus (Duncan Kennedy, R.M. Unger) ovat korostaneet tuomioistuinten yhteiskunnallisen vallankäytön merkitystä sekä tuomarin henkilökohtaisten, idiosynkraattisten ratkaisumotiivien vaikutusta tuomioistuinratkaisun lopputulokseen.⁴⁷

Oikeusteoria ja *oikeusfilosofia* voidaan vielä erottaa toisistaan. Molemmat soveltavat yleisen filosofian analyysimenetelmiä oikeudellisesti määritettyyn tutkimuskohteeseen, mutta käsitys filosofiasta – ja samalla oikeudesta – on ratkaisevasti erilainen.

Oikeusteoria hyödyntää etenkin Englannissa, Puolassa ja pohjoismaissa vaikuttaneen ja yhä vaikuttavan analyttis-lingvistisen filosofian, deonttisen eli normilogiikan, yleisen tieteenteorian tai tieteenfilosofian, Yhdysvalloissa vaikuttaneen filosofisen pragmatismien sekä Yhdysvaltain *Critical Legal Studies* -liikkeen tavoin (ja ranskalaisen filosofian käsityksestä poiketen) metodiopillisesti käsite-

⁴⁶ Sen sijaan Kaarlo Tuorin kriittinen oikeuspositivismi ei kuulu analyttisen tutkimustradition alaisuuteen.

⁴⁷ Kokoavasti *Critical Legal Studies* -suuntauksesta, Unger, *Critical Legal Studies Movement*; Kennedy, *A Critique of Adjudication {fin de siècle}*.

tyn dekonstruktion ideoita oikeuden tutkimiseen. Tutkimuskohteena on esimerkiksi oikeuden kielen, oikeudellisen tiedon, oikeuden käsitteen ja oikeudellisen argumentaation teoria (= *analyttis-lingvistinen oikeusteoria*), oikeustieteen tieteenkuvan määreet ja oikeustieteen tutkijan itseymmärrys (= *oikeustieteen tietenteoria* tai *tieteenfilosofia*), deonttisen logiikan järjestelmät (= *oikeus- eli normilogiikka*), tuomioistuinten ja muiden viranomaisten ratkaisutoiminnan sallittaminen yhteiskunnalliseksi vallankäytöksi ihmis- ja yhteiskuntatieteistä lainattujen menetelmien avulla (= *filosofinen pragmatismi*), oikeuden palauttaminen osaksi yleistä yhteiskunta- ja valtapolitiikkaa sekä oikeudellisten käsitteiden sisäisen epävakauden osoittaminen ja niiden kesken vallitsevien hierarkiasuhteiden purkaminen (= Yhdysvaltain *Critical Legal Studies* -suuntaus).⁴⁸ Karkeistaen ja hieman epätarkasti voi puhua yhteisesti *analyttisestä* oikeusteoriasta.

Oikeusfilosofia soveltaa oikeuteen kontinentaalista, ei-analyttistä filosofiaa esimerkiksi hermeneuttisen, fenomenologisen, eksistentiaalisen, feministisen tai marxilaisen filosofian, luonnonoikeusfilosofian tai ranskalaisfilosofi Jacques Derridan ajatuksiin palautuvan filosofisen dekonstruktion merkityksessä. Tutkimuskohteena on esimerkiksi oikeuden intuitiivis-apriorinen, empiirisistä havainnoista käsitteellisesti riippumaton olemus (= *oikeusfenomenologia*), oikeuden teksti-, traditio-, kulttuuri- ja tulkintasidonnaisuus, oikeudellisen tutkimuskohteen ja tulkitsijan kaksisuuntainen vuorovaikutussuhde sekä tulkinnan kohteen osan ja kokonaisuuden toinen toisiaan kehämäisesti jäsentävä vaikutus (= *oikeudellinen hermeneutiikka*), oikeuden suhde ehdottomaan yhteisölliseen ja/tai uskonnolliseen oikeudenmukaisuuteen (= *klassinen ja moderni luonnonoikeusfilosofia; oikeusteologia*), oikeuden suhde ihmisen eksistentiaalista olemusta ja ”maailmassa-olemista” rajaaviin ja konstituoiiviin määreisiin (= *eksistentiaalisen oikeusfilosofia*), oikeuden suhde vallitseviin taloudellisiin tuotantorakenteisiin ja tuotantosuhteisiin sekä transsendentaalisubjektiksi ymmärretyn pääoman itseään uusintaviin liikelakeihin (= *marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia*), oikeuden suhde filosofisesti ja yhteiskunnallisesti merkitykselliseen sukupuolieroon (= *feministinen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia*) sekä oikeuden viimekätisten premissien pulmallinen ontologia ja epistemologia suhteessa niiden avulla vakioituun oikeudellisen ajattelun järjestelmään tai yleisemmin tutkijan itsensä omaksuman tutkijanposition suhde tekstiin (= *filosofinen dekonstruktio*). Karkeistaen ja hieman epätarkasti voi puhua *kontinentaalisesta* eli mannereurooppalaisesta oikeusfilosofiasta analyttisen oikeusteorian vastakohtana.

Belgialainen oikeusteoreetikko Mark Van Hoecke on määritellyt oikeusteorian ja oikeusfilosofian siten, että edellinen käsittää teoreettisesti suuntautuneen

⁴⁸ CLS-liikkeen vaikutuksesta Suomessa, Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, lukuun ottamatta kirjan päätöslukua ”Beyond Objectivism”, s. 458 et seq.

oikeustutkimuksen *analyttiset* ja *metodiopilliset* osa-alueet ja jälkimmäinen sen *normatiivis-ideologiset* osa-alueet,⁴⁹ mikä vastaa osapuilleen edellä esitettyä omaa kantaani. Hän myös kirjoittaa, että oikeusfilosofia soveltaa yleisen filosofian metodioppia oikeuteen,⁵⁰ mistä olen hänen kanssaan samaa mieltä, ja toisaalta, että oikeusteorian metodi on ”moni- ja poikkitieteinen” (engl.: *plural and interdisciplinary approaches*), käsittäen esimerkiksi logiikan, psykologian, semiotiikan, antropologian, sosiologian ja taloustieteen tutkimukselliset näkökulmat oikeuteen,⁵¹ mitä käsitystä en itse jaa. Oikeuspsykologian, oikeussemiotiikan, oikeussosiologian, oikeusanthropologian ja oikeustaloustieteen kaltaisten tieteenalojen tutkimuksellinen tiedonintressi oikeudellisesti merkityksellisten mentaalisten faktojen, yhteisöllis-kulttuuristen merkitysten ja merkitysrakenteiden sekä yhteiskunnallisten vaikutusten ja vaikutussuhteiden arvioimisen mielessä poikkeaa varsin selvästi oikeusteorian ja oikeusfilosofian käsiteanalyttisistä ja reflektioivasta tiedonintressistä.

Lisäksi oikeuden ihmis- ja yhteiskuntatieteellisen tutkimuksen soveltama metodioppi on yhteinen kyseisen erityistieteen eli esimerkiksi yleisen lingvistiikan, psykologian, sosiologian, antropologian tai taloustieteen kanssa. Rajapinta yhtäältä oikeusteorian ja teoreettisen lainopin, toisaalta oikeusfilosofian ja yhteiskunta- tai moraalifilosofian välillä ei etenkään jälkimmäisessä tapauksessa ole kuitenkaan tarkka tai ehdoton, vaan kyse on osin traditioperustaisesta, osin tarkoitussidonnaisesta jaotuksesta: oikeuslogiikka kuuluu perinteisesti oikeusteorian alaan, mutta van Hoecken mainitsemista aloista oikeussemiotiikka – samoin kuin oikeuslingvistiikka ja oikeusinformatiikka, joita hän ei tässä yhteydessä käsittele – ovat ilmeisiä rajatapauksia. Oikeussemiotiikka on varsin lähellä (analyttisen) oikeusteorian tehtävänasettelua, mutta omaehtoisen tiedonintressinsä perusteella se voidaan luokitella myös osaksi yhteisö- ja merkityssidonnaista oikeuden kulttuuritieteellistä analyysia.

Oikeusteoria on tiedonintressiltään lähempänä teoreettisen lainopin oikeutta systematisoivaa ja käsitteellistävää tiedonintressiä kuin oikeusfilosofian tiedonintressiä, jonka kohteena on esimerkiksi oikeuden ja yhteisöllisen oikeudenmukaisuuden tai oikeuden ja taloudellisten tuotantosuhteiden keskinäinen suhde. Oikeuden käsitesystematiikka rajaa ja jäsentää oikeudellista tulkintaa ennakkollisesti siten, että vain tietyntyyppiset tulkinnot voimassa olevasta oikeudesta ovat mahdolliset määrätyn oikeudellisen systematiikan alaisuudessa. Äärimuodossa sääntökeskeinen oikeudellinen käsitesystematiikka on voitu formalisoida teknisen ja aukottoman oikeudellisen apukäsitteistön muotoon, jonka avulla oikeuden mahdolliset tulkinnot on ennalta systeemisesti rajattu. Simo Zitting mielsi varalli-

⁴⁹ Van Hoecke, ”Jurisprudence”, s. 459–461.

⁵⁰ Van Hoecke, mts. 459, 461.

⁵¹ Van Hoecke, mts. 461.

suusoikeuden systematiikalle keskeisen omistusoikeuskäsitteen eli omistajan oikeusaseman teknisenä yhteisnimityksenä suojattua omistajanhallintaa, omistajan luovutus- ja muuta disponointikompetenssia sekä määrätynlaista dynaamista suojaa koskevien oikeussääntöjen kokonaisuudelle. Oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien – toisin kuin oikeussääntöjen – oikeussysteemistä ratkaisuarvoa ei ole mahdollista ennalta vakioida, joten oikeuden systeeminen elementti jää tällöin vain yleisen, tilannekohtaisesti määräytyvän ja arvosidonnaisen punninnan (engl.: *weighing and balancing*) varaan. Vähintään heikosti systeemisesti jäsentyneet oikeusperiaatekeskeiset tulkintamatriisit, kuten perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi tai Juha Pöyhösen tavoin ymmärretyн yhteisöllisen kohtuusperiaatteen heikko systeeminen etusija sopolusoikeudessa, ovat osittainen poikkeus oikeusperiaatteiden määritelmällisesti ei-systeemisesti vakioitavissa olevaan luonteeseen.

Teoreettisen lainopin tiedonintressi on tekninen ja oikeudellista tulkintakäytäntöä palveleva: millaisen oikeudellisen käsitteistön avulla oikeutta on tarkoituksenmukaista tai perusteltua kuvata, mitkä ovat oikeudellisia pääsääntöjä ja mitkä pääsääntöjä suppeammin tulkittavia poikkeussääntöjä sekä millaisten yleisten oikeusperiaatteiden avulla oikeutta on perusteltua jäsentää? Teoreettisen lainopin tuottamat tulokset voidaan palauttaa viime kädessä oikeudellista tulkintaa koskeviksi (esi)kysymyksiksi, joskin teoreettisen lainopin yleisyys- tai abstraktiotaso on tulkintalainoppia korkeampi.

Oikeusteorian (samoin kuin oikeusfilosofian) tiedonintressi on tutkimuskohdetta filosofisesti tarkasteleva eli analysoiva ja/tai refleктоiva: miten oikeutta ja oikeudellisia ilmiötä voidaan ymmärtää tulkintajuridiikkaa syvällisemmällä tavalla filosofian käsitteistön, arviointikriteerien ja analyysimenetelmien avulla? Niinpä oikeusteoria pohtii esimerkiksi kysymyksiä oikeudellisesta ratkaisuheuristiikasta sekä oikeudellisen ratkaisun perustelemisen yleisestä teoriasta, samoin kuin kysymystä lainopin tieteenteorian osatekijöistä muun muassa sovellettavan oikeuslähdeopin ja argumentaatioteorian mallien merkityksessä. Oikeusteorian tutkimuksellinen tiedonintressi on myös lähempänä analyttisen oikeuspositivismin sekä oikeusrealismin ja sosiologisen oikeustieteen tehtävänasettelua kuin luonnonoikeusfilosofian oikeudellista tiedonintressiä. Oikeusteorian tiedonintressi oikeuteen on siten lähempänä tuomarin ja lainopin tutkijan näkökulmaa oikeuteen kuin moraalifilosofian tai yhteiskuntafilosofian näkökulmaa.⁵²

⁵² Esimerkkejä korkeatasoisesta oikeusteoriasta ovat Aulis Aarnion laaja argumentaatioteoreettinen tuotanto, kuten *Laintulkinnan teoria*, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification* sekä *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*; Markku Helinin *Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960*; sekä Martti Koskenniemen *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, missä Koskenniemi sovelsi amerikkalaisen *Critical Legal Studies* -suuntauksen tavoin metodiopillisesti

Oikeusfilosofia rinnastuu tiedonintressiltään ja metodiikaltaan moraali-, yhteiskunta- sekä poliittiseen filosofiaan. Sanotut käytännöllisen filosofian osa-alueet pohtivat oikeuden, oikeudenmukaisuuden sekä yhteiskunnan institutionaalisen rakenteen kysymyksiä filosofisen reflektion ja analyysin tarjoamin keinoin, ja vain tiedonintressin painopiste on kullakin filosofian osalohkolla hieman erilainen: moraalifilosofia keskittyy arvoteoriaan, kun taas yhteiskuntafilosofia ja poliittinen filosofia tarkastelevat yhteiskuntaa ja erilaisia yhteisöllisiä ilmiöitä. Oikeusfilosofia pyrkii oikeuden ja oikeudellisten ilmiöiden syvällisempään ymmärtämiseen kontinentaalisen, ei-analyttisen filosofian tarjoamin keinoin.⁵³

Tämän tutkimuksen keskeisidea modernin oikeuden *tietomuodon* eli *historiallisen a priorin* (ransk.: *épistémè*) osatekijöistä eli oikeuden äärellisyyden analytiikasta ja institutionaalista positiviteetista edustaa siis teoreettisilta sitoumuksiltaan *analyttistä oikeusrealismia* ja *institutionaalista oikeuspositivismia*, jotka kuuluvat molemmat edellä esitetyssä jaotuksessa (analyttisen) oikeusteorian alaan. Luvussa 9, ”Oikeudellisen metodiopin fragmentteja”, sovellan eräisiin oikeudellisiin teksteihin kriittistä lähilukua, jossa on vaikutteita Jacques Derridan *filosofisesta dekonstruktioista*. Tältä osin tarkastelu on lähempänä oikeusfilosofian kuin oikeusteorian perinteistä tehtävänasettelua.

Yleisesti oikeustieteen eri osa-alueiden tutkimuskohteen määrittely noudattaa oikeustieteen tutkijan *tiedonintressin* ja käytettävissä olevien *tutkimusmetodien* rajausta.

ymmärretyn dekonstruktion ideaa kansainvälisen oikeuden argumentaatorakenteen analyysiin. Oman väitöskirjani *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law* analyttisissä alkujaksoissa sovelsin prejudikaattioikeuteen puolalaisen Jerzy Wróblewskin teoriaa oikeudellisista ratkaisuideologioista sidotun, vapaan sekä lakisidonnaisen ja rationaalisen *oikeudellisen päätöksentekuideologian* merkityksessä, englantilaisen H.L.A. Hartin ideaa oikeuden *tunnistamissäännöstä* (engl.: *rule of recognition*) sekä tanskalaisen Alf Rossin ajatusta normatiivisesta *tuomarinideologiasta* (tansk.: *den normative ideologi der besjæler dommeren*).

⁵³ Esimerkkejä korkeatasoisesta oikeusfilosofiasta ovat Kaarlo Tuorin *Kriittinen oikeuspositivismi*, missä Tuori jäsentää oikeutta alun perin Sakari Hännisen marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian mutta sittemmin myös muun muassa Jürgen Habermasin, Max Weberin, Michel Foucault’n, François Ewaldin, Fernand Braudelin, Pierre Bourdieun ja Ronald Dworkinin sekä John Searlen ajatuksiin perustuvan oikeuden monitasomallin avulla; Panu Minkkisen osin oikeusfenomenologiaan ja oikeusteologiaan, osin uuskantilaiseen oikeusfilosofiaan tukeutuva *Thinking without Desire. A First Philosophy of Law*; Ari Hirvosen oikeusfenomenologiaa ja luonnonoikeusfilosofiaa soveltava *Oikeuden käynti. Antigonen laki ja oikea oikeus*, missä lähtökohtana on Sofokleen tragedia *Antigone*; sekä Juha-Pekka Renton *Prudentia Juris. The Art of the Good and the Just*, missä John Finnisin idea luonnonoikeudellisista perushyveistä on keskeisellä sijalla. Oman väitöskirjani *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law* post-analyttiset loppujaksot, joissa pyrin ylittämään analyttisen tutkimustavan käsitteelliset ja metodioppilliset rajoitukset Jacques Derridan filosofisen dekonstruktion avulla, kuuluvat samoin pikemmin (post-analyttisen) oikeusfilosofian kuin (analyttisen) oikeusteorian alaan. Yleisesti oikeusfilosofia on lähempänä perinteisen luonnonoikeusopin kuin analyttisen oikeuspositivismin tai oikeusrealismin ja sosiologisen oikeustieteen kysymyksenasettelua.

Oikeustieteen eri osa-alueiden tutkimuskohteet voidaan kokoavasti jaotella seuraavasti:

- a) *voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö* eli oikeuden tunnistamissäännön rajaamista institutionaalisista oikeuslähteistä johdettujen voimassa olevien *oikeussääntöjen* sekä oikeussääntöjä heikompaa mutta riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien *oikeusperiaatteiden* ja vastaavien muiden oikeudellisten ratkaisustandardien tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö (= oikeustiede humanistisena *tulkintatieteenä* eli oikeuden *tulkintatieteellinen* analyysi, mukaan lukien lainoppi),
- b) oikeutta määrittävät tai oikeudellisesti merkitykselliset *mentaalis-tajunnalliset rakenteet ja prosessit* sekä yksilöllisen tai kollektiivisen *alitajunnan lainalaisuudet* (= oikeustiede *ihmistieteenä* eli oikeuden *ihmistieteellinen* analyysi),
- c) oikeuden *yhteisöllis-kulttuuriset merkitykset ja merkitysrakenteet* (= oikeustiede *kulttuuritieteenä* eli oikeuden *kulttuuritieteellinen* analyysi),
- d) oikeuden *yhteiskunnalliset vaikutukset ja vaikutussuhteet* (= oikeustiede *yhteiskuntatieteenä* eli oikeuden *yhteiskuntatieteellinen* analyysi), ja
- e) oikeuden *määritelmälliset* tai muutoin filosofisessa katsannossa merkitykselliset *ominaisuudet* (= oikeustiede *oikeusfilosofiana* eli oikeuden *filosofinen* analyysi).

Yhteistä oikeustieteen eri osalohkoille on tutkimuskohteen määritelmällinen *oikeudellisuus* ja jonkinasteinen liittymä oikeuden *institutionaaliseen perustaan*, joskin tuon ”oikeudellisuuden” tulkinta vaihtelee eri tutkimusaloilla. Kokoavasti oikeustieteen eri osa-alueet ja itse kunkin tutkimuskohde voidaan esittää täsmällisemmin seuraavasti:

a) *Oikeustiede tulkintatieteenä* eli *oikeuden tulkintatieteellinen analyysi*: voimassa olevan oikeuden *sääntöjen* sekä riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien *oikeusperiaatteiden* tietynhetkinen *tulkinnallinen merkityssisältö*:

- *lainoppi*: voimassa olevan oikeuden sääntöjen sekä riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö, joka on johdettavissa institutionaalisista ja ei-institutionaalisista oikeuslähteistä oikeudellisen metodiopin argumentaationsääntöjen avulla,
- *vertaileva oikeustiede*: muiden oikeusjärjestysten omaksumat oikeudelliset sääntely- ja tulkintamallit lainsäädännön ja oikeudellisen päätöksenteon vertailukohteena,
- *oikeuspoliittinen tutkimus* eli *de lege ferenda -tutkimus*: vaihtoehtoiset oikeudelliset sääntelymallit, kuten oikeustaloustieteen kriteereihin perustuva oikeudellinen sääntelyteoria sekä voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja

periaatteiden tulkinta tai punninta taloudellisia tai taloustieteellisiä kriteereitä, kuten kustannustehokkuutta, liiketoiminnan transaktiokustannusten minimointia ja optimaalista yhteiskunnallista resurssiallokaatiota, oikeudellisena tulkintakehyksenä tai punnintakehyksenä hyödyntäen.⁵⁴

b) *Oikeustiede ihmistieteenä eli oikeuden ihmistieteellinen analyysi*: oikeutta määrittävät tai oikeudellisesti merkitykselliset *mentaalis-tajunnalliset rakenteet ja prosessit* sekä yksilöllisen tai kollektiivisen *alitajunnan lainalaisuudet*

- *oikeuspsykologia*: mentaalis-tajunnallisten ilmiöiden vaikutus oikeuteen, esimerkiksi oikeudellinen ratkaisuheuristiikka ja tuomarinsykologia sekä oikeudellinen näyttöehdintä ja todistajansykologia,
- *oikeuspsykiatria*: oikeudelliset ilmiöt psykiatrian menetelmin ja kriteerein tarkasteluna, esimerkiksi rangaistusvastuun edellyttämän rikosoikeudellisen syyntakeisuuden ja toisintoimimismahdollisuuden merkityksessä,
- *psykoanalyttinen oikeustiede*: freudilaisittain tai lacanilaisittain käsitetyn yksilöllisen tai kollektiivisen piilotajunnan vaikutus oikeuteen ja erilaisiin oikeudellisiin ilmiöihin.

c) *Oikeustiede kulttuuritieteenä eli oikeuden kulttuuritieteellinen analyysi*: oikeuden yhteisöllis-kulttuuriset merkitykset ja merkitysrakenteet

- *oikeussemiotiikka*: oikeus merkkien ja yhteisöllis-kulttuuristen merkitysten muodostamana kokonaisuutena,
- *oikeuslingvistiikka*: oikeuden käyttämän kielen lingvistinen analyysi joko kieliyhteisön yleisesti käyttämän luonnollisen kielen tai juristien käyttämän oikeudellisen erityiskielen merkityksessä,
- *oikeusinformatiikka*: oikeudellisten tietojärjestelmien, tiedonsiirron, tietosuojan sekä yleisen oikeudellisen tiedon saatavuuden merkitys,
- *oikeuden kirjallisuustieteellinen analyysi*: oikeus ja oikeudelliset ilmiöt kirjallisuudentutkimuksen menetelmin ja arviointikriteerein analysoituna,
- *oikeuden musiikkitieteellinen analyysi*: oikeus ja oikeudelliset ilmiöt musiikintutkimuksen menetelmin ja arviointikriteerein analysoituna,
- *oikeusekologia*: oikeudellisen sääntelyn suhde vallitseviin ympäristöarvoihin, kuten biodiversiteetin eli luonnon lajityypistön monimuotoisuuden säilymiseen,
- *aate- ja kulttuurihistoriallisiin selitysmalleihin sitoutunut oikeushistoria*: oikeuden ajalliset muutokset (tai muuttumattomuus) aatteellis-ideologisten selityserusteiden avulla tulkittuna.

⁵⁴ *De sententia ferenda* -tutkimuksesta tulevaa oikeuskäytäntöä koskevan oikeuspoliittisen argumentaation merkityksessä, Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 60, 119, 170, 421–422. Kyse on siis tämän tutkimuksen termin *vaihtoehtoisen, kriittisen* tai avoimen *poliittisen* lainopin tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tulevaan oikeudenkäyttöön kohdentamista tulkintasuosituksista.

d) *Oikeustiede yhteiskuntatieteenä* eli *oikeuden yhteiskuntatieteellinen analyysi*: oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset ja vaikutussuhteet

- *oikeussosiologia*: oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset ja vaikutussuhteet tai, yleisemmin, oikeus yhteiskunnallisena ilmiönä,
- *oikeustaloustiede*: oikeuden taloudelliset vaikutukset eli oikeuden toteuttama taloudellinen kustannustehokkuus esimerkiksi liiketoiminnan transaktiokustannusten minimoinnin ja yhteiskunnallisen resurssiallokaation optimaalisuuden merkityksessä,
- *oikeusanthropologia*: oikeus yhteisöllisten riittien, rituaalien ja symbolien kokonaisuutena,
- *oikeudellinen tilastotiede*: joukkomittaisten oikeudellisten ilmiöiden, kuten rikollisuuden tai avioerojen, noudattamat tilastolliset lainalaisuudet,
- *oikeudellinen sosiaalipsykologia*: yhteisön kollektiivisten psykologisten lainalaisuuksien tai kollektiivitajunnan vaikutus oikeuteen ja oikeudellisiin ilmiöihin,
- *rakenteellis-sosiaalisiin selitysmalleihin sitoutunut oikeushistoria*: oikeuden ajalliset muutokset (tai muuttumattomuus) rakenteellis-sosiaalisten selityspenusteiden avulla ymmärrettynä.

e) *Oikeustiede oikeusfilosofiana* eli *oikeusteoria ja oikeusfilosofia*: oikeuden määritelmälliset ominaisuudet eli oikeuden filosofisessa katsannossa merkitykselliset ominaisuudet⁵⁵

- *analyttinen oikeusteoria*: oikeuden kielen, oikeudellisen argumentaation, institutionaalisen oikeuslähteopin, oikeudellisen tiedon sekä oikeustieteen tieteenteorian analyysi,
- *pragmatistinen oikeusteoria*: oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset sekä tuomioistuinten ratkaisutoiminnan suhde yhteiskunnalliseen vallankäyttöön,
- *Critical Legal Studies* -vaikutteinen oikeuden metodinen dekonstruktio: oikeudellisten binäärioppositioiden systemaattinen kääntäminen,⁵⁶
- *oikeusfenomenologia*: oikeuden intuitiivis-apriorisen ja ”itseannetun” eli kokemuksesta ja empiirisistä aistihavainnoista riippumattoman käsitteellisen olemuksen määrittäminen,
- *hermeneuttinen oikeusfilosofia*: oikeus teksti-, traditio-, yhteisö- ja merkityssidonnaisena ilmiönä, joka on määritelmällisesti kaksisuuntaisessa vuorovaikutussuhteessa oikeuden tulkitsijaan,
- *filosofinen dekonstruktio*: oikeuden ja oikeudellisen tiedon perimmäisten premissien tai välttämättömien edellytysten suhde kirjoittajan omaan tutkijanpositioon sekä tekstissä esitettyihin väitteisiin, kuten edellytetyn, transsendentaalis-loogisen perusnormin (Kelsen) tai oikeuden viimekätisen tun-

⁵⁵ Kuten sanottu, kysymys oikeusfilosofian määrittelystä on jo itsessään filosofinen ja siksi aidosti kiistanalainen kysymys, johon annettu vastaus vaihtelee tutkijan filosofisista sidonnaisuuksista riippuen. Fenomenologi määrittelee tutkimuskohteensa varsin eri tavoin kuin analyttis-lingvistisen filosofian edustaja.

⁵⁶ Koskeniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, lukuunottamatta päätöslukua ”Beyond Objectivism”, s. 458 et seq.

- nistamissäännön (Hart), itsensä radikaali luokittelemattomuus normi/fakta tai oikeus/ei-oikeus -merkityksessä tai yleisemmin tutkijan itsensä omaksuman tutkijanposition suhde tekstiin,
- *luonnonoikeusfilosofia*: yhteisöllisen hyvän elämän politiikan ja kansalaishyveiden oikeudelle ja yhteiskunnalle asettamat vaatimukset sekä välttämättömän asian luonto (= klassinen luonnonoikeusfilosofia, Aristoteles), ihmisen luontainen pyrkimys kohden Luojaansa sekä sanotusta perustasta ihmisjärjen avulla johdetut universaalit oikeusohjeet (= skolastinen luonnonoikeusfilosofia, Tuomas Akvinolainen), muuttumattomasta ihmisluonnosta ihmisjärjen avulla johdetut universaalit oikeusohjeet (= rationalistinen luonnonoikeusoppi), oikeuden sisäinen moraalitai välttämättömät yhteisölliset perushyveet (= moderni luonnonoikeusfilosofia, Lon L. Fuller ja John Finnis),
 - *oikeusteologia*: oikeuden arvioiminen uskonnollisesti määritellyn oikeudenmukaisuuden valossa,⁵⁷
 - *marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia*: yhteiskunnan luokkarakenteen, taloudellisten tuotantosuhteiden, yhteiskunnan ja oikeuden tasoittain eriytyneen subjekti- ja tietoisuusrakenteen sekä transsendentaalisubjektiksi ymmärretyn pääoman liikelakien ja oikeuden tasojen välillä vallitsevien ”olemus-ilmiö -kategorioiden ilmentämän ’ekspressiivisen’ yhteyden” vaikutus oikeuteen ja oikeuden tulkintaan,⁵⁸
 - *feministinen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia*: filosofisesti, oikeudellisesti ja yhteiskunnallisesti merkityksellisen sukupuolieron vaikutus oikeuteen ja oikeuden tulkintaan, ja
 - *eksistentiaalinen oikeusfilosofia*: ihmisen eksistentiaalista olemusta eli ”maailmaan-heitettynä-olemista” jäsentävien merkitysrakenteiden ja -prosessien vaikutus oikeuteen ja oikeuden tulkintaan.

Lisäksi voidaan erottaa oikeuden *luonnontieteellinen* analyysi esimerkiksi oikeusteknologian, oikeusbiologian tai oikeuskemian merkityksessä. Oikeuden *lääketieteellisessä* analyysissä oikeutta arvioidaan erilaisten luonnontieteiden tai lääketieteen tutkimuksellisten kriteerien avulla.

Oikeustieteen eri osa-alueiden luokittelu tulkinta-, ihmis-, kulttuuri- ja yhteiskuntatieteisiin on viime kädessä sopimuksenvarainen ja tutkimuksellisesta tiedonintressistä riippuva asia. Niinpä oikeusantropologia voitaisiin luokitella myös osaksi oikeuden kulttuuritieteellistä tutkimusta sen tutkimuskohteen määrittelyn, tiedonintressin ja tutkimusmetodin perusteella, kun se tässä on sijoitettu oikeuden yhteiskuntatieteellisen analyysin alle. Oikeusteologia voitaisiin sijoittaa myös oikeuden kulttuuritieteiden alle. Samoin oikeuden tulkintatieteellinen analyysi eli lainoppi, oikeusvertailu ja osin *de lege ferenda* -tutkimus voitaisiin

⁵⁷ Oikeusteologia voitaisiin yhtä hyvin luokitella myös oikeuden kulttuuritieteiden alaisuuteen. Tässä se on mainittu suomalaisen oikeusfilosofian uskonnollisen tai teologisen käänteen vuoksi. Vrt. Siltala, ”’Sateenkaaren tuolla puolen’ – polysentrisen oikeuden manifesti”, s. 309–311; vrt. myös tämän teoksen luku 10.16.1. ”Sateenkaaren tuolla puolen?”.

⁵⁸ Vrt. Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 1, s. 74, 76.

sijoittaa kokonaisuudessaan oikeuden kulttuuritieteiden analyysin alaisuuteen, koska niissä kaikissa on kyse yhteisöllis-kulttuuristen merkitysten tulkintatieteiden analyysistä. Lainoppi ja muut tulkintatieteet on kuitenkin erotettu tässä oikeuden (muista) kulttuuritieteistä niiden tutkimuskohteen ja tiedonintressin perusteella: lainopin tutkimuskohte, voimassa oleva oikeus, on sidoksissa tuomioistuinten ja muiden viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämän oikeuden tunnistamissäännön rajaamiin institutionaaliin oikeuslähteisiin.

Oikeushistoria on tässä katsannossa monitulkintaisin oikeustieteen eri osaloista. Sillä on ilmeisiä liittymiä sekä oikeuden kulttuuristen merkitysten ja merkitysrakenteiden analyysiin että oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten ja vaikutussuhteiden analyysiin, tutkimuskohteen ja sovellettavan tutkimusmetodiikan määrittelystä riippuen. Oikeushistorian tavoitteena on oikeuden muutosten (tai muuttumattomuuden) selittäminen joko aatteellisten, ideologisten ja ajanjakson kulttuuriseen mentaliteettiin liittyvien tekijöiden avulla tai, vaihtoehtoisesti, erilaisten rakenteellisten, sosiaalisten ja taloudellisten selitystekijöiden avulla. Edelliset selitysmallit liittävät oikeushistorian *kulttuuritieteisiin*, jälkimmäiset puolestaan *yhteiskuntatieteisiin*. Oikeushistorian lähdeaineiston tavallisesti kirjallinen muoto perustelisi myös liittymän oikeuden *tulkintatieteisiin*. Tässä oikeushistoria on sijoitettu yhtäältä oikeuden kulttuuritieteiden ja toisaalta oikeuden yhteiskuntatieteiden alle, sovellettavista selitysmalleista ja -perusteista riippuen.

1.3. Tiedonintressi

Tutkijan *tiedonintressi* määrittää sen, *mitä* tai *millaista tietoa* hän pyrkii saamaan selville oikeudellisesti määrittäneestä tutkimuskohteesta. Kyse on toisin sanoen oikeustieteellisen tutkimuksen tieteenalakohtaisesti eriytyneistä *tavoitteista* tai *päämääristä*. Oikeustieteen tutkijan tiedonintressi noudattaa oikeustieteen tieteenalakohtaista jaottelua oikeuden tulkintatieteelliseen, ihmistieteelliseen, kulttuuritieteelliseen, yhteiskuntatieteelliseen ja filosofiseen analyysiin. Tiedonintressi on läheisessä yhteydessä oikeustieteen kulloisenkin tutkimuskohteen ja tutkimusmetodin määrittelyyn.

Oikeustieteen tiedonintressi voi ensinnäkin olla muodollisin perustein voimassa olevan oikeuden sääntöjen sekä riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja vastaavien ratkaisustandardien tietynhetkiseen merkityssisältöön kohdistuva *tulkinnallinen* tiedonintressi. Lainopin tutkijan tiedonintressinä on tuottaa voimassa olevasta oikeudesta perusteltuja *tulkinta-*, *systematisointi-* ja *punnintakannanottoja*, jotka vastaavat voimassa olevan oikeuden tosiasiallisesti *toteutuneiden* sekä vallitsevan tuomarinideologian käsittämien oikeuslähteopin ja argumentaatioteorian premissien

nojalla myös tulevaisuudessa todennäköisesti *toteutettavissa* olevien tulkintojen kokonaisuutta, jos on kyse institutionaaliseen tuomarireferenssiin sidotusta lainopin vallitsevan doktriinin mukaisesta tutkimuksesta. Toisaalta, lainopin tutkimuksellisenä tavoitteena on oikeuden *semanttisesti (vain) mahdollisten* tulkinta-, systematisointi- ja punnintasuosituksen tuottaminen, joiden tosiasiallinen toteutettavuus vastaisessa oikeudenkäytössä on vain enemmän tai vähemmän epätodennäköinen vallitsevan tuomarinideologian käsittämien premissien valossa, jos on kyse vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin tuottamista oikeuslauseista.

Oikeudellinen käsitesystematiikka ja tyyppitapauksellisesti kohdennetut oikeudelliset tulkinnat ovat keskenään vuorovaikutuksessa siten, että omaksuttu oikeudellinen käsitesystematiikka rajaa oikeudellisesti mahdollisten tulkintojen alaa ja jo toteutuneet tulkinnat rajaavat vastaavasti mahdollisen oikeudellisen käsitesystematiikan alaa. Voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö on määritettävissä vallitsevan tai kriittisen oikeuden *tunnistamissäännön* rajaamien *institutionaalisten ja ei-institutionaalisten oikeuslähteiden* kokonaisuudesta tuomarien ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymien oikeudellisten *argumentaatiomallien* tarkoittamalla tavalla.

Lainopillisen tutkimuksen lähipiiriin kuuluu myös vertaileva tiedonintressi, jota *vertaileva oikeustiede* eli *oikeusvertailu* toteuttaa. Tavoitteena on oikeudellisen systematisoinnin, tulkinnan ja vertailun avulla selvittää jonkin vieraan oikeusjärjestyksen sisältöä sekä saada siten aineistoa kansallisen lainvalmistelun tai oikeudellisen päätöksenteon perustaksi. Oikeusvertailevalla tutkimuksella voi olla myös täysin itsenäinen tiedonintressi, jolloin on kyse lainvalmistelun avustamisen sijaan juristin ammatillisen itseyttämisestä ohi kansallisen oikeuden asettamien rajoitusten. Oikeusvertaileva tutkimus voi tarkastella kahden tai useamman oikeusjärjestyksen omaksumia ratkaisumalleja esimerkiksi kysymyksissä, jotka koskevat rikosoikeudellisen tahallisuuden määrittelyä, osakeyhtiön toimielinten keskinäistä vastuunjakoa ja päätöksentekomenettelyä tai rikosjutun todistajan kuulemista nimettömänä oikeudenkäynnissä. Sovellettu metodi on vertaileva lähestymistapa oikeuteen, missä kahden tai useamman eri oikeusjärjestyksen keskinäisiä yhtäläisyyksiä ja eroavuuksia arvioidaan jotain valittua yhteistä mittapuuta vasten.

Oikeuspoliittinen eli *de lege ferenda* -tutkimus avustaa lainsäätäjää tuottamalla ja arvioimalla erilaisia lainsäädännöllisiä ratkaisumalleja eli ”mahdollisia maailmoja”, joihin tuleva oikeudellinen sääntely voisi perustua. *De lege ferenda* -tutkimuksessa lainsäädännöllä tavoiteltavat yhteiskunnalliset päämäärät voivat olla tutkimuksen toimeksiantajan ennalta määrittelemät, jolloin vain tarkoituksenmukaiset tai tehokkaat oikeudelliset keinot niihin pääsemiseksi ovat tutkijan tarkastelun kohteena. Vaihtoehtoisesti sekä yhteiskunnalliset päämäärät että oi-

keudelliset keinot niihin pääsemiseksi voivat olla *de lege ferenda* -tutkijan itsensä määriteltävissä. Tällöin tutkimuksen yhteiskuntapoliittisuus on suurempi kuin edellisessä tapauksessa, jossa tavoiteltavat yhteiskuntaideologiset päämäärät on jo ennalta lukkoon lyöty. Tuula Linna on puhunut yhtäältä *tavoitesidotusta* (ja tavoiteavoimesta) sekä toisaalta *tavoite- ja keinoavoimesta* tutkimuksesta, näihin kahteen *de lege ferenda* -tutkimuksen perustyyppiin viitaten.⁵⁹

Esitetyt lainsäädäntösuositukset perustuvat tavallisesti joko oikeusvertailevaan aineistoon tai tutkijan omiin, viime kädessä tavallisesti reaaliseen argumentaatioon eli tulkinnan ennakoitavissa oleviin yhteiskunnallisiin vaikutuksiin perustuviin päätelmiin. Jos kansalaisten ylivelkaantuminen, velkasuhteen takaaajien asema, kansalaisten piittaamaton käyttäytyminen tieliikenteessä tai vaikkapa eri parisuhdemuotojen oikeudellisen kohtelun eriarvoisuus on koettu yhteiskunnalliseksi ongelmaksi, *de lege ferenda* -tutkijan toimeksiantona voi olla selvittää, miten sanottuun tilanteeseen voitaisiin parhaiten lainsäädäntöteitse vaikuttaa. Kyse on *tavoite – keino -analyysistä*, missä lainsäädäntö mielletään tietoisena keinona yhteiskunnallisten tavoitteiden toteuttamiseksi, jolloin käsitys oikeudesta on välineellinen eli *instrumentalistinen*. Voi puhua myös oikeudellisesta *social engineering* -ideologiasta: mitkä ovat lainsäätäjän käytettävissä olevat keinot haluttujen yhteiskunnallisten tavoitteiden saavuttamiseksi. Samalla raja-aita yhtäältä *de lege ferenda* -tutkimuksen ja toisaalta vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin tulkintasuositusten välillä madaltuu.⁶⁰ Vastaiseen oikeuskäytäntöön vaikuttamaan pyrkivää tutkimusta on tapana kutsua *de sententia ferenda* -tutkimukseksi.⁶¹

Oikeustieteen tiedonintressi ei kuitenkaan tyhjenny lainopin ja sen lähitieteiden tulkinnalliseen tiedonintressiin. Amerikkalaistuomari Oliver Wendell Holmesin profeettallinen visio yli sadan vuoden takaa on enenevässä määrin käynyt toteen 1900-luvulla ja alkavalla 2000-luvulla.⁶²

”For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics. (...) I look forward to a time when the part played by history in the

⁵⁹ Linna, *Ulosottorealisoinnista de lege ferenda*, s. 21–22. Toisinaan termiä *oikeuspoliittinen tutkimus* käytetään viittaamaan Linnan tavoite – keino -avoimeen tutkimukseen, kun taas varsinaisen *de lege ferenda* -tutkimus viittaa tavoitesidottuun tutkimukseen. Sanottu käsite-erottelu ei kuitenkaan ole vakiintunut.

⁶⁰ Euroopan yhteisöoikeuden direkttiivien kansallisessa täytäntöönpanossa kansallisen lainsäätäjän harkintavalta on tavallaan rinnastettavissa tavoitesidottuun *de lege ferenda* -tutkimukseen: lainsäädännöllä tavoiteltavat yhteiskunnalliset asiantilat on valmiiksi määriteltä Euroopan yhteisön lainsäädäntöelinten toimesta, mutta lainsäädännölliset keinot sanottujen tavoitteiden saavuttamiseksi on jätetty kansallisten viranomaisten harkintaan.

⁶¹ Oikeuspoliittisesta *de sententia ferenda* -tutkimuksesta oikeuskäytäntöä koskevan oikeuspoliittisen argumentaation merkityksessä, Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 60, 119, 170, 421–422.

⁶² Holmes, ”The Path of the Law”, s. 469, 474.

explanation of dogma shall be very small, and instead of ingenious research we shall spend our energy on a study of the ends sought to be attained and the reasons for desiring them. As a step toward that ideal it seems to me that every lawyer ought to seek an understanding of economics. The present divorce between the schools of political economy and law seems to me an evidence of how much progress in philosophical study still remains to be made.”

Holmesin ennakoima tilastotieteellinen ja taloustieteellinen näkökulma oikeuteen voidaan tulkita laajasti *oikeuden yhteiskuntatieteellisen analyysin* eli oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten ja vaikutussuhteiden analyysin merkityksessä. Senkaltainen tutkimus väistää lainopin voimassa olevaa oikeutta systemaattisoin ja tulkitsevan tiedonintressin: kyse ei ole lainsäädännön, tuomioistuinten ratkaisujen ja muun oikeudellisen lähdeaineiston analyysistä voimassa olevan oikeuden sisällön selvittämiseksi vaan erilaisten, tiedonintressiltään eriytyneiden *ihmistieteiden, kulttuuritieteiden ja yhteiskuntatieteiden* tieteenteoreettisten sitoumusten eli ontologisten, epistemologisten, metodologisten ja loogis-lingvististen kriteerien soveltamisesta oikeuteen. Oikeuden ihmis-, kulttuuri- ja yhteiskuntatieteellisen tutkimuksen osa-alueita on runsaslukuinen joukko, joista kukin tukeutuu sen taustalla vaikuttavan erityistieteen oppitraditioon ja siinä omaksuttuihin tutkimuksellisiin konventioihin ja sitoumuksiin. Yhteistä niille kaikille on *metodologisen monismin* eli sen tieteenfilosofisen käsityksen torjuminen, että yhteiskuntaa ja kulttuuria voitaisiin tyhjentävästi tutkia luonnontieteiden hyödyntämän metodiopin avulla.

Niinpä oikeustieteen tutkimuksellinen tiedonintressi voi toisaalta olla *heuristinen* tai *käyttäytymistieteellinen*, jolloin keskeistä ovat oikeutta määrittävät tai oikeudellisesti merkitykselliset mentaalis-tajunnalliset rakenteet ja prosessit sekä yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan lainalaisuudet lainopin tarkastelemien institutionaalisten oikeuslähteiden sekä (voimassa olevan) oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön sijaan. Keskeistä voi olla esimerkiksi oikeudellisen päätöksenteon, oikeussubjektiuden sekä rikosoikeudellisen syyntakeisuuden edellyttämän yksilön tahdonvapauden ja toisintoimimismahdollisuuden arvioiminen tai todistajan muisti- ja havaintopsykologian tarkasteleminen ihmismielen mentaalisia tai alitajunnallisia rakenteita ja prosesseja koskevien muuttujien ja selitysmallien avulla. Niinpä ihmis-, psyko- tai käyttäytymistieteisiin sitoutuneen oikeuden tutkijan tiedonintressinä voi olla vaikkapa määrätyn tuomarin tai tuomarikollegion noudattama oikeudellinen ratkaisuheuristiikka (= tuomarinpsykologia), todistajankertomusten luotettavuuden arviointi (= todistajanpsykologia), oikeudellisen syyntakeisuuden, toisintoimimismahdollisuuden ja rikosoikeudellisen vastuunalaisuuden yleiset edellytykset (= oikeuspsykiatria) tai tuomarien ja muiden lainsoveltajien alitajuisten preferenssi- ja torjumismekanismien vaikutus oikeuden tulkintaan (= psykoanalyttinen oikeustiede). Kun ihmistieteiden tutkimuskohteena ovat aina viime kädessä ihmistä itseään kos-

kevat psykologiset lainalaisuudet, voidaan puhua myös *refleksiivisestä* eli tiedostavaa ja osin alitajunnan lakien ohjaamaa subjektia itseään koskevasta tiedosta oikeudellisesti määrittäneessä tutkimuksellisessa kontekstissa.

Kolmanneksi, oikeustieteen tiedonintressinä voi olla oikeudellisesti merkityksellisten *yhteisöllis-kulttuuristen merkitysten ja merkitysrakenteiden tulkinta ja analyysi* joko synkronisessa eli ajallisesti vakioidussa tai diakronisessa eli ajallisesti muuntuvassa katsannossa, esimerkiksi oikeudellisen kielen ja kommunikativuuden (= oikeuslingvistiikka), oikeudellisten merkki- ja merkitysjärjestelmien (= oikeussemiotiikka), oikeuden ajallista muutosta selittävien aatteellisi-ideologisten tekijöiden (= aate- ja kulttuurihistoriallisiin selityksiin sitoutunut oikeushistoria), oikeuden esteettisten määreiden (= oikeudellinen estetiikka) tai oikeudellisten tekstien kirjallisen muodon ja sisällön analyysin merkityksessä (= oikeuden kirjallisuustieteellinen tutkimus).

Neljänneksi, oikeustieteen tiedonintressinä voi olla oikeuden *yhteiskunnallisten vaikutusten ja vaikutussuhteiden selittäminen* joko synkronisessa eli ajallisesti vakioidussa tai diakronisessa eli ajallisesti muuntuvassa katsannossa eli se, miksi tai millaisten tekijöiden vaikutuksesta oikeus muuttuu (= sosiaalishistoriallisiin selitysmalleihin sitoutunut oikeushistoria), miten oikeus vaikuttaa kansalaisten käyttäytymiseen (= oikeussosiologia), millaista kustannustehokkuutta, resurssialokaation optimaalisuutta ja transaktiokustannusten ekonomiaa voimassa olevan oikeuden säännöt ja periaatteet toteuttavat (= oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi), miten lainsäädäntö vaikuttaa yhteisöpsykologisiin ilmiöihin, kuten yleiseen lainkuuliaisuuteen tai kansalaistottelemattomuuteen (= oikeudellinen sosiaalipsykologia) tai miten lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö vaikuttavat joukkomittaisiin oikeudellisiin ilmiöihin esimerkiksi tilastoidun rikollisuuden vaihtelujen tai avioerojen yleisyyden merkityksessä (= oikeudellinen tilastotiede).

Viidenneksi, oikeustieteen tiedonintressinä voi olla oikeuden filosofisessa katsannossa merkityksellisten ominaisuuksien tai määreiden filosofinen *reflektio* ja *analyysi* esimerkiksi oikeuden idean, käsitteen tai olemuksen, oikeuden ja yhteisöllisen oikeudenmukaisuuden keskinäissuhteen tai oikeustieteen tieteenteorian merkityksessä. Käsitys oikeusteorian tai oikeusfilosofian tutkimuksellisesta tiedonintressistä, yhtä hyvin kuin oikeusteorian tai oikeusfilosofian varsinaisen tutkimuskohteenkin määrittely, on jo itsessään aidosti filosofinen kysymys, johon annettu vastaus jakaa oikeustieteellisen tiedeyhteisön lukuisiin eri koulukuntiin tai suuntauksiin.⁶³ Oikeusteorian tai oikeusfilosofian tiedonintressinä voi olla esimerkiksi oikeudellisen kielen, argumentaation ja ratkaisutoiminnan analyysi Ludwig Wittgensteinin myöhäistuotannon ja Oxfordin lingvistisen filosofian eli

⁶³ Vrt. Hart, *The Concept of Law*, s. 1–2.

arkikielen filosofian tarkoittamalla tavalla (= *analyttinen oikeusteoria*), oikeuden intuitiivis-apriorisen eli empiirisistä havainnoista riippumattoman käsitteellisen olemuksen tai ”absoluuttisen itseannetun sisäisen a priorin”⁶⁴ määrittäminen (= *oikeusfenomenologia*), oikeuden suhde tuomioistuinten ja muiden viranomaisten yhteiskunnalliseen vallankäyttöön ja oikeuden yhteiskunnallisiin vaikutuksiin (= *filosofinen pragmatismi*; Yhdysvaltain *Critical Legal Studies* -suuntaus), oikeuden suhde yhteisölliseen tai uskonnollisesti määritettyyn oikeuden mukaisuuteen (= *luonnonoikeusfilosofia*; *oikeusteologia*), oikeuden suhde yhteiskunnallisiin tuotantosuhteisiin sekä transsendentaalisubjektiksi ymmärretyn pääoman itseään uusintavaan logiikkaan (= *marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia*), oikeuden suhde yhteiskunnallisesti ja filosofisesti merkitykselliseen sukupuolieroon (= *feministinen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia*) tai oikeuden eksistentiaalinen merkitys osana ihmisen ”maailmaan-heitettyä-olemista” (= *eksistentiaalinen oikeusfilosofia*).

Oikeustieteen tutkijan ammattitaitoon kuuluu se, että hän osaa paikantaa oman tutkimuksensa tavoitteet suhteessa oikeudellisen tiedonintressin eri vaihtoehtoihin: lainopin *tulkinnalliseen* tiedonintressiin (= oikeustiede tulkintatieteenä), oikeudellisesti merkityksellisiä mentaalis-tajunnallisia rakenteita ja prosesseja sekä yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan lainalaisuuksia koskevaan *heuristis-käyttätymistieteelliseen* tiedonintressiin (= oikeustiede ihmistieteenä), oikeuden yhteisöllis-kulttuurisia merkityksiä *ymmärtävään* tiedonintressiin (= oikeustiede kulttuuritieteenä), oikeuden yhteiskunnallisia vaikutuksia ja vaikutussuhteita *selittävään* tiedonintressiin (= oikeustiede yhteiskuntatieteenä) tai oikeuden määritelmällisiä tai muutoin filosofisessa katsannossa merkityksellisiä ominaisuuksia *analysoivaan* tai *refleктоivaan* tiedonintressiin (= oikeustiede oikeusteorian tai oikeusfilosofiana).

Käsitteet *refleksiivinen* ja *reflektiivinen* on syytä pitää erillään. *Refleksiivinen* tarkoittaa subjektia itseään koskevaa seikkaa oikeuden ihmistieteiden tarkoitamalla tavalla. Niinpä refleksiiviverbit viittaavat subjektin itsensä omaehtoiseen toimintaan, ja oikeuden refleksiivisyys viittaa oikeuden autopoieettiseen itsekonstituitioon. *Reflektio* ja siitä johdettu *reflektiivisyys* tarkoittaa puolestaan filosofista pohdintaa. Refleктоiva tieto on toisin sanoen filosofista tietoa, joka on saavutettu (aprioris-intuitiivisen) filosofisen pohdinnan tuloksena, liittyen tavallisimmin filosofiseen fenomenologiaan tai hermeneutiikkaan.

Oikeustieteen tieteenalakohtaisen jaotuksen sisällä tutkijan tiedonintressi täsmentyy edelleen. Niinpä oikeuden yhteiskuntatieteellinen analyysi täsmentyy esimerkiksi oikeuden sosiologisten, taloudellisten, sosiaalipsykologisten tai rakenteellis-sosiaalisesti määrittyneiden historiallisten vaikutussuhteiden analyysi-

⁶⁴ Husserl, *Fenomenologian idea*, s. 105.

siksi. Oikeuden taloustieteellinen analyysi eli oikeustaloustiede täsmentyy sekin edelleen esimerkiksi oikeudelliseksi sääntelyteoriaksi, behavioristiseksi eli käyttäytymispainotteiseksi oikeustaloustieteen, vertailevaksi oikeustaloustieteen, oikeustaloushistoriaksi sekä oikeusekonometriaksi eli oikeustaloustieteelliseksi tilastotieteen.⁶⁵

Kun on kyse velvoittavien oikeuslähteiden välittämien kulttuuristen merkitysten tulkinnasta oikeushistorian, oikeuslingvistiikan tai oikeussemiotiikan tarjoamien tutkimusmenetelmien avulla, lainoppi rinnastuu tiedonintressiltään muihin kulttuuritieteisiin. Kun on kyse oikeudellisen tulkinnan yhteiskunnallisten vaikutusten arvioimisesta seuraamusharkinnan eli reaalisten argumenttien soveltamisen merkityksessä, lainoppi rinnastuu tiedonintressiltään (muihin) yhteiskuntatieteisiin. Kysymys laintulkinnan historiallisesta kontekstista rinnastaa lainopin tiedonintressin oikeushistorian tehtävänasetteluun joko aate- ja kulttuurihistoriallisen tai sosiaali- ja taloushistoriallisen lähestymistavan merkityksessä. Tuomarin psykologisten vaikutteiden tai motiivien arvioiminen tuo lainopilliseen tulkintaan ihmistieteellisen ainesosan. Lainopin omaehtoinen, tulkinnallinen ja institutionaalisiin oikeuslähteisiin sidottu tiedonintressi – *mikä on voimassa olevan oikeuden tulkinnallinen, institutionaalista ja ei-institutionaalista oikeuslähteistä johdettavissa oleva merkityssisältö hetkellä t?* – perustelee lainopin arvioimisen erillään muusta oikeuden ihmistieteellisestä, kulttuuritieteellisestä ja yhteiskuntatieteellisestä tutkimuksesta, vaikka oikeuteen liitettyjen merkitysten idea on tai ainakin voi olla keskeinen niille kaikille. Samoin lainopin tulkinnallinen tiedonintressi ja tutkimusmetodi on perusteltua pitää erillään oikeusteorian ja oikeusfilosofian tahollaan toteuttamasta oikeuden filosofisesta analyysistä niiden tiedonintressin ja tutkimusmenetelmien keskeisten eroavuuksien vuoksi.

Analyttisen oikeusteorian tai kontinentaalisen oikeusfilosofian oikeutta filosofian näkökulmasta tarkasteleva tiedonintressi kääntyy lainopin tulkinnallisessa merkityskontekstissa esimerkiksi kysymykseksi modernin oikeuden käsittämän ihmiskuvan (= eksistentialistinen oikeusfilosofia), oikeuden intuitiivis-apriorisen, ”itseannetun” ja empiirisiä havaintoja käsitteellisesti edeltävän olemuksen (= oikeusfenomenologia), teksti- ja traditiosidonnaisen oikeuden yleisen tulkinta- ja merkitysoopin (= oikeudellinen hermeneutiikka), oikeuden kielen referentiaalisuuden, oikeudellisen tiedon institutionaalisten reunaehtojen sekä oikeustieteen tieteenkuvan tieteenteoreettisten sitoumusten (= analyttinen oikeusteoria), oikeuden sekä taloudellisten tuotantosuhteiden ja tuotantorakenteiden samoin kuin pääoman itseään uusintavien liikelakien keskinäissuhteen (= marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia), oikeudellista ja yhteiskunnallista sukupuolieroa

⁶⁵ Mähönen & Määttä, ”Uusia näkökulmia oikeustaloustieteeseen”, s. 182.

ja rakenteellista eriarvoisuutta ylläpitävien rakenteiden ja prosessien (= feministinen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia), oikeuden ja oikeudellisen analyysin perimmäisten premissien itsensä pulmallisen ontologisen ja epistemologisen luokittelun tai tutkijan itsensä omaksuman tutkijanposition (= filosofinen dekonstruktio) tai vaikka ehdottoman yhteisöllisen ja/tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden (= luonnonoikeusfilosofia, oikeusteologia) vaikutuksista voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden tulkintaan. Kuten oikeuden tulkintatieteellisessä, ihmistieteellisessä, kulttuuritieteellisessä ja yhteiskuntatieteellisessä tutkimuksessa, oikeusteorian tai oikeusfilosofian mahdollinen liittymä voimassa olevan oikeuden tulkintaan ei poista oikeusteorian ja oikeusfilosofian itsenäisen, lainopin tehtävänasettelusta riippumattoman tiedonintressin oikeutusta. Palaan kysymykseen lainopillisen tulkinnan suhteesta muihin oikeustieteen osalohkoihin tarkemmin alla.

Kokoavasti oikeustieteen tiedonintressinä voi olla:

- (a) voimassa olevan oikeuden *sääntöjen* sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien *oikeusperiaatteiden* ja vastaavien muiden ratkaisustandardien tietynhetkisen *tulkinnallisen merkityssisällön* määrittäminen,
- (b) oikeutta määrittävien tai oikeudellisesti merkityksellisten *mentaalitajunnallisten rakenteiden ja prosessien* sekä yksilöllisen tai kollektiivisen *alitajunnan lainalaisuuksien* määrittäminen,
- (c) oikeudellisesti merkityksellisten *yhteisöllis-kulttuuristen merkitysten ja merkitysrakenteiden* määrittäminen joko synkronisessa eli ajallisesti vakioidussa tai diakronisessa eli ajallisesti muuntuvassa katsannossa,
- (d) oikeuden *yhteiskunnallisten vaikutusten ja vaikutussuhteiden* määrittäminen joko synkronisessa eli ajallisesti vakioidussa tai diakronisessa eli ajallisesti muuntuvassa katsannossa, tai
- (e) oikeuden *määritelmällisten* tai muutoin filosofisessa katsannossa merkityksellisten *ominaisuuksien* arvioiminen.

Oikeustieteen eri osalohkojen tiedonintressi on läheisessä yhteydessä sovellettavaan *tutkimusmetodiin*.

1.4. Tutkimusmetodi

Oikeustieteen *tutkimusmetodi* määräytyy tieteenalan, tutkimuskohteen ja valitun tiedonintressin mukaan.⁶⁶

Lainopin ja muun oikeuden tulkintatieteellisen analyysin metodina on voimassa olevan oikeuden *tulkinta* ja *systematisointi* sekä riittävää institutionaalista

⁶⁶ Metodiopilliset sitoumukset on sinänsä osa oikeustieteen *tieteenkuvan* määreitä. Esitysteknisiä ja didaktisia syistä metodioppi on tässä esitetty erillään muista tieteenkuvan sitoumuksista.

tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja vastaavien muiden oikeudellisten ratkaisustandardien arvosidonnainen *punninta* ja keskinäinen *tasapainottaminen* (engl.: *weighing and balancing*) niiden ilmentämien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden valossa. Oikeussääntöjen systematisointi tarkoittaa vallitsevan oikeuden tunnistamissäännön rajaamista oikeuslähteistä johdettujen oikeussääntöjen keskinäisten suhteiden määrittämistä eli *normikonfliktien* ratkaisemista sekä *pääsääntö/poikkeus* -koordinaattien lukitsemista oikeudellisten dogmien ja konstruktioiden avulla. Oikeudellinen tulkinta tarkoittaa joko *toteutuneiden* ja myös *toteutettavissa* olevien tulkintojen tai, vaihtoehtoisesti, vain semanttisesti ja oikeudellisesti *mahdollisten* tulkintojen esittämistä voimassa olevasta oikeudesta. Toteutuneet ja toteutettavissa olevat tulkinnat viittaavat lainopin vallitsevan doktriinin analyttis-deskriptiiviseen tiedonintressiin, kun taas (vain) mahdolliset tulkinnat viittaavat vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin normatiivis-kriittiseen tiedonintressiin. Koska institutionaalisille oikeuslähteille on ominaista niiden kirjallinen muoto,⁶⁷ lainopin metodia voi luonnehtia myös *tekstianalyysiksi* analyttisen (teksti)hermeneutiikan ja tekstin rakenneanalyysin merkityksessä. Velvoittavat oikeussäännöt ovat tunnistettavissa formaalin oikeuden tunnistamissäännön avulla, josta H.L.A. Hartin yksinkertaistettu *Queen rule* on esimerkkinä: "what the Queen in Parliament enacts is law".⁶⁸

Oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa osaltaan vaikuttavia *oikeusperiaatteita* ja vastaavia muita oikeudellisia *ratkaisustandardeja* ei ole mahdollista tunnistaa Hartin oikeusteorian edellyttämän oikeuden tunnistamissäännön (engl.: *rule of recognition*) kaltaisen formaalin, yksinomaan oikeusnormin muodolliseen syntytapaan kiinnittyvän kriteerin avulla.⁶⁹ Kyse on oikeudellisista ratkaisuperusteista, joiden merkitys tuomarin ratkaisuharkinnassa perustuu siihen, että ne ovat riittävällä tavalla *rakenteistuneet* Suomen oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan* eli nauttivat riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöl-

⁶⁷ Tavanomaisioikeudelliset oikeussäännöt sekä oikeusperiaatteet ovat siis tässä suhteessa pulmallisia, mutta nekin on ensin saatettava kirjalliseen muotoon, jotta tuomioistuimien voisi ottaa ne oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa huomioon.

⁶⁸ Hart, *The Concept of Law*, esim. s. 108. – Hartin *Queen rule* käsittää kriteerit (vain) lainsäädännön kautta syntyneiden oikeussääntöjen tunnistamiseksi. Täydellisesti formuloituna tunnistamissääntö käsittää tietenkin viittauksen myös muihin oikeuslähteisiin, kuten prejudikaatteihin, lainvalmisteluaineistoon, tavanomaiseen oikeuteen ja yksityisoikeudellisiin sopimuksiin, joita tuomarit ja muut institutionaaliset lainsoveltaajat hyödyntävät oikeudellisessa ratkaisuharkinnassaan. Rekonstruktio suomalaisen tuomarin oikeuden tunnistamissäännöstä on esitetty alla luvussa 4.6. "Suomen voimassa olevan oikeuden tunnistamissääntö".

⁶⁹ Näin myös Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 39–44 ja etenkin s. 40: "But this test of pedigree [= rule of recognition] will not work for the *Riggs* and *Henningsen* principles. The origin of these as legal principles lies not in a particular decision of some legislature or court, but in a

listä hyväksyntää erilaisissa sääntösidonnaisissa, oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä. Oikeusperiaatteiden ja vastaavien ratkaisustandardien oikeudellista ratkaisuarvoa eli merkitystä tuomarin ratkaisuharkintaa ohjaavana ratkaisuperusteena ei voi vakiodia ennalta määrätyn käsitesysteemiin tai -hierarkian muotoon, vaan oikeusperiaatteet noudattavat vain *dynaamisen* ja erilaisille arvo- ja tavoitenäkökohdille avoimen, tilannesidonnaisesti määrätyn oikeudellisen systeemin ideaa. Määrätyn oikeusperiaatteen soveltaminen yksittäiseen oikeustapaukseen edellyttää toisin sanoen sen taustalla vaikuttavien tilannesidonnaisten yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoitenäkökohtien punnintaa oikeudellisen tulkinnan sijaan. Lisäksi oikeussäännön ja oikeusperiaatteen tai kahden oikeusperiaatteen keskinäinen kollisio ei ratkea formaalien tulkintasääntöjen avulla, vaan siinä on turvauduttava keskenään ristiriitaisten yhteiskunnallisten arvojen tai tavoitteiden tilannesidonnaiseen *punnintaan* ja keskinäiseen *tasapainottamiseen* (engl.: *weighing and balancing*).

Lainopin metodi on oikeussääntöjen tulkintaa ja systematisointia sekä oikeusperiaatteiden punnintaa ja keskinäistä tasapainottamista. Sen metodiopin yliveritaisesti kiinnostavin kysymys avautuu kuitenkin vasta yleisen ”tulkintaa ja systematisointia” -tyyppisen luonnehdinnan jälkeen:⁷⁰ *millaista oikeussääntöjen tulkintaa ja systematisointia sekä millaista oikeusperiaatteiden punnintaa?* Vastaus löytyy tutkijan omaksuman oikeudellisen *tulkintakehyksen* sekä sen taustalla vaikuttavan oikeustieteen *tieteenkuvan* eli lainopin *tulkintamatriisin* käsitteestä.⁷¹ Lainopin metodisen ohuuden ja epävarmuuden sekä oikeudellisessa päätelyssä käytettyjen tulkinta- ja ratkaisuperusteiden vahvan kohdesidonnaisuuden vuoksi on lisäksi syytä puhua vain *oikeudellisen metodiopin fragmenteista* eli *oikeudellisista metodifragmenteista* senkaltaisen yleistettävissä olevan metodin sijaan, joka soveltuisi yhtäläisesti kaikkiin ennalta ajateltavissa oleviin oikeudellisiin tulkinta-, systematisointi- tai punnintatilanteisiin.

Muussa oikeustieteellisessä tutkimuksessa sovellettava metodi on yhteinen sen taustalla vaikuttavan erityistieteen eli määrätyn *ihmistieteen*, *kulttuuritieteen* tai *yhteiskuntatieteen* kanssa. Oikeuden *ihmistieteellinen* analyysi soveltaa erilaisten ”psykotieteiden” työvälineistöä oikeuteen esimerkiksi psykologian, psykiatrian, psykoanalyysin tai käyttäytymistieteellisen lähestymistavan merkityksessä, jolloin keskeistä on tutkittavana olevan oikeudellisen ilmiön tai toimijan mentaalis-tajunnallisten rakenteiden ja prosessien tai alitajunnan lainalaisuuk-

sense of appropriateness developed in the profession and the public over time. (...) Yet we could not devise any formula for testing how much and what kind of institutional support is necessary to make a principle a legal principle, still less to fix its weight at a particular order of magnitude.”

⁷⁰ Vrt. Aarnio, ”Oikeussäännösten systematisointi ja tulkinta”, s. 53.

⁷¹ Vrt. luvut 6, ”Oikeustieteen tieteenkuva”, ja 8, ”Lainopin tulkintamatriisit”.

sien refleksiivinen tarkastelu, samoin kuin kohteen ulkoisesta käyttäytymisestä tehdyt havainnot. Oikeuden *kulttuuritieteellinen* analyysi soveltaa *tulkinnallista* ja *ymmärtävää* lähestymistapaa oikeuden yhteisöllis-kulttuuristen merkitysten ja merkitysrakenteiden tarkasteluun. Oikeuden *yhteiskuntatieteellinen* analyysi hyödyntää eri yhteiskuntatieteiden työvälineistöä oikeuteen eli empiiristen havaintojen tekoa oikeuden yhteiskunnallisista vaikutussuhteista, sanottujen ilmiöiden teoreettista mallintamista sekä ennusteiden laatimista oikeuden tulevisista vaikutuksista.

Oikeusteoria ja *oikeusfilosofia* soveltavat filosofian menetelmiä oikeudellisesti määrittyneiden ilmiöiden analysoimiseen. Menetelmänä on oikeuden *filosofinen analyysi* tai *reflektio*, missä ”analyysi” viittaa lähinnä analyyttiseen tutkimustraditioon ja ”reflektio” ei-analyyttiseen eli kontinentaaliseen filosofiaan. Kysymys, mitä oikeusfilosofia tai oikeusteoria on, on aidosti filosofinen pulma, johon annettu vastaus on riippuvainen tutkijan omaksumasta oikeus- ja filosofia-käsityksestä. Esimerkiksi analyyttisen oikeuspositivismin, analyyttisen oikeusrealismin, institutionaalisen oikeuspositivismin, oikeusfenomenologian, filosofisen pragmatismen, klassisen tai modernin luonnonoikeusfilosofian, eksistentiaalistisen oikeusfilosofian, marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian, feministisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian sekä Yhdysvaltain *Critical Legal Studies*-suuntauksen käsitys sovellettavasta oikeudellisesta metodiopista sekä oikeustieteen tieteenkuvan muista osatekijöistä poikkeaa merkittävästi toisistaan.

Toisaalta myös lainoppi saattaa soveltaa voimassa olevan oikeuden tulkintaan perusteita, jotka on johdettu oikeuden *ihmis-*, *kulttuuri-* tai *yhteiskuntatieteiden* tutkimustuloksista. Periaatteessa mitä tahansa muunkinlaista tutkimusta voidaan käyttää lainopin tulkinnallisen tiedonintressin aputieteenä. Niiden tuottamaa tietoa oikeudellisesti merkityksellisistä mentaalis-tajunnallisista rakenteista tai prosesseista sekä yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan lainalaisuuksista (= oikeuden ihmistieteet), oikeuden yhteisöllis-kulttuurisista merkityksistä ja merkitysrakenteista (= oikeuden kulttuuritieteet) sekä oikeuden yhteiskunnallisista vaikutuksista ja vaikutussuhteista (= oikeuden yhteiskuntatieteet), samoin kuin oikeuden määritelmällisistä tai muutoin filosofisessa katsannossa merkityksellisistä ominaisuuksista (= oikeusteoria ja oikeusfilosofia), on lupa käyttää oikeudellisen tulkinnan, systematisoinnin ja punninnan apuna.

Keskeistä saattaa olla esimerkiksi tieto vaihtoehtoisista tai mahdollisista oikeudellisista sääntely- ja ratkaisumalleista (= vertaileva oikeustiede; *de lege ferenda* -tutkimus), oikeuden kielen syntaktisista, semanttisista ja pragmaattisista ominaisuuksista (= oikeuslingvistiikka), oikeudesta merkkien ja merkitysten järjestelmänä (= oikeussemiotiikka), tuomarin ratkaisuheuristiikasta ja todistajan havainto- ja muistipsykologiasta (= oikeuspsykologia), tuomarin alitajuisten torjunta- tai preferenssimekanismien vaikutuksista oikeuden tulkintaan (= psykoanalyttinen oikeustiede), oikeuden historiallisen muutoksen tai muuttumatto-

muuden joko ideologis-aatteellis-kulttuurisista tai rakenteellis-taloudellis-sosiaalisista selitystekijöistä (= kulttuuriin tai sosiaaliin selityksiin tukeutuva oikeushistoria), joukkomittaisten oikeudellisten ilmiöiden noudattamista tilastollisista syy-yhteyksistä (= oikeudellinen tilastotiede), oikeuden yhteiskunnallisista vaikutuksista ja vaikutussuhteista (= oikeussosiologia), oikeudellisen sääntelyn taloudellisista vaikutuksista (= oikeustaloustiede), oikeudellisen sääntelyn vaikutuksista ihmisen fyysiseen elinympäristöön (= oikeusekologia), yhteisöllis-kulttuuristen symbolien, riittien ja rituaalien merkityksestä (= oikeusantropologia) tai oikeudellisten informaatio- ja tietojärjestelmien toimintaperiaatteista (= oikeusinformatiikka), joita kaikkia voidaan hyödyntää voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden tulkinnessa.

1.5. Tutkijanideologia

Tutkijanideologia eli *tutkijanpositio* viittaa tutkijan omaksumaan näkökulmaan oikeudellisesti määrittäneeseen tutkimuskohteeseensa. Tutkijanideologia voi olla joko *analyttis-deskriptiivinen* tai *normatiivis-kriittinen* tai näiden kahden yhdistelmä. Usein tai jopa tavallisesti yksittäisessä lainopin tutkimuksessa on aineksia molemmista, sekä analyttis-deskriptiivisestä että normatiivis-kriittisestä tutkijanpositiosta, jolloin tutkija pyrkii yhtäältä kuvaamaan kohdeneutraalilla tavalla voimassa olevan oikeuden tietynhetkistä merkityssisältöä *institutionaalisen tuomarireferenssin* avulla sekä toisaalta esittämään omakohtaisia tulkintasuosituksia siitä, miten voimassa olevaa oikeutta pitäisi tulkita, jotta tuo tulkinta olisi ideaalinen tai paras mahdollinen tutkijan itsensä sisäistämästä yhteiskuntaideologisesta näkökulmasta käsin.

Deskriptiivinen eli *analyttis-deskriptiivinen* tutkijanideologia viittaa ajatukseen, jonka mukaan tutkijan tulee pyrkiä tutkimuskohteensa mahdollisimman arvo-, ideologia- ja kohdeneutraaliin kuvaamiseen, analysoimiseen ja selittämiseen sellaisena kuin se yhteiskunnallisena tosiasiana on, oli varsinaisena tutkimuskohteena voimassa oleva oikeus vallitsevan tunnistamissäännön rajaamista institutionaalisista oikeuslähteistä johdettujen oikeussääntöjen sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden ratkaisustandardien merkityksessä (= oikeustiede *tulkintatieteenä*), oikeudellisesti merkitykselliset mentaalis-tajunnalliset rakenteet ja prosessit sekä yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan lainalaisuudet (= oikeustiede *ihmistieteenä*), oikeuden yhteisöllis-kulttuuriset merkitykset ja merkitysrakenteet (= oikeustiede *kulttuuritieteenä*), oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset ja vaikutussuhteet (= oikeustiede *yhteiskuntatieteenä*) tai oikeuden määritelmälliset tai yleisemmin filosofisessa katsannossa merkitykselliset ominaisuudet (= oikeustiede *oikeusteorian*). Tutkijan tulee rajata omat yhteiskunnalliset ja ideologiset prefe-

renssinsä tieteellisesti kontrolloitavissa olevan tutkimuksen ulkopuolelle ja pitäytyä arviointikriteereihin, jotka ovat objektiivisesti tai ainakin intersubjektiivisesti määritettävissä ja myös muiden arvioitavissa.

Lainopissa analyttis-deskriptiivinen tai *analyttis-realistinen* tutkijanideologia vastaa vallitsevan *doktriinin* näkökulmaa oikeuteen, missä *vallitseva tuomarideologia* eli tuomarien ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän oikeuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian sitoumukset on hyväksytty myös lainopin vakioituksi tutkimukselliseksi referenssiksi, jota vasten esitettyjen tulkinta-, systematisointi- ja punnintakannanottojen lainmukaisuutta ja oikeellisuutta arvioidaan. Tavoitteena on selvittää mahdollisimman arvo- ja kohdeneutraalilla tavalla *voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö* eli se, *mitä oikeus on*, kiinnittämällä tutkimuksen epistemologiset eli oikeuslähdeopilliset ja metodologiset eli argumentaatioteoreettiset sitoumukset Alf Rossin ja H.L.A. Hartin tarkoittamalla tavalla *institutionaaliseen tuomarireferenssiin*.

Oikeuden ihmis-, kulttuuri- tai yhteiskuntatieteellisessä analyysissä analyttis-deskriptiivinen tutkijanideologia tarkoittaa tutkimuskohdetta mahdollisimman kohde-, arvo- ja ideologianeutraalisti tarkastelevaa näkökulmaa, joka voi toteutua esimerkiksi arvioitaessa tuomarin tosiasiallista ratkaisuheuristiikkaa eli sitä, miten tai millaisten mentaalisten prosessien ja tajunnantilojen tuloksena tuomari todellisuudessa päätyi jutussa tiettyyn ratkaisuun (= *deskriptiivinen oikeuspsykologia*), oikeuden kielen ja tosiasiaassa toteutuneen oikeudellisen argumentaation erityispiirteitä ja suhdetta oikeusyhteisössä yleisesti käytettyyn luonnolliseen kieleen (= *deskriptiivinen oikeuslingvistiikka*), millaista kustannustehokkuutta, enemmän tai vähemmän optimaalista resurssiallokaatiota ja transaktiokustannusten kokonaistasoa voimassa olevan oikeuden säännöt ja periaatteet tosiasiallisesti toteuttavat yhteiskunnassa, ottamatta kantaa siihen, millaisen oikeudellisen sääntelyn avulla nuo tavoitteet voisi parhaiten saavuttaa (= *deskriptiivinen oikeustaloustiede*), tai millainen on rikoslain ja rikollisuustilanteen keskinäinen suhde (= *deskriptiivinen oikeussosiologia/kriminologia*). Oikeuden filosofisessa tutkimuksessa analyttis-deskriptiivinen tutkijanideologia liittyy etenkin oikeuden kielen ja oikeudellisen argumentaation tarkasteluun *analyttisen oikeusteorian* tarkoittamalla tavalla.

Kriittinen eli *kriittis-normatiivinen* tutkijanideologia viittaa ajatukseen, jonka mukaan tutkijan tulee liittää sisäistämänsä yhteiskuntaideologiset tai yleisesti arvosidonnaiset preferenssinsä avoimesti osaksi toteutettua tutkimusta. Tavoitteena on perustella *ideaalinen* tai *paras mahdollinen* tulkinta voimassa olevasta oikeudesta esimerkiksi ehdottoman yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden, optimaalisen taloudellisen kustannustehokkuuden ja resurssiallokaation, heikomman sopijapuolen suojelun, sukupuolisidonnaisen yhteiskunnallisen tasa-arvon tai minkä tahansa muun tutkijan itsensä sisäistämän yhteiskunnallisen

ideaalin tai arvopäämäärän perusteella, oli varsinaisena tutkimuskohteena voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö (= oikeustiede *tulkintatieteenä*), oikeudellisesti merkitykselliset mentaalis-tajunnalliset rakenteet ja prosessit sekä yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan lainalaisuudet (= oikeustiede *ihmistieteenä*), oikeuden yhteisöllis-kulttuuriset merkitykset ja merkitysrakenteet (= oikeustiede *kulttuuritieteenä*), oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset ja vaikutussuhteet (= oikeustiede *yhteiskuntatieteenä*) tai oikeuden määritelmälliset, olemukselliset tai käsitteelliset kriteerit ja suhde yhteisölliseen oikeudenmukaisuuteen (= oikeustiede *oikeusfilosofiana*).

Lainopissa normatiivis-kriittistä tutkijanideologiaa vastaa *vaihtoehtoinen, kriittinen* sekä avoimen *poliittinen* lainoppi, jonka julkilausuttuna tavoitteena on tuottaa (vain) mahdollisia, ideaalisia tai parhaita mahdollisia mutta samalla toteutettavuudeltaan vain enemmän tai vähemmän epätodennäköisiä oikeudellisia tulkintasuosituksia voimassa olevasta oikeudesta johonkin muuhun oikeus- ja yhteiskuntaideologiaan kuin vallitsevan tuomarinideologian käsittämiin institutionaalisen oikeuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian sitoumuksiin kiinnittyen. Oikeuden vaihtoehtoisen tulkinnan, systematisoinnin ja punninnan lähtökohtana voi olla esimerkiksi marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntaideologian käsitys oikeudesta ja yhteiskunnasta (= *vaihtoehtoinen lainoppi*), yleistetty heikomman sopijapuolen erityisintressien suojeleminen (= *sosiaalinen siviilioikeus*), naisten tai yleisemmin erilaisten aiemmin syrjittyjen väestöryhmien tietoinen suosiva erityiskohtelu (= *naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus*) tai taloudellisen kustannustehokkuuden ja optimaalisen resurssiallokaation toteuttaminen yhteiskunnassa (= *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi*).

Oikeuden ihmis-, kulttuuri- tai yhteiskuntatieteellisessä analyysissä normatiivis-kriittinen tutkijanideologia viittaa tutkimuskohdetta avoimesti arvottavaan näkökulmaan, joka voi toteutua esimerkiksi arvioitaessa, miten todistajanpsykologiaa tai uhripsykologiaa voitaisiin parhaiten hyödyntää oikeusprosessissa aineellisen totuuden selvittämiseksi (= *normatiivinen oikeuspsykologia*), miten oikeuden kielellistä ymmärrettävyyttä ja ”läpinäkyvyyttä” voitaisiin parhaiten lisätä kansalaisten oikeudellisen tiedonsaannin lisäämiseksi (= *normatiivinen oikeuslingvistiikka*), miten suurinta mahdollista taloudellista kustannustehokkuutta, optimaalista resurssiallokaatiota ja transaktiokustannusten minimointia yhteiskunnassa voitaisiin toteuttaa lainsäädännön ja oikeudenkäytön avulla (= *normatiivinen oikeustaloustiede*) tai miten parhaiten voitaisiin vähentää ja ennalta ehkäistä rikollisuutta (= *normatiivinen kriminologia*). Oikeuden filosofisessa tutkimuksessa oikeutta arvottava näkökulma liittyy etenkin oikeuden ja yhteisöllisen oikeudenmukaisuuden suhdetta arvioivaan kontinentaaliseen, ei-analyttiseen oikeusfilosofiaan esimerkiksi oikeusförmienologian, oikeusteologian ja aristotelis-uustomistisen luonnonoikeusfilosofian avoimen normatiivistien yhteiskunnallisten sitoumusten merkityksessä.

Lainopissa tutkijanideologian vaihtoehdot voidaan ilmaista kokoavasti seuraavasti:

- a) *oikeus yhteiskunnallisena tosiasiana*: oikeus tosiasiallisesti toteutuneena ja myös tulevaisuudessa todennäköisesti toteutettavissa olevana yhteiskunnallisena tosiasiana eli niiden oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena, joille tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat ovat antaneet oikeussuojaa ja joille ne vallitsevan *tuomariniideologian* käsittämien institutionaalisen oikeuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian käsittämien sitoumusten perusteella tulevat todennäköisesti myös tulevaisuudessa antamaan tehokasta oikeussuojaa, tai
- b) *oikeus yhteiskunnallisena ideaalina* tai *yhteiskunnallisena mahdollisuutena*: paras mahdollinen mutta samalla toteutettavuudeltaan (ainakin toistaiseksi) vain enemmän tai vähemmän epätodennäköinen tulkinta voimassa olevan oikeuden säännöistä ja periaatteista vallitsevasta eli tuomarien ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien sisäistämästä tuomariniideologiasta poikkeavan oikeudellisen ja/tai yhteiskuntaideologian perusteella, jolloin käsitys oikeuden tulkinnasta, systematisoinnista ja punninnasta voidaan kytkeä esimerkiksi marxilaiseen oikeus- ja yhteiskuntaideologiaan (= *vaihtoehtoinen lainoppi*), yleistettyyn heikomman sopijapuolen intressien suojaamiseen (= *sosiaalinen siviilioikeus*), sukupuolisidonnaisen yhteiskunnallisen tasa-arvon edistämiseen tai yleisemmin erilaisten syrjittyjen vähemmistöjen yhteiskunnallisen aseman parantamiseen (= *nais-oikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus*) tai taloudellisen kustannustehokkuuden maksimointiin, transaktiokustannusten minimoointiin sekä optimaaliseen yhteiskunnalliseen resurssiallokaatioon (= *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi*).

Viime kädessä tutkijanideologian valinnoissa on siis kyse siitä, sidotaanko voimassa olevan oikeuden sisällöstä esitetyt oikeudelliset tulkinta-, systematisointi- ja punnintalauseet *institutionaaliseen tuomarireferenssiin* vaiko johonkin muuhun, tutkijan itsensä preferoimaan oikeus- ja yhteiskuntaideologiaan.

Ajatus *täydellisen* kohde-, arvo- ja ideologiavapaasta ja objektiivisesta tutkijanäkökulmasta ei ole lainopissa mahdollinen edes analyttis-deskriptiivisen tutkijanideologian premisien vallitessa. Lainoppi on määritelmällisesti teksti- ja merkityssidonnainen *tulkintatiede*, jonka tuottamat oikeuslauseet eli oikeudelliset tulkinta-, systematisointi- ja punnintalauseet ovat sidoksissa institutionaaliseen tuomarireferenssiin eli vallitsevan tuomariniideologian oikeuslähdeopillisiin ja argumentaatioteoreettisiin sitoumuksiin joko niiden hyväksymisen tai torjumisen merkityksessä, viitaten yhtäältä analyttis-deskriptiivisen ja toisaalta normatiivis-kriittisen lainopin tutkijanideologisiin sitoumuksiin. Voimassa olevan oikeuden tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseen ei ole oikotietä ohi oikeuden tunnistamissäännön osoittamien institutionaalisten (ja ei-institutionaalisten)

oikeuslähteiden, minkä vuoksi lainopin tuottamia tulkinta-, systematisointi- ja punnintalauseita rasittaa määritelmällinen tiedollinen *epävarmuus*. Lainopin tuottamat oikeuslauseet eivät ole luonnontieteiden lauseiden tavoin ainakaan välittömästi empiirisesti koeteltavissa eli todennettavissa eli verifioitavissa tai kumottavissa eli falsifioitavissa olevia väitteitä empiirisen todellisuuden ilmiöistä eivätkä myöskään logiikan tai matematiikan lauseita, joiden totuus tai epätoisuus on johdettavissa suoraan sovellettavista käsitelmääritelmistä ja päättelysäännöistä.⁷²

Kyse on sen sijaan enintään *totuudenkaltaisista* (engl.: *truthlikeness*; lat.: *verisimilitude*) väitteistä, joiden totuusarvo on määritelmällisesti vain *likiarvoinen* tai *likimääräinen* suhteessa tuleviin tuomioistuinratkaisuihin ja muihin viranomaispäätöksiin tässä tutkimuksessa omaksuttujen analyyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin käsittämien tieteenteoreettisten premisien alaisuudessa. Tanskalaisen Alf Rossin analyyttinen ja realistinen lähestymistapa oikeuteen yhdistää yhtäältä *behavioristisia* eli tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien tulevaan ratkaisukäyttäytymiseen liittyviä tekijöitä sekä toisaalta *ideologisia* eli tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämään normatiiviseen ratkaisuideologiaan liittyviä tekijöitä.⁷³ Vain oikeudellisen *tulkintakehyksen* eli tulkinta-avaimen avulla erilaiset yhteiskunnalliset ilmiöt ovat tunnistettavissa oikeudellisesti merkityksellisiksi ilmiöiksi. Samoin Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin institutionaalinen oikeuspositivismi sisältää määritelmällisesti sääntösidonnaisen ja siten tulkinnallisen elementin, jonka avulla määrätyille yhteisöllisille ilmiöille annetaan oikeudellinen merkitys. Täydellisesti lainopin tulkinnallista elementtiä ei sen vuoksi voi sivuuttaa, poistaa tai sulkeistaa tutkimuksen ulkopuolelle ilman, että lainoppi humanistisena tulkintatieteenä tulee samalla lakkauteuksi ja määritellyksi uudelleen esimerkiksi käyttäytymistieteen (Antti Kivivuori), empiirisen oikeussosiologian (Esko Riepula) tai politologian (Antero Jyränki) merkityksessä.⁷⁴

1.6. Tieteenkuva

Tieteenkuva on määrätyn tieteenalan *tieteenteoreettisten* eli *ontologisten*, *epistemologisten*, *metodologisten* ja *loogis-lingvististen* liittyvien sitoumusten kokonaisuus. Tutkijan *aksiologiset* eli arvoperustaiset ja yhteiskuntaideologiset eli poliittiset sitoumukset liittyvät sanottujen tieteenkuvan määreiden valintaan.

⁷² Esimerkkeinä analyyttisestä totuudesta ovat logiikan lause ” $a = a$ ” ja matematiikan lause ” $2 + 2 = 4$ ”.

⁷³ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 41–66.

⁷⁴ Vrt. luku 3.2.4. ”Lainopin suhde empiirisiin yhteiskuntatieteisiin”.

Lainopissa käytän termin ”tieteenkuva” rinnalla myös termiä *tulkintamatriisi*, viitaten lainopillisessa tutkimuksessa omaksuttujen *konstitutiivisten* (= *ontologisten*), *oikeuslähdeopillisten* (= *epistemologisten*), *argumentaatioteoreettisten* (= *metodologisten*) ja *semanttis-käsitteellisten* (= *loogis-lingvististen*) määreiden ja sitoumusten kokonaisuuteen.⁷⁵

Ontologia tutkii todellisuuden perimmäistä luonnetta ja rakennetta eli sitä, mitä on (olemassa). Oikeuden ontologiaan eli oikeuden *konstitutiivisiin* sitoumuksiin kuuluu muun muassa kysymys oikeuden määrittelystä esimerkiksi oikeudellisten konstituutiosääntöjen eli oikeussääntöjen muodollista voimaantuloa, transformaatiota, täytäntöönpanoa ja derogaatiota koskevien lainsäätäjän ja tuomioistuinten sääntösidonnaisten, *institutionaalisten puhetekojen* avulla, samoin kuin kysymys muodollisesti velvoittavien oikeussääntöjen suhteesta tosiasialliseen tuomioistuin- ja viranomaiskäytäntöön tai kysymys yhtäältä oikeussääntöjen ja toisaalta oikeusperiaatteiden ja vastaavien ratkaisustandardien ek-sistenssistä ja merkityksestä tuomarin ratkaisuharkinnassa. Analyyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin premissien vallitessa modernin positiivisen oikeuden konstituutioehdot ovat palautettavissa lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien sekä siviilioikeudellis-ta disponointikelpoisuuttaan asianmukaisesti hyödyntävien oikeussubjektien sääntösidonnaisiin puhetekoihin (engl.: *speech acts*), joiden avulla voimassa olevan oikeuden sääntöjä – ja siten yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettuja oikeuksia ja velvollisuuksia – voidaan luoda, muuttaa, toteuttaa oikeusvaikutuk-siltaan sekä kumota.

Epistemologia eli tieto-oppi arvioi inhimillisen tiedon perusteita ja arviointi-kriteereitä. Kysymys voimassa olevaa oikeutta koskevan tiedon rajoista ja perus-teista kääntyy oikeudellisessa kontekstissa institutionaalisen *oikeuslähdeopin* kysymykseksi: mihin tietomme oikeudesta perustuu, ja miten (voimassa oleva) oikeus on identifioitavissa eli erotettavissa ”ei-oikeudesta”? Analyyttisen oikeuspositivismin tai oikeusrealismin oppitraditiossa oikeudellisen tiedon viime-kätisenä kriteerinä on saattanut olla *transsendentaalis-looginen perusnormi* (saks.: *Grundnorm*), tuomarien ja muiden lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistä-mä *tuomarinideologia* vallitsevan oikeuslähde- ja laintulkintaopin sitoumusten merkityksessä (tansk.: *den normative ideologi der besjæler dommeren*)⁷⁶ tai oikeuden viimekätinen *tunnistamissääntö* (engl.: *ultimate rule of recognition*), kuten itävaltalaisen Hans Kelsenin, tanskalaisen Alf Rossin tai englantilaisen H.L.A. Hartin oikeusajattelussa.

Metodologia eli metodioppi vaihtelee tieteenalakohtaisesti määrittyvän tutki-muskohteen sekä omaksutun tutkimuksellisen tiedonintressin mukaan. Lainopin

⁷⁵ Käsitteen lainopin tieteenkuvaa perusteellisemmin luvussa 6, ”Oikeustieteen tieteenkuva”.

⁷⁶ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56.

tulkinnallinen tiedonintressi määrittää ja rajaa lainopillista tutkimusmetodia siten, että keskeistä on vallitsevan tunnistamissäännön rajaamien institutionaalisten oikeuslähteiden tulkinnallinen *teksti-* ja *merkitysanalyysi* oikeudellisen metodiopin käsittämien oikeudellisten argumentaationsääntöjen tarkoittamalla tavalla. Oikeudellinen *tulkintaoppi* vastaa kysymykseen, miten voimassa olevaa oikeutta tulee tai on perusteltua tulkita vallitsevien oikeudellisten argumentaationsääntöjen sekä omaksutun tulkintakehyksen alaisuudessa. Oikeudellinen systematiikka rajaa oikeuden semanttisesti ja oikeudellisesti mahdollisten tulkintavaihtoehtojen alan, ja tulkintaoppi vastaa kysymykseen, millainen painoarvo eri tulkintaperusteille tulee yksittäisessä oikeudellisessa tulkintatilanteessa antaa. Vastaus lainopin metodologian keskeiskysymykseen – *millaista oikeussääntöjen tulkintaa ja systematisointia?* sekä *millaista oikeusperiaatteiden punnintaa?* – löytyy yhtenäisen oikeudellisen *tulkintamatriisin* käsitteestä, niin kuin jäljempänä tarkemmin perustelen.⁷⁷ Lainopin metodisen ohuuden ja juristikunnan puutteellisen metodisen itseymmärryksen vuoksi on parempi puhua *metodiopin fragmenteista* yleistettävissä olevan lainopin metodin sijaan, joka soveltuisi yhtäläisesti kaikkiin oikeudellisiin soveltamistilanteisiin.⁷⁸

Oikeudellinen logiikka ja lingvistiikka eli lainopin *loogis-syntaktiset ja semanttiset* sitoumukset sisältävät tutkimuksellisen kannanoton esimerkiksi oikeudellisten käsitteiden vakioitua systeemiä luovaan ja ylläpitävään vaikutukseen tai niiden tehtävään pelkkinä teknisinä termeinä eli kielenkäyttöä lyhentävinä apukäsitteinä, viitaten käsitelainopin ja analyyttisen oikeustieteen keskeisvääntämiin. Sosiaalisen siviilioikeuden ja naisoikeustutkimuksen esittämä kritiikki, jonka mukaan abstrakti oikeudellinen käsitteistö sivuuttaa heikomman suojan tai naisten yhteiskunnalliset erityisintressit, kuuluu osaltaan lainopin tieteenkuvan lingvistis-käsitteellisten sitoumusten alaan. Yleisesti lingvistis-käsitteelliset sitoumukset viittaavat oikeuden kielen *loogisiin* ja *lingvistisiin* sitoumuksiin esimerkiksi oikeudellisten käsitteiden referentiaalisuuden, systeemisen vakioitavuuden ja formalisoitavuuden tai argumentatiivisen avoimuuden sekä yleiskielen tai juridisen erityiskielen mukaisen semanttisen referenssin merkityksessä.

Luonnonoikeusfilosofian, oikeusfenomenologian, oikeusteologian, oikeushermeneutiikan, marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian, feministisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian tai eksistentiaalisen oikeusfilosofian omaksumien tutkimuksellisten premissien alaisuudessa oikeustieteen tieteenteoria määriteltäisiin varsin eri tavoin. Esimerkiksi luonnonoikeusfilosofia ja oikeusteologia arvioivat oikeutta ehdottoman yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden näkökulmasta, ja sen vuoksi oikeudellisen ontologian, epistemologian,

⁷⁷ Käsitteiden lainopin tulkintamatriiseja luvussa 8, ”Lainopin tulkintamatriisit”.

⁷⁸ Palaan kysymykseen lainopin metodiopista luvuissa 7, ”Tieteellinen metodi”, ja 9, ”Oikeudellisen metodiopin fragmentteja”.

metodologian ja lingvistiikan sitoumukset määriteltäisiin sen mukaisesti, ja oikeudellinen aksiologia sijoitettaisiin luonnonoikeusopillinen tietomuodon ehdotomaan keskiöön. Marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia korostaa oikeuden sidonnaisuutta yhteiskunnan taloudelliseen perustaan, jolloin tieto oikeudesta on palautettavissa viime kädessä pääoman liikelakien alaisuuteen. Eksistentiaalistinen oikeusfilosofia painottaa oikeuden liittymiä ihmisen eksistenssiä tai ”maailmassa-olemista” jäsentäviin merkitysrakenteisiin, jolloin myös tieto oikeudesta määritellään vastaavasti, ja niin edelleen.

Analyttisen oikeuspositivismin tai oikeusrealismin sekä institutionaalisen oikeuspositivismin tieteenteoreettisten premissien alaisuudessa lainopin *aksiologiset* sitoumukset, jotka Aarnio on erottanut omaksi tieteenkuvan määreiden ryhmäkseen,⁷⁹ liittyvät nähdäkseni oikeustieteen tieteenkuvan tai lainopillisen tulkintamatriisiin käsittämiin tutkimuksellisiin valintoihin suhteessa oikeuden ontologisiin, epistemologisiin, metodologisiin ja loogis-lingvistisiin sitoumuksiin. Tutkijan aksiologiset sitoumukset eivät siis oman käsitykseni mukaan muodosta lainopillisen tulkintamatriisin itsenäistä osiota, vaan ne ovat yhteenliittyneinä modernia oikeutta ja oikeustiedettä määrittävän tieteenkuvan muihin osatekijöihin ja ohjaavat valintaa lainopin eri tulkintamatriisien välillä: painotetaan ko lainsäädäntö- ja tuomarinideologian mukaisia näkökohtia ja teknistä oikeusasema-analyysiä (= analyttinen oikeustiede), heikomman sopijapuolen suojaa (= sosiaalinen siviilioikeus), naisten sukupuolisidonnaisia yhteiskunnallisia intressejä (= naisoikeustutkimus) vaiko esimerkiksi taloudellista kustannustehokkuutta (= oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi) oikeuden konstitutiivisia, episteemisiä, metodisia ja loogis-lingvistisiä määreitä arvioitaessa. Osana oikeuslähteopin ja metodiopin määreitä aksiologiset muuttujat vaikuttavat esimerkiksi siihen, missä suhteessa määrätty lainopin tutkimus on yhtäältä vallitsevaan ja toisaalta vaihtoehtoiseen tai kriittiseen oikeusoppiin. Osana oikeuden ontitikonstitutiivisia määreitä oikeudellinen aksiologia vaikuttaa siihen, miten tahdonvaltaisesti muutettavina voimassa oleva oikeus mielletään yhtäältä oikeussääntöjen ja toisaalta oikeusperiaatteiden ja muiden ratkaisustandardien merkityksessä. Osana oikeuden lingvistis-käsitteellisiä määreitä oikeudellinen aksiologia vaikuttaa tapaan, jolla oikeudelliset ilmiöt ovat ylipäättään kielellisesti käsitteellistettävissä, esimerkiksi oikeuskäsitteiden yleisyyden ja abstraktisuuden tai tilannesidonnaisen konkreettisuuden merkityksessä.

Oikeuden *normiloogiset* eli *deonttiset* määreet viittaavat oikeusnormin käsitämisen deonttisen operaattorin kvalifioimiseen yhtäältä oikeudellisen *pitämisen* (saks.: *Sollen*) tai oikeudellisen *voimisen* (saks.: *Dürfen*) merkityksessä, toisaalta *ehdottoman* tai *ehdollisen* normatiivisen eli deonttisen relaation merkityksessä.

⁷⁹ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 58–61.

Oikeudellinen pitäminen viittaa ensiasteen oikeudellisiin velvoitenormeihin eli oikeussubjekteille kohdennettuja oikeuksia ja velvollisuuksia määrittäviin oikeussääntöihin tai oikeusperiaatteisiin, kun taas oikeudellinen voiminen viittaa toisen asteen kelpoisuus- ja täytäntöönpanonormeihin eli oikeussääntöihin tai oikeusperiaatteisiin, joiden tarkoittamalla tavalla ensiasteen oikeussäännöt ovat luotavissa, muutettavissa, pantavissa täytäntöön ja kumottavissa. Oikeussäännöt perustavat vahvan eli *ehdottoman* deonttisen relaation määrätyn oikeustositseikaston ja määrätyn oikeusseuraamuksen välille: kun sanottu tosiseikasto on toteutunut, tuomarilla on oikeudellinen velvollisuus tai oikeudellinen kelpoisuus toimia oikeusnormin tarkoittamalla tavalla. Oikeusperiaatteet perustavat vain heikon eli *ehdollisen* deonttisen relaation määrätyn oikeustositseikaston ja määrätyn oikeusseuraamuksen välille: kun sanottu tosiseikasto on toteutunut, tuomarilla on vain ehdollinen oikeudellinen velvollisuus tai oikeudellinen kelpoisuus toimia oikeusnormin tarkoittamalla tavalla, jollei muita väliintulevia yhteiskunnallisia arvo- tai tavoitesidonnaisia perusteita katsota käsillä olevassa tapauksessa suhteelliselta painoarvoltaan sanottua oikeusperiaatetta painavammiksi.⁸⁰ Oikeuden normilooget eli deonttiset määreet ovat edellytettynä oikeuden ontologisissa määreissä, eivätkä ne siten vaikuta itsenäisenä tieteenkuvan osatekijänä.

Oikeuden *ihmistieteellisessä*, *kulttuuritieteellisessä* ja *yhteiskuntatieteellisessä* tutkimuksessa sovellettavat episteemiset, metodiset ja käsitteelliset sitoumukset ovat yhteiset kyseisen taustalla vaikuttavan erityistieteen vastaavien sitoumusten kanssa. Esimerkiksi oikeushistoria soveltaa yleisen historian tutkimuksen tieto-opillisia, metodiopillisia ja lingvistis-käsitteellisiä sitoumuksia oikeudellisesti määrittäneeseen tutkimuskohteeseen, ja oikeussosiologia tai oikeustaloustiede on vastaavassa suhteessa yleiseen sosiologiaan ja yleiseen taloustieteeseen.

Tutkimuskohteen edellytetty *oikeudellisuus* tarkoittaa, että myös oikeuden ihmistieteellisessä, kulttuuritieteellisessä ja yhteiskuntatieteellisessä tutkimuksessa samoin kuin oikeusteoriassa tutkimuksen ontologiset sitoumukset on suhteutettava lainopin tutkimuksen vastaaviin sitoumuksiin siltä osin kuin on kyse *analyttis-deskriptiivistä* tutkijanideologiaa noudattavasta tutkimuksesta: jotta olisi kyse kriminologiasta eikä yleisesti poikkeavuuden sosiologiasta, tutkimuskohde tulee määritellä suhteessa voimassa olevan rikosoikeuden sääntöihin; jotta olisi kyse tuomarin- tai todistajanpsykologiasta, tutkimuskohde täytyy määritellä tuomarin tai todistajan konstitutiivisia prosessioikeuden alaan kuuluvia sääntöjä vasten; jotta olisi kyse oikeuslingvistiikasta, sen tutkimuskohde täytyy määritellä tuomarien, viranomaisten ja/tai kansalaisten tuottamaa oikeudellista puhuntaa vasten; ja jotta olisi kyse oikeudellisesta tilastotieteestä, sen tilastoimat katego-

⁸⁰ Vahvan ja heikon imputaation käsitteistä, Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 41–43.

riat on määriteltävä voimassa olevan oikeuden sääntelyä vasten. Jos on sitä vastoin kyse *normatiivis-kriittiseen* tutkijanideologiaan sitoutuneesta oikeuden ihmistieteellisestä, kulttuuritieteellisestä tai yhteiskuntatieteellisestä tutkimuksesta tai oikeusfilosofiasta, myös tutkimuskohteen ontologian määrittely on vapaampi suhteessa lainopin oikeudelliseen tiedonintressiin. Tutkimuskohteena ei tällöin ole oikeus toteutuneena ja toteutettavissa olevana yhteiskunnallisena tosiasiana vaan oikeus saavuttamattomana yhteiskunnallisena ideaalina, ”se mikä on oikein Jumalan edessä”⁸¹ tai oikeus, joka on ”sateenkaaren tuolla puolen”.⁸²

Oikeutta koskevat konstitutiiviset, oikeuslähdeopilliset, metodiset ja lingvistis-käsitteelliset sitoumukset muodostavat yhdessä lainopin *tulkintamatriisin*. Lainopillisia tulkintamatriiseja on monilukuinen joukko käsitelainopista ja analyttis-funktionaalista oikeustieteestä marxilaiseen vaihtoehtoiseen lainoppiin, sosiaaliseen siviilioikeuteen, pragmaattiseen instrumentalismiin eli *reella överväganden* -juridiikkaan ja oikeustaloustieteelliseen laintulkintaoppiin, oikeusperiaatteiden punnintamalliin, kriittiseen oikeuspositivismiin, naisoikeus- ja tasa-arvotutkimukseen sekä perusoikeuskeskeiseen laintulkintaoppiin. Tulkintamatriisi määrittää sovellettavan *tulkintakehyksen* eli ylipäättään mahdollisen oikeudellisen tulkinnan rajat. Yksittäisen oikeussäännön tulkinta tai yksittäisen oikeusperiaatteen punninta saa varsin erilaisen sisällön sen mukaan, onko lainopin tutkija hyväksynyt vallitsevan lainsäädäntö- ja tuomariniideologian, heikomman sopijapuolen suojelun, yhteiskunnallisen tasa-arvon ja naisten tietoisuuden suosivan erityiskohtelun vai esimerkiksi taloudellisen kustannustehokkuuden sovellettavaksi tulkinta- tai punnintakehykseksi.

1.7. Tutkimustulokset

Tutkimustulokset viittaavat tutkimuksessa tavoiteltaviin tai jo saavutettuihin lopputuloksiin perusteluineen. Lainopissa tavoitteena on *perusteltujen tulkinta-, systematisointi- ja punnintalauseiden* tuottaminen voimassa olevan oikeuden tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä. Oikeuden ihmis-, kulttuuri- ja yhteiskuntatieteellisessä tutkimuksessa pyrkimyksenä on lisätä olemassa olevaa tietoa oikeudellisesti merkityksellisistä mentaalisista faktoista sekä yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan lainalaisuuksista (= oikeustiede *ihmistieteenä*), oikeuden yhteisöllis-kulttuurisista merkityksistä ja merkitysrakenteista (= oikeustiede *kulttuuritieteenä*) tai oikeuden yhteiskunnallisista vaikutuksista ja vaikutussuhteista (= oikeustiede *yhteiskuntatieteenä*). Oikeusteorian ja oikeusfilosofian tutkimuksellisenä tavoitteena on saavuttaa oikeustieteen muita osalohkoja syvällisempi käsitys oikeuden määritelmällisistä tai muutoin filosofisessa kat-

⁸¹ Minkkinen, *Thinking without Desire*, s. 168.

⁸² Sivenius, ”The Law and the Rainbow”, s. 239–244.

sannossa merkityksellisistä ominaisuuksista (= oikeustiede *oikeusfilosofiana*).

Kaiken tieteellisen tutkimuksen tavoitteena ja keskeisideana on uuden tiedon tuottaminen todellisuudesta. Niinpä myös oikeustieteellisen tutkimuksen tavoitteena on uuden tiedon tuottaminen oikeudesta ja yhteiskunnasta, ei vain sen orjallinen toistaminen, mikä on jo entuudestaan tunnettua. Niinpä H.L.A. Hartin ja Lon L. Fullerin oikeusteoriasta esittämän metodiohjeen voi yleistää kaikkeen ihmisen, oikeuden ja yhteiskunnan tutkimiseen:⁸³

”... a book on legal theory ought not to be merely ‘a book from which one learns what other books contain’.”

Tutkimuksellisen omaehtoisuuden vaatimus koskee yhtäläisesti oikeuden *tulkintatieteellistä*, *ihmistieteellistä*, *kulttuuritieteellistä* ja *yhteiskuntatieteellistä* tutkimusta sekä *oikeusteoriaa* ja *oikeusfilosofiaa*. Keskeistä on yhtäältä tutkimuksellisen oppitradition jatkamisen, toisaalta tutkimuksellisen tiedonlisän tuottamisen keskinäissuhde. Oikeuden ihmis-, kulttuuri- ja yhteiskuntatieteellisessä tutkimuksessa vaatimus tutkimuksellisen tiedonlisän tuottamisesta on johdettu tieteenalan taustalla vaikuttavan erityistieteen kriteereistä, esimerkiksi psykologian, historiantutkimuksen, sosiologian tai taloustieteen tutkimuksellisten sitoumusten merkityksessä. Vaatimus tutkimuksellisen tiedonlisän tuottamisesta on tavallisesti itsestään selvä, eikä erityisiä ongelmia tässä suhteessa yleensä ole: myös oikeustieteen tehtävänä on tuottaa uutta tietoa ihmisestä, oikeudesta ja yhteiskunnasta eikä vain toistaa sitä, mikä on jo entuudestaan tunnettua tai triviaalia. Tutkimukselliset mallit ja esikuvat ovat olemassa vain opillisen tradition edelleen kehittelyä, kriittistä arviointia ja ajatuksellista ylittämistä varten. Lyhyesti: *tradition avulla tradition yli*.⁸⁴

Lainoppi on oikeustieteen käsittämistä tutkimusaloista yhtä kaikki pulmallisin suhteessa vaatimukseen tutkimuksellisten kontribuutioiden eli tutkimuksellisen tiedonlisän tuottamisesta. Niinpä Markku Helin on voimakkaasti korostanut opillisen tradition jatkamisen ja ylläpitämisen merkitystä lainopissa:⁸⁵

”Kun alakohtaiseen eliittiin on lunastettu pääsy, lainoppinut voi suorittaa varsinaisen elämäntyönsä. Tehtävänä on huolehtiminen oman alansa tradition säilymisestä ja kehittämisestä. Tutkija toisin sanoen uusintaa eli toistaa alansa konstitutiivisia sääntöjä, eksplikoi, täsmentää ja parhaassa tapauksessa muuntaakin niitä. Että myös säännön toistaminen on arvokasta toimintaa, on helppoa ymmärtää, kun muistetaan, että säännön olemassaolo tarkoittaa alakohtai-

⁸³ Hart, *The Concept of Law*, s. VI; Fuller, *The Morality of Law*, s. 95.

⁸⁴ Tai tieteissarja *Star Trekin* ensimmäisen tuotantokauden komeaa tunnuslausetta lainaten: *to boldly go where no man has gone before*.

⁸⁵ Helin, ”Kieli oikeustodellisuuden rakentajana”, s. 1035 (kursivointi lisäetty). Palaan kysymykseen tradition merkityksestä lainopissa luvussa 7.5. ”Lainopin metodi”.

sen eliitin suhteellista yksimielisyyttä ja että tuo yksimielisyys on normaalisti haettava esiin kirjallisista lähteistä. Konstitutiivisten sääntöjen esoteerisen luonteen vuoksi tarvitaan tradition kannattelemista, sen vahvistamista, että jokin sääntö on edelleen voimassa olevaa oikeutta. *Suuri osa lainopillisten esitysten sisällöstä onkin sen toistamista, mitä muut ovat aiemmin sanoneet, ja niin täytyy ollakin. Tradition päälle voi sitten rakentaa vähän omaa.*”

Lainoppi on ajallisesti kumuloituvaa oppineiden *reunahuomautusten taitoa*, missä tutkimuksen traditiosidonnaisuus on olennaisesti vahvempi kuin luonnon-tieteissä tai oikeutta ihmistieteiden, kulttuuritieteiden tai yhteiskuntatieteiden menetelmin tutkivilla aloilla. Tieteelliset vallankumoukset tai äkilliset oikeudellisen tulkintamatriisin vaihdokset Thomas S. Kuhnin tieteensosiologian tarkoitamassa mielessä ovat jokseenkin harvinaisia teksti-, tulkinta- ja merkityssidonnaisessa lainopissa, joka on pysynyt uskollisena keskiajan *glossaattorien*, *kommentaattorien* sekä katolisen kirkon oikeutta tutkineiden *kanonistien* eli *dekretalistien* opilliselle perinnölle liki vuosituhat Inneriuksen ensimmäisten *Corpus Iuris Civilis* -luentojen jälkeenkin: oikeuden yhteiskunnallisen kontekstin muutoksista huolimatta lakitekstin laveisiin tekstimarginaaleihin punotaan yhä monikerroksista ja kumuloituvaa tekstiä systematisoivien ja tulkitsevien oikeuslauseiden kudelmia.⁸⁶

Nykyisen kaltainen lainoppi syntyi Italiassa Bolognan yliopistossa 1100-luvulla, kun Innerius ja hänen oppilaansa eli *glossaattorit* sekä myöhemmin keskiajalla *kommentaattorit* alkoivat laatia *glossia* eli oppineita reunahuomautuksia, tekstikommentteja ja opillisia selityksiä roomalaisen oikeuden koonnoksen *Corpus Iuris Civilis*en laveisiin tekstimarginaaleihin. *Kanonistit* eli dekretalistit toteuttivat samaa tehtävää katolisen kirkon säädösten, kuten paavien käskykirjeiden, osalta. Kun oikeusoppineiden sukupolvi toisensa jälkeen kirjoitti omat tekstiglossansa *Corpus Iuris Civilis*en sekä edeltäjiensä jo laatimien kommenttien varaan, syntyi vähitellen laaja ja monikerroksinen kommentaarikirjallisuus roomalaisen oikeuden keskeiskysymyksistä. Moderni lainoppi oli syntynyt.

Lakitekstin marginaaleissa lainoppi on sen jälkeen – kuvaannollisesti sanoen – pysytellytkin. Tosin laajat lainopilliset kommentaaritekstit eivät enää sovi fyysisesti nykyisen lakikirjan kapeisiin tekstireunuksiin, vaan ne julkaistaan erillisinä lainopillisina selitysteoksina esimerkiksi perintökaaren, osakeyhtiölain, rikoslain tai verolakien kommentaarien muodossa. Modernin lainopin idea on yhtä kaikki sama kuin keskiajan *oppineiden reunahuomautusten taitajilla*: kahden tekstin muodostama kokonaisuus, jossa lainopillinen *kommentaariteksti* tulkitsee, selittää ja yhtenäistää *kohdetekstiä* eli tulkinnan kohteena olevaa lakitekstiä tai muuta kirjallisessa muodossa annettua oikeuslähdeaineistoa, kuten virallista

⁸⁶ Vrt. Siltala, *Johdatus oikeusteoriaan*, s. 20–22.

lainvalmisteluaineistoa ja tuomioistuinten oikeuskäytäntöä. Se monimuotoinen lainopin perinteisen tutkimustavan kritiikki, mitä esimerkiksi 1700-luvun rationalistis-geometrinen luonnonoikeusajattelu, 1800-luvun historiallinen koulu tai 1900-luvun moderni luonnonoikeusoppi, oikeusfenomenologia ja eksistentiaalinen oikeusajattelu tai amerikkalainen ja skandinaavinen oikeusrealismi ovat esittäneet, ei ole kyennyt tuota lainopin tulkintaopillista perustehtävää muuttamaan. Lisäksi 1700- ja 1800-luvun taitteen jälkeiset suuret lakikodifikaatiot ja niihin liittyvä lakipositivistinen oikeusideologia – kuten John Austinin alulle panema Englannin analyyttinen koulu, Ranskan eksegeettinen koulu (ransk.: *École de l'Exégèse*) ja Saksan käsitelainoppi (saks.: *Begriffsjurisprudenz*) – eivät ole ainakaan vähentäneet säädännäisen lakitekstin ja sitä kommentoivan lainopin painoarvoa manner-eurooppalaisessa ja pohjoismaisessa oikeustraditiossa.

1300-luvulla tunnettiin juristien keskuudessa sanonta *nemo jurista nisi bartolista*: ei voi olla ainakaan aidosti ja syvällisesti oikeusoppinut olematta samalla *bartolista* eli perehtynyt tuon ajan johtavan oikeusoppineen Bartolus de Saxoferatisin (1314–1357) ajatuksiin. Nykyajan juristin tulee vastaavasti tuntea keskeinen kotimainen ja soveltuvien osin myös ulkomainen oikeuskirjallisuus ”A:sta Z:aan”,⁸⁷ mukaan lukien oikeusteorian ja oikeusfilosofian keskeiset perusteet. Niinpä juristin ammattitaitoon kuuluu esimerkiksi tieto siitä, mitä Hans Kelsen päätteli oikeuden velvoittavuudesta, hierarkkisesta rakenteesta ja perusnormikonstruktiosta *Puhtaan oikeusopin* teoriassaan, mitä H.L.A. Hart kirjoitti oikeuden tunnistamissäännöstä *The Concept of Law* -teoksessaan, mitä Alf Ross kirjoitti oikeustieteen suhteesta vallitsevaan tuomarinideologiaan *Om ret og retfærdighed* -teoksessaan tai mitä Ronald Dworkin kirjoitti oikeusperiaatteista ja oikeudellisesta eheydestä *Taking Rights Seriously* ja *Law's Empire* -teoksissaan. Oikeuden tutkijan on tunnettava keskeinen oikeudellinen oppitraditio, oli sitten tavoitteena tuon tradition vahventaminen tai sen radikaali kyseenalaistaminen, jos tavoitteena on osallistua vallitsevan *oikeudellisen tietomuodon* eli *historiallisen a priorin* (ransk.: *épistémè*) jäsentämään diskurssiin modernista oikeudesta ja yhteiskunnasta.

1.8. Yhteenvedo oikeustieteen tutkijan itseymmärryksen osatekijöistä

Oikeustiede on monialainen tiede, joka käsittää oikeuden tulkintatieteellisen, ihmistieteellisen, kulttuuritieteellisen, yhteiskuntatieteellisen ja filosofisen analyysin. Lisäksi oikeutta voi tutkia vaikkapa luonnontieteiden menetelmien ja arviointikriteerien avulla, niin kuin edellä perustelin. Uudella ajalla keskiajan

⁸⁷ Eli suomalaiseseen analyyttiseen siviililainoppiin sovellettuna: ”Aarniosta Zittingiin”.

glossaattorien, kommentaattorien ja kanonistien eli dekretalistien alulle panema oppineiden *reunahuomautusten taito* on näin saanut rinnalleen joukon tutkimuskohteeltaan, tiedonintressiltään sekä tutkimusmenetelmiltään toinen toisistaan eriytyneitä oikeustutkimuksen tieteenaloja, joiden tutkimuksellinen mielenkiinto kohdentuu oikeudellisesti merkityksellisiin mentaaliin ilmiöihin tahi yksilöllisen tai kollektiivisen piilotajunnan lainalaisuuksiin (= oikeuden *ihmistieteet*), oikeuden yhteisöllis-kulttuurisiin merkityksiin ja merkitysrakenteisiin (= oikeuden *kulttuuritieteet*), oikeuden yhteiskunnallisiin vaikutuksiin ja vaikutussuhteisiin (= oikeuden *yhteiskuntatieteet*) tai oikeuden filosofisessa katsannossa merkityksellisiin määreisiin ja ominaisuuksiin (= *oikeusteoria* ja *oikeusfilosofia*).

Kokoavasti oikeustieteen *tieteenala*, *tutkimuskohde*, *tiedonintressi* ja *tutkimusmetodi* sekä *tutkijanideologia*, *tieteenkuva* tai *tulkintamatriisi* ja tavoiteltavat *tutkimustulokset* voidaan esittää seuraavien kahden sivun kaavioiden muodossa.⁸⁸

Oikeustiede on toisin sanoen usean tieteenalan muodostama kokonaisuus, joita (vain) tutkimuskohteen edellytetty *oikeudellisuus* ja väljä sidonnaisuus yhteiskunnan *institutionaaliseen perustaan* yhdistää. Oikeustieteen täsmällisemmin määriteltynä tutkimuskohteen voi olla:

- (a) *voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö* eli oikeuden tunnistamissäännön rajaamista institutionaalisista oikeuslähteistä johdettujen, muodollisin perustein voimassa olevien *oikeussääntöjen* sekä oikeussääntöjä heikompaa mutta riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien *oikeusperiaatteiden* ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö (= oikeustiede *tulkintatieteenä* eli oikeuden *tulkintatieteellinen* analyysi, mukaan lukien lainoppi),
- (b) oikeutta määrittävät tai oikeudellisesti merkitykselliset *mentaalitajunnalliset rakenteet ja prosessit* sekä yksilöllisen tai kollektiivisen *alitajunnan lainalaisuudet* (= oikeustiede *ihmistieteenä* eli oikeuden *ihmistieteellinen* analyysi),
- (c) oikeuden *yhteisöllis-kulttuuriset merkitykset ja merkitysrakenteet* (= oikeustiede *kulttuuritieteenä* eli oikeuden *kulttuuritieteellinen* analyysi),
- (d) oikeuden *yhteiskunnalliset vaikutukset ja vaikutussuhteet* (= oikeustiede *yhteiskuntatieteenä* eli oikeuden *yhteiskuntatieteellinen* analyysi) tai
- (e) oikeuden *määritelmälliset* tai muutoin filosofisessa katsannossa merkitykselliset *ominaisuudet* (oikeustiede *oikeusfilosofiana* eli oikeuden *filosofinen* analyysi).

⁸⁸ Vaikka sovellettava tutkimusmetodi on osa yleisempää oikeustieteen tieteenkuvan tai lainopillisen tulkintamatriisin käsitettä, se on didaktisista syistä erotettu tässä omaksi sarakkeekseen.

Kaavio 2: Oikeustieteen tieteenalat, tutkimuskohde, tiedonintressi ja tutkimusmetodi

<i>Tieteenala: Oikeustiede</i> <i>tulkintatieteenä</i>	<i>Oikeustiede</i> <i>ihmistieteenä</i>	<i>Oikeustiede</i> <i>kulttuuritieteenä</i>	<i>Oikeustiede</i> <i>yhteiskuntatieteenä</i>	<i>Oikeustiede</i> <i>filosofiana</i>
<i>Tutkimus-</i> <i>kohde</i>	voimassa olevan oikeuden eli vallitsevan (tai kriittisen) tunnistamissäämän rajaamista institutionaalisista oikeuslähteistä johdettujen <i>oikeussääntöjen</i> sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien <i>oikeusperiaatteiden</i> ja vastaavien oikeudellisten <i>ratkaisustandardien</i> tietynhetkinen tulkinnallinen merkitysisältö	oikeutta määrittävät tai oikeudellisesti merkitykselliset mentaalis-tajunnalliset rakenteet ja prosessit sekä yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan lainalaisuudet	oikeuden yhteisöllis-kulttuuriset merkitykset ja merkitysrakenteet	oikeuden määritelmälliset tai muutoin filosofisessa katsannossa merkitykselliset ominaisuudet
<i>Tiedon-</i> <i>intressi</i>	tulkinnallinen: voimassa olevan oikeuden sisältö vallitsevan tai kriittisen oikeuslähte- ja metodopin mukaan hahmotettuna: oikeus <i>yhteiskunnallisena tosiasiana</i> tai oikeus <i>yhteiskunnallisena idealina</i>	heuristinen: mentaalisten rakenteiden ja prosessien sekä yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan vaikutus oikeuteen	ymmärtävä: yhteisöllis-kulttuuristen merkitysten ja merkitysrakenteiden vaikutus oikeuteen	selittävä/ymmärtävä: oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten ja vaikutussuhteiden selvittäminen
<i>Tutkimus-</i> <i>metodi</i>	oikeussääntöjen tulkinta ja systematisointi sekä oikeusperiaatteiden punninta ja keskinäinen tasapainottaminen	heuristiikka, psykologia, käytäytymistieteen menetelmät	yhteisöllis-kulttuuristen merkitysten tulkinta ja analyysi	filosofinen reflektio tai analyysi

Kaavio 3: Oikeustieteen tutkijainideologia, tieteenkuva tai tulkintamatriisi ja tutkimustulokset

<i>Tutkijainideologia (eli tutkijanpositio)</i>			
a) lainoppi	analyttis-deskriptiivinen: oikeus yhteiskunnallisena tosiasiana, mitä oikeus on? lainopin vallitseva doktriini: vallitsevan tuomarideologian eli tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämä oikeuslähde- ja laintulkintaoppi lainopin ajatuksellisenä referenssinä (= oikeus yhteiskunnallisena tosiasiana)	normatiivis-kriittinen: oikeus yhteiskunnallisena ideaalina, mitä oikeuden pitäisi olla? vaihtoehtoinen, kriittinen ja avoimen poliittinen lainoppi: kriittinen oikeuslähde- ja laintulkintaoppi, joka irtautuu lainopin vallitsevan doktriinin tuomarireferenssistä, mukaan lukien oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi (= oikeus yhteiskunnallisena ideaalina tai mahdollisuutena)	
b) oikeustiede ihmis-, kulttuuri- tai yhteiskuntatieteenä	positiivis-deskriptiiviset oikeuden ihmistieteet, kulttuuritieteet, yhteiskuntatieteet	normatiiviset oikeuden ihmistieteet, kulttuuritieteet, yhteiskuntatieteet	
c) oikeusfilosofia	analyttis-deskriptiivinen oikeusteoria: Hartin oikeuden tunnistamissääntö, Rossin tuomarideologia, tms. oikeuden muodollinen voimassaolo	normatiivis-kriittinen oikeusfilosofia: Dworkin: oikeudellinen eheys (engl.: <i>law as integrity</i>) Fuller: oikeuden sisäinen moraal, tms. oikeuden sisällöllinen hyväksyttävyys	
<i>Tieteenkuva Tulkintamatriisi (= lainopin tieteenkuva)</i>	oikeustieteen ontologiset + epistemologiset + metodologiset + laimin konstitutiiviset + oikeuslähdeopilliset + argumentaatioteoreettiset + semanttis-käsitteelliset sitoumukset	oikeustieteen ontologiset + metodologiset + loogiset & lingvistiset sitoumukset	
<i>Tutkimustulokset</i>			
a) lainoppi	vallitsevan oikeuslähdeopin ja argumentaatio-teorian mukaisesti perustellut oikeudelliset tulkinta-, systematisointi- ja punnintalauseet	kriittisen oikeuslähdeopin ja argumentaatio-teorian mukaisesti perustellut oikeudelliset tulkinta-, systematisointi- ja punnintalauseet	
b) oikeustiede ihmis-, kulttuuri- tai yhteiskuntatieteenä	deskriptiivisen ihmis-, kulttuuri- tai yhteiskuntatieteen tuottamat tutkimustulokset ihmisestä, oikeudesta ja yhteiskunnasta	kriittisen ihmis-, kulttuuri- tai yhteiskuntatieteen tuottamat tutkimustulokset ihmisestä, oikeudesta ja yhteiskunnasta	
c) oikeusfilosofia	analyttisen oikeusteorian käsitys oikeudesta	ei-analyttisen oikeusfilosofian käsitys oikeudesta	

Oikeustieteen tutkimuksellinen *tiedonintressi* ja *tutkimusmetodi* ovat vastavalla tavalla eriytyneet oikeustieteen eri osalohkoilla, kun taas *tutkijanideologian* vaihtoehdot ja *tieteenkuvan* yleiset määreet ovat yhteiset oikeustieteen eri osalohkoille. Suhteessa tutkijan itseymmärryksen osatekijöihin lainoppi voidaan määritellä kokoavasti seuraavasti. Lainoppi on yhteiskunnan institutionaaliseen perustaan sidoksissa oleva tutkimusala, jonka:

- (a) *tutkimuskohteena* on voimassa oleva oikeus eli niiden muodollisesti velvoittavien *oikeussääntöjen* sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien *oikeusperiaatteiden* ja muiden oikeudellisten *ratkaisustandardien* kokonaisuus, jotka vallitseva tuomariniideologia eli tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymien oikeuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian sitoumusten kokonaisuus käsittää,
- (b) *tiedonintressinä* on tuottaa perusteltuja oikeudellisia tulkinta-, systematisointi- ja punnintalauseita voimassa olevan oikeuden sisällöstä institutionaalisen oikeuslähdeopin käsittämien ratkaisuperusteiden ja oikeudellisen argumentaatioteorian hyväksymien päättelymallien osoittamalla tavalla,
- (c) *tutkimusmenetelmänä* on muodollisin perustein voimassa olevien oikeussääntöjen tulkinta ja systematisointi sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien punninta,
- (d) *tutkijanideologia* on määritettävissä suhteessa vallitsevaan tuomariniideologiaan, joko sen käsittämien episteemisten ja metodisten premissien hyväksymisen merkityksessä, jolloin on kyse vallitsevan lainopin analyttis-deskriptiivisestä tutkijanideologiasta, tai niiden torjumisen merkityksessä, jolloin on kyse vaihtoehdoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin normatiivis-kriittisestä tutkijanideologiasta,
- (e) *tieteenkuva* käsittää tutkimuksen ontologiset, epistemologiset, metodologiset ja loogis-lingvistiset määreet, joiden konstitutiivisten, oikeuslähdeopillisten, argumentaatioteoreettisten ja semanttis-käsitteellisten sitoumusten perusteella lainopin tutkimus jakautuu lukuisiin oikeudellisiin *tulkintamatriiseihin*, ja
- (f) *tutkimustuloksena* on joukko oikeudellisia tulkinta-, systematisointi- ja punnintalauseita, jotka on johdettu vallitsevan tai kriittisen oikeuslähdeopin sekä perusteltu oikeudellisen argumentaatioteorian tarkoittamalla tavalla.

Metodiopillisesti lainoppi on oikeustieteen eri osa-alueista pulmallisin. Se on metodisesti varsin heikosti jäsentynyt tutkimusala, eikä sillä – toisin kuin oikeustieteen muilla osalohkoilla – ole minkään erityistieteen menetelmällistä tukea taustanaan. Lainoppi on metodisessa suhteessa yhtäältä toisiin humanistisiin tulkintatieteisiin, kuten teologiaan ja kirjallisuudentutkimukseen, ja toisaalta oikeustieteen muihin osalohkoihin. Etenkin lainopin suhde oikeuden yhteiskuntatieteisiin on osoittautunut merkitykselliseksi.

2. LAINOPIN SUHDE MUIHIN TIETEENALOIHIIN

2.1. Lainopin suhde humanistisiin tulkintatieteisiin

Tutkimuskohteen edellytetty *oikeudellisuus* ja vähintään heikko liittymä oikeuden *institutionaaliseen perustaan* yhdistää niin lainoppia, oikeuden ihmis-, kulttuuri- ja yhteiskuntatieteellistä tutkimusta kuin oikeusteoriaa ja oikeusfilosofiaa. Samalla kunkin oikeustieteen eri osalohkon tutkimuskohteen määrittely, tiedonintressi ja tutkimusmetodi poikkeavat merkittävästi toisistaan. Se, mitä lainoppi itsenäisenä tieteenalana on, määräytyy osin lainopin erityisen tutkimuskohteen ja tiedonintressin perusteella ja osin suhteessa lainoppia rajaaviin muihin oikeus-tutkimuksen aloihin. Oikeus on Thomas Morawetzin tarkoittamalla tavalla *radikaalisti tulkinnanvarainen yhteiskunnallinen käytäntö*, ja tämä perustelee käsityksen, jonka mukaan lainoppi on suhteutettava metodiopillisesti yhtäältä oikeuden *ihmistieteelliseen, kulttuuritieteelliseen ja yhteiskuntatieteelliseen* analyysiin, toisaalta *oikeusteoriaan ja oikeusfilosofiaan* sekä kolmanneksi kahteen muuhun *humanistiseen tulkintatieteeseen*, joita ajatus kirjallisessa muodossa annetun lähdeaineiston tulkinnallisten merkitysten analyysistä yhdistää: *teologiaan* historiallisesti ja jumaluusopillisesti rajatun tekstiaineiston historiallisen, autenttiseen tulkintaan pyrkivän *eksegeesin* sekä systemaattisen *dogmatiikan* merkityksessä sekä *kirjallisuudentutkimukseen* erilaisten (kauno)kirjallisten tai ylipäätään esteettisesti arvioitavissa ja arvotettavissa olevien tekstien tulkinnan ja rakenneanalyysin merkityksessä.

Myös *historiantutkimuksen* kirjallisen lähdeaineiston tulkinta, *musiikintutkimuksen* alaan kuuluva musiikkilisen notaation eli nuottikirjoituksen tai partituurin sisältämä musiikkiteoksen sävellajin, tempon ja muiden esityksellisten ohjeiden tulkinta sekä yleisesti *taiitentutkimuksen* ja *estetiikan* oppi taideteoksen tulkinnasta noudattavat samantapaisia metodisääntöjä kuin mitä lainoppi soveltaa institutionaalisen oikeudellisen lähdeaineiston tulkintaan. Ideana kaikissa humanistisissa tulkintatieteissä on tulkinta- ja merkityssidonnaisten arvostelmien esittäminen tutkimuskohteesta, jota ei ole mahdollista alistaa luonnontieteellisen selitysmallin kausaalisten syy – seuraus -lakien alaisuuteen. Tulkintatieteiden tutkimuskohteen erityislaadun vuoksi on sovellettava yhteisöllis-kulttuurisia tai yksittäisen toimijan intentionaalsiin ja muihin käyttäytymismotiiveihin perustuvaa *ymmärtävää* ja *tulkitsevaa* tarkastelutapaa, jota kausaalinen vaikutusanalyysi ei tavoita.⁸⁹ Oikeushistorian oikeudellista muutosta (tai muuttumattomuutta) joko aatteellis-ideologisten tai rakenteellis-sosiaalisten perusteiden

⁸⁹ Selittävästä eli galileilaisesta ja ymmärtävästä eli aristotelisesta tieteenfilosofian traditiosta, von Wright, *Explanation and Understanding*; sama, *Tieteen filosofian kaksi perinnettä*.

avulla selittävä (engl.: *explanation*) tai ymmärtävä (engl.: *understanding*) tiedonintressi on varsin erilainen kuin lainopin oikeussääntöjä tulkitseva ja systematisoiva sekä oikeusperiaatteita punnitseva tiedonintressi.

Toisaalta käsitys tulkinnan kohteesta – voimassa oleva oikeus siinä muodossa kuin se on johdettavissa vallitsevan tuomarinideologian rajaamista institutionaalisista ja osin ei-institutionaalista oikeuslähteistä – on lainopissa varsin erilainen kuin taiteentutkimuksen toteuttamassa yksittäisen musiikkiteoksen, veistoksen, maalauksen tai muun taideteoksen tulkinnassa, joskin myös puhtaasti tekstuaalinen aines voi muodostaa olennaisen osan taideteosta esimerkiksi modernin käsitetaiteen merkityksessä.⁹⁰ Sen sijaan lainoppia, teologian eksegeesiä ja dogmatiikkaa sekä kirjallisuudentutkimusta yhdistää tutkimuskohteen olennainen samankaltaisuus: kaikissa on kyse kirjallisesta muodossa annetun tekstiaineiston tulkinnasta eli merkityksen antamisesta määrätyille kielellisille ilmaisuille sekä tulkinnan perustelemisesta,⁹¹ oli sitten kyse lainopin tutkimista institutionaalisista oikeuslähteistä, teologian eksegeesin ja dogmatiikan uskonnollisesta lähdeaineistosta tai yleisen kirjallisuudentutkimuksen väljästi määritellystä (kauno)kirjallisesta tutkimuskohteesta. Tutkimusmetodina on kaikissa kolmessa yhtäläisesti tekstiaineiston tulkinnallinen merkitysanalyysi. Tutkimuskohteen kirjallinen muoto, tulkinnallinen tiedonintressi sekä metodiopillinen liityntä merkityskeskiseen tulkintaoppiin ja tekstiaineiston rakenneanalyysiin⁹² yhdistävät teologian eksegeesiä ja dogmatiikkaa, yleistä kirjallisuudentutkimusta sekä lainoppia humanistisina tulkintatieteinä.

Kirjallisuudentutkijan tutkimuskohteena voi olla periaatteessa mikä tahansa (kauno)kirjallinen tai tekstimuotoinen aineisto valmiiksi työstetyistä kirjallisista tuotoksista kuten romaaneista, novelleista, näytelmistä ja runoista keskeneräisiksi jääneisiin tekstikatkelmiin, omaeläkerrallisiin päiväkirjapohdintoihin tai jopa yksityiskirjeisiin. Myös kirjallisuudentutkimuksen metodioppi on suhteessa vapaampi kuin teologiassa tai lainopissa. Täysin vapaa ja rajoittamaton se ei voi olla kirjallisuudentutkimuksessakaan, sillä minkä tahansa tieteenalan – eikä kirjallisuudentutkimus ole tähän poikkeus – metodiopin valinnat ovat aina määrättyssä suhteessa tieteellisen metodin yleisiin, tutkimuksellisen kontrolloitavuuden ideasta johdettuihin vähimmäisvaatimuksiin sekä tieteenalan oppitraditioon. Niinpä kirjallisuudentutkija voi Haavikko-luentansa tueksi viitata kirjailijan omaelämäkerrallisiin tapahtumiin, kirjalliseen modernismin syntyyn 1950- ja

⁹⁰ Ks. esim. Foucault, *Ceci n'est pas une pipe, passim*.

⁹¹ Vastaava perusteltavuuden vaatimus koskee periaatteessa kaikkea taiteen tulkintaa ja esteetiikkaa, vaikka sen sisältönä saattaakin olla vain tulkitsijan subjektiivisten kokemusten saattaminen kirjalliseen ja ymmärrettävään muotoon.

⁹² Lainopissa tekstin rakenneanalyysia vastaa tietenkin oikeudellinen systematisointi.

1960-luvun Suomessa tai vaikkapa psykoanalyttis-strukturalistiseen käsitykseen kirjallisuudesta yhteisön kollektiivisen alitajunnan heijastumana, kunhan hän vain muistaa suhteuttaa soveltamansa metodin yleisiin metodiopin lainalaisuuksiin sekä kirjallisuudentutkimuksen vallitsevaan oppitraditioon.

Amerikkalainen oikeusfilosofi Ronald Dworkin on perustellut käsityksen, missä oikeuden ja kirjallisuudentutkimuksen tutkimuskohteen ja metodiopin yhtäläisyyksillä on merkittävä sija. Dworkinin mukaan oikeus on olennaisesti merkitys- ja tulkintasidonnainen ilmiö (engl.: *law as interpretation*).⁹³ Dworkinin mukaan kiperää oikeusjuttua (engl.: *hard case*) ratkaiseva tuomari rinnastuu sarjallista jatkokertomusta eli ketjuromaania (engl.: *chain novel*) kirjoittavaan kirjailijaan, jonka tehtävänä on jatkaa siihen asti kirjoitettua kertomusta mahdollisimman johdonmukaisella tavalla. Samoin tuomari – ja etenkin Dworkinin tarkoittama amerikkalainen *common law* -oikeuden tuomari, jonka oikeuslähdeopissa määrättyä systematiikkaa toteuttavalla lainsäädännöllä on vähäisempi merkitys kuin yksittäistapauksellisilla prejudikaateilla – on velvollinen jatkamaan nyt ratkaistavana olevaan oikeustapaukseen asti ulottuvaa ratkaisujen sarjaa johdonmukaisimmalla mahdollisella tavalla. Hänen on konstruoitava koherenttein mahdollinen *oikeudellinen kokonaisteoria* (engl.: *law as integrity*),⁹⁴ jota tulkintakehyksenä käyttäen aiempi oikeuskäytäntö asettuu ymmärrettävään valoon.⁹⁵

Teologian eksegetiikan ja dogmatiikan ensisijainen lähdeaineisto on suljettu tai vähintäänkin rajattu tavalla, joka modernissa lainopissa ei enää ole mahdollista.⁹⁶ Niinpä papin on määrä perustella tulkintansa esimerkiksi Vuorisarnasta Raamatun tekstien sekä teologian oppitradition käsittämien tulkintaperusteiden avulla. Jos tuomari, asianajaja tai lainopin tutkija käyttäisi senkaltaista lähdeaineistoa oikeudellisen tulkintansa yksinomaisena tai pääasiallisena perusteena lakitekstin ja muiden oikeusyhteisössä yleisesti hyväksytyjen institutionaalisten oikeuslähteiden sijaan, tuomarin tekemää ratkaisua, asianajajan esittämää ratkaisuehdotusta tai lainopin tutkijan tuottamaa tulkintakannanottoa ei pidettäisi oi-

⁹³ Dworkin, "How Law Is Like Literature", s. 146–166.

⁹⁴ "Law as integrity asks judges to assume, so far as this is possible, that the law is structured by a coherent set of principles about justice and fairness and procedural due process, and it asks them to enforce these in the fresh cases that come before them, so that each person's situation is fair and just according to the same standards. (...) Judges who accept the interpretive ideal of integrity decide hard cases by trying to find, in some coherent set of principles about people's rights and duties, *the best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of their community*." Dworkin, *Law's Empire*, s. 243, 255 (kursivointi lisätty).

⁹⁵ Dworkinin käsitys oikeudesta on ollut teoreettisena perustana luvussa 8, "Lainopin tulkintamatriisit", tarkemmin käsiteltävälle oikeusperiaatteiden punnintamallille.

⁹⁶ Erilaisista yrityksistä oikeudellisen lähdeaineiston tiukkaan rajaamiseen tai sulkemiseen Belgian ja Ranskan eksegeettinen koulu on tunnetuin. Sen mukaan kirjoitettu laki oli ensisijainen, jollei suorastaan yksinomainen oikeuslähde. Bouckaert, "Exegetical School", s. 276–278.

keudellisesti perusteltuna.⁹⁷ Kirkon oma opillinen tuomioistuin, *tuomiokapituli*, määrittää viime kädessä papin opillisen vapauden rajat. Kirkkolain 5:3 (1993/1054) säättää: ”Jos pappi ei ole pysynyt kirkon tunnustuksessa (...) tuomiokapituli voi häntä kuultuaan hakemuksetta antaa hänelle eron pappisvirasta.” Teologisen tulkinnan rajat ja papin ”hengellinen oikeuslähdeoppi” palautuvat toisin sanoen viime kädessä siihen, minkä tuomiokapituli jumaluusopillisesti hyväksyy.

Kirjallisuudentutkijaa vastaavat tulkinnalliset rajoitukset eivät sido, kunhan kirjallisesta aineistosta esitetty tulkinta ei täytä kunnianloukkauksen tai muun lainvastaisen teon tunnusmerkistöä. Muutoin kirjallisuudentutkijan ”oikeuslähdeoppi” eli hänen käytettävissään olevan tulkinta-aineiston ala on täydellisen vapaa ja ennalta rajoittamaton. Vaikka lainoppi voidaan metodisesti rinnastaa kirjallisuudentutkimukseen, keskeisen oikeudellisen lähdeaineiston *institutionalisoitu* eli määrättyllä tavalla virallistettu asema yhteiskunnassa erottaa sen kirjallisuudentutkimuksesta, missä hyväksyttävää tekstitulkitusta ei ole sidottu institutionaaliin oikeuslähteisiin, kuten perustuslakiin, muuhun lainsäädäntöön ja tuomioistuinten antamiin prejudikaatteihin. Kun kirjallisuudentutkija analysoi esimerkiksi Waltarin *Sinuhe egyptiläistä*, Haanpään *Noitaympyrää*, Shakespearen *Venetsian kauppiasta* tai J.L. Borgesin oivaltavia tarinoita tämän *Ficciones*-teoksesta, esitetyt tulkinnat saattavat muokata syvällisellä tavalla käsitystämme oikeudesta, yhteiskunnasta ja ihmisen eksistenssistä maailmassa, mutta yksittäisten kansalaisten voimassa olevaan oikeuteen perustuvia juridisia oikeuksia ja velvollisuuksia ne eivät kykene muuttamaan.

Teologin tulkinta-aineisto on rajatumpi kuin kirjallisuudentutkijan, mutta lainsäädännön ja tuomioistuinratkaisujen kaltaista virallistettua asemaa teologialla ei enää ole. Myös teologian yhteiskunnallinen painoarvo on vähäisempi kuin voimassa olevaa oikeutta tulkitsevan lainopin.⁹⁸ Kun pappi esittää sunnuntaisaarnassaan jumaluusopillisesti perustellun tulkinnan Paavalin roomalaiskirjeen sanomasta kristityille, hän määrittelee yksilön moraalisia ja/tai uskonnollisia velvollisuuksia Kristuksen seurakunnan jäsenenä, mutta yksittäisten kansalaisten *oikeudellista* asemaa ei järeinkään sunnuntaisaarna kykene muuttamaan. Kun sitä vastoin juristi esittää perustellun oikeudellisen tulkintakannanoton kansalaisten perusoikeuksien laajuudesta, yksittäisen sopimusehtotyyppin kohtuuttomuudesta, maanomistusoikeuden rajoituksista tai valtiopetoksen tunnusmerkistöstä sekä Euroopan yhteisön oikeuden että kansallisen lainsäädännön rajaamas-

⁹⁷ Jos oikeudellisessa ongelmassa on kyse vaikkapa kirkkolain tulkinnasta ja papin opillisen tunnustuksen rajoista, on selvää, että myös juristilla on velvollisuus tukeutua tältä osin kirkon opilliseen traditioon.

⁹⁸ Aiemmin teologialla oli silläkin suora liittymä yhteiskunnalliseen vallankäyttöön. Viitataan esimerkiksi keskiajan pitkiin opillisiin kiistoihin uskonnollisen ja maallisen vallan suhteista, joita ratkottiin uskonsotienkin avulla uuden ajan alussa ja aina 1700-luvulle asti.

sa tulkintakontekstissa, tuo oikeudellinen tulkintakannanotto jäsentää osaltaan sitä, miten valta, vastuu ja niukat aineelliset resurssit ovat yhteiskunnassa jakautuneet.

Oikeuden *institutionaalisten* eli yhteiskunnalliseen vallankäyttöön liittyvien sidonnaisuuksien vuoksi tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan tekemä oikeudellinen ratkaisu tulee perustella tavalla, joka täyttää sekä muodollisen lainmukaisuuden että kansalaisten perustellun oikeusturvaodotuksen vaatimukset.⁹⁹ Tämä vaatimus täyttyy, kun ratkaisu perustellaan *institutionaalisen oikeuslähdeopin* käsittämien ratkaisu- ja tulkintaperusteiden avulla. Eri tavoin tuomarin ratkaisuharkintaa ohjaavia institutionaalisia oikeuslähteitä ovat *eurooppaoikeudellinen ja kansallinen lainsäädäntö, prejudikaatit* eli maan ylimpien tuomioistuinten ja mahdollisesti myös muiden tuomioistuinten antamat ennakkoratkaisut sekä muut oikeudenkäyttöä yhtenäistävät *viranomaispäätökset, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet, lainvalmisteluaineisto* (ransk.: *travaux préparatoires*) sekä *tavanomainen oikeus* eli maantapa, jollei lainsäädäntöä tai vakiintunutta oikeuskäytäntöä ole käytettävissä. Sama oikeudellisen lähdeaineiston rajausta pätee lähtökohtaisesti myös lainoppiin, joka tuottaa perusteltuja tulkinta-, systematisointi- ja punnintalauseita voimassa olevan oikeuden sisällöstä joko institutionaaliseen tuomarireferenssiin ajatuksellisesti sitoutuen tai siitä tietoisesti irtautuen.

Tuomarikunnan kollektiivisesti hyväksymä oikeuslähde- ja laintulkintaoppi on vakioitu tieto-opillinen ja metodiopillinen kiintopiste lainopin *vallitsevalle doktriinille*, jonka tavoitteena on tuottaa voimassa olevasta oikeudesta senkaltaisia oikeudellisia tulkinta- ja punnintakannanottoja, joiden tarkoittamat oikeudet ja velvollisuudet todennäköisesti saisivat tehokasta oikeussuojaa tuomioistuinten ja muiden viranomaisten vastaisessa oikeudenkäytössä. *Vaihtoehtoisen, kriittisen* tai avoimen *poliittisen lainopin* tavoitteena ei ole voimassa olevan oikeuden tietynhetkisen tilan selvittäminen vaan parhaan mahdollisen eli ideaalisen tulkinnan esittäminen voimassa olevan oikeuden säännöistä ja periaatteista, vallitsevasta tuomarinideologiasta tarvittaessa irtautuen.

Suomen liittyminen Euroopan yhteisöön ja Euroopan ihmisoikeussopimukseen on syvällisellä tavalla muuttanut maassamme vallitsevaa oikeuslähdeoppia. Yhtäältä tuomaria velvoittavien oikeuslähteiden joukko on merkittävällä tavalla laajentunut eurooppaoikeudellisen normiston myötä. Toisaalta eurooppaoikeudellisen ja kansallisen säädösaineiston keskinäinen suhde noudattaa osin varsin erilaista oikeuslähdeopillista jäsenystä kuin mihin kansallisen lainsäädännön

⁹⁹ Aulis Aarnio on puhunut kansalaisten perustellusta oikeusturvaodotuksesta yhtäältä *mielivallan välttämisen* ja toisaalta *sisällöllisen hyväksyttävyyden* merkityksessä. Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 186–189.

kohdalla on totuttu. Kun on kyse eurooppaoikeudellisen säädöksen¹⁰⁰ tai etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevien yleisten oikeusohjeiden vaikutuksesta suomalaisen tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan, on arvioitava myös sen nauttima institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä yleiseurooppalaisessa oikeuskäytännössä puhtaasti muodollis-juridisten perusteiden ohella. Niinpä Kelsenin *Puhtaan oikeusopin* ankaran muodollisesta oikeusnormihierarkiasta joudutaan osin luopumaan eurooppaoikeudellisen säädösaineiston ja kansallisen normiston keskinäisessä yhteensovittamisessa, ja myös Hartin oikeuden tunnistamissääntöä (engl.: *rule of recognition*) joudutaan muuttamaan rajoiltaan epämääräisemmäksi.

2.2. Lainopin suhde ihmistieteisiin

Oikeuden ihmistieteet tutkivat oikeudellisesti merkityksellisiä tai oikeutta määrittäviä mentaalis-tajunnallisia faktoja eli ihmisen tietoisuutta ja piilotajuntaa jäsentäviä mentaalis-tajunnallisia rakenteita ja prosesseja, joiden yhteisvaikutuksesta aistihavainnot, muistikuvat, oivallukset, intentiot sekä yleisesti inhimillisen käyttäytymisen motivaatioperusteet jäsenyivät tietoisuudeksi kielestä ja maailmasta. Oikeuteen sovellettuna ihmistieteiden tiedonintressinä on esimerkiksi tuomarin päättely- ja ratkaisuheuristiikan, rikoksen uhrin esittämän tapahtumainkuvauksen tai todistajan tekemien havaintojen ja muistikuvien luotettavuuteen liittyvien mentaalisten rakenteiden ja prosessien analyysi ja mallintaminen *oikeuspsykologian* tarkoittamassa merkityksessä. *Oikeuspsykiatria* on keskittynyt rikoksenteikijän mielentilan arvioimiseen, jolloin keskeistä on tämän toisintoimimismahdollisuuden ja moraalin tajun arvioiminen. *Psykoanalyttinen oikeustiede* on pohtinut esimerkiksi ”halun etiikkaa” eri perusoikeuksien keskinäisiä suhteita ja etenkin sananvapauden rajoja arvioidessaan.¹⁰¹ Entä mikä on senkaltaisten oikeuden ”psykotieteiden” suhde lainopin tulkinnalliseen metodiin?

Oikeuden ihmistieteellisen analyysin vaikutus lainoppiin voisi toteutua esimerkiksi senkaltaisen käyttäytymistieteellisen metodin omaksumisena lainopissa, jollaista Antti Kivivuori ehdotti väitöskirjansa *Suomen vahingonkorvauslain-säädännön kehitys* johdantoluvussa. Kivivuoren mukaan lainopin perinteinen

¹⁰⁰ Viitataan *eurooppaoikeudellisella säädösaineistolla* varsinaisten yleisten säädösten kuten yhteisön asetusten ja direktiivien ohella myös yhteisön toimielinten antamiin yksittäisiin päätöksiin, joilla kuitenkin on yleisempää sovellettavuutta. Termin *säädös* yleiskielinen merkitys ei tätä kata. Toisaalta *asetus* tarkoittaa varsin eri asiaa yhtäältä eurooppaoikeudellisessa ja toisaalta kansallisessa kontekstissa.

¹⁰¹ Hirvonen, ”Nautintaoikeus. Sananvapaus ja sensuuri psykoanalyttisen lainopin tarkastelussa”, s. 110–111.

tehtävänasettelu – mikä on Suomen voimassa olevan oikeuden kanta tiettyyn kysymykseen? – tuli korvata lainsäätäjän, tuomioistuinten ja kansalaisten käyttäytymisen ja käyttäytymistä ohjaavien motiivien selittämisellä.¹⁰² Kivivuoren metodinen ohjelmanjulistus, joka siis painotti psykologisen tai käyttäytymistieteellisen tiedon merkitystä oikeustutkimuksessa, ei kuitenkaan kyennyt syrjäyttämään lainopin perinteistä tulkinnallista tiedonintressiä. Yhtä kaikki, Kivivuoren teesit olivat keskeisenä innoittajana 1970-luvun *vaihtoehtoisen, kriittisen* ja avoimen *poliittisen* oikeustieteen suuntauksille. Tieteenteoreettisessa katsannossa Kivivuoren käyttäytymistieteellisen tutkimussuuntauksen vaikutukset jäivät vähäisiksi, aivan kuten metodisesti empiirisiin yhteiskuntatieteisiin kiinnittyneen *metodisen reduktionismin* vaikutukset suomalaiseen oikeustieteeseen yleisemminkin.¹⁰³

Harvalukuisista suomalaisista *psykoanalyttisen lainopin* kirjoituksista Ari Hirvosen ”Nautintaoikeus. Sananvapaus ja sensuuri psykoanalyttisen lainopin tarkastelussa” perustelee teesin *psykoanalyysin etiikan* ja sen erityisten vaikutusten ulottamisesta laintulkintaan. Hän toteaa, miten ”... psykoanalyysin etiikan ’perustuslain’, joka voidaan rinnastaa nautinnon kategoriseen imperatiiviin, vakavasti ottaminen johtaisi sananvapauden ja sensuurin välisen suhteen uudelleen ajattelemiseen antiessentialistisesta ja antitotalisoivasta näkökulmasta. Psykoanalyttinen lainoppi, joka ponnistaa tästä etiikasta, avaa kysymyksen perus- ja ihmisoikeuksista uudesta näkökulmasta, joka saattaa välttää oikeuksien legalisointiin liittyvät ongelmat.”¹⁰⁴ Psykoanalyysin ”perustuslailla” ja nautinnon kategorisella imperatiivilla Hirvonen viittaa *halun etiikan* lacanilaiseen lähtökohtaan: ”oletko toiminut sinussa olevan halun mukaisesti?”¹⁰⁵ Käytännön tulkintat tai punnintajuridiikassa tämä merkitsee sananvapauden alan laajenemista sitä rajoittamaan pyrkivien sensuuri- ja rajoittamispyrkimysten kustannuksella. Lainopin oikeussääntöjä tulkitsevaan ja systematisoivaan sekä oikeusperiaatteita ja vastaavia ratkaisustandardeja punnitsevaan metodioppiin tällä ei ole vaikutusta, vaikka oikeudellisen argumentaation lopputulos muodostuukin psykonalyttisten tulkintaperusteiden valossa varsin erilaiseksi kuin ilman niiden tarjoamaa tulkintatukea.

Oikeuden ihmistieteiden tuottama tieto ihmisestä ja hänen olemassaolostaan kielessä ja maailmassa on läheisessä yhteydessä filosofian omaksumaan ihmiskuvaan. Länsimainen ihmiskuva on keskeisesti individualistinen eli yksilökes-

¹⁰² Kivivuori, *Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys*, I, s. 26.

¹⁰³ Arvioin metodista reduktionismia lähemmin tämän teoksen luvussa 3.2.4. ”Lainopin suhde empiirisiin yhteiskuntatieteisiin”.

¹⁰⁴ Hirvonen, ”Nautintaoikeus. Sananvapaus ja sensuuri psykoanalyttisen lainopin tarkastelussa”, s. 111.

¹⁰⁵ Hirvonen, *mas.* 110.

keinen,¹⁰⁶ erotuksena esimerkiksi eräiden Aasian tai Afrikan maiden kulttuurien omaksumasta kollektiivis-yhteisöllisestä ihmiskuvasta. Niinpä oikeudellisen sääntelyn ja ratkaisutoiminnan samoin kuin oikeudellisen tietomuodon (ransk.: *épistémè*) perustana on käsitys ihmisestä vastuullisena, tekemistään yhteisöllisistä valinnoista yksilöllisesti vastaavana ja intentionaalisena toimijana. Yhteisön tai kollektiivin rooli on tässä vähäisempi, vaikka oikeus yhtä hyvin kuin kieli ovatkin määritelmällisesti yhteisöllisiä eli yliyksilöllisiä faktoja, joita ei ole mahdollista täydellisesti palauttaa minkään yksittäisen yhteiskunnallisen toimijan tekemiin ratkaisuihin.¹⁰⁷ Toisaalta, oikeuden ja oikeudellisen diskurssin yhteisöllinen luonne asettaa samalla oikeuden tutkijalle institutionaaliset reunaehdot, joita hänen ei ole lupa rikkoa, jos hän mieltii osallistua vallitsevaan *oikeudelliseen* tietomuotoon eikä tyydy vain uskonnollisen, moraalifilosofisen tai esteettisen diskurssin uusintamiseen. Lisäksi oikeuden ihmistieteellinen perusta vaikuttaa aina myös oikeuden tulkintaan sen hiljaisesti hyväksytyinä mentaalis-(ali)tajunnallisina reunaehtoina, koskien yhtä hyvin tuomarin, todistajan, asianajajan tai jutun yksittäisen asianosaisen kuin oikeuden tutkijankin tietoisuuden, aistihavaintojen, muistikuvien, toiminnan motivaatioperustan ja kieleen sidottujen oivallusten välttämättömiä edellytyksiä.

2.3. Lainopin suhde kulttuuritieteisiin

Oikeuden kulttuuritieteellinen analyysi tutkii oikeuden yhteisöllis-kulttuurisia merkityksiä ja merkitysrakenteita, joiden avulla sanotunlaiset oikeutta jäsentävät tai oikeudellisesti asiaanvaikuttavat merkitykset ovat luotavissa, muutettavissa, vahvistettavissa ja kumottavissa tietyssä yhteisössä. Lainoppi kuuluu oikeastaan sekin oikeuden kulttuuritieteisiin, mutta lainopin lähdeaineiston eli institutionaalisten oikeuslähteiden kirjallinen muoto ja juristien ammatillista identiteettiä keskeisesti jäsentävä tehtävä oikeuttavat sen arvioimisen myös itsenäisenä oikeustieteen osalohkona. Oikeuden kulttuuritieteitä ovat esimerkiksi *oikeussemiotiikka*, *oikeuslingvistiikka*, *oikeusinformatiikka*, *oikeuden kirjallisuustieteellinen analyysi* ja *oikeusekologia*, joita kaikkia sitoutuminen sanotunlaisten yhteisöllis-kulttuuristen merkitysten analyysiin yhdistää. Lisäksi *aate- ja kulttuurihistorialisiin selityksiin* sitoutunut *oikeushistoria* voidaan lukea oikeuden kulttuuritieteelliseen analyysiin, jolloin tiedonintressinä on oikeuden ajallisten muutosten (tai muuttumattomuuden) selittäminen aatteellis-ideologisten selityspenusteiden avulla.

¹⁰⁶ Intention käsitteestä, Anscombe, *Intention*, *passim*. – Yksittäisen oikeussubjektin tahdonautonomian kunnioittaminen on myös yksi (Suomen) oikeuden taustalla vaikuttavista institutionaalisista oikeuttamispenusteista, niin kuin perustelen lähemmin luvussa 4, ”Institutionaalinen oikeuslähteoppi”.

¹⁰⁷ Vrt. Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 48–49: ”Retten er et socialt, d.v.s. overindividuellet fænomen. I det omfang, den enkelte dommer motiveres af særegen ideosynkrasi, henregnes denne

Oikeuden kulttuuritieteiden metodinen vaikutus varsinaiseen tulkintajuridiikkaan on ollut suhteellisen vähäinen, ja kyse on pikemminkin toistaiseksi toteutumattomasta tutkimuksellisesta potentiaalista kuin jo toteutuneesta tutkimuksesta. Kulttuurintutkimuksen ja oikeustutkimuksen keskinäiset liittymät ovat lisäksi olleet pikemminkin teoreettisen lainopin kuin tulkintalainopin tasolla. Niinpä A.J. Greimas'n strukturalistisen semiotiikan mukainen analyysi Ranskan osakeyhtiölain toimijoista ja niiden rinnasteisuuksista venäläisten kansansatujen formaaliin aktantti- ja narratiivirakenteeseen,¹⁰⁸ samoin kuin meillä Panu Minkkinen rikosoikeudellisen syynakeisuuden semioottinen kuvaus,¹⁰⁹ ovat jäsentäneet oikeuden syvärakennetta oikeuden kielen *syntagmaattisten* ja *paradigmaattisten* muuttujien avulla. Oikeuslingvistiikan tutkimuksellinen potentiaali suhteessa tulkintalainoppiin on todennäköisesti merkittävin, sillä oikeuden lingvistis-käsitteelliset ominaisuudet ovat jo määritelmällisesti osa lainopin yleistä tieteenkuvaa.¹¹⁰ Samoin oikeusinformatiikka saattaa hyvin muuttaa käsitystä oikeudellisen tiedon luonteesta, saatavuudesta ja luotettavuudesta, kääntyen näin lopulta oikeudellisen tieto-opin kysymyksiksi.

Ajatus oikeudellisten tekstien analyysistä yleisen kirjallisuustieteen menetelmien avulla (engl.: *law as literature*) rinnastaa tuomarin ja lainopin tutkijan laintulkinnan sekä sarjallisen ketjuromaanin (engl.: *chain novel*) kirjoittajan si-donnaisuuden jo olemassa olevaan tekstiaineistoon.¹¹¹ Vastaavasti ajatus oikeuden ja musiikin rinnasteisuudesta yhtäältä kirjallisen notaation (= lakiteksti/nuottikirjoitus) ja toisaalta yksittäistapauksellisen tulkinnan (= tuomioistuinratkaisu/musiikkiesitys) merkityksessä¹¹² saattaa tarjota metodista tukea oikeudellisten tekstien tulkintaan etenkin silloin, kun on kyse musiikkia tai muuta taidetta koskevan lainsäädännön tulkinnasta. Metodisesti yleisen kulttuurintutkimuksen vaikutukset tulkintalainoppiin ovat yhtä kaikki jääneet suhteellisen vähäiseksi.

2.4. Lainopin suhde empirisiin yhteiskuntatieteisiin

2.4.1. ”... oikeustiede on väistämättä moniaineksinen ja metodisesti avoin tieteenala”

Voimassa oleva oikeuden yhteiskunnallisten ja institutionaalisten sidosten vuoksi lainopin suhde *empiriisiin yhteiskuntatieteisiin* on osoittautunut oikeuskirjalli-

ikke til 'dansk ret' – selv om den naturligvis ligefuldt er en faktor der må tages i betragtning af den der er interesseret i at forudkalkulere en konkret retsafgørelse.”

¹⁰⁸ Greimas, A.J.: ”Analyse sémiotique d'un discours juridique. La loi commerciale sur les sociétés et les groupes des sociétés”, *passim*.

¹⁰⁹ Minkkinen, ”Oikeus ja sen merkit: syynakeisuuden semioottisesta kuvauksesta”, *passim*.

¹¹⁰ Palaan kysymykseen lainopin tieteenkuvasta luvussa 8, ”Oikeustieteen tieteenkuva”.

¹¹¹ Dworkin, *Law's Empire*, s. 228–232.

¹¹² Heimonen, ”Musiikki ja laki – aspekteja esittävän säveltaiteen ja oikeuden välisestä suhteesta”; sama, ”NoaNoa – musiikin ja oikeuden tulkinnasta”.

suuden valossa merkitykselliseksi,¹¹³ eikä lainopin metodinen suhde erilaisiin ihmis- ja kulttuuritieteisiin ole saanut vastaavaa huomiota osakseen. Oikeuskirjallisuudessa esitetyt varsinaiset lainopin metodipohdinnat on kuitenkin syytä pitää erillään oikeustieteiden eri osa-alueiden systemaattisista luokitteluista. Esimerkiksi Eero Backman kirjoittaa teoksessaan *Oikeustiede yhteiskuntatieteenä. Tutkimuksia oikeustieteen luonteesta erityisesti rikosoikeuden kannalta*:¹¹⁴

”Se, että oikeustieteellisessä tutkimuksessa pidetään tarpeellisenä toteuttaa erilaisia tiedonintressejä, ei tarkoita, että oikeustieteen pitäisi välttämättä olla eklektinen tai katsomuksiltaan sisäisesti ristiriitainen. Esimerkiksi marxilaisella oikeusteorialla on käytännössä selvä emansipatorinen tiedonintressi, etenkin nyt 1990-luvulla, kun se ei ole missään valtavirta. Kokonaisuutena ottaen on sillä silti oltava muitakin tiedonintressejä. Parhaimmillaan siinä yhdistyvät kokonaisuudeksi oikeuden filosofiset (dialektinen ja formaali logiikka), yhteiskuntateoreettiset (materialistinen historiankäsitelmä), poliittiset, ideologiset ja sosiologiset (teoreettinen ja konkreettinen oikeussosiologia), systeemiteoreettiset, lingvistiset, psykologiset jne. ainekset oikeusjärjestyksen ja oikeudellisen tietoisuuden tarkasteluun. Edellytyksenä kelpoisuudelle on, ettei se enää joudu jonkin poliittisen instituution dogmaattisen ohjauksen alaiseksi. – *Oikein ymmärrettynä oikeustiede on väistämättä moniaineksinen ja metodisesti avoin tieteenala.*”

Backman viittaa erityisesti *marxilaiseen* oikeustutkimukseen mutta yleistää arvionsa koskemaan oikeustiedettä yleisemminkin: oikeustiede on hänen mukaansa ”moniaineksinen ja metodisesti avoin tieteenala”. Backman viittaa saksalaiseen rikosoikeudellisen yhtenäistieteen ideaan *die gesamte Strafrechtswissenschaft* -ajattelun merkityksessä, jonka mukaan erilaisten kriminaalitieteiden näkökulmat lomittuvat rikosoikeudellisessa tutkimuksessa yhteen muun muassa kriminologian, kriminaalipsykiatrian, kriminalistiikan sekä perinteisen rikoslainopin merkityksessä.¹¹⁵ On selvää, että kriminologian ja kriminaalipsykiatrian tiedonintressi ja metodioppi poikkeavat olennaisesti rikoslakia systematisoivasta ja tulkitsevasta rikoslainopista, mutta niin kauan kuin (rikos)lainopin erityinen tulkinnallinen tiedonintressi säilyy entisellään, teesit oikeustieteen metodisesta avoimuudesta tai oikeudellisesta yhtenäistieteestä eivät muuta lainopin metodista nykytilaa. Backmanin ajatuksen oikeustieteen metodisesta avoimuudesta voi toisin sanoen tulkita oikeustieteen eri oppialojen yleiseksi luokitteluksi edellä esittämäni oikeuden tulkinta-, ihmis-, kulttuuri- ja yhteiskuntatieteellisen sekä oikeusfilosofisen analyysin tavoin, eikä kyse ole tältä osin lainopin

¹¹³ Yleisesti Aarnio, ”Onko oikeustiede yhteiskuntatiede?”.

¹¹⁴ Backman, *Oikeustiede yhteiskuntatieteenä*, s. 18–19 (kursivointi Backmanin).

¹¹⁵ Backman, mts. 19.

tulkinnallisen metodin muuttamisesta.¹¹⁶ Saksalaisen rikosoikeudellisen yhteinäistieteen idean voi tulkita käsittävän tätä pidemmälle menevän vaateen eri tutkimusalojen keskinäisestä yhtenäistämisestä, mutta lainopin oikeussääntöjä tulkitsevan ja systematisoivan sekä oikeusperiaatteita punnitsevan perusmetodin muuttamiseen asti ei sekään ulotu.

Peruslähtökohdiltaan vastaava idea lainopin ja oikeustieteen muiden osa-alojen keskinäisestä suhteesta pätee myös Heikki Toiviaisen *normatiivis-sosiologiseen* tutkimustapaan, jota hän kehitteli väitöskirjassaan *Osakeyhtiön toimitusjohtajan asema. Oikeusdogmaattinen tutkimus vallasta ja sen sääntelystä*. Toiviainen pyrki yhdistämään yhtäältä normatiivisen eli perinteisen lainopillisen ja toisaalta taloustieteellis-sosiologisen näkökulman analysoidessaan osakeyhtiön toimitusjohtajan asemaa:¹¹⁷

”Analysoin tutkimuksessani osakeyhtiön toimitusjohtajan aseman oikeudellista perustaa ja sisältöä. Pyrin selvittämään, mitä erilaisia toimitusjohtajan asemaa säänteleviä normeja ja normistoja on olemassa ja miten niitä voidaan käyttää toimitusjohtajan aseman sääntelyssä. Yritän hahmottaa myös toimitusjohtajan tosiasiallista asemaa yhtiössä ja siihen vaikuttavia tekijöitä. Taloustieteellisten ja sosiologisten näkökohtien avulla kuva toimitusjohtajan asemasta niveltyy laajempaan yhteiskunnalliseen yhteyteensä. (...) Tutkimusmetodi on *normatiivis-sosiologinen*.”

Toiviaisen *normatiivis-sosiologinen* tutkimustapa merkitsee eräänlaista jatkuvaa vuoropuhelua tai toistuvaa tutkimuksellisen näkökulman vaihtoa yhtäältä lainopillisen ja toisaalta yhteiskuntatieteellisen eli taloustieteellisen tai sosiologisen analyysin välillä, kun oikeudellisesti määrittynyttä tutkimuskohdetta hahmotetaan vuoron perään tulkintajuridiikan ja taloustieteen tai organisaatiososiologian näkökulmasta käsin. Lähestymistapa on toisin sanoen yhdistelmä lainoppia ja eri yhteiskuntatieteitä, mutta näiden kahden tutkimusmenetelmät pidetään toisistaan erillään. Malli toteuttaa tältä osin Kelsenin *puhtaan oikeusopin* metodisen erillisyyden periaatetta: oikeustiede on *normitiede* (saks.: *Normwissenschaft*), jonka tutkimuskohteena ovat pätevällä tavalla voimaansaatetut oikeusnormit, kun taas (oikeus)sosiologian ja (oikeus)taloustieteen kaltaiset yhteiskuntatieteet tutkivat oikeudellisesti kvalifioitua viranomais- tai kansalaiskäyttäytymisen lainalaisuuksia tai säännönmukaisuuksia empiiristen yhteiskuntatieteiden

¹¹⁶ Vrt. osin toisin Siltala, ”Empirismen haaste – ajatuksia yhteiskuntatieteellisen metodin soveltamisesta lainopissa”, s. 279–291, missä Backmanin ja Toiviaisen metodidiopista esitettiin toisenlainen tulkinta.

¹¹⁷ Toiviainen, *Osakeyhtiön toimitusjohtajan asema. Oikeusdogmaattinen tutkimus vallasta ja sen sääntelystä*, s. 8–9 (kursivointi lisätty).

menetelmien avulla.¹¹⁸ Tosin oikeustieteen metodista puhtautta tarkoin vaalinut Kelsen tuskin olisi hyväksynyt lainopin ja eri yhteiskuntatieteiden yhdistämistä edes Toiviaisen tarkoittamassa esitysteknisessä merkityksessä.

Tapio Määttä toteaa väitöskirjassaan *Maanomistusoikeus. Tutkimus maanomistusparadigmoista maaomaisuuden käytön ympäristöoikeudellisen sääntelyn näkökulmasta* tutkimuksensa tiedonintressiä ja metodologiaa rajaavista valinnoista seuraavasti:¹¹⁹

”Vaikka tämän tutkimuksen tiedonintressi on oikeudellinen, muiden tieteenalojen omistamista, omistusoikeutta ja ympäristöä koskevista tarkasteluista on haettu virikkeitä oikeudellisen sääntelyn ymmärtämiselle. Tutkimus on tarkoituksellisesti *monitieteinen*. – Tutkimuksessa hyödynnetään muun muassa oikeus- ja ympäristötaloustieteellistä, ympäristösosiologista, moraali- ja yhteiskuntafilosofista, antropologista, etologista sekä tulevaisuudentutkimuksen piirissä syntyntä tutkimustietoa. On syytä korostaa, että muut tieteenalat ovat tässä tutkimuksessa oikeustieteen aputieteitä, eikä tutkimuksessa tavoitella uuden tiedon tuottamista näiden tieteenalojen omista näkökulmista tarkastellen. Suppeasti ymmärretyn ympäristöoikeuden ulkopuolinen aineisto – esimerkiksi omistamisen synnyn historiallis-antropologinen arviointi tai oikeusteoreettiset kehittelyt – palvelee tässä tutkimuksessa ympäristöoikeudellista tiedonintressiä.”

Määttä on varsin hyvin perillä soveltamansa lähestymistavan liittymistä oikeustutkimuksen erityiseen tiedonintressiin: oikeus- ja ympäristötaloustieteen, ympäristösosiologian, moraali- ja yhteiskuntafilosofian, antropologian, etologian ja tulevaisuudentutkimuksen kaltaisten tieteiden osalta on nyt kyse lainopin *tulkinnallista tiedonintressiä* palvelevista aputieteistä, erotettuna niiden omaehtoisesta tutkimuksellisesta tiedonintressistä. Toisaalta Määttä toteaa, että hänen tavoitteenaan on *argumentatiivinen avoimuus* eli erilaisten ja mahdollisesti keskenään ristiriitaistenkin elementtien, tavoitteiden ja vaikutusten hahmottaminen ympäristöoikeudessa, mikä tekee mahdolliseksi pyrkimyksen ”entistä vakuuttavampaan tieteelliseen keskusteluun ja yhteiskunnallisesti legitiimimpiin oikeudellisiin systematisointi- ja tulkintaehdotuksiin”.¹²⁰ Tämän voi tulkita myös viittauksena *pragmaattiseen instrumentalismiin* vallitsevaa oikeuslähdeoppia olenaisesti laajemman reaalisen argumentaation sallimisen merkityksessä.

¹¹⁸ Toiviainen on jatkanut lainopin ja oikeustaloustieteen metodiohjelmien arviointia kiistakirjoituksessaan *Suomalaisen yhteisöoikeuden arvoperusta*. Toiviainen kritisoi ankarasti oikeustaloustieteellistä lähestymistapaa, mutta ei kehittele riittävästi sille positiivista vaihtoehtoa, jollaisen etenkin Ronald Dworkinin ajatus kansalaisten ”oikeuksien ottamisesta vakavasti” tarjoaisi. Vrt. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *passim*.

¹¹⁹ Määttä, *Maanomistusoikeus*, s. 24 (kursivointi Määttän).

¹²⁰ Määttä, mts. 56–57 (kursivointi Määttän).

Lainopillisen tutkimuksen suhteen empiirisiin yhteiskuntatieteisiin voi nähdäkseni tiivistää kolmeen tai neljään malliin:¹²¹

- 1) *metodinen reduktionismi*: lainoppi palautetaan metodiopillisesti joko kokonaan (= *vahva reduktioteesi*) tai ainakin osittain (= *heikko reduktioteesi*) empiiristen yhteiskuntatieteiden yhteyteen,
- 2) *pragmaattinen instrumentalismi*: empiirisistä yhteiskuntatieteistä johdetut *reaaliset argumentit* saavat vaikuttaa lainopilliseen tulkintaan (ja systematisointiin) suuremmalla painoarvolla kuin mitä vallitseva oikeuslähdeoppi sallisi eli lainopin yhteiskunnallista *tavoiterationaalisuutta* painottava *social engineering* -juridiikka, mukaan lukien *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi*,
- 3) *metodinen eriytyneisyys*: lainopin ja empiiristen yhteiskuntatieteiden toisistaan poikkeavat tiedonintressit ja metodit pidetään tiukasti erillään Hans Kelsenin *Puhtaan oikeusopin* tarkoittamalla tavalla, ja
- 4) *tutkimuksellinen vuorovaikutusmalli*: lainopin ja empiiristen yhteiskuntatieteiden soveltamat tutkimusmenetelmät tulee pitää erillään, mutta sanottujen tutkimusalojen saavuttamat aineelliset tulokset – eli yhtäältä lainopin tuottama tulkinnallinen tieto voimassa olevan oikeuden sisällöstä ja toisaalta erilaisten yhteiskuntatieteiden tuottama empiirinen tieto yhteiskunnan vaikutussuhteista ja lainalaisuuksista – tulee ottaa huomioon myös sanotun toisen tieteenalan toteuttaman päättelyn tuloksia arvioitaessa tai analyysin premissejä määritettäessä.

Tutkimuksellinen vuorovaikutusmalli on metodisen eriytyneisyyden ja pragmaattisen instrumentalismin yhdistelmä. Se on yleistettävissä myös oikeuden ihmis- ja kulttuuritieteellisen analyysin sekä lainopin keskinäissuhteisiin.

2.4.2. Metodinen reduktionismi

Empiiriset yhteiskuntatieteet ja niiden soveltama metodi tai oikeammin monikollisesti menetelmät tarjosivat poliittisesti kantaaottavalla 1970-luvulla tutkimuksellisen mallin, johon perinteistä lainoppia kriittisesti verrattiin. Tuolloin esitettiin ankara vaatimus, jonka mukaan rajalinja oikeustieteen ja oikeussosiologian välillä oli kaadettava, oikeustiede sosiologisoitava ja lainopista tehtävä, Antti Kivivuoren mukaan, *poliittista oikeustiedettä*.¹²² Lähtökohtana uudennäköiselle empiristiselle lähestymistavalle oli Kivivuoren väitöskirjan *Suomen vahingon-*

¹²¹ Vrt. osin toisin Siltala, ”Empirismin haaste – ajatuksia yhteiskuntatieteellisen metodin soveltamisesta lainopissa”, s. 279–291.

¹²² Näin etenkin Rieppel, *Eduskunnan perustuslakivaliokunta perustuslakien tulkitsijana*, s. 59–65. – Kivivuori julkaisi *Lakimies*-aikakauskirjassa kriittiset artikkelit ”Suomalaisen oikeustieteen virheet, I–II” sekä saksankielisen poliittisen oikeustieteen ohjelmanjulistuksen, *Politische Rechtswissenschaft*.

korvauslainsäädännön kehitys, osa I johdanto-osa, missä hän esitti 1970-luvulla sittemmin usein toistetun metodisen ohjelmanjulistuksensa:¹²³

”Omasta puolestani en pysty antamaan Suomen oikeustieteen perinteelliselle kysymykselle – mikä on Suomen voimassa olevan oikeuden kanta tietyssä kysymyksessä? – mielekkään tieteellisen tehtävänasettelun arvoa. Voimme tutkia lainsäätäjän käyttäytymistä, voimme tutkia tuomioistuinten käyttäytymiseen, ja voimme suunnitella käyttäytymisen sääntelyä, mutta juuri muuta emme sitten voikaan. Tutkimustuloksia ei käy millään keinolla laskeminen yhteen. Tai ehkä olisi parempi sanoa, ettei ole oikeustieteen tehtävä julistaa yli tutkimustulostensa meneviä käyttäytymisneuvoja. Lakitekstin lausetta, komitean virkettä ja tuomioistuimen argumenttia ei voi millään rationaalisella tavalla laskea yhteen ja saada tulokseksi jotakin määrää Suomen voimassa olevaa oikeutta. Voimme vain selittää ja tehdä ymmärrettäväksi lainlaatijan tai komitean jäsenen tai tuomarin käyttäytymisen.”

Kivivuoren tavoin Esko Riepula vaati käyttäytymistieteellisen metodin omaksumista oikeuden tutkimuksessa. Olennaista olivat yhteiskunnan rakenteellistoiminnallista kokonaisuutta koskevat kysymyksenasettelut, jotka saivat nyt vaihtua tasavertaisena lainopin tulkinnallisen tiedonintressin rinnalla:¹²⁴

”Oikeudellisesta tutkimuksesta on tehtävä myös käytännössä (eikä vain teoriassa) *yhteiskuntatieteen* osa, jolle mitkään yhteiskunnan rakenteellistoiminnallista kokonaisuutta koskevat kysymyksenasettelut eivät ole vieraita saati sitten kiellettyjä. Toiminnallisesti tämä edellyttää käyttäytymistieteelliseltä pohjalta lähtevän tutkimuksen saattamista oikeustieteen piirissä tasavertaiseen asemaan oikeusdogmaattisen tutkimuksen kanssa.”

Perinteisen oikeustiede/yhteiskuntatiede -erottelun Riepula selväsanaisesti hylkäsi.¹²⁵

¹²³ Kivivuori, *Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys, I. Rikoslainsäädäntö 1809–1875*, s. 26. Käytännössä Kivivuoren käyttäytymistieteellinen metodi tarkoitti vahingonkorvauslainsäädännön syntyvaiheiden jäljittämistä ja esitettyjen kantojen palauttamista lakia laatimassa olleisiin henkilöihin, kuten yksittäisiin komitean jäseniin. Varsinaisesta käyttäytymistieteellisestä selittämisestä ei Kivivuoren tutkimuksessa siis ollut kyse.

¹²⁴ Riepula, *Eduskunnan perustuslakivaliokunta perustuslakien tulkitsijana*, s. 58–59 (kursivointi Riepulalla). – *Lectio praecursoriassa*an Riepula huomautti Kivivuoren metodeisiin viitaten: ”Muiden yhteiskuntatieteiden tavoin oikeustieteen tehtävänä on ihmisten yhteiskunnallisen käyttäytymisen kuvaaminen, selittäminen ja tekeminen ymmärrettäväksi niin suuressa määrin kuin yhteiskuntatieteiden kulloisessakin kehitysvaiheessa on ylipäättään mahdollista.” Riepula, ”Oikeudellisen tutkimuksen näköaloja”, s. 5. Vrt. myös Aarnion vastine Riepulalle, Aarnio, ”Oikeustiede ja ’oikeustiede’”, s. 9–13.

¹²⁵ ”Onko sitten olemassa mitään teoreettista tai käytännön vaatimaa syytä esitetyn kaltaiseen rajanvetoon ’oikeustieteen’ ja ’oikeussosiologian’ kesken? Nähdäkseni ei ole. Jos oikeustieteen tehtävänä pidetään – kuten edellä korostin – kaikkien sellaisten yhteiskunnallisten ilmiöiden välisen vuorovaikutussuhteiden tutkimista, joilla on tavalla tai toisella oikeudellista relevanssia, jokai-

Kivivuoren, Riepulän sekä muiden 1970-luvulla yhteiskunnallisesti suuntautuneiden tutkijoiden kritiikin pääkohteena oli 1960-luvulla vallitsevan tutkimustavan aseman saavuttanut analyttinen (siviili)oikeustiede, jonka katsottiin si-vuuttaneen oikeuden yhteiskunnallisen ulottuvuuden tarkastelun.¹²⁶ Analyttisen oikeustieteen tekninen, voimassa olevan oikeuden asettamien oikeussuhteiden selvittämiseen keskittyvä tulkintaintressi peitti valheellisesti alleen oikeuden ylläpitämät yhteiskunnalliset ristiriidat. Yhteiskunnallisesti valvutuneen juristin tehtävänä oli nyt tuon oikeuden tosiasiallisen yhteiskunnallisen tehtävän julki-tuominen. Lainopilta vaadittiin oikeuden arvosidonnaisen luonteen paljastamista sekä yhteiskuntatieteellisen lähestymistavan soveltamista oikeuteen. Kivivuorel-la ja Riepulalla tuo metodinen valvutuneisuus tarkoitti siis *käyttäytymistieteel-listä* tai *oikeussosiologista* lähestymistapaa, jossa yksittäisen tai kollektiivisen oikeudellisen toimijan tai toimijoiden käyttäytymismotiivien selvittäminen sekä yleisemmin yhteiskunnan rakenteelliset lainalaisuudet olivat keskeisellä sijalla. Valtiosääntöoikeuden tutkija Antero Jyränki puolestaan vaati, että oikeustiede tuli määritellä uudelleen osaksi yleistä politiikan tutkimusta, *politologiaa*.¹²⁷

Koska eri tutkijoita yhdistävänä metodisena ideaalina oli oikeustieteen ”tie-teellistäminen” siten, että se palautettaisiin tai siirrettäisiin jälleen muiden yh-teiskuntatieteiden metodiseen yhteyteen, 1970-luvun metodikeskustelu noudatti *metodista reduktiomallia*: oikeustiede saattoi lunastaa paikkansa aitojen tietei-den joukossa vain, jos se määriteltiin uudelleen sosiologian, politologian tai jonkin muun yhteiskuntatieteen tarjoaman metodisen mallin mukaan, ja lainopin perinteinen tulkinnallinen tiedonintressi alistettiin avoimesti yhteiskunnallisten, poliittisten ja ideologisten näkökohtien alaisuuteen. Metodisen reduktiomallin ytimenä on toisin sanoen lainopin perinteisen kysymyksenasettelun – *mikä on Suomen voimassa olevan oikeuden tulkinnallinen, institutionaalisista ja ei-insti-tutionaalista oikeuslähteistä johdettavissa oleva merkityssisältö suhteessa tiet-tyyn tosiseikastoon x?* – korvaaminen yhteiskuntatieteellisellä eli oikeuden yh-teiskunnallisia vaikutuksia ja vaikutussuhteita analysoivalla, selittävällä, mallin-tavalla ja ennustavalla tarkastelutavalla.

Metodiopillinen reduktionismi käsittää kaksi vaihtoehtoa, joita voi kutsua yh-täältä vahvaksi ja toisaalta heikoksi reduktioteesiksi. 1970-luvun vaatimus yh-teiskuntatieteellisen metodin yksinomaisesta soveltamisesta oikeustieteessä nou-dattaa *vahvaa reduktioteesiä*, sillä siinä lainopin tulkinnalliselle metodille ei

nen tämän kaltainen oikeudellinen tutkimus on samalla ’sosiologinen’.” Riepula, *Eduskunnan perustuslakivaliokunta perustuslakien tulkitsijana*, s. 59.

¹²⁶ Aulis Aarnion vuonna 1967 ilmestynyt väitöskirja *Perillisen oikeusasemasta* oli (viimeinen?) tyyli- ja analyttisen siviilioikeustieteen opinnäyte. Tutkimus oli Antti Kivivuoren ankanan kritiikin kohteena tämän vuonna 1970 *Lakimies*-aikakauskirjassa julkaistuissa kirjoituksissa ”Suomalaisen oikeustieteen virheet, I–II”.

¹²⁷ Jyränki, ”Teesejä juridiikasta ja juristeista”, s. 880–892 ja etenkin s. 887–888.

jäänyt lainkaan sijaa. *Heikon reduktioteesin* mukainen tutkimus pyrkii sen sijaan määrittelemään oikeudellisen tulkinnan uudelleen tavalla, joka poistaa ristiriidan sen ja yhteiskuntatieteiden soveltaman empiristisen tutkimustavan väliltä.

Esimerkkinä heikosta reduktioteesistä on Jukka Kultalahden väitöskirja *Omaisuuksensuoja ympäristönsuojelussa*.¹²⁸ Kultalahti hyväksyy Riepulan teesin, jonka mukaan raja-aidan pystyttäminen empiirisen yhteiskuntatieteen ja normatiivisen valtiosääntöoikeudellisen tutkimuksen välille ei onnistu.¹²⁹ Oikeustieteestä tulee tehdä *sosiologista oikeustiedettä*, jossa empiirinen tieto lomittuu normatiivis-analyttisen sääntötiedon lomaan.¹³⁰ Kultalahden mielestäni kiistanalaisen näkemuksen mukaan kielen merkityksistä on mahdollista saada tietoa puhtaasti empiirisen menetelmän avulla.¹³¹

”Empirismen keinoin voidaan kuitenkin analysoida myös tuomioistuinten ratkaisuja, esim. ennakkopäätöksissä esitettyjä tulkintoja ja argumentointeja ja sitä kautta myös oikeudellisesti relevanttia käyttäytymistä. Perusoikeustulkinnan kannalta kaikkien merkittävien ryhmien/orgaanien (lainsäätäjän ja lain soveltajan) käyttäytyminen on empiirisesti havainnoitavissa. Käyttäytymisen tutkiminen empiirisesti on aivan ilmeisesti myös tehokas tiedonhankintatapa. *Sääntötutkimuksen alueella taas ainakin lakiteksti, lainvalmistelumateriaali, oikeudelliset ratkaisut (oikeuskäytäntö) ja oikeuskirjallisuus ovat empiirisesti havainnoitavissa olevia ilmiöitä.* Ne ovat kirjallisessa muodossa olevia dokumentteja. Itse asiassa oikeussäännön sisällön kannalta relevantti aineisto on kaikessa oikeusdogmaattisessa tutkimuksessa samanlaista. Kysymys on kielellisistä ilmauksista erilaisissa dokumenteissa. Jopa yleisten oikeusperiaatteiden tai käsitteiden dedusoiminen tapahtuu pitkälle kielellisiä ilmauksia analysoimalla. Loogis-analyttistä päättelyä tarvitaan tietysti lähtöolettamusten (hypoteesien) laadinnassa ja kielellisten ilmausten takana olevien ‘näkyvättömiä’ ilmausten tulkinnassa. *Mutta kaikki nämä kielelliset ilmaisut ovat empiirisiä tosiasioita, joita voidaan lähestyä empiirisille tieteille ominaisin menetelmin.*”

Kultalahti määrittelee näin lainopillisen tulkinnan uudelleen tavalla, joka väitetyksi poistaa ristiriidan sen ja empiiristä metodia soveltavien yhteiskuntatieteiden väliltä, ja myös lainopin tulee soveltaa empiiristä metodia. Tässä Kultalahti kuitenkin erehtyy. Kirjallisessa muodossa annetusta oikeudellisesta lähdeaineistosta eli lainsäädännön, lainvalmisteluaineiston, tuomioistuinten antamien rat-

¹²⁸ Kultalahti, *Omaisuuksensuoja ympäristönsuojelussa*.

¹²⁹ Kultalahti, mts. 103.

¹³⁰ Vastaväittäjät Aulis Aarnio ja Esko Riepula totesivat lausunnossaan, että Kultalahden väitys oli tuolloin pisimmälle viety yritys Suomessa yhdistää kaksi tutkimusotetta: normatiivis-analyttinen ja empiirinen. Aarnio & Riepula, ”Virallisten vastaväittäjien Aulis Aarnion ja Esko Riepulan Tampereen yliopiston taloudellis-hallinnolliselle tiedekunnalle antama 15.3.1991 päivätty lausunto”, s. 446.

¹³¹ Kultalahti, *Omaisuuksensuoja ympäristönsuojelussa*, s. 92 (kursivoinnit lisäty).

kaisujen tai lainopillisen oikeuskirjallisuuden sisällöstä ei voi saada mielekästä *tulkinnallista* tietoa puhtaasti empiirisen menetelmän avulla. Empiirinen menetelmä tuottaa tietoa esimerkiksi tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten ratkaisutoiminnan *säännönmukaisuuksista* eli esimerkiksi siitä, millaista omaisuudensuojaa eduskunnan perustuslakivaliokunta on tosiasiallisesti antanut erilaisissa tyyppitapauksellisissa tulkintatilanteissa tai millainen on tuomioistuinten rangaistuskäytäntö. Sitä vastoin kysymys voimassa olevan oikeuden *sääntöjen* sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja vastaavien tulkintastandardien tulkinnallisesta merkityssisällöstä rajautuu johdonmukaisen empiristisen lähestymistavan ulkopuolelle, jollei tulkintaa sidota Alf Rossin tavoin institutionaaliseen tuomarireferenssiin eli vallitsevaan tuomarinideologiaan tässä tutkimuksessa omaksutun analyttisen oikeusrealismin tarkoittamalla tavalla.

Kirjallisessa muodossa annetun oikeudellisten lähdeaineiston tulkintaan sovellettuna ja ilman tuomarinideologian kaltaisen tulkintakehyksen hyödyntämistä puhtaasti empiirisen metodin käyttö rajoittuu tekstin ulkoisen ilmiön havainnointiin.¹³² johdonmukaiselle empiristille lakitekstin lause tai Korkeimman oikeuden vuosikirjaan painettu ennakkoratkaisu on vain ”painomustetta paperilla” (engl.: *ink on paper*), eivätkä lakitekstin tulkinnalliset merkitykset avaudu tulkitsijalle puhtaasti empiirisen lähestymistavan avulla. Kultalahden metodinen ohjelmanjulistus sivuuttaa sen, mitä sekä kontinentaalisen että analyttisen hermeneutiikan teksteissä on esitetty tekstitulkinan *elämyksellisestä* (Wilhelm Dilthey), *traditiosidonnaisesta* (Hans-Georg Gadamer) tai *intentio-* ja *merkitysidonnaisesta* luonteesta (Ludwig Wittgensteinin myöhäisfilosofia, Elizabeth Anscombe, Peter Winch). Samoin hän sivuuttaa sen, mitä *uuskantilainen* tieteenfilosofia on esittänyt erilaisten ihmis-, kulttuuri- ja tulkintatieteiden omalakisesta metodiikasta (Wilhelm Windelband, Heinrich Rickert sekä oikeustieteessä etenkin Hans Kelsen).

Eroa lainopin tulkinnallisen lähestymistavan sekä erilaisia yhteiskunnallisia vaikutussuhteita mallintavien ja selittävien empiiristen lähestymistapojen välillä voi havainnollistaa Alf Rossin *shakkipeliesimerkin* avulla.¹³³ A ja B pelaavat shakkia. Ulkopuolinen tarkkailija C, joka ei ole aiemmin nähnyt pelattavan shak-

¹³² Näinkin on toki tehty. Esko Riepula laski valtiosääntöoikeuden tutkimuksessaan, miten monta sanaa perustuslakivaliokunnan mietinnöissä ja lausunnoissa sekä lausuntojen perusteluissa oli vuosina 1920–1970: perustuslakien tulkintaan liittyvien valiokunnan mietintöjen ja lausuntojen kokonaislaajuus oli 80 %:sesti alle 1000 sanaa eli 2,5 valtiopäiväasiakirjan sivua, ja varsinaisen tulkintasuosituksen perustelujen laajuus oli yli 70 %:sesti alle 400 sanaa. Riepula, *Eduskunnan perustuslakivaliokunta perustuslakien tulkitsijana*, s. 331–333.

¹³³ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 22–26. Samalla on syytä muistaa Thomas Morawetzin oikeuden pelianalogian kritiikki, jota jo edellä kommentoin. Sisäistä/ulkoista näkökulmaa oikeuteen Rossin shakkipeliesimerkki yhtä kaikki havainnollistaa.

kia eikä mitään muutakaan peliä, koettaa päästä perille, mistä oikein on kyse tehden empiirisiä havaintoja pelaajien käyttäytymisen *säännönmukaisuuksista*: A siirtää valkeaa esinettä ruudutetulla laudalla ja pysäyttää pöydällä olevan shakkikellon; B siirtää vuorostaan mustaa esinettä ruudutetulla laudalla ja pysäyttää shakkikellon, ja niin edelleen. Aikanaan toinen pelaajista toteaa ”shakki ja matti”, minkä jälkeen pelaajat poistuvat ruutulaudan äärestä. Voiko ulkopuolinen tarkkailija päästä selville shakkipelin ideasta, säännöistä ja erilaisista pelistrategioista yksinomaan tekemällä empiirisiä havaintoja pelaajien käyttäytymisestä?

Alf Rossin, H.L.A. Hartin¹³⁴ ja Ludwig Wittgensteinin myöhäisfilosofian¹³⁵ mukaan shakkipelin samoin kuin minkä tahansa muun pelin idean ja tavoitteiden ymmärtämiseksi *säännön* käsite on välttämätön. Shakkipeli, yhtä hyvin kuin voimassa oleva oikeus, on *sääntösidonnainen* ilmiö, joka on määriteltävissä vain sen konstitutiivisten ja regulatiivisten sääntöjen avulla. *Konstitutiivisia* sääntöjä ovat säännöt, jotka tekevät tietyistä pelistä juuri shakin erotuksena jätkänshakista, tammesta, halmasta tai mistä tahansa muusta pelistä. Shakin konstitutiivisiin sääntöihin kuuluu esimerkiksi sääntö, jonka mukaan shakkilaudassa on 32 valkeaa ja 32 mustaa ruutua, että lähetti liikkuu diagonaalisesti ja torni ruutujen suuntaisesti ja että peli päättyy vastapuolen kuninkaaseen kohdistuvaan (shakkiin ja) mattiin. *Regulatiivisia* sääntöjä ovat puolestaan säännöt, jotka ilmoittavat, mitä pelaaja saa ja mitä hän ei saa pelin kuluessa tehdä sekä mitä on seurauksena, jos sanottuja sääntöjä vastaan rikotaan. On toisin sanoen kyse pelissä sallittua ja kiellettyä toimintaa määrittävistä säännöistä. Shakin säännöt ovat pääosin, jolleivät yksinomaisesti, konstitutiivisia: jos pelaaja ei noudata shakin konstitutiivisten sääntöjen osoittamia nappuloiden siirtotapoja, vaan esimerkiksi peruuttaa sotilaalla taaksepäin tai siirtää tornia diagonaalisesti ja lähettiä ruutujen suuntaisesti, ei ole kyse shakista lainkaan.¹³⁶ Sen sijaan esimerkiksi jalkapallossa on määriteltä varsin tarkkaan pelin regulatiivisten sääntöjen rikkomisesta seuraavat rangaistukset vastapuolelle annettujen vapaapotkujen, rangaistuspotkujen sekä säännön rikkojaan itseensä kohdistuvan tuomarin keltaisen tai punaisen kortin nostamisen sekä mahdollisen kentältä poistamisen ja pelikiellon merkityksessä.

Jotta voisi ylipäättään ymmärtää, mistä shakissa (tai oikeudessa) on kysymys, tarvitaan Rossin ja Hartin mukaan *sisäinen näkökulma* shakkipeliin (tai oikeuteen): mitkä ovat ne shakkipelin (tai oikeuden) säännöt, jotka pelaajat ja etenkin tuomari tai tuomarit ovat sisäistäneet normatiivisiksi kriteereiksi, joiden avulla he arvioivat, onko jokin siirto pelin sääntöjen sallima vaiko ei tai, oikeuteen

¹³⁴ Hart, *The Concept of Law*, s. 99.

¹³⁵ Ludwig Wittgensteinin myöhäisfilosofia viittaa hänen *Filosofisia tutkimuksia* (eli *Philosophische Untersuchungen*) -teokseensa vuodelta 1953 sekä tuolta ajalta peräisin oleviin muihin kirjoituksiin, kuten *Sininen ja ruskea kirja* ja *Varmuudesta*, erotuksena Wittgensteinin varhaisfilosofiasta, jota *Tractatus Logico-Philosophicus* edustaa.

¹³⁶ Vrt. Wittgensteinin kysymys: jos shakkia pelataan ilman kuningatarta, onko kyse shakkipelistä?

sovellettuna, onko määrätty toiminta voimassa olevan oikeuden sallima vai kieltämä. Ulkoisen, yksinomaan empiirisiin havaintoihin rajoittuvan näkökulman omaksunut tutkija voi tehdä havaintoja pelaajien käyttäytymisestä sekä laatia niiden pohjalta tilastollisia yleistyksiä eri siirtojen yleisyydestä shakissa: miten usein pelaaja aloittaa määrättyllä siirrolla, jota on tapana kutsua sisilialaiseksi avaukseksi, miten usein pelaaja uhraa pelissä kuningattarensa tai miten tavallista on talonpojan korottaminen kuningattareksi. Riittävän kauan peliä seuraamalla ulkopuolinen tarkkailija voi saada selville nappuloiden tavanomaiset siirtotavat sekä sen, miten shakkipeli tavanomaisesti päättyy. Pelin sisäistä näkökulmaa sekä ideaa yhtäältä sallituista ja toisaalta kielletyistä siirroista senkaltainen ulkopuolinen tarkkailija ei tavoita. Jos toinen pelaajista tekee vahingossa sääntöjen vastaisen siirron tai muuttaa vilpillisesti nappuloiden sijaintia vastapuolen katsoessa toisaalle, ulkoisen näkökulman peliin omaksunut empiirinen tarkkailija rekisteröi sen perin harvinaisena tai ainutkertaisena shakkipelin tapahtumana. Ilman pelaajia (ja tuomaria) velvoittavan säännön käsitettä hän ei pysty toteamaan, oliko menettely shakin sääntöjen sallima vaiko kieltämä.

Puhtaasti empiirisellä metodilla ei voi saavuttaa tietoa niistä voimassa olevista oikeussäännöistä tai niistä vallitsevan oikeuden tunnistamissäännön osoittamista oikeuslähteistä, jotka tuomarit ja muut institutionaaliset lainsoveltajat ovat kollektiivisesti sisäistäneet itseään velvoittavaksi normatiiviseksi mittapuuksi ja jota he käyttävät arvioidessaan sekä oman että toisten toiminnan lainmukaisuutta ja oikeellisuutta.¹³⁷ Empiiristä metodia soveltava yhteiskuntatieteilijä saattaa todeta, että jalankulkijat *de facto* suhteellisen usein ylittävät kadun punaisen liikennevalon palaessa, mutta tietoisuus tai väite sanotun menettelyn lainvastaisuudesta edellyttää *velvoittavan säännön* käsitettä sekä Rossin normatiivisen *tuomarin-ideologian* tai Hartin oikeuden *tunnistamissäännön* kaltaista ideaa, jonka avulla velvoittavat säännöt ovat tunnistettavissa. Toisaalta, jos oikeus mielletään shakin tai kriketin kaltaisena sääntösidonnaisena pelinä, on enintään kyse pelistä, jonka sääntöjä voidaan muuttaa – ja myös tavanomaisesti muutetaan – pelin kuluessa, eikä pelaajien (tai tuomareiden) keskuudessa ole välttämättä yksimielisyyttä edes siitä, mistä tai millaisesta pelistä oikein on kyse.¹³⁸ Silti Rossin ja Hartin korostama ajatus konstitutiivisten ja regulatiivisten sääntöjen ja sisäisen näkökulman merkityksestä soveltuu myös oikeuteen ja oikeustieteeseen.

¹³⁷ Vrt. Hart, *The Concept of Law*, s. 113. – Kultalahden ääriempiristinen kanta on tavallaan ymmärrettävä: luonnehtihan Ross itsekkin omaa tarkastelutapaansa *Om ret og retferdighed* -teoksen englanninkielisen laitoksen esipuheessa todeten, että hänen tavoitteenaan oli toteuttaa empiirinen tutkimusohjelma oikeustieteessä aina sen äärimmäisiin päätelmiin asti. Ross, *On Law and Justice*, s. IX: "The leading idea of this work is to carry, in the field of law, the empirical principles to their ultimate conclusions."

¹³⁸ Käsittelin oikeuden pelianalogiaa edellä, luvussa 2.1. "Oikeus radikaalisti tulkinnanvaraisena yhteiskunnallisena käytäntönä", viitaten filosofi Thomas Morawetzin ajatuksiin.

2.4.3. Pragmaattinen instrumentalismi

Suomen oikeustieteessä vaikutti 1940-luvulla maan ruotsinkielisten tutkijoiden, kuten Erik af Hällströmin, C.H. Ekin, Berndt Godenhielmin ja L.E. Taxellin, edustama *reella överbäganden* -juridiikka,¹³⁹ joka korosti oikeuden ennakoitavissa olevien yhteiskunnallisten vaikutusten eli *reaalisten argumenttien* merkitystä laintulkinnassa. Helin on käyttänyt suuntauksesta myös amerikkalaistutkija Robert S. Summersilta lainattua termiä *pragmaattinen instrumentalismi*, jolla tämä viittasi amerikkalaisen pragmatistisen filosofian, O.W. Holmesin ja Roscoe Poundin edustaman sosiologisen oikeustieteen sekä varsinaisen amerikkalaisen oikeusrealismin muodostamaan ajatukselliseen kokonaisuuteen.¹⁴⁰ Käsitteellissystemaattisten näkökohtien sijaan 1940-luvun Suomen ruotsinkielistä lainoppia edustaneet pragmaattiset instrumentalistit suosivat laintulkintaperusteina senkaltaisia oikeudellisen sääntelyn yhteiskunnallisia tavoitteita kuin vaihdannan intressi, vaihdannan varmuus, liike-elämän intressi, vahinkojen estämistavoite, korvauksen varmistaminen, yhtiövarallisuuden säilyttäminen tai yksinkertaisuus- ja halpuustavoite pantin realisoinnissa.¹⁴¹ Myös yhteiskunnalliseen oikeudenmukaisuuteen välittömästi viittavia kohtuullisuusargumentteja käytettiin, ja perinteistä suomalaista oikeuslähdeoppia pyrittiin avaamaan erilaisille yhteiskunnallisille tavoitenäkökohdille.

Laajamittaisesti *reella överbäganden* -juridiikan tavoite lainopillisen argumentaation avamisesta erilaisille reaalisille argumenteille ei toteutunut käsitelainopillisen ajattelutavan hallitsemassa 1940-luvun suomalaisessa lainopissa, mutta idea oikeuden perustavasta yhteiskunnallisuudesta ja tavoiterationaalisuudesta on jäänyt vaikuttamaan myöhemmässä oikeusajattelussa ainakin kolmessa eri merkityksessä. Ensinnäkin *de lege ferenda* -tutkimuksen avoin tavoite – keinohakuisuus toteuttaa osaltaan oikeuden yhteiskunnallista funktiota, jollaista pragmaattiset instrumentalistit korostivat. Toiseksi, *reaalisten argumenttien* eli yhteiskunnallisen seuraamusharkinnan asema on tunnustettu eräänlaisena oikeudellisen tulkinnan viimekätisenä arviointikeinona. Sinänsä muodollis-juridisesti pätevä tulkinta voimassa olevasta oikeudesta, jonka yhteiskunnalliset vaikutukset arvioitaisiin täysin kestävämmiksi, tuskin saavuttaisi tuomioistuinten ja oikeustieteellisen tulkinnan kohderyhmän hyväksyntää.¹⁴² Kolmanneksi, ja lainopin metodiikan kannalta keskeisimpänä vaikutuksena, ajatus yhteiskuntatieteellisen erityistiedon lomittamisesta yhteen lainopin tutkimustulosten kanssa on saanut keskeisen sijan 1990-luvun ja 2000-luvun *oikeustaloustieteellisen laintulkin-*

¹³⁹ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 284–285, 369–376, 382–383.

¹⁴⁰ Helin, mts. 371.

¹⁴¹ Helin, mts. 372–373.

¹⁴² Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 239–241; Siltala, *Johdatus oikeusteoriaan*, s. 119–120.

taopin kirjoituksissa. Se on antanut taloudellisille ja/tai oikeustaloustieteellisille tulkintaperusteille vahvemman sijan oikeudellisessa argumentaatiossa kuin mitä perinteinen institutionaalinen oikeuslähdeoppi ja vallitsevat oikeudellisen argumentaation mallit sallisivat.

Pekka Timonen on analysoinut yhtiöoikeutta yhtäältä perinteisen lainopillisen ja toisaalta oikeustaloustieteellisen lähestymistavan avulla väitöskirjassaan *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely*.¹⁴³ Timonen kytkee lainopillisen ja (oikeus)taloustieteellisen lähestymistavan metodisesti lähemmäs toisiaan kuin esimerkiksi Heikki Toiviainen omassa väitöskirjassaan, jossa ei ollut Timosen tutkimuksen vahvasti eurooppaoikeudellista painotusta. Timonen päätyy 1990-luvulla toteutuneen integraatiokehityksen perusteella vaatimukseen ”lainopin ja oikeuspoliittisen *de lege ferenda* -tutkimuksen välisen eron suhteellistamisesta ja osin poistamisesta”,¹⁴⁴ jolloin oikeustaloustieteellinen argumentaatio saa lainopillisessa tutkimuksessa merkittävästi aiempaa suuremman painoarvon. Timonen erottaa oikeudellisesti määrittyneen tutkimuskohteen (*arvovapaan*) kuvaamisen sekä *parhaan mahdollisen tulkinnan* voimassa olevasta oikeudesta.¹⁴⁵ Jaottelu vastaa käsittääkseni tässä tutkimuksessa esitettyä jakoa yhtäältä analyyttis-deskriptiiviseen ja toisaalta normatiivis-kriittiseen tutkijanideologiaan, joskaan Timonen ei sitoudu nyt käsillä olevan tutkimuksen tavoin analyyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin keskeisoletuksiin.

Taustalla on oletus lainopin tutkijan tuomaria olennaisesti vapaammasta oikeuslähdeopista: toisin kuin vallitsevaan eli tuomarien ja muiden lakia soveltavien viranomaisten kollektiivisesti hyväksymään oikeuslähde- ja laintulkintaoppiin sidottu tuomari, lainopin tutkija voi Timosen mukaan pyrkiä ideaaliseen tai parhaaseen mahdolliseen tulkintaan voimassa olevasta oikeudesta. Tällöin on kuitenkin irtauduttu vallitsevan lainopin mukaisesta deskriptiivisestä tiedonintressistä kriittisen oikeusopin normatiivisen tiedonintressin hyväksi. Niinpä Timosen teesi *de lege ferenda/de lege lata* -erottelun ”liudentumisesta” ja aina-

¹⁴³ Timonen, *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely*.

¹⁴⁴ Timonen, *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima*, s. 22, 114 sekä erityisesti s. 119–130. Timonen toteaa mielestäni virheellisesti, mts. 124, että ”... integraation seurauksena raja *de lege lata* <–> *de lege ferenda* liudentuu tai osaksi katoaa. Kun niin käy, seuraamusargumenttien merkitys laintulkinnassa kasvaa olennaisesti.” Toisaalta, hän kirjoittaa mielestäni oikeaan osuen, mts. 127, että ”... seuraamusargumentit voivat oikeuslähdeopillisesti olla vain reaalisia argumentteja, joiden merkitys on tilannesidonnainen ja varsin rajallinen.” Tekstissä on toisin sanoen semanttista huojuntaa, koska Timonen samanaikaisesti ”soutaa ja huopaa” esittäessään kaksi toisistaan poikkeavaa ja keskenään ristiriitaista tulkintaa oikeustaloustieteellisen argumentin oikeuslähdeopillisesta ratkaisuarvosta. Samoin Timonen, ”Taloustieteen ja sen tulosten käyttö oikeustutkimuksessa”, s. 137: ”... raja *de lege ferenda* -tutkimuksen ja ’perinteisen’ lainopin välillä liudentuu.”

¹⁴⁵ Timonen, *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima*, s. 122–123, sama, ”Taloustieteen ja sen tulosten käyttö oikeustutkimuksessa”, s. 150.

kin osittaisesta katoamisesta sekä taloustieteellisen argumentaation merkittävästä vahventumisesta suomalaisessa lainopissa pätee yleistettynä vain kriittisen oikeusopin mukaiseen tiedonintressiin, jota vallitsevan tuomariniideologian käsittelemät institutionaalisen oikeuslähdeopin ja oikeudellisten argumentaatiomallien tutkimukselliset rajoitukset eivät sido. Vaatimus oikeustaloustieteellisten tulkintaperusteiden aseman olennaisesta vahventamisesta oikeuslähdeopissa liittyy Timosen 1940-luvun *pragmaattisen instrumentalismin* eli *reella överväganden* -juridiikan yhteyteen, niin kuin hän itsekin toteaa.¹⁴⁶ Timosen *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi* toteuttaa toisin sanoen normatiivis-kriittistä tiedonintressiä erilaisten vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin suuntausten tavoin.

2.4.4. Metodinen eriytyneisyys

Ajatus oikeustieteen ehdottomasta metodisesta erillisyydestä tai eriytyneisyydestä suhteessa empiirisiin yhteiskuntatieteisiin yhtä hyvin kuin mihin tahansa muihin ”ei-oikeudellisiin” tutkimusaloihin perustuu itävaltalaisen Hans Kelsenin *Puhtaaseen oikeusoppiin*. Aidosti tieteellisen oikeusopin metodisena lähtökohtana oli oikeustieteen ”puhdistaminen” kaikista sille vieraista aineksista, oli sitten kyse oikeuden yhteiskunnallisten, taloudellisten, moraalisten, luonnon-oikeusfilosofisten tai vaikka teologisten sidonnaisuuksien arvioimisesta.¹⁴⁷ Nämä eivät kuuluneet oikeustieteen, vaan esimerkiksi sosiologian, taloustieteen tai teologian alaan. Etenkin Kelsenin puhtaan oikeusopin varhaisen, vuoden 1934 version taustalla oli vahvasti uskantilainen käsitys oikeustieteestä omalakisena normitieteenä (saks.: *Normwissenschaft*), joka erosi luonnontieteistä niin tutkimuskohteeltaan, tiedonintressiltään kuin metodiopiltaan. Myöhäistuotannossaan ja varsinkin keskeneräiseksi jääneessä, postuumisti julkaistussa *Allgemeine Theorie der Normen* -käsikirjoituksessaan Kelsen irtautui varhaisemman ajattelunsa uskantilaisista lähtökohdista ja siirtyi kohden voluntaristista oikeuskäsitystä. Kelsen-tutkija Michael Hartneyn sanoin tuon kehityksen voi kiteyttää toteamukseen: *Kantista Humeen*.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Timonen, *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima*, s. 128.

¹⁴⁷ ”Wenn sie sich als eine ’reine’ Lehre vom Recht bezeichnet, so darum, weil sie nur eine auf das Recht gerichtete Erkenntnis sicherstellen und weil sie aus dieser Erkenntnis alles ausscheiden möchte, was nicht zu dem exakt als Recht bestimmten Gegenstande gehört. Das heisst: sie will die Rechtswissenschaft von allen ihr fremden Elementen befreien. Das ist ihr methodisches Grundprinzip.” Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 1.

¹⁴⁸ ”... a shift from a Kantian view of reason and science to a Humean view: whereas previously reason had an active role, it no longer has any normative function.” Hartney, ”Introduction: The Final Form of *The Pure Theory of Law*”, s. LII. Hartney viittaa Kelsenin ajattelun muutokseen *Reine Rechtslehren* ensimmäisestä vuoden 1934 laitoksesta postuumisti julkaistuu *Allgemeine Theorie der Normen* -käsikirjoitukseen yli neljä vuosikymmentä myöhemmin.

Kelsenin puhdas oikeusoppi on teoria oikeustieteestä, jonka tutkimuskohteena on muodollisesti pätevällä tavalla voimaan saatettujen oikeusnormien kokonaisuus ja normihierarkkinen rakenne.¹⁴⁹ Sen epistemologisena lähtökohtana on uuskantilaisesta tieteenfilosofiasta johdettu ajatus hypoteettisesta *perusnormista* (saks.: *Grundnorm*) oikeutta koskevan tiedon välttämättömänä, *transsendentaalis-loogisena* edellytyksenä. Vain sanotunkaltaisen tieto-opillisen ennakkoehdon vallitessa aidosti tieteellinen tieto voimassa olevasta oikeudesta käy mahdolliseksi. Kelsenin puhdas oikeusoppi on samalla täysin formaali, kohdeneutraali teoria oikeudesta. Niin kuin Kelsen huomauttaa *Puhtaan oikeusopin* ensimmäisen, vuoden 1934 laitoksen esipuheessa, hänen oikeusteoriaansa soveltuu täsmälleen yhtä hyvin toisilleen täysin vastakkaisten yhteiskunnallisten ideologioiden tai maailmankatsomusten välikappaleeksi, mikä Kelsenin mukaan oli paras osoitus hänen oikeusopille asettamiensa tieteellisten tavoitteiden saavuttamisesta.¹⁵⁰

Oikeussääntöjen tulkintaa sivuaa vain teoksen toisessa, vuoden 1960 laajennetussa laitoksessa omaksuttu jako autenttiseen ja epäautenttiseen tulkintaan. *Autenttinen* tulkinta viittaa tuomarin tai muun lakia soveltavan viranomaisen laintulkintapäätökseen (saks.: *rechtserzeugender Akt*), jonka seurauksena syntyy yksittäinen, käsillä olevaan oikeustapaukseen sovitettu ratkaisunormi. *Epäautenttinen* tulkinta viittaa oikeustieteen toteuttamaan laintulkintaan, mistä konstitutiivinen eli voimassa olevaa oikeutta tehokkaasti muotoava elementti määritelmällisesti puuttuu.¹⁵¹ Oikeustieteen tulkintalauseet, toisin kuin lainsäätäjän tai tuomioistuimen tuottamat lauseet, eivät toisin sanoen kykene luomaan, muuttamaan, panemaan täytäntöön tai kumoamaan yksittäisille kansalaisille kohdennettuja oikeuksia ja velvollisuuksia. Toisaalta oikeustiede voi perustella metatason ratkaisunormin tilanteessa, jossa kaksi oikeusnormia on keskenään sisällöllisesti ristiriidassa, esimerkiksi metanormin *lex posterior derogat (legi) priori* tai *lex superior derogat (legi) inferiori* merkityksessä.¹⁵² Muutoin puhdas oikeusoppi täydellisesti vaikenee oikeudellisen tulkinnan ongelmista ja jättää tuomarin yhtä hyvin kuin lainopin tutkijan tulkinnallisen tiedonintressin vastausta vaille. Edes oikeustieteen tutkijan esittämät perustellut kannanotot tai arvoarvostelmat yksittäisten tulkintakannanottojen keskinäisestä paremmuudesta eivät ole tie-

¹⁴⁹ Kelsenillä oikeusnormit käsittivät vain oikeussäännöt, eivät oikeusperiaatteita tai muita vastavia oikeudellisia ratkaisustandardeja.

¹⁵⁰ Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. V.

¹⁵¹ Autenttisesta ja epäautenttisesta tulkinnasta, Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 346 s.

¹⁵² Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 210, 275. – Oikeusperiaatteista Kelsenin teoria vaikenee: koska Ronald Dworkinin tavoin ymmärrettyjä (institutionaalisia) oikeusperiaatteita ei voi palauttaa Kelsenin ja Merklin perusnormikonstruktion eikä niitä voi tunnistaa voimassa olevaksi oikeudeksi Hartin oikeusteorian edellyttämän formaalin oikeuden tunnistamissäännön avulla, ne eivät kuulu puhtaan oikeusopin tai edes ankarasti määritellyn analyttisen oikeuspositivismin alaan.

teelliselle oikeusopille sallittuja, vaan ne kuuluvat oikeuspolitiikan, eivät oikeustieteen, alaen.¹⁵³

Suhteessa empiirisiin yhteiskuntatieteisiin yhtä hyvin kuin muihinkin oikeustieteen osalohkoihin – eli tämän teoksen termin oikeuden ihmis-, kulttuuri- ja yhteiskuntatieteelliseen analyysiin – Kelsenin puhdas oikeusoppi edustaa *metodiopillista erillisyyttä* ja *eriytyneisyyttä*: oikeustieteen ja empiiristen yhteiskuntatieteiden tai oikeustieteen muiden osalohkojen tutkimusmenetelmät saavat vaikuttaa tahoillaan ilman, että toinen saa vaikuttaa toiseen. Oikeussääntöjen muodolliset validiteettiehdot sekä sääntöjen normihierarkkinen rakenne, joiden analyysiin puhdas oikeusoppi yksinomaaisesti keskittyy, tulee siis pitää erillään oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten analyysistä. Esimerkiksi voimassa olevan oikeuden toteuttama taloudellinen kustannustehokkuus (= oikeustaloustiede), oikeussääntöjen vaikutukset kansalaisten tai viranomaisien käyttäytymiseen (= oikeussosiologia) tai joukkomittaisten oikeudellisten ilmiöiden tilastolliset lainalaisuudet (= oikeudellinen tilastotiede) rajautuvat puhtaan oikeusopin tarkoittaman oikeustieteen ulkopuolelle, joskaan ei ole estettä sille, etteivätkö oikeustaloustiede, oikeussosiologia tai oikeudellinen tilastotiede voisi tutkia sanottuja kysymyksiä kukin tahollaan.

Oikeus on Kelsenille muodollisesti voimassa olevien oikeussääntöjen kokonaisuus, jonka vain yleinen vaatimus pätevän normijärjestyksen kokonaistehokkuudesta (saks.: *im grossen und ganzen wirksam*) liittää sanottujen sääntöjen edellyttämään yhteiskuntatodellisuuteen. Kelsenin puhtaan oikeusopin ilmeiseksi ongelmaksi jää se, miten voi arvioida oikeudellisen normitiedon yhteiskunnallista merkitystä ilman empiiristä tietoa oikeussääntöjen soveltamisolosuhteista ja vaikutuksista yhteiskunnassa esimerkiksi taloudellisten, sosiaalisten tai tilastollisesti määritettävissä olevien vaikutusten merkityksessä. Niinpä oikeudellinen analyysi voimassa olevan oikeuden muodollisesti velvoittavista oikeussäännöistä ja yhteiskuntatieteellinen analyysi oikeuden vaikutuksista yhteiskunnassa toteutetaan kumpikin tahollaan ilman, että niiden tutkimuksellisia premissejä tai tutkimustuloksia otettaisiin mitenkään sanotulla toisella tieteenalalla huomioon.

2.4.5. Tutkimuksellinen vuorovaikutusmalli

Metodinen reduktionismi ei tee oikeutta lainopin erityiselle tulkinnalliselle tiedonintressille vaan pakottaa sen väkivalloin empiiristen yhteiskuntatieteiden muottiin. Määriteltynä Kivivuoren, Riepulain tai Jyrängin ehdottamalla tavalla lainoppi ei täyttäisi sen perinteistä tiedonintressiä ja yhteiskunnallista tehtävää perustellun oikeudellisen tulkintatiedon tuottajana, jolloin tuon paikan ottaisi jokin toinen, tiedekriteereihin pragmaattisemmin tai maltillisemmin asennoituva

¹⁵³ Kelsen, mts. 353.

oppiaine, niin kuin Aarnio on lukuisissa perinteistä lainoppia puolustavissa kirjoituksissaan todennut.

Pragmaattinen instrumentalismi eli Erik af Hällströmin, C.H. Ekin, Berndt Godenhielmin ja L.E. Taxellin 1940-luvulla edustama *reella överbäganden* -juridiikka, samoin kuin myöhempi *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi*, ovat koettaneet laventaa vallitsevaa oikeuslähdeoppia eri yhteiskuntatieteistä ja etenkin taloustieteestä johdettujen reaalisten argumenttien suuntaan. Tällöin esimerkiksi liike-elämän tai vaihdannan intressit ja taloudellinen kustannustehokkuus saisivat aiempaa merkittävästi suuremman painoarvon voimassa olevan oikeuden sääntöjen tulkinnassa sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden punninnassa. Kyse on tietoisesta pyrkimyksestä muuttaa institutionaalista oikeuslähdeoppia ja vallitsevia oikeudellisen argumentaation malleja sanottuun suuntaan. Lähestymistavan ongelma on samalla yhteinen kaikelle vaihtoehtoiselle, kriittiselle tai poliittiselle lainopille: miksi (esimerkiksi) taloudellinen kustannustehokkuus saisi etusijan perinteisiin oikeudellisiin ratkaisuperusteisiin nähden? Ajatus lainopin *metodisesta erillisyydestä* suhteessa oikeuden ihmis-, kulttuuri- ja yhteiskuntatieteelliseen tutkimukseen seuraa Kelsenin *Puhtaan oikeusopin* tieto-opillista ja metodiopillista ohjelmaa erottaessaan oikeustieteellisen ja yhteiskuntatieteellisen tutkimuksen toisistaan, mutta ongelmaksi jää lainopillisen tulkintatiedon irrallisuus suhteessa oikeuden yhteiskunnallisiin soveltamissehtoihin ja vaikutuksiin.

Jo Otto Brusiin huomautti aikanaan, miten tuomarin – vaikkei sosiologi, valtio-oppinut tai taloustieteilijä koulutukseltaan olekaan – tulee osata *asennoitua* oikeuteen esimerkiksi sosiologian, valtio-opin ja taloustieteen tuottaman yhteiskuntatiedon edellyttämällä tavalla.¹⁵⁴ Oma ehdotukseni lainopin ja erilaisten empiiristen yhteiskuntatieteiden tutkimusmetodien suhteesta noudattaa Kelsenin metodisen erillisyyden ja pragmaattisen instrumentalismin yhdistelmää. Siinä on kyse *tutkimuksellisesta vuorovaikutusmallista*, jossa lainopin ja erilaisten oikeuden ihmis-, kulttuuri- ja yhteiskuntatieteellisen analyysin tutkimusmenetelmät tulee pitää erillään Kelsenin tarkoittamalla tavalla, mutta jossa kummankin tutkimustulokset – eli yhtäältä lainopin tuottama tulkinnallinen tieto voimassa olevan oikeuden tietynhetkisestä sisällöstä ja toisaalta empiiristen yhteiskuntatieteiden tuottama tieto oikeuden vaikutuksista yhteiskunnasta – saavat vapaasti ylittää tieteiden välisen raja-aidan. Lainopillinen tulkintatieto voimassa olevan oikeuden tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä sekä yhteiskuntatieteellinen tieto esimerkiksi oikeuden taloudellisesta kustannustehokkuudesta (= oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi) tai oikeuden vaikutuksista kansalaisten lainkuuliaisuuteen (= oikeussosiologia) vastaavat kumpikin varsin erilaiseen tut-

¹⁵⁴ Brusiin, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*, s. 204–229 sekä etenkin s. 220–225 (= sosiologia), 225–226 (= politologia) ja 226–227 (= taloustiede).

kimukselliseen tiedonintressiin, mutta kummankin tuottamaa tietoa voidaan, ja usein myös pitää, hyödyntää myös toisen tieteenalan piirissä.

Aarnio on kiteyttänyt tutkimuksellisen vuorovaikutusmallin ja argumentatiivisen avoimuuden idean hyvin, vaikkei sanottua termiä käytäkään.¹⁵⁵

”... the connection between legal dogmatics and the empirical social sciences is *instrumental*, not *methodological*. The sociology of law produces interpretation data for legal dogmatics, but does not provide methods for it.”

Lainopille tämä tarkoittaa oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten huomioon ottamista lain tulkinnessa, mutta oikeuden taloudelliset, sosiaaliset tai muut mahdolliset vaikutukset yhteiskunnassa tulee tuoda osaksi lainopillista argumentaatiota vallitsevan tai kriittisen oikeuslähdeopin tarkoittamalla tavalla.¹⁵⁶ Empiirinen tieto yhteiskunnasta saa yhtäältä lainopin tutkimuksellista kysymyksenasettelua kohdentavan sekä toisaalta saavutettujen tulkintatulosten yhteiskunnallista hyväksyttävyyttä kontrolloivan tehtävän. Lainoppi ei – onneksi – voi enää palata aikaan, jolloin oikeudellisten peruskäsitteiden systematiikka ja yhteiskunnallisesti sokea käsitelogiikka saivat syrjäyttää yhteiskuntatieteellisen tiedon oikeuden taloudellisista tai sosiaalisista vaikutuksista yhteiskunnassa. Lainoppi on aina myös yhteiskuntatutkimusta, voimassa olevan oikeuden sääntöjen tulkintaa ja systematisointia sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja vastaavien ratkaisustandardien punnintaa tietyssä yhteiskunnallisessa kontekstissa.

Toisaalta, oikeuden yhteiskuntatieteelliselle analyysille tutkimuksellinen vuorovaikutusmalli tarkoittaa lainopillisen tulkintatiedon käyttämistä ajatuksellisena kiinnekohtana, jonka avulla tutkimus on ankkuroitavissa ”todellisuuden oikeudelliseen rakentumiseen”. Kun tutkitaan rikollisuuden ajallisia ja alueellisia vaihteluja rikostilastojen valossa, arvopaperilainsäädännön vaikutusta rahoitus- ja sijoitustoimintaan tai vaikka sosiaaliturvalainsäädännön riittävyttä, oikeaa kohdentuvuutta ja tasapuolisuutta suhteessa eri väestöryhmiin, tutkimuksessa on jo sisäänrakennettuna määrätynlainen käsitys voimassa olevasta oikeudesta yhteiskuntatutkimuksen ajatuksellisena referenssinä. Ero tutkimuksen nykytilaan ei välttämättä ole kovin suuri, sillä erilaiset oikeus-etuliitteellä varustetut yhteiskuntatieteen osalohkot, kuten oikeustaloustiede, oikeussosiologia tai oikeudellinen tilastotiede, ovat jo käsitteellisesti sitoutuneet oikeudelliseen tulkintatietoon varsinaisen tutkimuskohteensa määrittelyssä.

¹⁵⁵ Aarnio, ”On the Truth and Validity of Interpretative Statements in Legal Dogmatics”, s. 165 (kursivoinnit lisätty).

¹⁵⁶ Näin myös Timonen, joka korostaa, miten taloudellinen tieto voi suodattaa lainoppiin vain (aarniolaisen) oikeuslähdeopin kategorioiden kautta. Timonen, *Määräysvalta, hinta ja markkina-voima*, s. 121 *et seq.*; sama, ”Taloustieteen ja sen tulosten käyttö oikeustutkimuksessa”, s. 145–150.

2.5. Lainopin suhde oikeusteoriaan ja oikeusfilosofiaan

Oikeusteorian merkitys lainopillista tulkintaa jäsentävänä tutkimusalanä ulottuu oikeustieteen muita osalohkoja syvemmälle. Kun lainopin tutkija esittää oikeudellisen tulkintakannanoton: ”kun tosiseikat ovat x , voimassa olevaa oikeutta tulee (tai: on perusteltua) tulkita tavalla p ”, tuohon oikeudelliseen tulkintalauseeseen on jo sisäänrakennettuna joukko lainopin tutkimuksellista kysymyksenasettelua ja siihen annettavia mahdollisia vastauksia määrittäviä *tieteenteoreettisia* premissejä, joita oikeusteoria lähemmin tarkastelee. On toisin sanoen kyse lainoppia määrittävien *konstitutiivisten* (eli *ontologisten*), *oikeuslähdeopillisten* (eli *epistemologisten*), *argumentaatioteoreettisten* (eli *metodologisten*) ja *semanttiskäsitteellisten* (eli *loogis-lingvististen*) sitoumusten vaikutuksesta oikeuden tulkintaan, joita oikeustieteen *tieteenteoria* tarkastelee osana yleistä oikeusteoriaa. Käytännön tulkintajuridiikassa sanotut *tieteenteoreettiset* sitoumukset noudattavat tutkijan omaksuman lainopillisen *tulkintamatriisin* yhtenäistämiä käsityksiä oikeudesta ja sen tutkimisesta. Yksittäinen lainopin tutkija voi itse olla enemmän tai vähemmän tietoinen lainoppia määrittävistä *tieteenteoreettisista* laeista, ja on varsin tavallista, että ”kaikista laeista, joiden parissa juristit työskentelevät, he tuntevat huonoimmin oman tietensä lait”, niin kuin jo Rudolf von Jhering päätteli 1800-luvulla.¹⁵⁷ Tietämättömyys tutkimusta ohjaavista yleisistä *tieteenteoreettisista* lainalaisuuksista ei poista sitä tosiasiaa, ettei oikeuteen voi olla *näkökulmaa ei-mistään*,¹⁵⁸ filosofi Thomas Nagelin osuvaa sanontaa lainatakseni, eli sanotunlaisista *tieteenteoreettisista* sitoumuksista täydellisen irrallista tai riippumattonta tutkijanäkökulmaa.

Lainopin tuottamiin oikeudellisiin systematisointi-, tulkinta- tai punnintalauseisiin on aina sisäänrakennettuna *tieteenteoriasidonnainen* käsitys siitä, mitä oikeus ja oikeustiede ylipäätään ovat. Voimassa oleva oikeus on institutionaalinen yhteiskunnallinen tosiasia, joka edellyttää määrättyjen sääntösidonnaisten tosiasioiden olemassaoloa. Analyyttinen oikeusrealismi ja institutionaalinen oikeuspositivismi kiinnittävät nämä tosiseikat lainsäätäjän ja tuomioistuinten *institutionaalisiin puhetekoihin* John L. Austinin ja John Searlen sekä Neil McCormickin ja Ota Weinbergerin tarkoittamalla tavalla. Yksittäinen oikeudellinen tulkintalause, jonka mukaan ”voimassa olevaa oikeutta tulee (tai: on perusteltua) tulkita tavalla p , kun tosiseikat ovat x ”, sisältää myös joukon oikeustieteen *tutkimuskohteeseen*, *tiedonintressiin*, *tutkijanideologiaan* liittyviä määreitä edellä jo mainittujen lainopin yleisten *tieteenkuvan* määreiden ohella. Niiden analyysi ei kuulu tulkintalainopin eikä edes teoreettisen lainopin vaan *oikeusteorian* tai *oikeusfilosofian* alaan. Vaikka lainopin tutkimuksellinen identiteetti on *tieteenteo-*

¹⁵⁷ Lainattu teoksessa Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 261.

¹⁵⁸ Nagel, *The View from Nowhere*.

reettisesti määrittynyt, lainopin soveltama metodi ei ole sama kuin filosofian hyödyntämä metodi. Kyse ei toisin sanoen ole oikeuden idean tai käsitteen filosofisesta analyysistä ja reflektiosta esimerkiksi oikeusfenomenologian tai analyttis-lingvistisen filosofian tarkoittamassa merkityksessä vaan tulkintalainopin ja teoreettisen lainopin toteuttamasta oikeussääntöjen tulkinnasta ja systematisoinnista sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden arvosidonnaisesta punninnasta ja keskinäisestä tasapainottamisesta.

Oikeusteorian ja oikeusfilosofian toisistaan poikkeava tehtävänasettelu ja tiedonintressi lomittuvat lainopin tutkimuksellisten reunaehtojen määrittelyssä yhteen. Kysymys oikeustieteen tieteenkuvan määreistä eli sen episteemisistä, konstitutiivisista, metodisista ja semanttis-käsitteellisistä osatekijöistä, samoin kuin tutkimuksen tiedonintressistä ja muista oikeustieteen tutkijan itseyttämyksen osatekijöistä, kuuluvat analyttisen oikeusteorian tai, tarkemmin sanoen, oikeustieteen tieteenteorian alaan.¹⁵⁹ Toisaalta, tutkijan *aksiologinen* eli arvosidonnainen ja *yhteiskuntaideologinen* eli poliittinen valinta lainopin eri tulkintamatriisien kesken sekä tuon valinnan perusteleminen, samoin kuin sitoutuminen määrittäytyn oikeuskäsitykseen esimerkiksi analyttisen oikeusteorian, oikeusfenomenologian tai marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian merkityksessä, kuuluvat oikeusfilosofian tehtävänmäärittelyn alaan. Varsinaisen tulkintajuridiikan ja oikeusteorian ”väliin” jää vielä *teorettinen lainoppi*, jonka tutkimuksellinen tehtävänasettelu ja tiedonintressi on lähellä lainopillisen tulkintamatriisin sisältämää sekä analyttis-lingvistisen filosofian korostamaa oikeuden ja oikeustieteen lingvistis-käsitteellistä elementtiä.

Tässä teoksessa omaksuttu analyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin mukainen käsitys oikeudesta ja oikeustieteestä merkitsee sitä, että oikeuden *institutionaaliset ja yhteiskunnalliset reunaehdot* saavat keskeisen merkityksen voimassa olevan oikeuden määritelmällisinä kriteereinä. Oikeus on *yhteiskunnallinen tosiasia* tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien ratkaisuissa *toteutuneiden* sekä todennäköisesti myös tulevaisuudessa *toteutettavissa* olevien oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuuden merkityksessä, eikä oikeutta määritellä esimerkiksi sen ”itseannetun” olemuksen tai vastaavien käsitteellisten välttämättömyyksien tahi marxilaisittain ymmärretyn oikeuden ja yhteiskunnan monitasomallin sekä sen tasojen välillä vallitsevien ”ekspressiivisten yhteyksien” avulla.¹⁶⁰

¹⁵⁹ Tosin valinta tutkijanideologian eri vaihtoehtojen väliltä voitaisiin lukea oikeusfilosofian alaan sen arvosidonnaisen luonteen vuoksi.

¹⁶⁰ Vrt. Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 1, s. 74, 76.

2.6. Yhteenveto lainopin vuorovaikutussuhteista

Lainoppi on *metodisesti suljettu* mutta *argumentatiivisesti avoin* tutkimusala, jonka tieteenkuvan määreet ja etenkin sen soveltama metodioppi on suhteutettava paitsi (muihin) humanistisiin tulkintatieteisiin, kuten teologiaan ja kirjallisuudentutkimukseen, myös oikeuden ihmis-, kulttuuri- ja yhteiskuntatieteelliseen analyysiin sekä oikeusteoriaan ja oikeusfilosofiaan. Nämä lainopin ”ulkosuhteet” liittyvät yhtäältä sen tutkimuksellisten premissien oikeanlaiseen kohdentamiseen ja toisaalta saavutettujen tutkimustulosten arviointiin, eivät varsinaisesti lainopin hyödyntämään tulkinnalliseen metodiin. Niinpä oikeuden *ihmistieteellisen* analyysin tuottamia tuloksia oikeutta määrittävistä tai oikeudellisesti merkityksellisistä mentaalisista faktoista tai oikeudellisen alitajunnan lainalaisuuksista, kuten todistajan- tai tuomarinpsykologiasta tai lacanilaisesta ”halun etiikasta” psykoanalyttisen oikeustieteen tarkoittamassa merkityksessä, on lupa hyödyntää oikeudellisessa tulkinnassa, systematisoinnissa ja punninnassa, kun arvioitava olevalla oikeudellisella kysymyksellä on liittymä oikeuden ihmistieteelliseen perustaan. Samoin oikeuden *kulttuuritieteellisen* analyysin tuottamia tuloksia oikeuden yhteisöllis-kulttuurisista merkityksistä ja merkitysrakenteista voi hyödyntää esimerkiksi kansalaisten perusoikeuksien laajuutta arvioitaessa tai oikeuden kielen tulkinnallisia rajoja määritettäessä. Oikeuden *yhteiskuntatieteellisen* analyysin tuottamaa tietoa oikeuden yhteiskunnallisista vaikutuksista ja vaikutussuhteista, esimerkiksi oikeuden taloudellisten vaikutusten tai kansalaisten yleisen lainkuuliaisuuden merkityksessä, on perusteltua käyttää oikeudellisen sääntelyn ja oikeudellisen tulkinnan apuna.¹⁶¹

Sama pätee oikeudellisesti määrittynneen tutkimuskohteen asettamin rajoituksin myös muihin *humanistisiin tulkintatieteisiin* kuin lainoppiin ja oikeusvertailuun: kirjallisuudentutkimuksen, estetiikan tai teologian tutkimustuloksia voi – ja toisinaan myös pitää – käyttää lainopillisen tulkinnan apuna silloin, kun oikeudellinen tulkintatilanne sen sallii tai sitä edellyttää. Esimerkiksi kirkkolain tulkinnassa ei teologisia tulkintaperusteita voi täysin sivuuttaa, kun sääntelyn kohde on keskeisesti uskonnollis-teologisesti määrittynyt.¹⁶² Vastaavasti kirjallista teosta koskeissa tekijänoikeuskysymyksissä kirjallisuudentutkimuksen ja estetiikan tutkimuksellisilla arviointikriteereillä voi olla keskeinen merkitys esimerkiksi tekijänoikeudellista teoskynnystä määritettäessä.

¹⁶¹ Aputiedeluonnehdintaa ei pidä lukea kunkin oikeustieteen eri osalohkon omaehtoista tiedonintressiä vähättelevässä merkityksessä, vaan ainoastaan viittauksena oikeustieteen eri osalohkojen yhteen mahdolliseen käyttöfunktioon.

¹⁶² Kirkkolaista hallinto-oikeudellisena sääntelyinstrumenttina, Leino, *Kirkkolaki vai laki kirkosta*, s. 282–315.

Teesi lainopin argumentatiivisesta avoimuudesta ja tutkimuksellisesta vuorovaikutteisuudesta pätee myös *oikeusteoriaan* ja *oikeusfilosofiaan*. Itse asiassa lainoppia ei voi edes määritellä itsenäisenä tieteenalana ilman yleisen tietenteorian rajaamia oikeustieteen tieteenkuvan *ontologisten* (eli konstitutiivisten), *epistemologisten* (eli oikeuslähdeopillisten), *metodologisten* (eli argumentaatioteoreettisten) ja *loogis-lingvististen* (eli semanttis-käsitteellisten) sitoumusten vakiomista ja ennakkollista lukkoon lyömistä. Oikeusfilosofia määrittää oikeuden filosofisessa katsannossa merkityksellisiä ominaisuuksia, esimerkiksi oikeuden suhdetta yhteiskunnassa vallitseviin tuotantosuhteisiin ja -rakenteisiin (= marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia), oikeuden suhdetta uskonnolliseen tai yhteisölliseen oikeudenmukaisuuteen (= luonnonoikeusfilosofia) tai oikeuden suhdetta ihmisen eksistenssiin maailmassa (= eksistentialistinen oikeusfilosofia). Lisäksi voimassa olevan oikeuden tulkinnassa voidaan – ja pulmallisissa oikeudellisissa tulkintatilanteissa usein myös pitää – hyödyntää oikeusteorian ja oikeusfilosofian tuottamia tuloksia esimerkiksi oikeudellisen argumentaation rationaalisuus- ja hyväksyttävyysehdoista tai yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden edellytyksistä vaikkapa John Rawlsin analysoiman ”reilun pelin” merkityksessä.

Lainoppi on tekstisidonnainen, yhteiskunnan institutionaaliseen perustaan sidoksissa oleva tutkimusala, jonka tutkimuskohde, voimassa oleva oikeus, rajautuu tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän *tuomarinideologian* tarkoittamalla tavalla ja jonka tiedonintressinä on tuottaa perusteltuja oikeudellisia tulkinta-, systematisointi- ja punnintalauseita voimassa olevan oikeuden tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä. Lainopin edellä esitettyä määritelmää voidaan nyt täydentää seuraavasti:

Lainoppi on suhteutettava sen tutkimuksellisten premissien ja saavutettujen tulkintatulosten osalta (a) toisiin *humanistisiin tulkintatieteisiin*, kuten teologiaan ja kirjallisuudentutkimukseen, (b) mentaalis-tajunnallisia rakenteita ja prosesseja sekä yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan lainalaisuuksia tutkiviin *ihmistieteisiin*, (c) yhteisöllis-kulttuurisia merkityksiä ja merkitysrakenteita tutkiviin *kulttuuritieteisiin*, (d) empiirisesti havainnoitavissa olevia yhteiskunnallisia vaikutuksia ja vaikutussuhteita tutkiviin *yhteiskuntatieteisiin* sekä (e) oikeuden filosofisia määreitä ja ominaisuuksia tutkivaan *oikeusteoriaan* ja *oikeusfilosofiaan*.

Analysoin lainopin tietenteoreettisia sitoumuksia lähemmin luvussa 6 (”Oikeustieteen tieteenkuva”), luvussa 7 (”Tieteellinen metodi”), luvussa 8 (”Lainopin tulkintamatriisit”) ja luvussa 9 (”Oikeudellisen metodiopin fragmentteja”). Ensin tarkastelen kuitenkin lainopin *institutionaalista epistemologiaa* luvussa 4 (”Institutionaalinen oikeuslähdeoppi”) sekä *lainopin metodioppia* luvussa 5 (”Lainopin metodi: oikeudellinen tulkinta, systematisointi ja punninta”).

4. Institutionaalinen oikeuslähdeoppi

1. ”TUOMIO ON PERUSTELTAVA”

Voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden tulkinnassa hyödynnettävän oikeudellisen lähdeaineiston eli mahdollisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden ala on rajattu tavalla, joka erottaa lainopin sekä kirjallisuudentutkimuksen että teologian toteuttamasta kirjallisen lähdeaineiston tulkinnasta. Teologian eksegeesi ja dogmatiikka on sidottu varsin tiukasti Raamatun ja muiden uskonnollisten tekstien kaanoniin sekä kirkon opilliseen tunnustukseen ja tulkintatraditioon, ja tulkintamenetelmät noudattavat teologiassa hyväksytyjä menetelmiä esimerkiksi autenttiseen tulkintaan pyrkivän historiallisen eksegeesin merkityksessä. Kirjallisuudentutkija voi hyödyntää jokseenkin vapaasti (miltei) mitä tahansa mahdollista aineistoa ehdottamansa tekstiluennan perusteena, eikä kirjallisen tutkimusaineiston sallittua tulkintaa ole ainakaan periaatteessa mitenkään ennalta rajattu. Tuomarin tai muun virkansa puolesta ja virkavastuulla lakia soveltavan viranomaisen eli *institutionaalisen lainsoveltajan* tulee sitä vastoin perustella esittämänsä oikeudellinen tulkinta vallitsevan *tuomarinideologian* eli tuomarikunnan ja muiden viranomaisten kollektiivisesti hyväksymän *oikeuslähdeopin* osoittamien ratkaisuperusteiden avulla, ja lisäksi sanottujen oikeuslähteiden tulkinnassa käytettävien tulkintaperusteiden ala on rajattu enemmän tai vähemmän tiukasti tavalla, jonka oikeuslähteittäin eriytyneet tulkinta-, systematisointi- ja punnintamallit osoittavat.¹

Oikeuden ja oikeustieteen episteeminen identiteetti on toisin sanoen *institutioidon*: voimassa oleva oikeus erotetaan ”ei-oikeudesta” eli kaikesta, mikä ei ole oikeutta esimerkiksi yhteiskuntamoraalin, uskonnon tai tapaetikin käyttäytymisnormien merkityksessä, vallitsevan *tuomarinideologian* (Alf Ross) tai oikeuden *tunnistamissäännön* (H.L.A. Hart) eli vallitsevan institutionaalisen oikeuslähdeopin osoittamien kriteerien avulla. Jos tuomari täydellisesti sivuuttaa vallitsevan tuomarinideologian tai oikeuden tunnistamissäännön osoittamat institutionaaliset oikeudelliset ratkaisuperusteet ratkaisua tehdessään, tehty ratkaisu ei ole voimassa olevan oikeuden mukainen. Tällöin ei ole kyse *oikeudellisesta*

¹ Käsittelemme oikeudellista metodioppia lähemmin luvussa 5, ”Lainopin metodi: oikeudellinen tulkinta, systematisointi ja punninta”.

argumentaatiosta, niin kuin Aleksander Peczenik on huomauttanut,² vaan senkaltaiset pohdinnat sijoittuvat esimerkiksi yhteiskunta- ja moraalifilosofian, oikeusteologian tai estetiikan alaan.

Voimassa olevan oikeuden mukaan tuomioistuimen tulee perustella tekemänsä ratkaisu tavalla, joka osoittaa sen lainmukaiseksi. Oikeudenkäymiskaaren 24:4 (6.3.1998/165) mukaan:

”Tuomio on perusteltava. Perusteluissa on ilmoitettava, mihin seikkoihin ja oikeudelliseen päättelyyn ratkaisu perustuu. Perusteluissa on myös selostettava, millä perusteilla riittävä seikka on tullut näytetyksi tai jäänyt näyttämättä.”

Sanamuodoltaan tältä osin miltei identtinen laki oikeudenkäynnistä rikosasioissa 11:4 (11.7.1997/689) säättää vastaavasti rikosasiassa annetun tuomion perustelemisesta. Ratkaisu on siis perusteltava, mutta miten? Lainkohdan viimeinen lause viittaa selväsanaisesti jutun näyttöharkintaan eli siihen, mitä ja millä perusteilla jotain on katsottu asiassa toteen näytetyksi. Mutta mitä oikein tarkoitetaan senkaltaisilla ”seikoilla ja oikeudellisella päättelyllä”, joihin päätöksen lain mukaan tulee perustua ja jotka ratkaisun perusteluissa on selostettava? Kyse on tuomioistuinta velvoittavista oikeuslähteistä eli tuomarikunnan kollektiivisesti hyväksymän oikeuden tunnistamissäännön sisällöstä. Yleiseurooppalaisessa ja historiallisessa katsannossa *auctoritas* on saanut väistyä *ration* tieltä oikeudellisena ratkaisuperusteena: pelkät auktoriteettiperustelut eivät enää täytä tuomioistuin- tai viranomaisratkaisulle asetettuja vaatimuksia.³ Tuomarin voimassa olevaan oikeuteen sidottu tiedonintressi on samalla vakioitu ajatuksellinen kiintopiste eli *tieto-opillinen* ja *metodiopillinen referenssi* lainopin vallitsevalle doktriinille, jonka tavoitteena on selvittää voimassa olevan oikeuden tietynhetken tulkinallinen merkityssisältö niiden oikeussubjekteille kohdennettujen *oikeuksien* ja *velvollisuuksien* merkityksessä, jotka ovat *toteutuneet* ja jotka vallitsevan tuomarinideologian perusteella ovat myös tulevaisuudessa todennäköisesti *toteutettavissa* eli joille tuomioistuimet ja muut viranomaiset eli institutionaaliset lainsoveltajat ovat antaneet ja joille ne tulevat todennäköisesti myös tulevaisuudessa antamaan *tehokasta oikeussuojaa*.

² Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 226: ”Rättskällorna är dessutom relaterade till begreppet ’juridisk argumentation’. Det går inte att på en och samma gång förkasta alla eller nästan alla av dem och ändå argumentera juridiskt.”

³ Yleisesti Bergholtz, *Ratio et Auctoritas. Ett komparativrättsligt bidrag till frågan om domsmotiveringens betydelse främst i tvistemål*.

2. KAKSI NÄKÖKULMAA TUOMIOISTUINRATKAISUUN: RATKAISUHEURISTIIKKA JA RATKAISUN PERUSTELEMISEN TEORIA

Oikeudellista ratkaisua voidaan lähestyä kahdesta eri näkökulmasta, joista toinen keskittyy *ratkaisuheuristiikkaan* ja toinen *ratkaisun perustelemisen teoriaan*.

Oikeuden ihmistieteiden ideoita soveltava *oikeudellinen ratkaisuheuristiikka* arvioi sitä, miten ratkaisu tosiasiallisesti syntyi, millaisen ajatusoperaation tuloksena tuomari päätyi jutussa määrättyyn lopputulokseen, sovellettiinko päätöksenteossa rationaalista ja puolueetonta oikeudellista harkintaa vallitsevan oikeuslähde- ja laintulkintaopin mukaisesti vai oliko jutun oikeudellinen lopputulos seurausta sattumanvaraisesta lantinheitosta tai tuomarin oikeudellisen intuition seuraamisesta (engl.: *hunch*),⁴ mitkä ratkaisuvaihtoehdot hylättiin oikeudellisen päätöksentekoprosessin kuluessa, miten jutun näyttökysymystä ja eri todistajankertomuksia arvoitettiin eli ketä jutun todistajista uskottiin ja ketä taasen ei, miten ratkaisun julkituodut perustelut tosiasiallisesti löydettiin oikeuslähteistä, ja niin edelleen?

Amerikkalaisten oikeusrealistien ja myöhemmän *Critical Legal Studies*-suuntauksen väite, jonka mukaan tuomarin henkilökohtaiset mieltymykset, yhteiskuntaideologiset preferenssit ja alitajuiset torjunnat sekä jopa täysin perustelemattomat ennakkoluulot saattavat merkittävästi vaikuttaa tämän oikeudelliseen ratkaisuharkintaan, kuuluu oikeudellisen ratkaisuheuristiikan alaan. Samoin ajatus tuomioistuimen tai muun lainsoveltajan tulevien ratkaisujen ennustamisesta tuomaripsykologian tai tuomarisosiologian kaltaisten selitystekijöiden avulla, on osa oikeudellista ratkaisuheuristiikkaa. Pääpaino on toisin sanoen sillä, miten ratkaisuun *tosiasiassa* päädyttiin, ei sillä, miten ratkaisu tulisi tehdä tai miten se olisi perustelluinta tehdä esimerkiksi asianosaisten oikeusturvaodotuksen optimaalisen toteuttamisen tai ratkaisun lainmukaisuuden näkökulmasta arvioituna. Ratkaisuheuristiikassa myös tuomarin henkilökohtaiset ominaisuudet ja ratkaisumotiivit nousevat tärkeään asemaan. Tieteenfilosofiasta lainattu termi *heuristiikka* viittaa tutkijan tai tuomarin oivaltamisen hetkeen tai kontekstiin. Kreikkalaisen tutkijan Arkhimedeen *heureka!* -huudahdus on tästä hyvänä esimerkkinä hänen oivallettuaan hydrostaatiikan lain eli sen, miten kappale syrjäyttää painonsa verran vettä. Tieteenfilosofiassa puhutaan myös oivaltamisen eli keksimisen loogiikasta tai asiayhteydestä (engl.: *logic* t. *context of discovery*).

⁴ Vrt. Hutcheson, ”The Judgment Intuitive: The Function of the ‘Hunch’ in Judicial Decision”, *passim*.

Esimerkkinä amerikkalaisten oikeusrealistien, tai oikeammin Yhdysvaltain *Critical Legal Studies* -suuntauksen, tavasta jäsentää tuomarin ratkaisuheuristiikkaa on Duncan Kennedyn kolmijaottelu *judge as constrained activist* – *difference-splitting judge* – *bipolar judge*, millä hän viittaa tuomarin tietoiseen yhteiskuntapoliittiseen strategiaan suhteessa voimassa olevaan oikeuteen ja sen mahdollistamiin ideologisiin valintoihin. Oikeudellisen tulkinnan kielellis-semanttisista ja oikeuslähdeopillisista rajoista tietoinen mutta samalla yhteiskunnallisesti valvutunut aktivistituomari (engl.: *judge as constrained activist*) pyrkii yhteiskunnallisen katsantokantansa mukaiseen lopputulokseen ratkaistavana olevassa oikeusjutussa mutta vain siinä määrin kuin lain sanamuoto tai muutoin riidaton käsitys voimassa olevan oikeuden sisällöstä sen sallii. Sovitteleva, kompromissihakuinen tuomari (engl.: *difference-splitting judge*) pyrkii valitsemaan maltillisen, aristotelista keskitietä tai kohtuullisuutta edustavan vaihtoehdon eri yhteiskuntaideologisten äärikantojen väliltä. Yhteiskunnalliselta ratkaisukäyttäytymiseltään kaksijakoinen tuomari (engl.: *bipolar judge*) on yhdistelmä kahdesta edellä mainitusta tuomarityypistä, joka käyttäytyy aika ajoin yhteiskunnallisen aktivistituomarin tavoin ja aika ajoin maltillisen, kompromissihakuisen tuomarin tavoin.⁵ Tieto tuomarin kuulumisesta johonkin sanotuista persoonallisuusluokista auttaa oikeustieteen tutkijaa ennustamaan tämän tulevaa ratkaisukäyttäytymistä.

Jotta tuomarin tai muun lakia soveltavan viranomaisen tekemä ratkaisu olisi lainmukainen, se tulee perustella vallitsevasta oikeuslähdeopista johdettujen argumenttien eli tulkintaperusteiden avulla. Oikeudellisen perustelun teoria eli oikeudellinen argumentaatioteoria eli oikeudellinen justifikaatioteoria tutkii sitä, miten oikeudellinen ratkaisu joko tosiasiallisesti perustellaan tai miten se pitäisi perustella, jotta ratkaisu olisi lainmukainen ja jostain määrätystä näkökulmasta arvioiden paras mahdollinen. Tieteenfilosofiassa puhutaan perustelemisen, justifioinnin eli oikeaksi osoittamisen logiikasta tai asiayhteydestä (engl.: *logic* t. *context of justification*). Esimerkkinä analyttisestä lähestymistavasta oikeudellisen perustelemisen teoriaan on puolalaisen Jerzy Wróblewskin tuomarin oikeudellisen ratkaisuharkinnan jaottelu *sidottuun, vapaaseen* sekä *lakisidonnaiseen ja rationaaliseen päätöksentekooideologiaan*.⁶

Sidottu ratkaisuharkinta viittaa formalistiseen ideaan suljetusta, lainsäädäntökeskeisestä oikeussysteemistä, josta yksittäinen oikeudellinen soveltamisratkaisu voidaan riidattomasti johtaa. Wróblewskin sanoin:⁷

⁵ Kennedy, *A Critique of Adjudication*, s. 180–186.

⁶ Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, s. 265–314; kootusti myös Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 3–6. Englanniksi Wróblewskin terminologia on: *ideology of bound judicial decision-making*, *ideology of free judicial decision-making* sekä *ideology of legal and rational judicial decision-making*.

⁷ Wróblewski, mts. 291.

”The ideology of bound judicial decision-making has a very simple doctrine of the ‘sources’ of law and it can be summarised briefly: the unique primary source of law is a statute in the formal sense of the term; decisions have to be based on statutory rules.”

Paroni de Montesquieu’n tunnetun sanonnan mukaan tuomari on vain ”suu, joka lausuu julki lain kirjaimen”, ilman omakohtaisen ja oikeutta luovan tulkinnan oikeutta.⁸ Tuomarin *vapaa* ratkaisuharkinta viittaa puolestaan erilaisiin oikeudellista tulkintaformalismia vastustaviin suuntauksiin, joita ovat esimerkiksi François Gényn *libre recherche scientifique*, saksalainen vapaa-oikeuskoulu (saks.: *Freirechtslehre*), Poundin ja Holmesin edustama sosiologinen koulukunta ja myöhempi amerikkalainen oikeusrealismi sekä 1930-luvun natsi-Saksan *Führerstaat*-ideologia. *Lakisidonnainen ja rationaalinen* ratkaisuideologia viittaa sidotun ja vapaan ratkaisuharkinnan ”väliin” sijoittuvaan ajatukseen, jonka mukaan tuomarin tulee noudattaa *laillisuutta* voimassa olevien oikeussääntöjen noudattamisen merkityksessä sekä *rationaalisuutta* ratkaisun sisäisen ja ulkoisen perusteltavuuden merkityksessä. Sisäinen perustelu (engl.: *internal justification*) viittaa Wróblewskilla ratkaisun ja sen normatiivisten ja faktisten premissien keskinäiseen suhteeseen ja ulkoinen perustelu (engl.: *external justification*) sanottujen premissien itsensä oikeuttamiseen. Ratkaisun laillisuutta ja perusteltavuutta painottava tuomarin ratkaisuideologia kiinnittyy näin kahteen keskeiseen modernia oikeutta jäsentävään periaatteeseen: oikeusvaltioperiaatteeseen sekä ratkaisun ulkoiseen perusteltavuuteen.

Oikeudellinen justifikaatioteoria on *empiirinen* tai *deskriptiivinen*, jos tutkijan tavoitteena on kuvata mahdollisimman arvo- ja kohdeneutraalilla tavalla sitä, miten tuomioistuimet tosiasiaassa perustelevat tekemänsä ratkaisun. Oikeudellinen justifikaatioteoria on puolestaan *normatiivinen* tai *kriittinen*, jos tutkijan tavoitteena on perustella ideaalinen eli paras mahdollinen ratkaisu jostain määrästystä oikeus- tai yhteiskuntaideologisesta näkökulmasta arvioiden.

Jerzy Wróblewskin kolmijako tuomarin sidottuun (engl.: *ideology of bound judicial decision-making*), vapaaseen (engl.: *ideology of free judicial decision-making*) sekä lakisidonnaiseen ja rationaaliseen (engl.: *ideology of legal and rational judicial decision-making*) oikeudelliseen ratkaisuideologiaan noudattaa empiirisen tai deskriptiivisen oikeudellisen justifikaatioteorian ideaa. Toisaalta, *pragmaattisen instrumentalismin*⁹ eli *reella överbäganden* -juriidiikan jo 1940-luvulla suomalaisessa lainopissa esittämä metodinen ohjelmanjulistus, jonka

⁸ Montesquieu, *L'esprit des lois*, p. 404: ”Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.”

⁹ Palaan pragmaattiseen instrumentalismiin suomalaisen lainopin tulkintamatriisien yhteydessä luvussa 8, ”Lainopin tulkintamatriisit”.

mukaan oikeuden yhteiskunnallisille vaikutuksille, kuten vaihdannan intressille tai yleisesti tulkinnan taloudellisille seurauksille, tulee antaa oikeudellisessa päätöksenteossa suurempi painoarvo kuin minkä vallitseva oikeuslähteoppi sallii, toteuttaa normatiivis-kriittisen oikeudellisen justifikaatioteorian mallia. Aulis Aarnion analyttisen argumentaatioteorian idea *rationaalisesta hyväksyttävyydestä* tuomarin ratkaisuharkintaa normatiivisesti ohjaavana regulatiivisena periaatteena on esimerkki normatiivisesta oikeudellisesta ratkaisuteoriasta.¹⁰ Samoin amerikkalaisen Ronald Dworkinin idea tutkijan tai tuomarin oikeudellisen lähdeaineiston perusteella jälkikäteen rekonstruoidusta *oikeudellisesta eheydestä* parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian valossa (engl.: *law as integrity*) tuomarin ratkaisuharkintaa ohjaavana ideaalina, edustaa normatiivista ratkaisu- ja perusteluteoriaa.¹¹

Oikeudellisen argumentaation *rationaalinen rekonstruktio*, jossa pyritään oikeudellisen ratkaisun perustelujen *ideaalittyyppiseen* abstrahoivaan mallintamiseen Max Weberin sosiologian tarkoittamassa merkityksessä, on deskriptiivisen ja normatiivisen lähestymistavan välimuoto. Ideaalittyyppinen rationaalinen rekonstruktio tarkoittaa tutkimuskohteen abstrahoimista ja sen tiettyjen piirteiden korostamista perustellun kokonaiskuvan saamiseksi kohteesta.¹² Ideaalittyyppistä lähestymistapaa on soveltanut esimerkiksi *Bielefelder Kreis* -tutkijaryhmä yhtäältä lainsäädännön ja toisaalta prejudikaattien tulkintaa käsittelevissä oikeusvertailevan argumentaatioteorian tutkimuksissaan.¹³

¹⁰ Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*, *passim*.

¹¹ "Law as integrity asks judges to assume, so far as this is possible, that the law is structured by a coherent set of principles about justice and fairness and procedural due process, and it asks them to enforce these in the fresh cases that come before them, so that each person's situation is fair and just according to the same standards. (...) Judges who accept the interpretive ideal of integrity decide hard cases by trying to find, in some coherent set of principles about people's rights and duties, the best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of their community." Dworkin, *Law's Empire*, s. 243, 255 (kursivointi lisätty).

¹² Ideaalittyyppiajattelusta, Weber, "Die 'Objektivität' sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis", s. 190–191; Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, s. 1–11.

¹³ Näin kansainvälinen *Bielefelder Kreis* -tutkijaryhmä omasta metodistaan vertailevassa prejudikaatiooikeuden tutkimuksessaan: "By 'rational reconstruction' we mean the activity of explaining fragmentary and potentially conflicting data by reference to theoretical objects in the light of which the data are seen as relatively coherent, because presented as parts of a complex, well-ordered whole. In a wide sense, this can apply to the methods of the natural as well as the human sciences, but in the case of cultural objects, such as law, the object presented as a coherent whole is so presented on the assumption of some degree of internal rationality in the relevant human activity. Specifically, in the present case, the rational reconstruction of interpretational justification involves presenting it as consisting in structured types of arguments which all belong within a coherent mode of justificatory reasoning." McCormick & Summers, toim., *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, s. 19 (kursivointi alkutekstissä); yleisesti myös Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 29–34.

3. OIKEUSLÄHDEOPIN MALLINTAMISEN OSATEKIJÄT

Oikeuslähdeopin mallit voidaan jakaa deskriptiivisiin ja normatiivisiin. *Deskriptiiviset* mallit toteuttavat analyttis-deskriptiivistä tiedonintressiä, sillä ne pyrkivät kuvaamaan voimassa olevaa oikeutta määrittävän oikeuslähdeopin tietynhetkistä sisältöä mahdollisimman arvo- ja kohdeneutraalilla tavalla. *Normatiivinen* oikeuslähdeoppi toteuttaa sitä vastoin normatiivis-kriittistä tiedonintressiä, pyrkien perustelemaan parhaan mahdollisen oikeuslähdeopin mallin arvioituna jostain muusta yhteiskuntaideologiasta kuin vallitsevasta tuomariniideologiasta käsin. Pyrin alla perustelemaan analyttis-deskriptiivisen oikeuslähdeopin mallin, jonka lähtökohtana on tuomarikunnan ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämä oikeuslähdeoppi Alf Rossin oikeusajatteluun kuulautuvan *tuomariniideologian* merkityksessä.

Oikeuslähdeopin mallinnusta tulee nähdäkseni arvioida seuraavien osatekijöiden valossa:

- (a) *kohdentuvuus*: oikeuslähdeopin vastaavuus vallitsevan tuomariniideologian kanssa mallin asiallisen laajuuden ja sisällöllisen tarkkuuden merkityksessä,
- (b) *staattisuus* tai *dynaamisuus*: yksittäisen ratkaisuperusteen ratkaisuarvon ennalta määräytyneisyys tai tilannesidonnaisuus,
- (c) *argumentaatorakenne*: ratkaisuperusteen sääntöformalismin tai argumentatiivinen avoimuus eli sen itsenäisyys suhteessa yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin,
- (d) *rakenteistuneisuus*: ratkaisuperusteen institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä,
- (e) *justifikaatioperuste*: oikeudellisen ratkaisuperusteen institutionaalinen tai muu yhteiskunnallinen oikeuttamisperuste, ja
- (f) *oikeudellinen metateoria* eli *institutionaalinen metakonteksti*: institutionaalisten oikeuslähteiden ja niiden oikeuttamisperusteiden keskinäiset suhteet.

Ensinnäkin, oikeuslähdeopin *kohdentuvuus* viittaa sen korrespondenssiin¹⁴ eli vastaavuuteen vallitsevan eli tuomarikunnan ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämän *tuomariniideologian* kanssa.¹⁵ Kohdentu-

¹⁴ Yleisesti tieteellisestä realismista, johon korrespondenssivaatimus viittaa, Niiniluoto, *Critical Scientific Realism*, *passim*. Epistemologisesta realismista, Niiniluoto, mts. 79–108.

¹⁵ Tuomariniideologian käsitteestä, Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56–57: ”Retsvidenskaben beskæftiger sig med den normative ideologi der besjæler dommeren. Kendskab til denne ideologi (og dens tolkning) sætter os derfor i stand til med betydelig sikkerhed at forudberegne det retsgrundlag, hvorpå visse fremtidige afgørelser vil blive truffet, og som altså vill figurere i domspræmisserne. Men hvilket forhold består der mellem præmisserne og konklusionen, der naturligvis er det vi virkelig er interesseret i at kunne forudberegne?” (Kursivointi lisätty.)

vuusvaatimus voidaan jakaa yhtäältä mallin *asialliseen laajuuteen* ja toisaalta *sisällölliseen tarkkuuteen* suhteessa sen kohdereferenssiin eli vallitsevaan oikeudelliseen ratkaisukäytäntöön. Oikeuslähdeopin mallinnuksen tulee toisin sanoen käsittää tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien tavanomaisesti hyödyntämä oikeudellinen lähdeaineisto kokonaisuudessaan eikä se saa sivuuttaa jotain osaa siitä oikeuslähdeopillisesti merkityksettömänä, jos senkaltaisilla ratkaisuperusteilla on tuomarin oikeudellista ratkaisutoimintaa tosiasiallisesti ohjaava vaikutus. Toisaalta, mallin sisällöllisen tarkkuuden vaatimus viittaa siihen, että oikeuslähdeopin tulee antaa riittävän luotettava ja täsmällinen kuva tuomioistuinten ja muiden lainsoveltajien hyväksymistä oikeudellisista ratkaisuperusteista eikä se saa vinouttaa vallitsevaa oikeuslähdeoppia esimerkiksi tutkijan itsensä omaksumien yhteiskuntaideologisten preferenssien vuoksi.

Toiseksi, oikeudellisen ratkaisuarargumentin *staattinen* tai *dynaaminen* luonne viittaa siihen, onko sen oikeuslähdeopillinen ratkaisuarvo ennalta tai vähintäänkin *ex post facto* määritettävissä ja systemaattisesti vakioitavissa oikeuslähteen muodollisen syntyvän perusteella vai onko kyse oikeudellisesta ratkaisuarargumentista, jonka merkitys tuomarin ratkaisuharkinnassa on vain tapaus- ja tilannekohtaisesti määritettävissä. Lainsäädäntö velvoittaa tuomaria jo syntytapansa perusteella, mistä Ronald Dworkin on käyttänyt nähdäkseni jonkin verran ironista ilmausta *pedigree*, viitaten säännöksen (kennelmaailmasta tuttuun) ”sukupuuhun” tai ”kantakirjaan”.¹⁶ Lainsäätäjän asettamat säädökset voidaan lisäksi sijoittaa Kelsenin ja Merklin puhtaasti oikeusnormihierarkiaan, ja ne toteuttavat Aarnion ja Peczenikin ajatusta ennalta vakioidusta oikeuslähdeopista, joten on kyse staattisesta oikeudellisesta ratkaisuperusteesta. Sitä vastoin oikeusperiaatteiden ratkaisuarvo eli tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaava merkitys ei ole samalla tavoin ennalta tai edes jälkikäteen systemaattisesti vakioitavissa, vaan oikeusperiaatteiden punninta ja keskinäinen tasapainottaminen niiden taustalla vaikuttavien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden merkityksessä edellyttää aidosti tilannesidonnaista oikeudellista harkintaa, joten on kyse dynaamisesta oikeudellisesta ratkaisuperusteesta.

Kolmanneksi, oikeudellisen ratkaisuperusteen *argumentaatorakenne* eli *sääntöformalisismi* viittaa muoto- tai sisältösidonnaisiin määreisiin esimerkiksi oikeusnormin konstitutiivisten validiteetti- eli voimassaolomääreiden, systemaattisuuden, oikeudellisen ratkaisuarvon eli päätöksentekositovuuden, rakenteellisen muodon, sovellettavan metodin sekä kielellis-ekspressiivisten määreiden formaalien tai sisällöllisten määreiden merkityksessä. Oikeuslähteen sääntöformalisismi tai argumentatiivinen avoimuus viittaa oikeusnormien sääntö/periaatejaotteluun eli sen *ratkaisuarvoon* tuomarin ratkaisuharkinnan osana. Oikeussäännöt ovat formalisoituja tai vähintäänkin formalisoitavissa olevia oikeudelli-

¹⁶ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 40.

sia ratkaisuperusteita, jotka kykenevät Dworkinin tarkoittamalla tavalla itsenäisesti määräämään oikeudellisen ongelman lopputuloksen, irrotettuna niistä yhteiskunnallisista arvoista ja tavoitteista, jotka säännön taustalla vaikuttavat tai ainakin vaikuttivat sen säätämishetkellä. Oikeusperiaatteet ovat vain heikosti formalisoituja ratkaisuperusteita, jotka vain vievät tuomarin ratkaisuharkintaa tiettyyn suuntaan kykenemättä (ainakaan tavallisesti) määräämään jutun oikeudellista lopputulosta.

Eri oikeuslähteet mahdollistavat varsin eriasteisen suhteellisen sääntöformalismiin. Lainsäädäntö voi sisältää täysimääräisesti formaaleja oikeussääntöjä esimerkiksi suurinta sallittua liikennenopeutta tai anastamiskieltoa määrittävien normien merkityksessä, kun taas erilaiset oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit, kuten sopimusoikeuden yleinen *kohtuullistamisperiaate* tai *kestävän kehityksen periaate* ympäristöoikeudessa, ovat määritelmällisesti vain alhaista sääntöformaalisuutta toteuttavia ratkaisuperusteita.¹⁷ Reaaliset argumentit ja arvoperiaatteet, jotka eivät nauti oikeusperiaateilta edellytettyä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää suomalaisessa yhteiskunnassa, ovat argumentatiivisesti avoimia eli ei-formaaleja ja ei-formalisoitavissa olevia ratkaisuperusteita.

Neljänneksi, yksittäisen oikeuslähteen *rakenteistuneisuus* eli sen erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä vakiintuneissa, sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä nauttima *institutionaalinen tuki* ja *yhteisöllinen hyväksyntä* vaikuttaa sen ratkaisuarvoon tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa. Lainsäädäntöön ja prejudikaatteihin palautettavissa olevat oikeudelliset ratkaisuperusteet nauttivat merkittävää institutionaalista tukea yhteiskunnassa, koska niiden on määritelmällisesti oltava palautettavissa määrätynlaisiin sääntösidonnaisiin yhteiskunnallisiin käytäntöihin joko parlamentaarisen tai tuomioistuimissa tapahtuvan päätöksentekomenettelyn merkityksessä. Ne ovat toisin sanoen vahvasti rakenteistuneet Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan. Sitä vastoin lainopillinen oikeuskirjallisuus ja reaaliset argumentit eivät nauti vastaavaa institutionaalista tukea yhteiskunnassa, vaan keskeistä on senkaltaisesta oikeuslähteestä johdetun ratkaisuperusteen sisällöllinen hyväksyttävyys, joskin lainopillinen kirjallisuus voi välillisesti tukeutua esimerkiksi lainsäädännön tai oikeuskäytännön taustalla vaikuttaviin justifikaatioperusteisiin, niin kuin alla tarkemmin perustelen.

Viidenneksi, oikeuslähdeopin tai siitä johdetun yksittäisen ratkaisuperusteen *justifikaatio-* eli *oikeuttamisperuste* viittaa sen velvoittavuuden tueksi esitettävissä oleviin arvoteoreettisiin ja argumentaatioteoreettisiin perusteisiin esimerkiksi edellytetyn, transsendentaalis-loogisen perusnormikonstruktion (Kelsen),

¹⁷ Tämä oikeuden sääntöformalismiin analyysi perustuu olennaisesti väitöskirjani *A Theory of Precedent* lukuun 2, ”The Concept of a Legal Norm: Legal Rules and Principles”, s. 41–63.

tuomarikunnan keskuudessa vallitsevien oikeussääntöjen tunnistamista koskevien säännönmukaisuuksien (Hart, MacCormick), oikeuslähdeopin noudattamatta jättämisestä tuomarille todennäköisesti aiheutuvien kielteisten seuraamusten sekä kansalaisen perustellun oikeusturvaodotuksen (Aarnio, Peczenik) tai, niin kuin alla perustelen, *institutionaalisten oikeuttamisperusteiden* avulla. Oikeuslähdeopin justifikaatioperusteet vastaavat toisin sanoen kysymykseen, miksi lainsäädäntö, prejudikaatit ja muu vakiintunut oikeuskäytäntö, tavanomainen oikeus, yksityisoikeudelliset sopimukset sekä esimerkiksi Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet eriasteisesti sitovat, velvoittavat tai ohjaavat tuomioistuinta ja muita institutionaalisia lainsoveltajia näiden oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa.

Lopuksi, vallitseva *oikeudellinen metateoria* eli oikeuden *institutionaalinen metakonteksti* määrittää sen, miten eri oikeuslähteiden taustalla vaikuttavat institutionaaliset (ja ei-institutionaaliset) oikeuttamisperiaatteet sekä niitä ilmentävät erilaiset sääntösidonnaiset yhteiskunnalliset käytännöt ovat kollisiotilanteessa suhteutettavissa toisiinsa.

Ratkaisevaa on siis viime kädessä *tuomarikunnan* ja muiden *institutionaalisten lainsoveltajien* kollektiivinen ammatillinen itseymmärrys keskeisen oikeus/ei-oikeus -erottelun operatiivisista kriteereistä. Kantani on tältä osin lähempänä Alf Rossin tuomioistuinrealismia ja H.L.A. Hartin sosiologisesti määriteltyä oppia oikeuden tunnistamissäännöstä kuin Hans Kelsenin puhtaan oikeusopin normativismia tai Aulis Aarnion (ja Aleksander Peczenikin) koherenssi- ja konsensusperustaista oikeusteoriaa, missä oikeusnormin tai oikeudellisen tulkintakannanoton rationaalinen hyväksyttävyys on yksi voimassa olevan oikeuden määritelmällisistä kriteereistä.

3.1. Mallin kohdentuvuus

Oikeuslähdeopin *kohdentuvuus* käsittää kaksi osatekijää: mallin *asiallisen laajuuden* sekä sen *sisällöllisen tarkkuuden* suhteessa vallitsevaan, tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämään sekä yhteisesti ja otaksuttavasti enemmän tai vähemmän yhtenäisesti soveltamaan oikeuslähdeoppiin.¹⁸

¹⁸ Oletus oikeuden tunnistamissäännön eli oikeuslähdeopin *kollektiivisesta* ja *yhtenäisestä* luonteesta ei ole aivan ongelmaton. Yhdysvaltain *Critical Legal Studies* -suuntauksen tutkijat ovat yleisesti kiistäneet sanotun lähtökohdan paikkansa pitävyyden yhtäältä tuomarin harkintaan vaikuttavien idiosynkraattisten, ei-yhteisöllisten tekijöiden sekä toisaalta oikeudenkäytön viime kädessä poliittisen luonteen vuoksi. Oikeuden suhteesta politiikkaan, Unger, *False Necessity*, s. 1: "False Necessity (...) carries to extremes the thesis that everything in society is politics, mere politics, and then draws out of this seemingly negativistic and paradoxical idea a detailed under-

Oikeuslähdeopin *asiallinen laajuus* edellyttää, että se käsittää kaiken suomalaisen tuomarin – samoin kuin institutionaalisen tuomarireferenssin omaksuneen lainopin tutkijan – oikeudellisen argumentaation kannalta asiaanvaikuttavan ratkaisuaaineiston eikä se rajaa jotain osaa siitä perusteita mallinnuksen ulkopuolelle. Aarnion (ja Peczenikin) kolmiportaista oikeuslähdeopin mallia, jossa oikeuslähteet on jaettu vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin sekä vain sallittuihin ratkaisuperusteisiin, voi edelleen pitää meillä vallitsevana oikeuslähdeopin jäsenyyksenä.¹⁹ Aarnion (ja Peczenikin) oikeuslähdeopin malli on kuitenkin laadittu ennen Suomen liittymistä Euroopan ihmisoikeussopimukseen sekä Euroopan yhteisöön, joten ymmärrettävästi se ei kata eurooppaoikeudellista oikeusnormistoa. Oikeuslähdeoppia on sanotuvin osin laajennettava, jotta se täyttäisi oikeanlaisen kohdentuvuuden vaatimukset.

Oikeuslähdeopin mallin *sisällöllinen tarkkuus* liittyy puolestaan siihen, miten täsmällisesti mallin eri osatekijät ja niiden keskinäiset suhteet vastaavat tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien oikeudellisessa harkinnassa tosiasiallisesti soveltamia oikeudellisia ratkaisuperusteita. Keskeistä on esimerkiksi se, mielletäänkö esimerkiksi Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden ratkaisuarvo eli merkitys tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkinnassa *staattisena* eli ennalta määritettävissä ja systemaattisesti vakioitavissa olevana ratkaisuperusteena vai *dynaamisena* eli vain tilannesidonnaisesti määritettävissä olevana ratkaisuperusteena. Samoin se, miten hyvin malli pystyy käsittelemään esimerkiksi kansallisten tuomioistuinten antamia prejudikaatteja, sopimusperustaista oikeutta tai muita oikeudenkäyttöä yhtenäistäviä viranomaispäätöksiä tuomarin ratkaisuharkinnan osana, liittyy mallin sisällöllisen tarkkuuden arvioimiseen.

Osana oikeuslähdeopin mallin oikeaa kohdentuvuutta sen on myös tulkittava oikein eli yhteisöllis-kulttuurisesti hyväksyttävällä tavalla erilaisten oikeudellisten ratkaisuperusteiden institutionaalisen tai ei-institutionaalisen oikeuttamisperusteen suhteellinen merkitys samoin kuin niiden taustalla vaikuttavan oikeudellisen ja institutionaalisen metakontekstin merkitys.

3.2. Staattinen ja dynaaminen oikeuslähdeoppi

Oikeuslähdeopin mallit ja samalla oikeudelliset ratkaisuarvot voidaan jakaa *staattiseen* ja *dynaamiseen* tarkastelutapaan.

Staattinen oikeuslähdeoppi perustuu eri oikeuslähteiden ennalta vakioituun tai

standing of social life.” Tuomarin ratkaisuharkinnan idiosynkraattisista osatekijöistä ja niiden mahdollistamista tuomarin strategisista valinnoista, Kennedy, *A Critique of Adjudication*, s. 180–186.

¹⁹ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 217–252; Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 209–288.

ainakin ennalta vakioitavissa olevaan suhteellisen velvoittavuuden asteeseen. Staattisesta lähestymistavasta on esimerkkinä Aulis Aarnion ja Aleksander Peczenikin yleisesti hyväksytty oikeuslähteopin malli,²⁰ jossa tuomaria tai muuta lainsoveltajaa eriasteisesti velvoittavat oikeuslähteet on jaettu niiden muodollisen syntyvän perusteella kolmeen kategoriaan:²¹ (1) *vahvasti velvoittavat* oikeuslähteet, joiden noudattamatta jättämisestä tuomaria tai muuta lainsoveltajaa uhkaa virallinen sanktio moitittavasta virkavirheestä; (2) *heikosti velvoittavat* oikeuslähteet, joiden sivuuttamisesta tuomarilla tai muulla lainsoveltajalla on vain kansalaisten oikeusturvaodotuksen nojalla perusteluvelvollisuus, ja lisäksi ratkaisu todennäköisesti muuttuu valitettaessa ylemmässä oikeusasteessa, jollei sitten ole jo kyse tosiasiallisesti ylimmästä oikeusasteesta Korkeimman oikeuden antaman ratkaisun tai senkaltaisen hovioikeuden ratkaisun merkityksessä, johon Korkein oikeus ei todennäköisesti myöntäisi valituslupaa; sekä (3) *sallitut* oikeuslähteet, joihin tuomarilla on lupa vedota ratkaisun perusteluissa ilman, että hänellä olisi siihen edes heikkoa velvollisuutta. Neljäntenä luokkana voidaan vielä erottaa (4) *kielletyt* ratkaisuperusteet, joita tuomarin ei ole lupa hyödyntää ratkaisua tehdessään.²²

Tuomaria vahvasti velvoittavia oikeuslähteitä ovat Aarnion mukaan vain lain-säädäntö hierarkkisesti eriasteisten (kansallisten) oikeudellisten säädösten merkityksessä voimassa olevasta perustuslaista alemmanasteisiin säädöksiin sekä tavanomainen oikeus. Heikosti velvoittavia oikeuslähteitä ovat lain esityöt sekä tuomioistuinten ennakkoratkaisut eli prejudikaatit. Sallittuja oikeuslähteitä ovat Aarnion ja Peczenikin mukaan muun muassa lainopillinen kirjallisuus, oikeusvertailevat ja oikeushistorialliset tulkintaperusteet sekä reaaliset argumentit eli avoin seuraamusharkinta.²³ Kiellettyjä ratkaisuperusteita ovat lain tai hyvän tavan vastaiset argumentit samoin kuin esimerkiksi avoimen puoluepoliittiset argumentit.²⁴ Aarnion (ja Peczenikin) oikeuslähteopin standardimalli on kootusti seuraavanlainen:²⁵

²⁰ Peczenik, *The Basis of Legal Justification*, s. 35–44; Aarnio, *Oikeussäännösten tulkinnasta*, s. 220–247.

²¹ Vastaavanlaista, joskin neliportaista oikeuslähteiden luokittelua on soveltanut myös kansainvälinen *Bielefelder Kreis* -tutkijaryhmä, johon sekä Aarnio että Peczenik ovat kuuluneet. MacCormick & Summers, toim., *Interpreting Precedents. A Comparative Study*, s. 554–555 sekä Peczenik, ”The Binding Force of a Precedent”, mts. 461–479.

²² Peczenik käyttää *skall – bör – får* -kolmijakoa. Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 214–221. Suomenkielinen terminologia on peräisin Aarnion kirjoittamasta alan standarditeoksesta. Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 220–221.

²³ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, 222–247.

²⁴ Aarnio mainitsee myös rotu- tai sukupuolierotteluun vetoamisen kiellettyinä argumenttina. Myöhemmän tasa-arvolainsäädännön tietyin edellytyksin hyväksymä sukupuoliperustaisen *tietoisuuden* suosivan erityiskohtelun idea (engl.: *positive discrimination*) on kuitenkin tähän poikkeus.

²⁵ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 220–221. Vrt. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 78–95 ja etenkin kaavio s. 93.

A. *Vahvasti velvoittavat oikeuslähteet*: velvoittavat tuomaria virkavastuun uhallalla

1. lainsäädäntö
2. tavanomainen oikeus

B. *Heikosti velvoittavat oikeuslähteet*: tuomarilla on kansalaisten oikeusturvaodotuksesta johdettu perusteluvelvollisuus, jos hän ei hyödynnä heikosti velvoittavaa oikeuslähdettä päätöksenteossa, minkä ohella ratkaisu todennäköisesti muuttuu ylemmässä oikeusasteessa.

3. lainsäätäjän tarkoitus/lainvalmisteluaineisto
4. prejudikaatit

C. *Sallitut oikeuslähteet*: ei erityistä sanktiota oikeuslähteen sivuuttamisesta, mutta tarjoavat lisätukea perusteluille kiperissä ratkaisutilanteissa.

5. oikeusvertailu,
6. oikeushistoria,
7. lainoppi (oikeustiede),
8. teleologinen argumentti, ja
9. arvot ja arvostukset

Oikeuslähteiden etusijajärjestys noudattaa siis Aarniolla *staattista* mallia, jossa lainsäädäntö ja tavanomainen oikeus saavat etusijan suhteessa muihin institutionaaliin ja ei-institutionaaliin oikeuslähteisiin. Lainsäädännön ja maantavan jälkeen etusijan saavat lainvalmisteluaineisto ja prejudikaattiperustainen oikeus, ja niiden jälkeen erilaiset sallitut oikeuslähteet. Staattinen oikeuslähdeoppi toteuttaa samalla itävaltalaisen Hans Kelsenin ja A.J. Merklin ajatusta muodollisesta oikeusnormihierarkiasta, jossa yksittäisen oikeusnormin suhteellinen sijainti säädöshierarkiassa on määräävä: perustuslaki syrjäyttää ristiriitatilanteessa tavallisen eduskuntalain, laki syrjäyttää sen kanssa ristiriitaisen tasavallan presidentin tai valtioneuvoston antaman asetuksen, ja asetus syrjäyttää sen kanssa ristiriitaisen alemmanasteisen hallinnollisen säädöksen.²⁶ Staattinen oikeuslähdeoppi rakentuu *sääntökeskeisen* oikeusnormikäsitteilyksen varaan: oikeusperiaatteita ja muita systeemiselältä ratkaisuarvoltaan vaihtelevia ratkaisuperusteita se ei pysty käsittelemään. Lisäksi Aarnion (ja Peczenikin) oikeuslähdeopin esitys on

²⁶ Tarkoitan ”asetuksella” tässä tasavallan presidentin, valtioneuvoston tai yksittäisen ministeriön antamaa säädöstä. Eurooppaoikeudellisessa kontekstissa asetuksella (engl.: *regulation*) on toinen merkitys.

kirjoitettu ennen Suomen liittymistä Euroopan ihmisoikeussopimukseen vuonna 1990 sekä ennen Suomen jäsenyyttä Euroopan yhteisössä vuodesta 1995 alkaen, mistä syytä malli ei käsitä lainkaan eurooppaoikeudellista normistoa. Tämä eurooppaoikeudellinen oikeuskehitys on vahventanut prejudikaattiperustaisen oikeuden asemaa myös Suomen oikeudessa.

Dynaaminen oikeuslähdeoppi riitauttaa Kelsenin ja Merklin muodollisen oikeusnormihierkian, puhtaasti sääntökeskeisen oikeusnormikäsityksen sekä Aarnion ja Peczenikin kolmiportaiseen oikeuslähteiden velvoittavuuden. Dynaamisen oikeuslähdeopin mukaan ei ole mahdollista esittää mitään yleistä, tuomaria tai muuta institutionaalista lainsoveltajaa ennakollisesti velvoittavaa oikeuslähteiden hierarkiaa, vaan eri oikeuslähteiden painoarvo tuomarin ratkaisuharkinnassa on määritettävissä vain tapaus- ja tilannekohtaisesti. On toisin sanoen kyse tilannekohtaisesti muuttuvista eli systeemisesti ”kelluvista” ratkaisuperusteista, joita ei ole mahdollista vakiodia osaksi Aarnion ja Peczenikin kolmiportaista ja ennalta määritettävissä olevaa oikeuslähteiden hierarkiaa. Samalla *oikeusperiaatteet* ja vastaavat muut oikeussääntöjä heikommin formalisoidut oikeudelliset ratkaisuperusteet saavat sijan oikeussääntöjen rinnalla.

Esimerkiksi Pekka Timosen lähestymistapa ilmentää ainakin lähtökohtaisesti dynaamista eli systeemisesti avointa käsitystä tuomaria velvoittavista oikeuslähteistä.²⁷

”Oikeuslähteiden luokittelu niiden velvoittavuuden perusteella on lainopin metodiohjeena hylättävä. Valintaa kahden tulkintavaihtoehdon välillä ei voida tehdä sen perusteella, minkälaisista lähteistä (muista kuin laista ja poikkeuksellisesti tavanomaisesta oikeudesta) ne on johdettu.”

Vahvasti velvoittavien oikeuslähteiden eli lain ja tavanomaisen oikeuden osalta Timonen pitäytyy edelleen staattiseen oikeuslähdekäsitykseen, ja vain Aarnion ja Peczenikin pysyttämä ero heikosti velvoittavien ja sallittujen oikeuslähteiden välillä poistuu.²⁸ Timonen toisin sanoen perustaa oman ajattelunsa Aarnion ja Peczenikin oikeuslähdeoppiin mutta muuntaa sitä dynaamisempaan suuntaan. Samoin Juha Pöyhösen ajatus oikeustoimilain 36 §:n (17.12.1982/956) nojalla tapahtuvassa sopimuksen tai yksittäisen sopimusehdon jälkikäteisessä kohtuullistamisessa käytettävien argumenttien eli tahtoperiaatteeseen, luottamuksensuojan, sopimustasapainoon ja kohtuusperiaatteeseen tai heikomman sopijapuolen

²⁷ Timonen, *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima*, s. 122. Ks. myös Timonen, ”Tutkijan ja tuomarin oikeuslähdeoppi – oikeuslähdeopin eräiden lähtökohtien tarkastelua”, s. 685, missä Timonen jakaa oikeuslähteet kahteen luokkaan: lakiin vahvasti auktoritatiivisena oikeuslähteenä sekä muihin, lakia alempiin ja yksinomaan aineellisiin oikeuslähteisiin, joka luokka käsittää siis kaikki muut mahdolliset oikeuslähteet.

²⁸ Timonen, ”Tutkijan ja tuomarin oikeuslähdeoppi – oikeuslähdeopin eräiden lähtökohtien tarkastelua”, s. 666–667.

suojaan liittyvien oikeusperiaatteiden systeemisesti ei-vakioitavissa olevasta luonteesta toteuttaa dynaamista lähestymistapaa tuomarin ratkaisuharkintaan.²⁹

Perustelen alla käsityksen, jonka mukaan Suomen vallitsevaan oikeuslähteoppiin sisältyy aineksia sekä staattisesta että dynaamisesta oikeusläheajattelusta. Lainsäädäntö sekä EY-lainsäädännön että kansallisen sääntelyn merkityksessä edustaa edelleen perinteistä *staattista* oikeuslähekkäisyyttä: ratkaisevaa on tietyn oikeudellisen ratkaisuperusteen muodollinen synty tapa parlamentaarisen lainsäädäntömenettelyn tuloksena, mistä Ronald Dworkin on käyttänyt kriittiseen sävyyn termiä *test of pedigree*, viitaten oikeussäännön muodollisen syntyperän osoittavaan ”kantakirjaan” tai ”sukupuuhun”.³⁰ Laki velvoittaa, koska se on säädetty voimassa olevan perustuslain tarkoittamalla tavalla, niin kuin Kelsenin ja Merklin muodollinen oikeusnormihierarkia edellyttää, jolloin oikeus takaa paradoksaalisesti itse oman oikeudellisen velvoittavuutensa. Sitä vastoin esimerkiksi Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevien yleisten oikeusohjeiden oikeusläheopillinen ja argumentaatioteoreettinen ratkaisuarvo ei ole määritettävissä yksin staattisen tarkastelun avulla. On kyse *dynaamisesta* ratkaisuperusteesta: ratkaisevaa ei ole vain määrätyn oikeudellisen ratkaisuperusteen synty tapa vaan sen *rakenteistuminen* Suomen oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan* sekä eurooppaoikeudellisen normiston osalta myös *yleiseurooppalaiseen oikeuskäytäntöön* eli sen nauttima *institutionaalinen tuki* ja *yhteisöllinen hyväksyntä* erilaisissa sääntösidonnaisissa, oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä joko Suomen oikeudessa tai yhtenäisessä ja vakiintuneessa yleiseurooppalaisessa tulkintakäytännössä.

Dynaaminen oikeuslähekkäisyys määrittää keskeisesti myös kansallisten prejudikaattien, tavanomaisen oikeuden, lainopillisen oikeuskirjallisuuden sekä reaalisten argumenttien painoarvoa tuomarin ratkaisuharkinnassa. Prejudikaattien osalta tämä merkitsee *ratio/dicta* -distinktion dynaamista muuntuvuutta eli mahdollisuutta prejudikaattinormin täsmentämiseen ja uudelleen määrittelyyn myöhemmässä oikeudenkäytössä. Tavanomaisoikeudellisille yhteisöllisille käytännöille on niillekin ominaista alhainen sääntöformalismin ja muuntuvuus ulkoisten olosuhteiden muuttuessa. Oikeuskirjallisuudessa esitettyjen tulkintakanonottojen painoarvo vaihtelee niiden tueksi esitettyjen perustelujen vakuuttavuuden ja tiedeyhteisön kantojen yksimielisyyden tai jakautuneisuuden mukaisesti. Reaaliset argumentit ovat jo määritelmällisesti vahvasti tilannesidonnaisia argumentteja, koska on kyse avoimesta yhteiskunnallisesta seuraamusharkinnas-

²⁹ Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 286–330 ja etenkin s. 311–316, missä on esitetty sopimusoikeudellisen kohtuuttomuuden kokonaisarviointi. Vrt. myös Pöyhönen, *Uusi varallisuus oikeus, passim*.

³⁰ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 40.

ta. Samoin oikeusperiaatteet ja vastaavat muut oikeudelliset ratkaisustandardit ovat jo määritelmällisesti väljiä, enemmän-tai-vähemmän -tyyppisiä oikeudellisia ratkaisuperusteita, jotka elävät ja muuntuvat kulloinkin käsillä olevan oikeudellisen ratkaisutilanteen mukaisesti. Yhteistä kaikille viimeksi mainituille ratkaisuperusteille on niiden ajallinen muuntuvuus sekä sisällöllisille tekijöille annettu merkitys: oikeudelliseen yhdenvertaisuuteen tai aineelliseen oikeudenmukaisuuteen palautettavissa olevien oikeuslähteiden merkitys tuomarin ratkaisuharkinnassa ei perustu yksin oikeuslähteen muodolliseen syntytapaan vaan ainakin osin myös sen aineelliseen sisältöön.

3.3. Oikeudellisen ratkaisuperusteen sääntöformalismi tai argumentatiivinen avoimuus: oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet

Oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet sekä muut vastaavat ratkaisustandardit ovat eriaisteisesti *rakenteistuneita* ja *formalisoituja* oikeudellisia ratkaisuperusteita eli argumentteja, jotka saavat merkitystä tuomioistuinten ja muiden virkansa puolesta ja virkavastuulla lakia soveltavien eli institutionaalisten lainsoveltajien oikeudellista ratkaisuharkintaa eriaisteisesti ohjaavina tekijöinä.

Institutionaaliset, arvo- ja/tai tavoitesidonnaiset oikeusperiaatteet noudattavat olennaisesti erilaista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa kuin formaalit oikeussäännöt. *Oikeusperiaatteet* ja vastaavat oikeudelliset *ratkaisustandardit* ovat määritelmällisesti kietoutuneet yhteen määrättyjen yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden kanssa, eikä niiden *punninta* ja keskinäinen *tasapainottaminen* (engl.: *weighing and balancing*) ole ylipäättään mahdollista irrallaan sanottujen oikeusperiaatteiden ilmentämistä yhteiskunnallisista arvoista ja/tai tavoitteista. *Oikeussäännöt* ovat sitä vastoin formaaleja oikeudellisia ratkaisuarargumentteja, joiden muodollinen voimassaolo ja tulkinnallisen merkityssisällön määrittäminen ovat ainakin lähtökohtaisesti irtautuneet niiden alkuperäisistä synty- ja justifikaatio-perusteista erilaisten oikeussääntöjen taustalla vaikuttavien tai ainakin niiden säätämishetkellä vaikuttaneiden yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoitenäkökoh-
tien merkityksessä. *Prejudikaattiperustaisen* oikeuden normit sijoittuvat sääntö/periaate -luokituksessa formaalien oikeussääntöjen sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden väliin. Niiden suhteellisen sääntöformalismin tai argumentatiivisen avoimuuden aste vaihtelee sovellettavasta prejudikaatti-ideologiasta riippuen. *Subjektisidonnaiset arvot* ja/tai tavoitteet ovat puolestaan argumentteja, jotka eivät nauti edes heikkoa institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää suomalaisessa yhteiskunnassa. Ne eivät toisin sanoen ole lainkaan rakenteistuneet osaksi Suomen voimassa olevaa oikeutta.

Oikeusnormin sääntö/periaate -luonteisuutta voi kuvata analyytisesti yksittäi-

sen oikeudellisen ratkaisuperusteen suhteellisen (sääntö)formalistisuuden eri osatekijöiden avulla. Perustelin väitöskirjassani *A Theory of Precedent* keskeistesin, jonka mukaan Ronald Dworkinin oikeussäännöt/oikeusperiaatteet -keskeisjaottelu on semanttiselta referenssiltään rinnasteinen Robert S. Summersin astetta analyttisempään jäsennykseen, jossa oikeusnormin suhteellisen formalistisuuden erilaiset ilmenemismuodot ovat määräävässä asemassa.³¹ Oikeusnormin formalistisuutta eli muotosidonnaisuutta ja riippumattomuutta sen aineellisesta sisällöstä voi kuvata ainakin seuraavien muuttujien avulla: (a) *konstitutiivinen* eli oikeusnormin muodolliseen *validiteettiin* liittyvä formalismi, (b) *systeminen* eli oikeusnormien keskinäisiin suhteisiin liittyvä formalismi, (c) *päätöksentekositovuuteen* eli oikeudelliseen *ratkaisuarvoon* liittyvä formalismi (engl.: *mandatory formality*), (d) *rakenteellinen* eli *normilooginen* formalismi sekä (e) *metodinen* eli *argumentaatioteoreettinen* formalismi. Lisäksi voidaan vielä erottaa (f) *ekspressiivinen* eli *lingvistinen* formalismi.

a) *Konstitutiivinen* eli *validiteettiformalismi* viittaa oikeusnormin muodollisiin voimassaolo- eli pätevyyskriteereihin sen alku- tai syntyperän merkityksessä. Oikeussäännöt on mahdollista tunnistaa Hartin oikeuden tunnistamissäännön (engl.: *rule of recognition*) kaltaisen muodollisen kriteerin avulla, viittaamalla määrättyllä tavalla rajattujen oikeuslähteiden kuten lainsäädännön ja prejudikaattien joukkoon, mutta oikeusperiaatteiden ja vastaavien muiden oikeudellisten ratkaisustandardien tunnistamiseen Hartin tunnistamissääntö ei sovellu. Oikeusperiaatteiden tilannesidonnaisen merkityksen arvioimiseksi tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkinnassa on arvioitava niiden sisällöllistä hyväksyttävyyttä sekä yhteiskunnassa nauttimaa institutionaalista tukea.³² *Institutionaalisella tuella* Dworkin viittaa oikeusperiaatteen tueksi esitettäviin, lainsäädäntöä tai yksittäisiä oikeustapauksia epäsuorempiin tai välillisempiin perusteisiin. Yksittäisen oikeusperiaatteen tapauskohtaista merkitystä arvioitaessa tulee toisin sanoen tarkastella erilaisia väljästi määriteltyjä ja ajallisesti muuntuvia arviointikriteereitä, jotka määrittävät yhteiskunnallista vallan- ja vastuunjakoa, oikeudellista tulkintaa, prejudikaateista pääteltävissä olevia ratkaisuperusteita sekä kaikkien edellä mainittujen kriteerien vaikutusta erilaisiin yhteiskunnan moraalisiin käytäntöihin.³³ Niinpä oikeussääntöjen konstitutiivisen eli validiteettiformalis-

³¹ Summersin oikeudellisen formalismin käsitteestä, esim. Summers, "Form and Substance in Legal Reasoning"; sama, "The Formal Character of Law"; sama, "Der Formale Charakter des Rechts II"; sama, "The Formal Character of Law III"; sama, "The Juristic Study of Law's Formal Character"; sama, "Theory, Formality and Practical Legal Criticism". Vrt. Siltala, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to A Post-Analytical Philosophy of Law*, s. 41–63.

³² Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 40: "But this test of pedigree will not work for the *Riggs* and *Henningsen* principles. The origin of these as legal principles lies not in a particular decision of some legislature or court, but in a sense of appropriateness developed in the profession and the public over time."

³³ Dworkin, mts. 40–41.

min aste on korkea, kun taas oikeusperiaatteiden vastaavan formalismin aste on alhainen.³⁴

b) *Systeeminen* formalismi viittaa oikeusnormien systeemiin eli niiden keskinäisiä suhteita koskeviin ominaisuuksiin. Muodollisesti pätevät oikeussäännöt on mahdollista asettaa ennalta vakioitavissa olevan formaalin oikeussysteemin muotoon, jollaista esimerkiksi Kelsenin puhtaan oikeusopin systeemisesti suljettu ja sisäisesti ristiriidaton oikeusnormihierarkia toteuttaa. Oikeusperiaatteet muodostavat enintään avoimen ja ”kelluvan” eli *dynaamisen* systeemin, missä yksittäisen oikeusperiaatteen painoarvo on vain tapaus- ja tilannekohtaisesti määritettävissä. Oikeussääntöjen keskinäinen normikonflikti tulee ratkaista juulistamalla toinen oikeussäännöistä osittain tai kokonaan pätemättömäksi, mikä päätös velvoittaa myös myöhempiä ratkaisijoita. Keskenään yhteensopimattomien oikeusperiaatteiden kollisiotilanne ratkaistaan sitä vastoin oikeusperiaatteiden tilannesidonnaisen *painoarvopunninnan* ja keskinäisen *tasapainottamisen* avulla (engl.: *weighing and balancing*), eikä yksittäisen oikeusperiaatteen sivuuttaminen tai sen katsominen vähemmän merkittäväksi yhdessä tapauksessa estä sen nostamista ratkaisevaan asemaan jossain myöhemmässä ratkaisutilanteessa. Oikeussääntöjen systeemisen formalismin aste on toisin sanoen korkea, kun taas oikeusperiaatteet toteuttavat alhaista systeemistä formalismia.

Dworkinin mukaan oikeussäännön ja oikeusperiaatteen keskinäinen kollisiotilanne ratkaistaan määrittelemällä ratkaisutilanne uudelleen siten, että arvioitavana on kaksi oikeusperiaatetta alkuperäisen säännön ja periaatteen sijaan eli yhtäältä oikeusperiaate, jonka mukaan kerran asetettua ja vakiintunutta sääntöä tulee seurata, ja toisaalta oikeusperiaate, jonka mukaan säännöstä voi poiketa muuttuneiden yhteiskunnallisten arvostusten vuoksi.³⁵ Prejudikaatiooikeudessa voidaan puhua yhtäältä *stare decisis* -opin ja toisaalta *distinktiotekniikan* taustalla vaikuttavista ja yksittäisen prejudikaatin varsin erilaiset tulkinnat yksittäisessä soveltamistilanteessa oikeuttavista oikeusperiaateista. Säädännäisen oikeuden soveltamisessa on vastaavasti kyse yhtäältä legalistisen tulkinnan ja toisaalta *contra legem* -tulkinnan oikeuttavista periaateista. Samalla Dworkinin alun perin ehdoton ja ”looginen” ero oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden välillä lakkaa olemasta Dworkinin tarkoittamalla tavalla ehdoton.³⁶

c) Oikeusnormin *ratkaisuarvoon* eli *päätöksentekositovuuteen* liittyvä formalismi viittaa siihen, missä määrin yksittäinen oikeusnormi kykenee sitomaan,

³⁴ Dworkin määrittelee saman seuraavasti, ilmaisten epävarmuuttaan sijoittamalla määrittelyn sulkeisiin: ”(It seems odd to speak of a principle as being valid at all, perhaps because validity is an all-or-nothing concept, appropriate for rules, but inconsistent with a principle’s dimension of weight.)” Dworkin, mts. 41.

³⁵ Dworkin, mts. 77–78.

³⁶ Vrt. Dworkin, mts. 24: ”The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction.”

velvoittamaan tai ohjaamaan tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa. Dworkinin mukaan oikeussäännöt ovat – ainakin pääsääntöisesti – ratkaisuarvoltaan vahvoja ratkaisuperusteita, jotka kykenevät yksinäänkin määräämään yksittäisen oikeusjutun oikeudellisen lopputuloksen. Oikeusperiaatteet ja vastaavat ratkaisustandardit ovat oikeudelliselta ratkaisuarvoltaan oikeussääntöjä heikompia argumentteja, jotka – ainakin lähtökohtaisesti – pystyvät vain viemään tai ohjaamaan tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa tiettyyn suuntaan, kykenemättä kuitenkaan määräämään sen lopputulosta.³⁷ Oikeussääntöjen ratkaisuarvoon liittyvä formalismin aste on toisin sanoen korkea, kun taas oikeusperiaatteiden päätöksentekoa sitova formalismin aste on alhainen. Dworkinin oma esimerkki *Riggs vs. Palmer* on tähän ilmeinen poikkeus, sillä siinä oikeusperiaate, jonka mukaan kukaan ei saa hyötyä tekemästään vääryydestä, sai syrjäyttää muodollisesti pätevän oikeussäännön, jonka mukaan vainajan viimeistä tahtoa tulee kunnioittaa.³⁸

d) *Rakenteellinen eli normilooginen* formalismi liittyy oikeusnormien sisäiseen rakenteeseen sekä oikeudelliseen sääntely- ja ratkaisulogiikkaan. Oikeussäännöt ovat *joko/tai* -tyyppisiä, oikeustosisaikastoltaan ainakin periaatteessa suljettuja eli ennalta määriteltyjä oikeusnormeja. Niiden normilooginen rakenne on sen vuoksi vahvemmin muotosidonnainen ja niiden kulloinkin saamasta ai-neellisesta sisällöstä vähemmän riippuvainen kuin oikeusperiaatteiden tai muiden ratkaisustandardien, joiden normilooginen rakenne toteuttaa *enemmän-tai-vähemmän* -tyyppistä sääntely- ja ratkaisulogiikkaa. Oikeusperiaatteiden tosiseikastokuvaus on sen vuoksi avoin erilaisille yhteiskuntamoraalin arvoperustaisille näkökohdille sekä yhteiskunnallisille tavoite- tai tarkoituksenmukaisuusnäkökohdille.³⁹ Rakenteeltaan avoimet oikeusperiaatteet ja vastaavat muut oikeudelliset standardit jättävät samalla tuomarille enemmän harkintavaltaa kuin rakenteeltaan suljetut oikeussäännöt. Oikeussääntöjen rakenteellinen eli normilooginen formalismi on toisin sanoen korkea, kun taas oikeusperiaatteet ja vastaavat

³⁷ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 35: ”Only rules dictate results, come what may. When a contrary result has been reached, the rule has been abandoned or changed. Principles do not work that way; they incline a decision one way, though not conclusively, and they survive intact when they do not prevail.” Samoin Dworkin, mts. 26: ”A principle like ‘No man may profit from his own wrong’ does not even purport to set out conditions that make its application necessary. Rather, it states a reason that argues in one direction, but does not necessitate a particular decision.”

³⁸ Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 52.

³⁹ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 24, 25: ”The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to a particular decision about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it case it contributes nothing to the decision. (...) But this is not the way the sample principles in the quotations operate. Even those which look most like rules do not set out legal consequences that follow automatically when the conditions provided are met.”

ratkaisustandardit toteuttavat alhaista rakenteellista eli normiloogista formalismia.

e) *Metodinen eli argumentaatioteoreettinen* formalismi viittaa erilaisten oikeudellisten ratkaisuperusteiden joko suljettuun tai avoimeen rajapintaan suhteessa muihin kuin muodollis-juridisiin eli oikeuden tunnistamissäännön rajamista institutionaalisista oikeuslähteistä johdettavissa oleviin ratkaisuperusteisiin. Kyse on toisin sanoen siitä, onko institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivilla eli Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eriasteisesti rakenteistuneilla yhteiskunnallisilla arvo- ja tavoiteperusteilla oikeudellista ratkaisuarvoa. Muodollisesti velvoittavissa oikeussäännöissä yhteys vallitsevan tai kriittisen yhteiskuntamoraalin arvoperusteisiin sekä yhteiskunnallisiin tavoiteperusteisiin on katkaistu: oikeussääntö velvoittaa ainakin lähtökohtaisesti muodollisen syntytapansa vuoksi, eikä yksittäisen oikeussäännön validiteetin tai sen tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi sitä ole tarpeen palauttaa sen taustalla vaikuttavien tai vaikuttaneiden yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden yhteyteen. Oikeusperiaatteet ja vastaavat ratkaisustandardit ovat jo määritelmällisesti kietoutuneet yhteen niiden ilmentämien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden kanssa. Niinpä oikeussäännön tulkinnallinen merkityssisältö on ainakin lähtökohtaisesti määritettävissä irrallaan sen taustalla vaikuttavista tai ainakin vaikuttaneista yhteiskunnallisista taustaperusteista, kun taas oikeusperiaatteiden ja muiden ratkaisustandardien soveltaminen yksittäiseen oikeustapaukseen edellyttää niiden taustalla vaikuttavien yhteiskunnallisten arvojen ja/tai tavoitteiden punnintaa sekä tilannesidonnaista tasapainottamista suhteessa muiden asiaanvaikuttavien oikeusperiaatteiden ja ratkaisustandardien vastaaviin yhteiskunnallisiin taustaperusteisiin (engl.: *weighing and balancing*). Oikeussääntöjen metodinen eli argumentaatioteoreettinen formalismi on toisin sanoen korkea, kun taas oikeusperiaatteiden vastaava formalismi on alhainen.

f) Lisäksi *ekspressiivinen eli lingvistinen* formalismi viittaa siihen, miten yksittäinen oikeusnormi on kielen avulla ilmaistu tai ylipäätään kielen avulla ilmaistavissa. Oikeussäännöt on tavallisesti ilmaistu tai ainakin ne voidaan ilmaista yksiselitteisessä kielellisessä muodossa, kun taas oikeusperiaatteiden kielellinen ilmiasu saattaa suurestikin vaihdella soveltamiskontekstista toiseen, eikä ole mitään yksiselitteistä, vakioitua tai ”kanonisoitua” kielellistä formulaatiota yksittäiselle oikeusperiaatteelle. Tässä suhteessa oikeusperiaatteet rinnastuvat prejudikaattiperustaiseen oikeuteen ja sen keskeiskäsitteeseen prejudikaattinormi (*ratio decidendi*), jonka kielellinen formulointi saattaa merkittävästikin vaihdella yksittäisestä tapauksesta toiseen.⁴⁰ Oikeussääntöjen ekpressiivis-lingvistisen

⁴⁰ Hart, *The Concept of Law*, s. 131.

formalismin aste on toisin sanoen korkeampi kuin oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien lingvistinen formalismi.

Oikeusnormin tai oikeudellisen ratkaisuperusteen (a) *konstitutiivista* eli muodolliseen validiteetti- eli voimassaoloperustaan liittyvää formalismia, (b) *systeemistä* formalismia staattisen ja suljetun tai dynaamisen ja yhteiskunnallisille arvo- ja/tai tavoiteperusteille avoimen oikeussysteemin merkityksessä, (c) päätöksentekoa ohjaavaan *sitovuuteen* liittyvää formalismia vahvan tai heikon oikeudellisen ratkaisuarvon merkityksessä, (d) *rakenteellista* eli normiloogista formalismia *joko/tai* -tyyppisen tai *enemmän-tai-vähemmän* -tyyppisen sääntely- ja ratkaisulogiikan merkityksessä, (e) *metodista* eli argumentaatioteoreettista formalismia yhtäältä yhteiskunnallisista taustaperusteista irrotetun tulkintamenetelyn ja toisaalta arvoperusteisen painoarvopunninnan ja keskinäisen tasapainottamisen (engl.: *weighing and balancing*) merkityksessä sekä (f) *ekspressiivistä* eli lingvististä formalismia kielelliseen ilmiäsuun liittyvien semanttis-käsitteellisten määreiden merkityksessä voi kutsua yhteisnimityksellä *deonttinen formalismi* eli *sääntöformalismi*. Käytän jatkossa termiä *sääntöformalismi*.

Lainsäädännössä asetettujen oikeusnormien sääntöformalismin aste on tai ainakin saattaa olla korkea, mutta myös lainsäätäjät voi turvautua ainakin osin avoimeksi jätettyihin oikeudellisiin tunnusmerkistökuvauksiin tai muutoin soveltamisalaltaan vain väljästi määriteltyihin sääntöihin sekä oikeusperiaatteen kaltaisiin oikeudellisiin standardeihin. Lainsäätäjät voi kuitenkin asettaa myös täysimääräisesti formaalin oikeussäännön vastaisuudessa noudatettavaksi, yleisesti velvoittavaksi oikeudelliseksi ratkaisuperusteeksi, jollaista sääntelytekniikka esimerkiksi tieliikennelainsäädännön suurinta ajonopeutta koskevat säännökset tyypillisesti toteuttavat. Jos lainsäätäjät asettaa normin, jonka mukaan ”ajoneuvon suurin sallittu ajonopeus on 100 km/h”, on kyse oikeussäännöstä, joka toteuttaa korkeaa sääntöformalismia. Jos lainsäätäjät asettaa sen sijaan normin, jonka mukaan ”ajoneuvon kuljettajan tulee noudattaa ajotilanteeseen sovitettua ja liikenneolot huomioon ottaen kohtuullista ajonopeutta”, ilman, että suurinta sallittua ajonopeutta olisi muutoin rajoitettu, on kyse oikeusperiaatteen kaltaisesta oikeudellisesta standardista, jonka formalismin aste on varsin alhainen. Kyseinen oikeussääntö (= suurin sallittu ajonopeus on 100 km/h) ja oikeudellinen standardi (= tulee noudattaa ajotilanteeseen sovitettua ja liikenneolot huomioon ottaen kohtuullista ajonopeutta) noudattavat varsin erilaista sääntelylogiikkaa. Lisäksi on kyse vain oikeudellisen sääntelyn enimmäisformalismista, mistä lainsäätäjät voi niin halutessaan poiketa alaspäin ja asettaa joko oikeusnormin, jonka oikeus-tosiseikasto on jätetty ainakin osittain avoimeksi, tai oikeusperiaatteen kaltaisen oikeudellisen standardin, joka toteuttaa vain alhaista sääntöformalismia.

Myös oikeusperiaatteet voi siis legalisoida ottamalla ne osaksi muodolliseksi velvoittavaa lainsäädäntöä, mutta senkaltaisen lainsäädäntötoimi ei ole välttämätön, jotta oikeusperiaatteilla voisi olla oikeudellista merkitystä tuomarin tai

muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavana ratkaisuperusteena.

Prejudikaattiperustaisen oikeuden normit sijoittuvat sääntö/periaate -luokituksessa formaalien oikeussääntöjen sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden väliin. Yksittäisen ennakkoratkaisun sisältämä yleinen oikeusohje eli sen *ratio decidendi* on tavallisesti määritettävissä vain suhteessa myöhemmin toteutuvaan eli myöhemmän lainsoveltajan arvioitavaksi tulevaan oikeustositiseikastoon, ja keskeinen *ratio/dicta* -kahtiajako on lainsäädännössä asetettuja normeja suuremmassa määrin joustava ja dynaamisesti muuntuva, ei staattinen tai systeemisesti vakioitu.⁴¹ Niinpä prejudikaattinormin määritelmällinen sidonnaisuus omaksuttuun prejudikaatti-ideologiaan sekä *ratio decidendi/obiter dicta* -jaotteluun vähentää prejudikaattioikeuden formalistisuutta. Myös *tavanomaisen oikeuden* normeille on tavallisesti ominaista alhainen sääntöformalismin: ne eivät yleensä ole tarkkarajaisia oikeussääntöjä vaan väljästi määriteltyjä oikeusperiaatteita tai muita oikeudellisia standardeja. *Sopimuslaidelliset normit* voivat olla yhtä hyvin oikeussääntöjä kuin oikeusperiaatteita tai oikeudellisia standardeja siinä missä lainsäädännönkin normit, sopijapuolten tavoitteista ja sovellettavasta sopimusmallista riippuen. Muista oikeuslähteistä johdetuille oikeudellisille ratkaisuperusteille on tavallisesti ominaista niiden rinnastuminen oikeudellisiin standardeihin sääntösidonnaisen soveltamis- ja ratkaisulogiikan sijaan.

Oikeuslähteet ja niistä johdetut oikeudelliset ratkaisuperusteet voidaan asettaa asteikolle, joka kuvaa niiden suhteellista *sääntöformalismia* tai *argumentatiivista avoimuutta* seuraavalla tavalla:

⁴¹ Prejudikaattioikeudesta, Siltala, *A Theory of Precedent, passim*; Suomen oikeuden prejudikaattiotiosta, sama, ”Prejudikaateista ja tuomarin prejudikaatti-ideologiasta”, *passim*. – Lainsäädännön muuntuvuudella viitataan paitsi lainsäätäjän myöhempiin lainsäädäntötoimiin myös *desuetudo* ja *contra legem* -tilanteisiin.

Kaavio 4: Oikeudellisten ratkaisuperusteiden sääntöformalismi tai argumentatiivinen avoimuus

<i>Oikeuslähde:</i>	lainsäädäntö, yksityisoikeudelliset sopimukset	prejudikaatit	tavanomainen oikeus, reaaliset argumentit
<i>Formalistisuus:</i>	korkea sääntöformalismi: systeminen suljettisuus suhteessa yhteiskunnalli- siin arvoihin ja tavoit- teisiin	”keskitason” sääntöformalismi: ainakin osittainen argumentatiivinen avoimuus suhteessa yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoit- teisiin	alhainen formalismi: argumentatiivinen avoimuus suhteessa yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoit- teisiin
<i>Normityyppi:</i>	oikeussäännöt	<i>ratio decidendi</i> ~ oikeussääntö/ oikeusperiaate ⁴²	oikeusperiaatteet & muut oikeudelliset standardit
<i>Normikäsite:</i>	staattinen	dynaaminen	dynaaminen

Lainsäädäntö ja sopimusperustainen oikeus koostuvat oikeusnormeista, joilla on tai ainakin voi olla korkea sääntöformaalisuus, kun taas tavanomaisoikeudelliset normit ja esimerkiksi reaaliset argumentit ovat argumentatiivisesti avoimia oikeudellisia ratkaisuperusteita, jotka ovat vain heikosti, jos lainkaan, formalisoitavissa suhteessa niiden ilmentämiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin. Prejudikaattiperustaisen oikeuden noudattama *ratio/dicta* -distinktio toteuttaa lainsäädäntöä heikompaa mutta samalla tavanomaista oikeutta ja reaalisia argumentteja vahvempaa formalismia, joka on osittain avoin yhteiskunnallisille arvo- ja/tai tavoiteperusteille. Oikeusperiaatteet toteuttavat argumentatiivista avoimuutta suhteessa erilaisiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin. Lainsäädännössä asetetut oikeussäännöt toteuttavat *staattista* oikeussääntökäsitystä, koska lainsäätäjän norminasettajana määrittää myös oikeussäännön semanttiset rajat ja täsmällisen normiformuloinnin. Prejudikaattiperustaiset oikeusnormit toteuttavat sitä vastoin *dynaamista* oikeusnormikäsitystä, koska prejudikaattinormin semanttiset rajat saattavat merkittävästikin muuttua myöhemmässä oikeudenkäytössä *ratio/dicta* -erottelun vähittäisen täsmentymisen tai radikaalin uudelleen määrittelyn myötä. Toisaalta, yksittäisten prejudikaattinormien tai niiden sarjan saatetaan katsoa ilmentävän yleisiä oikeusperiaatteita tai oikeudellisia standardeja tavanomaisen oikeuden ja reaalisten argumenttien tavoin.

⁴² Symboli ”~” viittaa siihen, että on kyse enemmän tai vähemmän oikeussäännön tai oikeusperiaatteen kaltaisesta ratkaisuperusteesta, sovellettavan prejudikaatti-ideologian määreistä riippuen.

Myös tällöin oikeusnormikäsitys on dynaaminen, ja oikeusnormin semanttiset rajat on silloinkin määritelty formaaleja oikeussääntöjä väljemmin.

Kokoavasti oikeudellisen ratkaisuperusteen sääntöformalismin vaikutus voidaan esittää seuraavasti:

Mitä suurempi on yksittäisen ratkaisuperusteen sääntöformalismin eli mitä enemmän on kyse aineellisesta synty- ja oikeuttamisperusteesta irtautuneesta oikeudellisesta ratkaisuperusteesta, jota ei ole tarpeen palauttaa sen taustalla vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin sen oikeudellisen velvoittavuuden perustelemiseksi ja tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi, tunnusmerkistöltään avoimemmin määritellyn oikeudellisen standardin tai oikeusperiaatteen sijaan, jota sovellettaessa viittaus sanotun standardin tai periaatteen taustalla vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin on sitä vastoin välttämätön, sitä suurempi on sen suhteellinen argumentaatioteoreettinen painoarvo eli ratkaisuarvo yksittäisessä oikeudellisessa ratkaisutilanteessa.

Alf Rossin termin vallitsevan eli tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämän tuomarinideologian sisältönä on joukko oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita, joiden suhteellisen sääntöformalismin aste vaihtelee formaaleista, sellaisenaan käsillä olevaan oikeustapaukseen sovellettavista oikeussäännöistä (tansk.: *fra sådanne tilfælde, i hvilke kilden præsterer dommeren en fuldt færdig retsregel der blot overtages af dommeren*)⁴³ vain vaillinaisesti täsmentyneisiin ratkaisuperusteisiin eli määrätystä oikeuslähteestä johdettuihin yleisiin ideoihin tai oikeudellisen ratkaisuharkinnan yleisiin suuntaviivoihin, joiden perusteella tuomari tai muu lainsoveltaja muotoilee varsinaisen ratkaisunormin käsillä olevaa tapausta varten (tansk.: *til sådanne tilfælde, i hvilke kilden ikke byder dommeren andet og mere end visse inspirerende ideer ud fra hvilke han selv formulerer den regel han har brug for*).⁴⁴

3.4. Oikeudellisen ratkaisuperusteen rakenteistuminen: institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä

Oikeudellisen ratkaisuperusteen *rakenteistuminen* Suomen oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan* viittaa oikeuslähteen tai yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen nauttimaan *institutionaaliseen tukeen* ja *yhteisölliseen hyväksyntään* erilaisissa vakiintuneissa, oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa käytännöissä, kuten lainsäädännössä, oikeuskäytännössä, sopimuskäytännössä tai vain vallitsevan yhteiskuntamoraalin ohjaamissa käytännöissä. Ajatus institutionaalisen tuen merkityksestä on peräisin amerikka-

⁴³ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 92.

⁴⁴ Ross, *ibid.*

laisen Ronald Dworkinin oikeusteoriasta. Dworkin viittaa sillä hajanaiseen, ajallisesti muuntuvaan ja vain tilannesidonnaisesti määritettävissä olevaan yhteiskunnallisten arviointiperusteiden kokonaisuuteen, mistä yksittäisen oikeusperiaatteen merkitys tuomarin ratkaisuharkinnassa voidaan päätellä.⁴⁵

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

On toisin sanoen kyse lainsäädännössä tai oikeuskäytännössä selväsanaisesti hyväksyttyjä oikeussääntöjä väljemmin ja vähemmän tarkkarajaisesti määritelyistä sekä ajallisesti muuntuvista arviointikriteereistä ja yhteiskunnallisista standardeista, jotka määrittävät (muun muassa) institutionaalista resurssien-, toimivallan- ja vastuunjakoa, oikeudellista tulkintaa, prejudikaateista pääteltävissä olevia ratkaisuperusteita sekä näiden vaikutusta erilaisiin yhteiskuntamoraalia jäsentäviin käytäntöihin. Oikeudellisen ratkaisuperusteen nauttiman institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän vaatimus on mahdollista määritellä myös laajemmin. Oma kielenkäyttöni perustuu termin ”institutionaalinen tuki” laajempaan merkitykseen, jolloin myös lainsäädännön ja oikeuskäytännön sääntömuotoiselle oikeudelliselle ratkaisuperusteelle tarjoama, Dworkinin tarkoittamaa suhdetta välittömämpi tuki lukeutuu sen alaisuuteen. Toisin kuin oikeusperiaatteet, oikeussäännöt ovat identifioitavissa niiden muodollisen syntyttävän perusteella H.L.A. Hartin oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön (engl.: *rule of recognition*) tai Kelsenin perusnormin (saks.: *Grundnorm*) tarkoittamalla tavalla. Myös oikeussäännöt nauttivat institutionaalista tukea yhteiskunnassa, mutta nyt tuo oikeuden yhteiskunnallista rakenteistumista kuvaava tekijä voidaan palauttaa määrättyyn yksittäiseen lainsäännökseen tai tuomioistuinratkaisuun oikeusperiaatteiden edellyttämän välillisemmän tai epäsuoremman päätte-lyn sijaan.

Oikeuslähteen nauttima institutionaalinen tuki yhteiskunnassa kietoutuu yhteen oikeuslähteopin institutionaalisten justifikaatioperusteiden kanssa. Yleises-

⁴⁵ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 40–41.

ti oikeuslähteen tai yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen institutionaalinen tuki viittaa sen tueksi esitettävissä oleviin sääntösidonnaisiin yhteiskunnallisiin käytäntöihin, joiden kokonaisuudesta muodostuu yhteiskunnan oikeudellinen ja moraalinen resurssien-, toimivallan- ja vastuunjako eri institutionaalisten toimijoiden, kuten lainsäätäjän ja tuomioistuinten, välillä sekä vallitsevan yhteiskuntamoraalin ilmentymät oikeudellisessa kontekstissa esimerkiksi vahingonkorvausoikeudellisten vastuunrajoitusten, rikosvastuun toisintoimimismahdollisuuden tai sopimusoikeudellisten kohtuullistamisperusteiden merkityksessä, joissa oikeudelliset ja yhteiskuntamoraaliin alaan kuuluvat käytännöt lomittuvat toinen toisiinsa. Institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän sijaan voi puhua myös yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen oikeudellisen ja yhteiskunnallisen *rakenteistumisen* asteesta.

Osa Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevistä yleisistä oikeusohjeista on vahvasti rakenteistunut osaksi *yleiseurooppalaista oikeutta* oikeudellisessa dialogissa eli vuorovaikutteisessa päätäntäprosessissa yhtäältä Euroopan yhteisön jäsenmaiden tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaiden kansallisten tuomioistuinten sekä toisaalta Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuvallan kesken. Myös yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö voi saada merkitystä suomalaisen tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa, kun arvioitavana on etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen antamat keskeiset valtiosääntöoikeudelliset linjaratkaisut tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen keskeisimpiä ihmisoikeusnormeja täsmentävät periaatteellisesti erittäin tärkeät ratkaisut. Senkaltaisia vahvasti rakenteistuneita oikeusohjeita ovat esimerkiksi yhteisöoikeuden etusijaperiaate kansallisiin säädöksiin nähden sekä ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan ilmentämän oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin soveltamiskriteerit siinä muodossa kuin ne ovat täsmentyneet Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä.

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.

Niin kuin edellä perustelin, oikeudellisen ratkaisuperusteen suhteellisen *rakenteistuneisuuden* ja *formalisoitumisen* aste ratkaisee sen, onko kyse (a) *subjektisidonnaisesta arvosta*, joka ei voi saada oikeudellisen ratkaisuperusteen asemaa, (b) Suomen oikeuteen rakenteistuneesta eli riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivasta *institutionaalisesta oikeusperiaatteesta* tai muusta *ratkaisustandardista* vaiko (c) *oikeussäännöstä* täysimääräisesti *for-*

malisoidun oikeudellisen ratkaisuperusteen merkityksessä.⁴⁶ Mitä vahvemmin määrätty oikeudellinen argumentti on *rakenteistunut* Suomen oikeuteen sen nauttiman institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän merkityksessä ja mitä suurempi on sen *sääntöformalismi* eli sen itsenäisyys suhteessa sen alkupe- räisiin synty- ja justifikaatioperusteisiin erilaisten yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoitenäkökohtien merkityksessä, sitä suurempi on sen lähtökohtainen ratkaisu- arvo tuomioistuinten ja muiden viranomaisten eli institutionaalisten lainsovelta- jien oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa.

Oikeudellisen ratkaisuperusteen rakenteistumista ja formalisoitumista tarkas- teltaessa on tavallaan kyse näkökulmaerosta: arvioitaessa oikeuslähteen tai yk- sittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen sääntöformalismin on ajatuksellisena lähtökohtana *oikeussäännöt*, kun taas oikeuslähteen tai oikeudellisen ratkaisupe- rusteen rakenteistuminen viittaa pikemminkin *oikeusperiaatteisiin* ja vastaaviin oikeudellisiin ratkaisustandardeihin. Lisäksi oikeuslähteen tai yksittäisen oikeu- dellisen ratkaisuperusteen taustalla vaikuttava institutionaalinen oikeuttamispes- ruste vaikuttaa sen oikeudelliseen ratkaisuarvoon.

Oikeudellisen ratkaisuperusteen rakenteistumis- ja formalisoitumiskehitys voi toteutua myös käänteisesti. Aiemmin riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöl- listä hyväksyntää nauttinut oikeusperiaate saattaa menettää asemansa kollektiivi- sessä tuomarinideologiassa tuomarien ja muiden institutionaalisten lainsovelta- jien oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavana ratkaisuperusteena. Syynä voi olla esimerkiksi yhteiskunnallisten arvostusten muutos tai oikeusperiaatteen ilmentä- mien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoitenäkökohtien käyminen jostain muusta syystä epätarkoituksenmukaisiksi. Tällöin on kyse oikeusperiaatteen tai oikeu- dellisen ratkaisustandardin *destrukturoidumiskehityksestä*, jonka ääripisteenä on sen palautuminen subjektisidonnaiseksi arvoksi vailla institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää, jolloin sen asema tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkinnassa rinnastuu enintään reaaliseen argumenttiin. Toisaalta, vähin- tään rajoitetusti oikeussäännön kaltaisia eli sääntöformaaleja ominaisuuksia saa- vuttanut oikeusperiaate saattaa ne myös menettää, jos kyseisen oikeudellisen ratkaisustandardin vakiintuneet normatiiviset premissit ja institutionaaliset reunaehdot onnistutaaan tehokkaalla tavalla riitauttamaan. Tällöin vähintään hei- kosti sääntöformaaleja ominaisuuksia saanut oikeudellinen ratkaisustandardi pa- lautetaan jälleen sen taustalla vaikuttavien arvo- ja/tai tavoitenäkökohtien yhtey- teen yksittäisessä oikeudellisessa soveltamistilanteessa. On kyse oikeudellisen ratkaisuperusteen *deformaloitumiskehityksestä*, jonka ääripisteenä on sen pa- lautuminen reaaliseksi argumentiksi vailla oikeussäännön vahvasti tai oikeus- periaatteen edes heikosti formaalia luonnetta.

⁴⁶ Ks. luku 2.13. ”Oikeuden rakenteellinen aksiologia: formaalit oikeussäännöt, institutionaaliset oikeusperiaatteet ja subjektisidonnaiset arvot”.

3.5. Oikeuslähdeopin justifikaatioperusteet

3.5.1. Pragmatistinen perustelumalli: mitä on seurauksena, jos tuomari ei noudata vallitsevaa oikeuslähdeoppia?

Meillä vakiintuneen, Aulis Aarnion ja Aleksander Peczenikin ajatteluun palautuvan oikeuslähdeopin argumentaatioteoreettinen justifikaatio on viime kädessä Charles S. Peircen, William Jamesin ja John Deweyn ajatuksiin perustuvan *pragmatistisen* eli *instrumentalistisen filosofian* mukainen: *mitä on todennäköisenä seurauksena, jos tuomari tai muu viranomainen eli institutionaalinen lainsoveltaja päättää olla noudattamatta vallitsevaa oikeuslähdeoppia?* Päätteilyn rakenne on täsmälleen sama kuin amerikkalaistuomari Oliver Wendell Holmesilla, joka perusteli oikeuden sanktioperustaisen velvoittavuuden ”pahan miehen” eli lainrikkomisen suhteellisia hyötyjä ja mahdollisia haittoja rationaalisesti arvioivan henkilön oikeudellisen tiedonintressin avulla: miten (esimerkiksi) Massachusettsin tai Englannin tuomioistuimet tulevat menettelemään, jos toimin ... (niin-tai-näin)?⁴⁷ Nyt ”pahan miehen” roolissa on uppiniskainen tuomari tai muu institutionaalinen lainsoveltaja suhteessa vallitsevaan oikeuslähdeoppiin: millainen virallinen tai epävirallinen sanktio eri oikeuslähteiden sivuuttamiseen määrätys-sä oikeusyhteisössä on liitetty? Sanktiot on määritelty keskeisin osin lainsäädän-nössä itsessään tuomarin virkavirhesyytteen osalta, jolloin lainsäädäntö peruste-lee – paradoksaalisesti ja autopoieettisen oikeusteorian tarkoittamalla tavalla – itse oman oikeudellisen velvoittavuutensa. Toisaalta Aarnio viittaa myös kansa-laisten *perusteltuun oikeusturvaodotukseen* mielivallan välttämisen ja ratkaisun aineellisen hyväksyttävyyden tai kohtuullisuuden merkityksessä oikeudenkäy-tön taustapremissinä,⁴⁸ ja Peczenik puolestaan viittaa lainsäädännön taustalla vaikuttaviin demokratian ja oikeusvaltion käsitteisiin sekä ajatukseen oikeudelli-sen tradition kunnioittamisesta oikeuden viimekätisinä justifikaatioperusteina.⁴⁹

Pragmatistisen *mitä on seurauksena, jos ...* -tyyppisen päätteilyn mukaan vah-vasti velvoittavan oikeuslähteen sivuuttamisesta on, tai ainakin saattaa olla, seu-rauksena tuomarin viranhoidon kohdistuva virallinen moite tai, jos rangaistus-vastuun edellytykset täyttyvät, syyte tuomarin tahallisuudesta tai tuottamuksellisesta

⁴⁷ ”Take the fundamental question, What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or England courts are likely to do in fact. I am much of his mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.” Holmes, ”The Path of the Law”, s. 460–461.

⁴⁸ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, 186–189.

⁴⁹ Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 226, 228; vrt. myös Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 211–212.

virkevireheestä. Käytännössä syyte tuomarin virkevireheestä voi toteutua vain huomattavan yksiselitteisen, teknisen ja sääntötyyppisen lainsäädännön kohdalla, mistä aika ajoin tapahtuvat yksittäisten rikosoikeudellisten rangaistusasteikkojen ylittämiset tuomioistuimissa rangaistusseuraamusta määrättäessä ovat esimerkinä. Jos tuomioistuin ylittää joko rikostyyppikohtaisen tai yleisen rangaistusasteikkomaksimin, on varsin todennäköistä, että seurauksena on virallinen moite menettelystä. Vahvemmin tulkinnanvaraisen lainsäädännön eli joustavien yleislausekkeiden sekä väljästi määriteltyjen oikeudellisten standardien tai oikeusperiaatteiden osalta tuomarin toimintaan kohdennettu virkeviresanktio on vaikeammin toteutettavissa: miten tuomari voitaisiin saattaa virkavastuuseen esimerkiksi oikeustoimilain 36 §:n ilmentämän yleisen *kohtuullistamisperiaatteen* tai maankäyttö- ja rakennuslain 1 §:n ilmentämän *kestävän kehityksen periaatteen* virheellisestä soveltamisesta, kun senkaltaisen oikeudellisen standardin soveltamiskriteerit eivät – *per definitionem* – ole yksiselitteisesti ennalta määritettävissä tai sääntömuotoisesti vakioitavissa.

Tilanne on toinen, jos jokin alun perin abstrakti ja yleinen oikeusperiaate on riittävällä tavalla täsmentynyt esimerkiksi *tyyppitapauksellisten* kohtuuttomuus-tilanteiden tai kestävää kehitystä tyyppillisesti loukkaavan oikeudellisen menettelyn merkityksessä. Esimerkiksi vakiosopimusehto, joka antaa toiselle sopijapuolelle yksipuolisen oikeuden sopimusehtojen muuttamiseen, täyttää ainakin tavalisesti sopimusoikeudellisen tyyppikohtuuttomuuden tunnusmerkistön. Kestävän kehityksen periaate on puolestaan konkretisoitunut lainsäädännössä ja oikeudenkäytössä esimerkiksi yleiseksi kierrätysvelvollisuudeksi, vanhan rakennuskannan suojeluksi ja ympäristön pilaamiskielloksi.⁵⁰ Riittävässä määrin täsmentyneenä oikeusperiaate tai oikeudellinen standardi voi saavuttaa senkaltaisen yksiselitteisyyden ja formaalin *säännönkaltaisuuden*, että sen käyttö myös oikeudellisen lainmukaisuusarvostelman premissinä eli vakioituna referenssinä on mahdollinen.⁵¹

Tuomarin ratkaisutoimintaan kohdistuva virallinen moite tai virkeviresyyte edellyttää tämän tekemästä ratkaisusta riippumattoman arviointikriteerin olemassaoloa. Kun on kyse puhtaasti tapaus- ja tilannesidonnaista harkintaa edellyttävän oikeusperiaatteen punninnasta, ei määritelmällisesti ole ennalta vakioitua kriteeriä, johon tehdyn ratkaisun oikeellisuutta tai lainmukaisuutta voitaisiin verrata. Kyse on toisin sanoen oikeudellisen sääntelyn *sääntöformalistisuuden* asteesta: mitä suurempi sääntelyn sääntöformalismin aste on, sitä helpommin tuo-

⁵⁰ Olen esimerkit velkaa ympäristöoikeuden professori Vesa Majamalle.

⁵¹ Sopimusoikeudellisesta kohtuullistamisesta, Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, passim*; kestävän kehityksen periaatteesta ympäristöoikeudessa, Kuusiniemi, ”Ympäristöoikeus oikeudenalana”, s. 76–77; Ekroos & Majamaa, *Maankäyttö ja rakennuslaki*, s. 42–47.

marin ratkaisuharkintaan kohdennettu virallinen moite tai muu sanktio on toteutettavissa. Käänteisesti: mitä joustavampi, avoimempi tai tulkinnanvaraisempi oikeussääntö tai mitä periaateluonteisempi ratkaisuperuste on kyseessä, sitä epätodennäköisemmäksi käy virallinen moite tai virkavirhesyyte lain virheellisestä soveltamisesta. Tilannetta muuntavat lisäksi mahdolliset *desuetudo*-tapaukset ja oikeuden *contra legem* -tulkinnat myös vahvasti sääntöformaalin sääntelyn kohdalla: tuomarilla on tietyin edellytyksin mahdollisuus jättää muodollisesti voimaan saatettu lain säännös soveltamatta (= *desuetudo*-tapaus) tai tulkita lakia sen sanamuodon vastaisesti (= *contra legem* -tulkinta). Lisäksi avoin *contra legem* -tilanne voidaan tavallisesti välttää oikeudellisen tulkinnan keinoin.

Heikosti velvoittavan oikeuslähteen sivuuttamisesta on Aarnion mukaan seurauksena ratkaisun todennäköinen muuttuminen ylemmässä oikeusasteessa, jos jompikumpi (tai molemmat) jutun asianosaisista ei ole lopputulokseen tyytyväinen ja hakee siihen muutosta. Toisaalta, tuomarin toimintaan saattaa myös kohdistua ammatillinen moite muun juristikunnan taholta sillä perusteella, että ratkaisu ei ole parhaalla mahdollisella tavalla perusteltu, kun vakiintunut oikeuskäytäntö ja/tai yksiselitteiset ja tuoreet lain esityöt on siinä jätetty huomiotta. Ratkaisun todennäköinen muuttuminen valitusteilse ei tietenkään sovellu ylimpiin oikeusasteisiin, jolloin ainoaksi sanktioksi jää ammatillinen moite, joka ratkaisun tehneeseen tuomariin ehkä kohdistuu. Toisaalta prejudikaattiperustaisen oikeuden luonteeseen kuuluu jo määritelmällisesti sen dynaamisuus ja tarvittaessa nopea muuntuvuus, kun myöhempi tuomioistuin arvioi prejudikaatin *ratio/dicta* -jaottelun uudelleen ratkaistavana olevan tapauksen uudenlaisen oikeustositseikaston valossa.

Tutkijan tai tuomarin käytettävissä on joukko oikeusyhteisön hyväksymiä *prejudikaatti-ideologioita*, kuten esimerkiksi analogian ja distinktiotekniikan käyttöön perustuva oikeudellinen *malliratkaisuideologia*, jolloin prejudikaattia myöhemmin soveltava tuomioistuin arvioi ennakkoratkaisun ja käsillä olevan uuden oikeustapauksen suhteellista samankaltaisuutta, päätyen joko prejudikaattinormin analogiseen laventamiseen tai sen faktaperustaiseen poissuljentaan eli oikeudellisen distinktiotekniikan käyttöön. Muita mahdollisia prejudikaatti-ideologioita ovat muun muassa *lainsäädäntöä jäljittelevä prejudikaatti-ideologia*, missä prejudikaattituomioistuin määrittelee arvovaltaisesti ja lopullisesti antamansa ratkaisun käsittämän prejudikaattinormin; taaksepäin katsova *prejudikaattioikeudellinen eksegeesi*, missä ennakkoratkaisun välttämättömät tai riittävät normatiiviset ja faktapremissit ovat avainasemassa sitä jälkikäteen rekonstruoidessa; tai *oikeudellisen eheyden* toteuttaminen parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian valossa aiempien prejudikaattien sarjasta tai kokonaisuudesta Ronald Dworkinin tarkoittamalla tavalla (engl.: *law as integrity*).⁵² Preju-

⁵² Käsittelen prejudikaatti-ideologioita lähemmin luvussa 5.4. ”Prejudikaattien tulkinta”.

dikaattinormit, yhtä hyvin kuin oikeusperiaatteet tai muut oikeudelliset ratkaisustandardit, eivät myöskään ole sidottuja kiinteään tai kielellisesti vakioituun normiformulointiin.

Sallitun oikeuslähteen sivuuttamiseen ei ole liitetty mitään virallisia tai epävirallisia sanktioita tai kielteisiä seurauksia lainsoveltajalle. Kyse on vain ratkaisun perustelujen vahventamisesta hyväksyttävien lisäargumenttien avulla tai senkaltaisten lisäperustelujen pois jättämisestä.

Aarnion ja Peczenikin pragmatistisen oikeuslähdeopin perustelun ongelmaksi jää *desuetudo*-tapausten ja *contra legem* -tulkintatilanteiden selittäminen. Jos lainsäädännön velvoittavuus on vahvaa, viime kädessä virkavirhesyytteen uhalla tehostettua velvoittavuutta, miten voidaan selittää tai tehdä ymmärrettäväksi tilanteet, joissa lainsoveltaja jättää muodollisesti pätevän lainsäädännön soveltamatta (= *desuetudo*) tai tulkitsee lakia sen sanamuodon vastaisesti (= *contra legem*) ilman, että sanottu virallinen moite tai virkavirhesyyte toteutuu? Aarnio ja Peczenik myös korostavat, että oikeuslähteiden kolmijako vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin oikeuslähteisiin on vain *prima facie* -luonteinen oikeudellisen argumentaation lähtökohta, josta voidaan poiketa, jos ja kun se on kaikki asiaan vaikuttavat näkökohdat huomioon ottaen (engl.: *all things considered*) perusteltua.⁵³ Staattinen, suljettu ja hierarkkinen oikeuslähteiden kolmijako-oppi on kaiken aikaa vaarassa muuntua dynaamiseksi, avoimeksi ja ei-hierarkkiseksi oikeuslähdeopiksi, missä yksittäisen oikeuslähteen painoarvo on vain tapaus- ja tilannesidonnaisesti määritettävissä edellä Timosen ja Pöyhösen tarkoittamalla tavalla.⁵⁴

Toisaalta, Aarnion ja Peczenikin staattisen oikeuslähdeopin mallin ongelmana on sen vähemmän optimaalinen kohdentuvuus etenkin suhteessa eurooppaoikeudelliseen normistoon sekä mallin asiallisen laajuuden että sen sisällöllisen tarkkuuden osalta. Etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden ratkaisuarvo ei ole vakioitavissa tavalla, jota Aarnion (ja Peczenikin) malli edellyttäisi, ja sama pätee myös oikeusperiaatteisiin oikeudellisina ratkaisargumentteina.⁵⁵ Yleisesti *dynaamisten* eli systeemisesti avointen mutta yhtä kaikki Suomen oikeuteen enemmän tai vähemmän vahvasti *rakenteistuneiden* oikeudellisten ratkaisuperusteiden sovittaminen Aarnion mallin osaksi ei ole sellaisenaan toteutet-

⁵³ Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 225: ”Rättskällennormerna har *prima facie* -karaktär: Varje rättskällennorm kan sätta ur spel i ett konkret fall om tillräckligt starka skäl motiverar det.” Vrt. Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 220–222.

⁵⁴ Timonen, ”Tutkijan ja tuomarin oikeuslähdeoppi – oikeuslähdeopin eräiden lähtökohtien tarkastelu”, *passim*; Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, passim*.

⁵⁵ Myös yhteisöoikeudellisten asetusten (engl.: *regulations*) ja direktiivien (engl.: *directives*) keskinäinen suhde on pulmallinen eikä välttämättä noudata kansallisen lainsäädännön toteuttamaa hierarkkista mallia.

tavissa. Aarnion ja Peczenikin oikeuslähteiden kolmijakomalli on siis laadittu ajankohtana, jolloin Suomi ei vielä ollut liittynyt Euroopan ihmisoikeussopimukseen tai Euroopan yhteisön jäseneksi, joten asiallisen laajuuden osalta mallia ei voi moittia syyllistymättä samalla anakronistiseen päättelyyn. Sisällöllisen tarkkuuden suhteen asia on toisin: malli ei tee oikeutta dynaamisille eli systeemisesti ei-vakioitavissa oleville oikeudellisille ratkaisuperusteille.

3.5.2. Transsendentaalis-looginen perustelumalli: perusnormikonstruktio

Kelsenin puhtaan oikeusopin mukaan oikeuden velvoittavuus perustuu *transsendentaalis-loogiseen perusnormiolettamaan*.⁵⁶ Perusnormi (saks.: *Grundnorm*) on uuskantilaisen tieteenfilosofian mukainen ajatuksellinen välttämättömyys, jota ilman tieto oikeudesta eli – Michel Foucault’n termin – määrätty oikeudellinen *tietomuoto* (ransk.: *épistémè*) tai modernin oikeuden *kohteellistava käsitteellistäminen* tai *käsitteellistävä kohteellistaminen* ei olisi ylipäätään mahdollinen. Koska oikeusnormit on Kelsenin mukaan osoitettu tuomareille ja muille lakia soveltaville viranomaisille, perusnormin sisältönä on esimerkiksi: ”perustuslakia ja sen nojalla annettuja lakeja ja alemmanasteisia säädöksiä on tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten oikeudellisessa ratkaisutoiminnassaan noudatettava.”

Niinpä Suomen oikeudessa tasavallan presidentin tai valtioneuvoston antama asetus johtaa velvoittavuutensa valtiopäiville kokoontuneen eduskunnan säätämästä laista, laki johtaa velvoittavuutensa perustuslaista, voimassa oleva perustuslaki johtaa velvoittavuutensa historiallisesti ensimmäisestä perustuslaista ja historiallisesti varhaisin perustuslaki johtaa velvoittavuutensa transsendentaalis-loogisesta perusnormista, jolloin mitään oikeuden ulkopuolista velvoittavuusperustaa ei tarvita. Edellytetyn perusnormin avulla voimassa olevan oikeuden normit erotetaan kaikesta, mikä ei ole muodollisesti velvoittavaa oikeutta esimerkiksi moraalin, uskonnon tai estetiikan normien merkityksessä. Samalla hierarkkisesti jäsennetty oikeusnormipyramidi on mahdollista sulkea käsitteellisesti ilman, että on tarpeen turvautua mihinkään oikeuden ulkopuolisiin validiteettiperusteisiin esimerkiksi luonnonoikeudellisen, yhteisöllisen, uskonnollisen tai ”asian luontoon” (saks.: *Natur der Sache*) palautettavissa olevan oikeudenmukaisuuskäsityksen merkityksessä.

Kelsenin edellytetyn, transsendentaalis-loogisen perusnormikonstruktion ongelmana on sen pelkästään hypoteettinen luonne: jos perustuslain ja sen nojalla säädettyjen alemmanasteisten säädösten velvoittavuus perustuu vain juristikunnan kollektiivisesti omaksumaan ajatukselliseen välttämättömyyteen, tieto oi-

⁵⁶ Transsendentaalis-loogisesta perusnormikonstruktiosta, Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 204–209.

keudesta ei voi olla oikeuden hypoteettista velvoittavuusperustaa vahvempaa.⁵⁷ Voimassa olevaa oikeutta koskevat normiväitteet sisältävät aina vähintään piilevän viittauksen oikeudellisen tiedon perustana olevaan transsendentaalis-loogiseen ennakkoehtoon: ”normi *N* on pätevä oikeussääntö edellyttäen, että transsendentaalis-looginen perusnormikonstruktio on ensin hyväksytty kaiken oikeudellisen tiedon ja oikeudellista validiteettia koskevan argumentaation perustaksi.” Jos perusnormikonstruktio osoittautuu katteettomaksi, katoaa myös perusta kaikelta voimassa olevaa oikeutta koskevalta validiteetti- ja tulkintatiedolta.

Samoin kuin Aarnion ja Peczenikin oikeuslähdeopin mallissa, puhtaan oikeusopin perusteleman oikeuskäsityksen ratkeamattomana pulmana on dynaamisten, systeemisesti ei-vakioitavissa olevien ratkaisuperusteiden sovittaminen yhteen transsendentaalis-loogisen oikeuslähdeopin perustelumallin kanssa. Aidosti tilannesidonnaisten oikeudellisten ratkaisuperusteiden – kuten Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden tai yleisesti Suomen oikeuteen eri tavoin rakenteistuneiden eli eriasteista mutta samalla riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden – oikeuslähdeopillinen ja argumentaatioteoreettinen ratkaisuarvo ei ole ennalta määritettävissä tai vakioitavissa Kelsenin ja Merklin oikeusnormihierarkian tai Aarnion ja Peczenikin kolmiportaisen oikeuslähdeopin jäsenyyksen edellyttämällä tavalla. Sen vuoksi dynaamiset oikeudelliset ratkaisuperusteet eivät myöskään ole vakioitavissa puhtaan oikeusopin edellyttämän perusnormin alaisuuteen.

3.5.3. Sosiologinen perustelumalli: yhteiskunnalliset säännönmukaisuudet

H.L.A. Hartin oikeuden viimekätinen tunnistamissääntö, jonka avulla oikeus on erottavissa kaikesta, mikä ei ole oikeutta esimerkiksi vallitsevan yhteiskuntamoraalin tai uskonnon käyttäytymisnormien merkityksessä, on Hartin oman tulkin mukaan kontingentti mutta yhtä kaikki tosiasiallisesti yhteiskunnassa vallitseva empiiris-sosiologinen säännönmukaisuus, jonka olemassaolo on pääteltävissä tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tavallisesti varsin yhdenmukaisesta voimassa olevan oikeuden tunnistamis- ja soveltamiskäytännöstä.⁵⁸ Hartin mukaan oikeuden tunnistamissääntö ei voi itse olla pätevä oikeussääntö, koska

⁵⁷ Vrt. Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 206–209, 229–231 ja 264–267; McCormick, ”Raimo Siltala, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to A Post-Analytical Philosophy of Law*, *Opponent’s Review*”, s. 430.

⁵⁸ Hart, *The Concept of Law*, s. 107: ”... the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact.”

se tarjoaa kriteerin pätevien eli voimassa olevien oikeussääntöjen tunnistamiseksi:⁵⁹

”We only need the word ‘validity’, and commonly only use it, to answer questions which arise *within* a system of rules where the status of a rule as a member of the system depends on its satisfying certain criteria provided by the rule of recognition. No such question can arise as to the validity of the very rule of recognition which provides the criteria; it can neither be valid nor invalid but is simply accepted as appropriate for use in this way.”

Jos oikeuden tunnistamissääntö määritellään Hartin ehdottamalla tavalla viit-
taamalla tuomarien ja muiden viranomaisten tosiasiallisen ratkaisutoiminnan il-
mentämiin empiiris-sociologisiin säännönmukaisuuksiin ilman normatiivisen
velvoittavuuden vaadetta, vältetään Hans Kelsenin hypoteettiseen mutta norma-
tiivisesti velvoittavaan perusnormiin liittyvät teoreettiset ongelmat. Hartin em-
piiris-sociologinen tulkinta oikeuden tunnistamissäännöstä johtaa kuitenkin ti-
lanteeseen, jossa oikeuden tunnistamissääntö onkin identifioitavissa vain tuo-
mioistuinten ja muiden viranomaisten oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa tosi-
asiallisesti soveltamien institutionaalisten oikeuslähteiden avulla – eikä suinkaan
Hartin tarkoittamalla tavalla eli siten, että tuomaria velvoittavat oikeuslähteet
olisivat tunnistettavissa oikeuden tunnistamissäännön avulla. Päättely kulkee toi-
sin sanoen käänteisesti tuomioistuinten tosiasiallisesti soveltamista oikeusläh-
teistä oikeuden tunnistamissääntöön, ei oikeuden tunnistamissäännöstä velvoit-
tavien oikeuslähteiden tunnistamiseen, niin kuin Hartin teoria edellyttäisi. Tun-
nistamissäännön johdonmukaisen empiiris-sociologinen määrittely johtaa lopul-
ta siihen, että se on yksi – yhteen -palautettavissa sen *kohdereferenssiin* eli
tuomioistuinten tosiasialliseen ratkaisukäytäntöön J.L. Borgesin keisarillisten
kartanpiirtäjien tieteellistä tarkkuutta jäsentävän filosofisen dilemman tavoin.⁶⁰

Skotlantilainen oikeusfilosofi Neil MacCormick on perustellut oikeuden tun-
nistamissäännön velvoittavuutta tuomarikunnan *ammattillisen identiteetin* sekä
sociologisen yhdenmukaisuuden paineen avulla.⁶¹

”Since only a madman would frame and adopt such a standard [i.e. rule of
recognition] without conscious animadversion to the standards he sees and
understands others in a like position of responsibility to be using, there are
strong reasons to expect a high degree of agreement and conformity among
the judiciary in this matter ...”

⁵⁹ Hart, *The Concept of Law*, s. 105–106.

⁶⁰ Borges, ”Del rigor en la ciencia”, *passim*. Ks. myös luku 9.12. ”Oikeuden viimekätisen päte-
vyyskriteerin ratkeamaton ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai
yhteiskunnallinen tosiasia?”.

⁶¹ MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, p. 241.

MacCormickin mukaan tunnistamissääntö käsittää juristiprofession ja etenkin tuomarikunnan kollektiivisesti omaksuman oikeudellisen ratkaisuideologian, jonka käsittämien premissien avulla nämä säännönmukaisesti ratkaisevat vireille tulleet oikeusjutut. Se, miten oikeuden tunnistamissääntö voi saada vähintäänkin heikon normatiivisen ja kollektiivisen velvoittavuuden suhteessa tuomarikuntaan ilman, että joudutaan turvautumaan Kelsenin puhtaan oikeusopin perusnormikonstruktion kaltaisiin oikeuden transsendentaalis-loogisiin edellytyksiin, jää MacCormickin oikeusteoriassa vastausta vaille. Ongelmana Hartin tai MacCormickin empiiris-sosiologisen oikeuttamisteorian soveltamisessa on sen heikko tai olematon normatiivinen perusteluvoima: jos lainsäädännön ja muiden oikeuslähteiden velvoittavuuden viimekätisenä takeena on vain tuomarikunnan otaksuttavasti yhdenmukainen ammatillinen itseymmärrys oikeussääntöjen (ja oikeusperiaatteiden)⁶² sekä tunnistamissäännön itsensä tunnistamisessa, päättely on lähellä loogista päättelyn kehää, missä määrätty yhteiskunnallinen käytäntö perustellaan sen itsensä avulla. Samalla se on varsin lähellä *Humen lain* eli Humen giljotiinin kieltämää päättelyä tosiasioista normeihin tai arvoihin, kun päättelyn faktapremissinä siis on määrätty yhteiskunnallinen käytäntö ja normaana vallitsevan oikeuslähdeopin osoittamat oikeussäännöt (ja oikeusperiaatteet).

Olen toisaalla perustellut Hartin omasta käsityksestä poikkeavan tulkinnan, jonka mukaan Hartin tunnistamissääntö *oikeus/ei-oikeus* tai *normi/fakta* -distinktion viimekätisenä kriteerinä ei ole itse sijoitettavissa sanotun keskeiskriteerin alaisuuteen ilman, että joudutaan loogisen päättelyn kehän tai päättymättömyyden takautuvan päättelyn filosofisesti ratkeamattomaan dilemmaan.⁶³ Oikeuden tunnistamissääntö ei voi olla velvoittava oikeussääntö, niin kuin Hart itsekin arvioi, mutta toisin kuin Hart katsoi, se ei voi myöskään olla tuomarikunnan ja muiden viranomaisten keskuudessa vallitseva empiirinen säännönmukaisuus. Kyse on sen sijaan ontologiselta, epistemologiselta ja metodologiselta statukseltaan radikaalilla tavalla *ratkeamattomasta* eli ei-luokiteltavissa olevasta erottelukriteeristä, jota oikeus/ei-oikeus -differentiaation toteuttaminen kuitenkin välttämättä edellyttää. Tunnistamissääntö on sekä velvoittava sääntö että yhteiskunnallinen säännönmukaisuus, ja samalla se ei ole aidosti kumpikaan niistä. Väitöskirjassani *A Theory of Precedent* käytin oikeuden tunnistamissäännön pulmal-

⁶² Oikeusperiaatteiden tunnistaminen ei ole mahdollista Hartin tunnistamissäännön kaltaisen formaalin kriteerin avulla, koska on kyse yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden kanssa tiiviisti yhteenkietoutuneista ratkaisuperusteista, niin kuin Ronald Dworkin on todennut. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 40, 44.

⁶³ Olen esittänyt oman tulkintani Hartin oikeuden tunnistamissäännön pulmallisesta ontologiasta väitöskirjassani *A Theory of Precedent*, s. 221–231, sekä tämän teoksen luvussa 9.12. ”Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia?”. Vrt. Hart, *The Concept of Law*, s. 107–108.

lisesta ontologiasta ja epistemologiasta ranskalaisfilosofi Jacques Derridalta ja Rodolphe Gaschéltä lainattua termiä *radical undecidability*.⁶⁴

3.5.4. Institutionaaliset oikeuttamisperusteet

Oma oikeuslähdeopin jäsennykseni on tarkoitettu mahdollisimman autenttiseksi rekonstruktioksi Suomen tuomioistuinten ja muiden lakia virkansa puolesta ja virkavastuulla soveltavien viranomaisten eli *institutionaalisten lainsoveltajien* keskuudessa vallitsevasta oikeuslähdeopista senkaltaisten oikeuden institutionaalisten reunaehtojen sekä oikeuslähdeopin institutionaalisten oikeuttamisperusteiden vallitessa, joihin analyttis-deskriptiivisen tutkijanideologian omaksunut lainopin tutkija on sitoutunut. Kyse ei siis ole normatiivisen ideaalin tai parhaan mahdollisen oikeuslähdeopillisen mallin perusteleminen, jollaiseen vaihtoehtoinen, kriittinen tai avoimen poliittinen oikeuslähdeopin jäsenitys pyrkii, enkä myöskään pyri asettamaan lainsoveltajalle normatiivista toimintaohjetta Aarnion rationaalisen hyväksyttävyyden keskeisidean tavoin.⁶⁵ Perustelen oman oikeuslähdeopin mallini oikeudellisesti merkityksellisten *sääntösidonnaisten yhteiskunnallisten käytäntöjen* sekä, niihin liittyen, *institutionaalisten oikeuttamisperiaatteiden* avulla.

Vallitseva oikeuslähdeoppi voidaan nähdäkseni palauttaa keskeisten oikeuslähteiden taustalla vaikuttaviin *institutionaalisiin oikeuttamisperiaatteisiin* sekä niitä vastaaviin *institutionaalisiin käytäntöihin*. Oikeuden ja oikeuslähdeopin justifikaatiossa on toisin sanoen kaksi toisiinsa liittyvää osatekijää: yhtäältä oikeuslähteittäin eriytyneet institutionaaliset *oikeuttamisperiaatteet*, joiden avulla eri oikeuslähteet ja niistä johdetut yksittäiset oikeudelliset ratkaisuperusteet on mahdollista osoittaa moraalifilosofisessa ja arvoteoreettisessa katsannossa oikeutetuiksi, sekä toisaalta sanotunlaisten oikeuttamisperiaatteiden edellyttämä *institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä* erilaisten oikeudellisesti merkityksellisten sääntösidonnaisten yhteiskunnallisten käytäntöjen, kuten lainsäädännön, oikeuskäytännön, tavanomaisoikeudellisten käytäntöjen ja sopimuskäytäntöjen sekä näiden keskinäissuhteiden, merkityksessä. Olen käyttänyt oikeusperiaatteiden ja muiden oikeussääntöjä heikommin formaalien oikeudellisten ratkaisustandardien edellyttämästä institutionaalisesta tuesta ja yhteisöllisestä hyväksynnästä myös termiä *rakenteistuminen* Suomen oikeuden *institutionaaliiseen ja yhteisölliseen arvoperustaan*, viitaten siihen yhteiskunnalliseen tosiseikkaan, että ne ohjaavat tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien oikeudellista ratkaisuharkintaa tavalla, joka ei ole palautettavissa mihinkään

⁶⁴ Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 229–231, 255–260, 264–267.

⁶⁵ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 285.

yksittäiseen säädökseen tai tuomioistuinratkaisuun lainsäätäjän asettaman tai tuomioistuimen vahvistaman formaalin oikeussäännön tavoin.

Oikeudellinen metateoria eli oikeuden *institutionaalinen metakonteksti* viittaa siihen, miten eri oikeuslähteet ja niiden taustalla vaikuttavat institutionaaliset oikeuttamisperusteet ovat suhteutettavissa toisiinsa määrätyssä oikeusyhteisössä.

Keskeistermi *institutionaalinen tuki* perustuu Ronald Dworkinin oikeusteoriaan. Hän viittaa sillä lainsäädännössä tai oikeuskäytännössä vakiintuneita oikeussääntöjä väljemmin ja epäsuoremmin määriteltuihin yhteiskunnallisiin tosi-seikkoihin ja arviointikriteereihin, joista määrätyn oikeusperiaatteen tai yleisemmin oikeudellisen ratkaisustandardin tilannesidonnainen merkitys tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavana perusteena voidaan päätellä. Määritetäessä yksittäisen oikeusperiaatteen oikeudellista ratkaisuarvoa tulee tarkastella erilaisia oikeussääntöjä väljemmin rajattuja ja ajallisesti muuntuvia yhteiskunnallisia arviointikriteereitä, jotka määrittävät muun muassa aineellisten resurssien sekä vallan ja vastuun jakoa yhteiskunnassa, oikeudellista tulkintaoppia, prejudikaattisarjoista pääteltävissä olevia ratkaisuperusteita sekä kaikkien edellä mainittujen kriteerien vaikutusta erilaisiin vallitsevan yhteiskuntamoraalin käytäntöihin.⁶⁶ Oikeusperiaatteet eivät ole tunnistettavissa Hartin oikeusteorian edellyttämän oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön (engl.: *ultimate rule of recognition*) avulla, koska on kyse yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden kanssa tiiviisti ja erottamattomasti yhteenkietoutuneista oikeudellisista ratkaisuperusteista. Oikeusperiaatteille on sen sijaan ominaista niiden eriasteinen *rakenteistuminen* Suomen oikeuteen ja yhteiskuntaan niiden erilaisissa sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä nauttiman institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän merkityksessä. Myös oikeussäännöt nauttivat institutionaalista tukea yhteiskunnassa. Niiden osalta institutionaalinen tuki on luonteeltaan välitöntä ja yksiselitteistä, lainsäädäntöön ja yksittäisiin tuomioistuinratkaisuihin palautettavissa olevaa sidonnaisuutta oikeudellisesti toimivaltaisten instituutioiden tekemiin päätöksiin, mikä voidaan tiivistää Hartin tunnistamissäännön kaltaisen oikeuden viimekätisen erottelu- tai pätevyyskriteerin muotoon: ”what the Queen in Parliament enacts is law”.⁶⁷

Pidän oikeuden institutionaalisiin oikeuttamisperiaatteisiin palautuvaa oikeuslähdeopin perustelumallia parhaimpana, sillä se väistää onnistuneesti ne

⁶⁶ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 40.

⁶⁷ Hart, *The Concept of Law*, esim. s. 108. – Hartin *Queen rule* käsittää oikeudellisen epistemologian kriteerit (vain) lainsäädännön kautta syntyneiden oikeussääntöjen tunnistamiseksi. Täydellisesti formuloituna tunnistamissääntö käsittää viittauksen myös muihin institutionaalisiin oikeuslähteisiin, kuten prejudikaatteihin, lainvalmisteluaineistoon, tavanomaiseen oikeuteen ja yksityisoikeudellisiin sopimuksiin, joita tuomarit ja muut institutionaaliset lainsoveltajat tosiasiallisesti hyödyntävät oikeudellisessa ratkaisuharkinnassaan.

tutkimukselliset karikot, jotka sen edellä esitettyihin ajatuksellisiin vaihtoehtoihin liittyvät. Kelsenin perusnormikonstruktion ongelmana on sen pelkästään edellytetty status oikeudellisen velvoittavuuden ja oikeudellisen tiedon ajatuksellisenä tai transsendentaalis-loogisena välttämättömyytenä, mikä antaa myös oikeuden velvoittavuudelle ja oikeutta koskevalle tiedolle viime kädessä hypoteettisen luonteen. Hartin ja McCormickin empiiris-sosiologisesti määritellyn tunnistamissäännön pulmana on sen yksi – yhteen – palautettavuus tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten tosiasialliseen oikeudenkäyttöön, jos tunnistamissäännön määrittelyssä seurataan Hartin itsensä ehdottamaa tulkintaa.⁶⁸ Aarnion ja Peczenikin hyödyntämä sanktioperustainen pragmatistinen päättely, jossa oikeuslähdeopin velvoittavuus palautetaan sen noudattamatta jättämisestä tuomarille todennäköisesti koituviin virallisiin ja epävirallisiin sanktioihin, on loogisessa ja arvofilosofisessa katsannossa epätydyttävä, vaikka oikeuteen liitetty sanktiouhka onkin määritelmällisesti (analyyttisen) oikeuspositivismiin keskeisiä lähtökohtia. Kun lainsäädännön velvoittavuus perustellaan viime kädessä lainsäädännössä itsessään asetettujen oikeudellisten velvoitteiden ja sanktioiden avulla, syyllistytään loogisessa katsannossa kiellettyyn kehäpäätelmään.⁶⁹

Peczenikin viittaus lainsäädännön taustalla vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvoihin oikeuden *historiallisen jatkuvuuden*, *oikeusvarmuuden* ja *demokratian* merkityksessä,⁷⁰ samoin kuin Aarnion ajatus kansalaisten muodollisesta ja aineellisesta *oikeusturvaodotuksesta* osana länsimaista demokratiakäsitystä, mikä

⁶⁸ Tunnistamissäännön ongelmana on sen *radikaali luokittelemattomuus* eli määrittelemättömyys *normi/fakta* tai *oikeus/ei-oikeus* -merkityksessä, niin kuin perustelen tarkemmin luvussa 9.12. ”Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia?”.

⁶⁹ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 220; sama, *Oikeussäännösten tulkinnasta*, s. 94–95; sama, *The Rational as Reasonable*, s. 92; Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 227–229.

⁷⁰ Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 226: ”Men varför bör demokrati, rättssäkerhet och tradition respekteras? Varpå grundar sig giltigheten av den (moralpolitiska) norm som bestämmer att så bör vara fallet? För att klippa av den oändliga regressen kan en giltighetsteori antas, enligt vilken en norms *giltighet* alltid bygger på en annan norms *existens*. Denna giltighetsteori kan antas tillsammans med hypotesen, att den yttersta normen ’det som fjämjar sådana värden som historisk kontinuitet, rättssäkerhet och demokrati bör beaktas i juridisk argumentation’ *existerar* i moralpolitisk argumentationspraxis: För att kunna uppfatta den sistnämnda som väl sammanhängande måste man förutsätta att de som argumenterar moral-politisk uppträder så om de hade erkänt denna norm.” Peczenikin ajattelun taustalla on G.H. von Wrightin filosofia, johon Peczenik sanotussa tekstikohdassa myös viittaa. – Vrt. Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 211–212, missä katson Peczenikin ja von Wrightin kannasta poiketen, että oikeusnormi ei voi olla olemassa (engl.: *exist*) ilman, että se ensin katsotaan päteväksi (engl.: *valid*) jonkin oikeusnormijärjestelmän tai kokonaisuuden systeemisten validiteettikriteerien nojalla. Muunlainen tulkinta olisi nähdäkseni *kategoriavirhe* (engl.: *category-mistake*) filosofi Gilbert Rylen tarkoittamassa merkityksessä. Ryle, *The Concept of Mind*, s. 17–20.

edellyttää ratkaisujen perustelemista määrättyjen oikeuslähteiden avulla,⁷¹ ei ole kaukana omasta lähtökohdastani, joka palauttaa oikeuslähteiden velvoittavuuden institutionaalisiin oikeuttamisperusteisiin. Yhtä kaikki, Aarnion ja Peczenikin mukaan lainsäädännön (ja tavanomaisen oikeuden) välittömänä velvoittavuusperustana on sen sanktioperustainen pakottavuus, kun asiaa tarkastellaan tuomarin tai muun lakia soveltavan viranomaisen näkökulmasta, ja tältä osin oma ajatteluni poikkeaa Aarnion ja Peczenikin ajattelusta.

Nähdäkseni oikeuslähdeopin malli, joka perustuu ensisijaisesti tuomariin kohdennettavissa olevien virallisten tai epävirallisten sanktioiden mahdollisuuteen, mieltää lainsoveltajan ratkaisuharkintaa jäsentävän yhteiskunnallisen syy – seuraus -suhteen virheellisesti eli käänteisellä tavalla. Lainsäädäntö ja tavanomainen oikeus eivät velvoita tuomaria – ainakaan ensisijaisesti – sen vuoksi, että voimassa olevan lainsäädännön noudattamatta jättämisestä voi tietyissä tilanteissa seurata virallinen moite tai jopa virkavirhesyyte, eivätkä prejudikaatit ja lainvalmisteluaineisto velvoita sen vuoksi, että niiden sivuuttamisesta saattaa seurata tuomariin kohdistuva ammatillinen moite tai muu tuomarin itsensä kielteisenä kokemana seuraamus, vaan – käänteisesti – lainsäädännön, tavanomaisen oikeuden, prejudikaattien, lainvalmisteluaineiston sekä muiden institutionaalisten oikeuslähteiden aiheuttomasta sivuuttamisesta saattaa seurata tuomariin kohdentuva virallinen tai epävirallinen moite, koska nuo oikeuslähteet ovat *rakenteistuneet* osaksi Suomen oikeutta ja yhteiskuntaa eli nauttivat eriasteista mutta riittävää *institutionaalista tukea* ja *yhteisöllistä hyväksyntää* erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä ja koska ne ilmentävät suomalaisen yhteiskunnan perustavia institutionaalisia arvovalintoja oikeuslähteiden taustalla vaikuttavien *institutionaalisten oikeuttamisperusteiden* tarkoittamassa merkityksessä. Päättelyn suunta on toisin sanoen käänteinen Aarnion ja Peczenikin päättelyyn nähden.

Lainsäätäjän tahdon kunnioittamista ilmentävä *demokratiaperiaate* on keskeinen osa suomalaisen yhteiskunnan *institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa*, mikä tosiseikka voidaan todentaa viittaamalla voimassa olevaan perustuslakiin⁷² ja erilaisiin oikeudellisesti merkityksellisiin sääntösidonnaisiin yhteiskunnallisiin käytäntöihin, kuten lainsäätäjän ja tuomioistuinten kesken vallitseviin toimivalta- ja vastuusuhteisiin. Voi puhua myös Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan *rakenteistuneista* periaatteista, jollaisena demokratiaperiaate tulee mielestäni nähdä. Sen vuoksi lainsäädännön sivuuttaminen oikeudenkäytössä saattaa tietyissä tilanteissa johtaa tuomarin kannalta kielteisiin seuraamuksiin, niin kuin Aarnio ja Peczenik oikein toteavat. Lainsää-

⁷¹ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 186–189.

⁷² Voimassa olevan perustuslain (11.6.1999/731) 2 § säättää *kansanvaltaisuudesta ja oikeusvaltioperiaatteesta*.

täjän tahdon kunnioittamista korostava demokratiaperiaate on samalla osa laajempaa *oikeusvaltioperiaatetta*, joka kootusti jäsentää suomalaisen yhteiskunnan perimmäistä arvoperustaa. Kootusti lainsäädännön institutionaalisen velvoiteperustan voi esittää seuraavasti:

Tuomariin kohdistuvan virkavirhesanktion mahdollisuus on seurausta lainsäädännön taustalla vaikuttavasta institutionaalisesta justifikaatioperiaatteesta eli lainsäätäjän tahdon kunnioittamista painottavasta parlamentaarista demokratiaperiaatteesta oikeusvaltiollisuuden yhtenä ilmenemismuotona sekä suomalaisessa yhteiskunnassa omaksutuista sääntösidonnaisista institutionaalisista käytännöistä, jotka asettavat lainsäädännön keskeiseen asemaan oikeudellisenä ratkaisuperusteena, eikä tuomariin mahdollisesti kohdentuva virkavirhesanktio ole lainsäädännön velvoittavuuden itsenäisesti perusteleva syy.

Vallitsevan oikeuslähteopin institutionaalisia oikeuttamisperusteita on neljä, liittyen seuraavalla tavalla eri oikeuslähteisiin:

- (a) *demokratiaperiaate* eli *lainsäätäjän tahdon kunnioittaminen* perustelee lainsäädännön ja välillisesti myös lainvalmisteluaineiston velvoittavuuden tuomarin ratkaisuharkinnassa,
- (b) *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,
- (c) *oikeudellinen yhdenvertaisuus* ja ennakoitavuus eli kansalaisten *muodollinen oikeusturva* perustelee prejudikaattiperustaisen oikeuden sekä yleisemmin vakiintuneen tuomioistuin- ja viranomaiskäytännön velvoittavuuden tuomarin ratkaisuharkinnassa,⁷³ ja
- (d) *suvereniteettiperiaate* eli ylimmän vallanpitäjän antamien määräysten noudattaminen perustelee (yhteisöoikeudellisen) lainsäädännön pakottavuuden siltä osin kuin se ei ole palautettavissa demokratiaperiaatteeseen sekä tuomioistuinratkaisuihin johdettavien yleisten oikeusohjeiden velvoittavuuden siltä osin kuin ne eivät ole palautettavissa oikeudellisen yhdenvertaisuuden periaatteeseen.

Lisäksi voidaan erottaa ei-institutionaalisenä oikeuttamisperusteena:

- (e) *aineellinen oikeudenmukaisuus* eli kansalaisten *materiaalinen oikeusturva* ratkaisun sisällöllinen kohtuullisuuden, hyväksyttävyyden ja oikeellisuuden merkityksessä perustelee oikeusperiaatteiden ja reaalisten argu-

⁷³ Oikeudellisen yhdenvertaisuuden vaatimus perustuu voimassa olevan perustuslain (11.6.1999/731) 6 §:n ajatukseen *yhdenvertaisuudesta lain edessä*.

menttien eli seuraamusharkinnan oikeuslähdeopillisen merkityksen tuomarin ratkaisuharkinnassa.⁷⁴

Demokratiaperiaate eli lainsäätäjän tahdon kunnioittaminen, *oikeudellinen yhdenvertaisuus* eli kansalaisten muodollinen oikeusturva ja kansalaisten yksityisoikeudellisen *tahdonautonomian* kunnioittaminen sekä sanottuja periaatteita vastaavat sääntösidonnaiset institutionaaliset käytännöt lainsäädäntömenettelyn, oikeudenkäytön ja erilaisten sopimusoikeudellisten käytäntöjen pysyvyyden sekä niiden keskinäissuhteiden järjestämisen merkityksessä voidaan koota yhteiskäsitteen *oikeusvaltioperiaate* alle. Oikeusvaltioperiaate voidaan toisin sanoen määritellä valtiopäiville kokoontuneen eduskunnan määrämuodossa ilmaisevan tahdon kunnioittamisen,⁷⁵ yksittäisten oikeussubjektien tahdonautonomian kunnioittamisen sekä oikeudenkäytön toteuttaman muodollisen oikeusturvan eli oikeudellisen ennakoitavuuden ja mielivallan välttämisen merkityksessä. Sitä vastoin esimerkiksi oikeusperiaatteiden ilmentämä aineellinen oikeudenmukaisuus ei ole osa muodollisin kriteerein määriteltyä oikeusvaltioperiaatetta, vaikka lainsäädännön, oikeudenkäytön ja erilaisten sopimuskäytäntöjen sisällöllinen hyväksyttävyys onkin sinänsä toivottava piirre. Aineelliset oikeusperiaatteet edellyttävät edellä kerrotulla tavalla institutionaalista tukea (ja yhteisöllistä hyväksyntää) Ronald Dworkinin oikeusteorian tarkoittamassa merkityksessä, mutta tuo edellytetty tuki erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä on nyt olennaisesti heikompaa kuin lainsäädännön, lainvalmisteluaineiston, prejudikaattien ja muun oikeuskäytännön, sopimusoikeudellisten järjestelyjen tai tavanomaisoikeudellisten käytäntöjen osalta. Reaalisten argumenttien eli yhteiskunnallisen seuraamusharkinnan sekä muiden puhtaasti aineellisten ratkaisuperusteiden liittymät yhteiskunnan institutionaaliseen perustaan ovat vain satunnaisia. Myöskään lainopin tuottamia oikeudellisia tulkintakannanottoja ei voi lukea tässä merkityksessä sanotunlaista institutionaalista tukea nauttiviksi.

⁷⁴ Oikeudellinen yhdenvertaisuus (kohta c) ja aineellinen oikeudenmukaisuus (kohta e) vastaavat nähdäkseni Aarnion kansalaisen perustellun oikeusturvaodotuksen elementtejä mielivallan välttämisen ja ratkaisun sisällöllisen hyväksyttävyyden merkityksessä. Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 186–189. – Demokratiaperiaatteesta, vrt. Peczenikin ajatus demokratian, oikeusvarmuuden ja tradition kunnioittamisesta oikeuslähdeopin viimekätisenä perustana. Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 226.

⁷⁵ Lainsäädäntövaltaa on delegoitu Euroopan yhteisön lainsäädäntöelimille Suomen liittyttyä Euroopan yhteisön jäseneksi. Niinpä *suvereenin lainsäätäjän* käsite kattaa valtiopäiville kokoontuneen Suomen eduskunnan ja hierarkkisesti alempien kansallisten norminasettajien ohella myös Euroopan yhteisön neuvoston, parlamentin ja komission niiden yleisen säädösvalan merkityksessä. Lisäksi Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamalla ratkaisuilla saattaa olla ennakkopäätökseen rinnastuva oikeuslähdeopillinen ja argumentaatio-teoreettinen merkitys, niin kuin alla tarkemmin perustelen.

Demokratiaperiaate eli lainsäätäjän parlamentaarisen tahdon kunnioittaminen, oikeussubjektien yksityisoikeudellisen tahdonautonomian kunnioittaminen, oikeudellinen yhdenvertaisuus, hallinnollinen suvereniteettiperiaate sekä vallitseva käsitys aineellisesta oikeudenmukaisuudesta ovat vallitsevan oikeuslähteopin taustalla vaikuttavat institutionaaliset ja ei-institutionaaliset oikeuttamisperusteet. Niiden *vastaperiaatteina* voidaan lisäksi erottaa seuraavanlaiset oikeuttamisperusteet.

Kaavio 5: Oikeuslähteopin institutionaaliset oikeuttamisperusteet ja niiden vastaperiaatteet

<i>Institutionaalinen oikeuttamisperiaate</i>	<i>Oikeuttamisperusteen vastaperiaate</i>
(a) demokratiaperiaate	suvereniteettiperiaate
(b) yksityisoikeudellinen tahdonautonomia	sosiaalinen siviilioikeus: kohtuusperiaate & heikomman suojelun periaate sopimus- oikeudessa
(c) oikeudellinen yhdenvertaisuus	sosiaalinen siviilioikeus: kohtuusperiaate & heikomman suojelun periaate sopimusoikeudessa; naisoikeustutkimus: naisten yhteis- kunnallisen erityiskohtelun periaate
(d) suvereniteettiperiaate	yhteisöoikeudellinen läheisyys- periaate (l. toissijaisuusperiaate)
(e) vallitseva käsitys aineellisesta yhteiskunnallisesta oikeuden- mukaisuudesta	vaihtoehtoiset tulkinnat aineelli- susta yhteiskunnallisesta oikeuden mukaisuudesta

Demokratiaperiaatteelle vastakkainen ja eräänlaisen residuaali- eli jäännösperiaatteen tavoin toimiva *suvereniteettiperiaate* painottaa oikeudellisen ja hallinnollisen määräämisvallan itseisarvoisuutta, jota ei ole tarpeen – tai ainakaan mahdollista – palauttaa parlamentaariseen tahdonmuodostukseen tai muulla tavoin ilmaistuun yhteisölliseen hyväksyntään. Suvereniteettiperiaate täydentää demokratiaperiaatetta etenkin Euroopan yhteisön oikeudessa, jota *demokratia-vaje* yhä keskeisesti rasittaa, mutta sen ilmentymiä on myös muunlaisessa hallinnollisessa sääntelyssä, jota ei ole mahdollista palauttaa sen kohderyhmänä olevien oikeussubjektien välittömään tai välilliseen hyväksyntään. Sopimusoikeu-

delliselle tahdonautonomialle vastakkaisia oikeuttamisperiaatteita ovat sopimus-oikeudellinen *kohtuusperiaate* sekä *heikomman suojelun periaate*, jotka perustelevat kumpikin tietoisien poikkeaman sopijapuolten selväsanaisesti ilmaiseman tahdon kunnioittamisen periaatteesta. Molemmissa on lisäksi kyse eri tavoin tulkitun *sosiaalisen siviilioikeuden* keskeisideoista, joita ei ole mahdollista yleistää sopimusoikeuden johtaviksi periaatteiksi ilman, että lähtökohtaisesta sopimusvapauden ja sopimussitovuuden periaatteesta joudutaan samalla luopumaan. *Naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus*, joka on esittänyt vaatimuksen yhteiskunnallisesta tasa-arvosta sekä naisten sukupuolisidonnaisesta oikeudellisesta erityiskohtelusta, samoin kuin jo mainitut sosiaalisen siviilioikeuden ilmentymät eli sopimusoikeuden johtavaksi periaatteeksi yleistetty kohtuusperiaate tai heikomman suojelun periaate, merkitsevät nekin tietoista poikkeamaa oikeudellisen yhdenvertaisuuden ideaalista.

Myös oikeudelliselle vastaperiaatteelle voi olla vielä vastaperiaate, joka pyrkii palauttamaan esimerkiksi demokratiavajeen rasittaman oikeuslähteen institutionaalisen oikeutuksen. Oikeudellista ja hallinnollista tehokkuutta edistävän suvereniteettiperiaatteen vastaperiaatteena on *läheisyys-* eli *toissijaisuusperiaate*, joka pyrkii palauttamaan yhteisöoikeudellisen sääntelyn jälleen demokratia-periaatteen yhteyteen, tällä kertaa sääntelyn paikalliselle tasolle viemisen merkityksessä tulkittuna. Lopuksi, vallitsevan aineellisen oikeudenmukaisuuskäsityksen tai -teorian vastaperiaatteena on joukko *vaihtoehtoisen yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuusteorian* käsityksiä, esimerkiksi marxilaisen tai feministisen oikeus- ja yhteiskuntaideologian merkityksessä, jolloin keskeistä ei ole sanotun ideologisen katsantokannan vastaavuus vallitsevan tuomarinideologian kanssa vaan tutkijan itsensä sisäistämät yhteiskuntaideologiset premissit.

Vallitsevan eli tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämän oikeuslähdeopin käsittämien oikeudellisten ratkaisuargumenttien institutionaalisia justifikaatioperiaatteita voidaan jäsentää tarkemmin seuraavasti. *Lainsäädäntö* ilmentää demokratiaperiaatteen mukaista yhteiskunnallista tahdonmuodostusta, jota Suomessa toteuttaa valtiopäiville kokoontunut eduskunta. Taustalla on yhteiskunnassa omaksuttu *institutionaalinen työnjako*, josta Suomen voimassa olevan perustuslain (11.6.1999/731) 2 § 1 momentti säättää otsikon *Kansanvaltaisuus ja oikeusvaltioperiaate* alla seuraavasti:

”Valtiovalta Suomessa kuuluu kansalle, jota edustaa valtiopäiville kokoontunut eduskunta.”

Perustuslain 2 § 3 momentti säättää vastaavasti:

”Julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin. Kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia.”

Valtiopäiville kokoontuneen eduskunnan asettaman lainsäädännön velvoittavuus on näin palautettavissa voimassa olevan perustuslain säännöksiin Hans Kelsenin puhtaan oikeusopin tarkoittamalla tavalla. Perustuslain itsensä velvoittavuutta ei kuitenkaan ole välttämätöntä perustella senkaltaisen transsendenttaalis-loogisen perusnormiolettaman avulla, jollaiseen Kelsen turvautui oikeudellisen tiedon välttämättömänä ajatuksellisenä edellytyksenä, vaan yhteiskunnan institutionaalisen perustan ja sen käsittämien institutionaalisten oikeuttamisperusteiden, kuten demokratiaperiaatteen, analyysi riittää:

Voimassa oleva perustuslaki ja sen antaman valtuutuksen nojalla voimaansaatettu muu lainsäädäntö velvoittaa tuomaria tämän oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa, koska parlamentaarinen demokratiaperiaate eli lainsäätäjän tahdon kunnioittaminen on rakenteistunut suomalaisen yhteiskunnan institutionaaliin ja yhteisölliseen arvoperustaan, jota Suomessa omaksuttu oikeudellisesti merkityksellisten yhteiskunnallisten toimijoiden keskinäinen toimivalta- ja vastuunjako osaltaan toteuttaa.

Tuomaria hänen ratkaisuharkinnassaan ohjaavista tai velvoittavista oikeuslähteistä *lainsäädäntö* ja *lainvalmisteluaineisto* toteuttavat kumpikin parlamentaarisen demokratiaperiaatteen mukaista lainsäätäjän historiallista tarkoitusta tai, oikeammin, erilaisten yhteiskunnallisten tavoitteiden kokonaisuutta eli *tarkoitukskompleksia*: jottei lainsäätäjän tahdon kunnioittamisen periaatetta loukattaisi, parlamentaarisen lainsäädäntömenettelyn läpikäynyttä oikeudellista säädösaineistoa ei ole lupa noin vain sivuuttaa oikeudenkäytössä ilman erityisiä vastaperusteita. Virallinen lainvalmisteluaineisto antaa puolestaan tietoa lainsäädännön taustalla vaikuttaneesta oikeudellisesta ja yhteiskunnallisesta sääntelyideologiasta eli *lainsäädäntöideologiasta*.

Parlamentaarisen demokratiaperiaatteen todentamiseksi voi viitata yhtäältä H.L.A. Hartin ja toisaalta Ronald Dworkinin oikeudelliseen ajatteluun. Hartin luonnehdinta, jonka mukaan oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön olemassaolo on empiirisesti todennettavissa oleva yhteiskunnallinen tosiasia,⁷⁶ perusteele empiiristen havaintojen merkityksen. Sanotunlaisen institutionaalisen faktan tueksi voi viitata senkaltaisiin yhteiskunnallisiin tosiseikkoihin kuin ensinnäkin tuomarien ja muiden viranomaisten *tosiasiallinen ratkaisukäytäntö*, missä parla-

⁷⁶ Hart, *The Concept of Law*, s. 107: "... the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact." – Vrt. Hart, mts. 245 (alav. s. 97): "The question whether a rule of recognition exists and what its content is, i.e. what the criteria of validity in any given legal system are, is regarded throughout this book as an empirical, though complex, question of fact." – Tunnistamissäännön pulmallisesta ontologiasta, ks. tämän teoksen luku 9.12. "Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia?"

mentaarisesti säädetyillä laeilla ja muilla säädöksillä on keskeinen sija, toiseksi juristien *ammattillinen itseymmärrys*, missä legalistisilla ratkaisuperusteilla on huomattava merkitys, sekä kolmanneksi muut vastaavat *yhteiskunnalliset käytännöt*, jotka ilmentävät lainsäätäjän tahdonilmausten keskeistä roolia voimassa olevan oikeuden soveltamisessa. Toisaalta, Dworkinin ajatus yksittäisen oikeusperiaatteen tai vastaavan muun ratkaisuperusteen nauttimasta institutionaalista tuesta ja yhteisöllisestä hyväksynnästä yhteiskunnan sääntösidonnaisissa, oikeudellisesti merkityksellisissä käytännöissä sen oikeudellisen ratkaisuarvon edellytyksenä,⁷⁷ merkitsee demokratiaperiaatteen liittämistä kansalaisyhteiskunnassa omaksuttujen yhteisöllisten käytäntöjen yhteyteen, missä myös aineellisen oikeudenmukaisuuden kriteerit saavat merkitystä muodollis-juridisten seikkojen ohella.

Lainsäädäntö viittaa yhtäältä *yhteisöoikeudellisiin* säädöksiin eli EY-lainsäädäntöön ja toisaalta *kansallisiin* säädöksiin eli kansalliseen lainsäädäntöön. Euroopan yhteisön lainsäädäntö toteuttaa parlamentaarista demokratiaperiaatetta huomattavasti heikommin kuin kansallinen lainsäädäntö. On jopa puhuttu yhteisöoikeudellisen sääntelyn *demokratiavajeesta* eli Euroopan parlamentin lainsäädäntövallan keskeisistä rajoituksista siltä osin kuin päätösvaltaa on siirretty yhteisössä sen muille toimielimille, joita – toisin kuin parlamentin määräaikaaisia edustajia – ei ole valittu tehtävänsä yleisellä kansanäänestyksellä. Viitataan tältä osin Euroopan yhteisön komission aloite- ja päätösvaltaan, neuvoston päätösvaltaan sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeudelliseen ratkaisuvalltaan. Sen vuoksi parlamentaarinen kontrolli, demokratiaperiaate tai hallinnon ”läpinäkyvyys” ei ulotu ainakaan täysimääräisesti niiden tekemiin oikeudellisiin, hallinnollisiin ja taloudellisiin päätöksiin. Demokratiaperiaate ei läpäise tai kannata yhteisöoikeudellista lainsäädäntöä yhtä tehokkaasti kuin kansallista lainsäädäntöä, minkä vuoksi yhteisöoikeudessa on ollut välttämätöntä turvautua myös hallinnolliseen suvereniteettiperiaatteeseen kansanvaltaisuutta täydentävänä jännösperiaatteena. *Toissijaisuusperiaate* eli päätöksenteon hajauttaminen tai palauttaminen kansalliselle päätösasolle tai jopa sitä alemmalle tasolle pyrkii kattamaan sitä arvoteoreettista vajetta, jonka yhteisöoikeudellinen demokratiavaje jättää ilman parlamentaarista tukea, vaikkei toissijaisuusperiaatteessa olekaan ensisijaisesti kyse varsinaisesta institutionaalisesta arvoperusteesta vaan hajauteudesta yhteisöoikeudellisesta päätöksentekomallista.

Lain esityöt eli virallinen *lainvalmisteluaineisto* (ransk.: *travaux préparatoires*) antaa taustatietoa lainsäädännön historiallisesta tarkoituksesta, tavoitteista ja yhteiskunnallisesta kontekstista. Toisin kuin varsinainen säädösteksti, lainvalmisteluaineisto ei saa parlamentaarista hyväksyntää osalleen, joten se toteuttaa

⁷⁷ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 40.

demokratiaperiaatetta vain välillisesti ja vain siltä osin kuin voimassa oleva lainsäädäntö on hyväksytty lainvalmisteluasiakirjojen tarkoittamassa muodossa. Lainvalmisteluaineisto saa merkitystä lähinnä kansallisen lainsäädännön taustalla vaikuttavan tarkoitukskompleksin selventäjänä.

Yksityisoikeudelliset sopimukset täydentävät lainsäädäntöä ja rinnastuvat lainsäädäntöön siltä osin kuin yksittäisille oikeussubjekteille on annettu lainsäädäntöteitse yksityisoikeudellinen disponointi- eli määräämisvalta määrätyistä oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan suhteessa toisiin kansalaisiin. Yksityisoikeudellinen disponointikompetenssi toteutuu yleisenä sopimuksentekokelpoisuutena: oikeussubjekteilla on valta tehdä sopimuksia, jotka muuttavat heidän yksityisoikeudellisia oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan suhteessa toisiin oikeussubjekteihin esimerkiksi sopimusten, testamentin tai välitystuomioistuimen toimivallan perustavan välityssopimuksen avulla. Sopimuserustaisen oikeuden oikeuslähdeopillisena taustajustificikaationa on oikeusvaltiollinen kansalaisten *tahdonautonomian* kunnioittaminen. Länsimaiseen oikeusvaltioperiaatteeseen kuuluu toisin sanoen myös idea, jonka mukaan oikeudellisesti täysivaltaisilla kansalaisilla on rajoitetusti oikeus määrätä itse omista oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan siviilioikeudellisessa soveltamiskontekstissa.

Prejudikaatit sekä *vakiintunut oikeuskäytäntö* ja *muut oikeudenkäyttöä yhtenäistävät viranomaispäätökset* toteuttavat kansalaisten muodollista oikeusturvaa ja oikeudellista yhdenvertaisuutta⁷⁸ perustuslain 6 §:n tarkoittamalla tavalla. Perustuslain 6 § 1 momentissa on asiasta yleissäännös otsikon *Yhdenvertaisuus* alla:

”Ihmiset ovat yhdenvertaisia lain edessä.”

Sanotun perustuslainkohdan momenttien käsittämät erityiset syrjintäkiellot täsmentävät tätä edelleen. Niinpä perustuslain 6 § 1 momentissa säädetään seuraavasti:

”Ketään ei saa ilman hyväksyttävää perustetta asettaa eri asemaan sukupuolen, iän, alkuperän, kielen, uskonnon, vakaumuksen, mielipiteen, terveydentilan, vammaisuuden tai muun henkilöön liittyvän syyn perusteella.”

Vaatus muodollisesta oikeusturvasta ja oikeuskäytännön ennakoitavuudesta tarkoittaa, että kansalaisilla on perusteltu oikeus odottaa, etteivät tuomioistuimet ja muut viranomaiset äkillisesti ja ilman perustelua syytä muuta voimassa olevan oikeuden vakiintunutta tulkinta- ja soveltamiskäytäntöä. Oikeuskäytännön enna-

⁷⁸ Käytän luontealta kuulostavaa termiä *kansalaisen tai kansalaisten oikeusturvaodotus*, vaikka perusoikeudet kuuluvatkin lain mukaan ”jokaiselle” tai yleisesti ”ihmisille”. Kyse on kohdaltani vain kielenkäytöllisestä konventiosta.

koitavuudessa on sittenkin kyse vain muodollisesta oikeusturvakäsityksestä, ei aineellisesta oikeudenmukaisuudesta tai ratkaisujen sisällöllisestä hyväksyttävyydestä. Tässä mielessä oikeusvaltioperiaate on oppi määrättyjen juridisten muotojen noudattamisesta lainsäädännössä ja oikeuskäytännössä. Prejudikaatio-oikeuden ideaan kuuluu samalla ajatus keskeisen *ratio/dicta* -distinktion ajallisesti muuntuvasta ja dynaamisesta luonteesta. Yksittäisen tuomioistuinratkaisun käsittämä prejudikaattinormi ei ole – ainakaan tavallisesti – kertakaikkisesti ennakolta lukkoon lyöty,⁷⁹ vaan *ratio/dicta* -distinktion tarkka kohderajaus kuuluu aina viime kädessä prejudikaattia soveltavan myöhemmän tuomioistuimen harkintavaltaan. Tämä takaa prejudikaattiperustaisen oikeuden dynaamisen ja ajallisesti muuntuvan luonteen, mutta samalla oikeudellinen ennakoitavuus vääjäämättä vähenee. Vallitsevan *prejudikaatti-ideologian* määreet, joiden perusteella yksittäisen ennakkoratkaisun sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus myöhemmän tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan määräytyy, ovat tässä avainasemassa.

Prejudikaatio-oikeuden taustalla vaikuttava justifikaatioperiaate voidaan muotoilla seuraavasti:

Prejudikaatit ja tätä heikommassa mielessä myös muu vakiintunut oikeuskäytäntö velvoittavat tuomaria tämän oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa, koska oikeudellinen yhdenvertaisuus eli kansalaisten muodollinen oikeusturva sitä edellyttää. Oikeudellinen yhdenvertaisuus on tunnustettu perustuslaissa, joten se saa siten tukea myös lainsäätäjän tahdon kunnioittamista edellyttävältä demokratiaperiaatteelta.

Yhteisvaikutukseltaan demokratiaperiaate, kansalaisten tahdonautonomian kunnioittaminen ja oikeudellinen yhdenvertaisuus voidaan muotoilla *oikeusvaltioperiaatteeksi* seuraavasti:

Oikeusvaltioperiaate edellyttää, että tuomari noudattaa: (a) demokratiaperiaatteen eli lainsäätäjän tahdon kunnioittamisen perusteella voimassa olevaa perustuslakia ja sen nojalla voimaansaatettua muuta lainsäädäntöä sekä tätä heikommassa merkityksessä myös virallista lainvalmisteluaineistoa, (b) oikeussubjektien tahdonautonomian kunnioittamisen perusteella näiden tekemiä yksityisoikeudellisia sopimuksia sekä tavanomaisoikeudellisesti vakiintuneita yhteisöllisiä käytäntöjä ja (c) oikeudellisen yhdenvertaisuuden perusteella tuomioistuinten antamia prejudikaatteja ja muuta vakiintunutta oikeuskäytäntöä. Oikeusvaltioperiaatteen merkitys oikeudellisessa päätöksenteossa on johdettavissa suomalaisen yhteiskunnan institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta eli niistä sääntösidonnaisista yhteiskunnallisista käytännöistä, jotka määrittävät oikeudellisesti merkityksellisten yhteiskunnallisten

⁷⁹ Otsikkopositivismista sekä lainsäädäntöä jäljittelevästä prejudikaatti-ideologiasta, Siltala, ”Prejudikaateista ja tuomarin prejudikaatti-ideologiasta”, s. 676 ja 682–683.

toimijoiden, kuten lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien sekä disponointikelpoisten yksittäisten oikeussubjektien, keskinäiset oikeudelliset toimivaltasuhteet.

Kansallisen prejudikaatiooikeuden rinnalle on tullut 1990-luvulla kaksi ylikansallista normistoa, joiden oikeuslähdeopillinen merkitys on rinnastettavissa yhtäältä lainsäädäntöön ja toisaalta prejudikaattiperustaiseen oikeuteen: *Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamien ratkaisujen yleistettävissä olevat oikeusohjeet* ovat myös suomalaisen tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa keskeisesti ohjaavaa oikeuslähteistöä, jos ne ovat *rakenteistuneet* osaksi yleiseurooppalaista oikeutta siinä oikeudellisessa vuoropuhelussa, jota yhtäältä kansalliset tuomioistuimet ja lakia soveltavat viranomaiset sekä toisaalta Euroopan yhteisöjen tuomioistuin ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuin käyvät keskenään Euroopan yhteisöoikeuden normien ja Euroopan ihmisoikeusnormiston tulkinnasta.⁸⁰ Lähtökohtaisena oikeuttamisperusteena on, niin kuin muussakin prejudikaatteihin tai yleisemmin yksittäisiin tuomioistuinratkaisuihin perustuvassa oikeudessa, oikeudellisen yhdenvertaisuuden sekä oikeudellisen ennakoitavuuden idea. Euroopan yhteisön oikeuden osalta sanottujen ratkaisujen soveltamisalue käsittää eurooppaoikeudellisen *yhtenäistulkinnan* idean perusteella koko Euroopan yhteisön alueen. Oikeuskirjallisuudessa on ollut tapana puhua yhteisöoikeuden välillisestä eli *tulkintavaikutuksesta*, ei yhtenäistulkinnasta, jota termiä itse käytän.⁸¹ Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on hyväksynyt sanotun opin muun muassa ratkaisussaan *von Colson* (14/83), jonka mukaan yhteisöoikeuden direktiivien tulkinnan tulee olla yhdenmukainen Euroopan yhteisön eri jäsenmaissa ja näiden tuomioistuinmissa.⁸² Samansuuntainen vaikutus on myös Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 10 artiklan (ent. 5 artiklan) käsittämällä yleisellä lojaliteettivelvoitteella.⁸³ Si-

⁸⁰ Korkeimman oikeuden emerituspresidentti Olavi Heinonen huomatti sattuvasti Helsingin Sanomien haastattelussa 6. joulukuuta 2001, miten jokaisesta suomalaisesta tuomarista tuli myös ihmisoikeustuomari ja EY-tuomari Suomen liittyttyä Euroopan ihmisoikeussopimukseen sekä Euroopan yhteisön jäseneksi 1990-luvulla. Heinonen, ”KKO:n Heinonen varoittaa tuomaripulasta lähivuosina”, *in fine*. Samoin Heinonen, ”Korkeimman oikeuden rooli muuttuvassa ympäristössä”, *passim*.

⁸¹ Sacha Prechal on puhunut yhdenmukaisesta tulkinnasta (engl.: *consistent interpretation*). Prechal, *Directives in European Community Law. A Study of Directives and Their Enforcement in National Courts*, s. 200–245.

⁸² ”... the Member States’ obligation arising from a directive to achieve the result envisaged by the directive and their duty under Article 5 of the Treaty to take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure the fulfilment of that obligation, is binding on all authorities of Member States including, for matters within their jurisdiction, the courts. It follows that, in applying the national law and in particular the provisions of national law specifically introduced in order to implement Directive no. 76/207, national courts are required to interpret their national law in the light of the wording and the purpose of the directive in order to achieve the result referred to in the third paragraph of Article 189.” Prechal, *Directives in European Community Law*, s. 200.

⁸³ Joutsamo *et al.*, *Eurooppaoikeus*, s. 310.

nänsä jo yhteisöoikeudessa sovellettu 234 artiklan (ent. 177 artiklan) mukainen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen *ennakkoratkaisumenettely* sekä sitä tukeva *acte clair* -oppi perustuvat ajatukseen yhteisöoikeuden normien yhdenmukaisesta ja yhtenäisestä tulkinnasta koko yhteisön alueella.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on ottanut aktiivisen eli ”lainsäätäjän roolin” periaatteellisesti erittäin merkityksellisten ja kauaskantoisten, manner-eurooppalaisen ja pohjoismaisen oikeustradition länsäätäjän ja tuomioistuinten keskinäistä institutionaalista työnjakoa koskevien yleisten valtiosääntöoikeudellisten periaatteiden valossa pikemminkin länsäätäjän kuin tuomioistuinten asialliseen toimivaltaan kuuluvien oikeuskysymysten ratkaisijana.⁸⁴ Tältä osin yhteisöoikeudellisen ratkaisukäytännön institutionaalisena taustajustificaatina ei voi olla oikeudellinen yhdenvertaisuus ja ennakoitavuus, koska sanotut ratkaisut ovat luoneet pikemminkin oikeudellista yllätyksellisyyttä kuin ennakoitavuutta, eikä myöskään parlamentaarinen demokratiaperiaate, koska ei ole kyse ratkaisusta, joihin parlamentaarinen tai demokraattinen kontrolli yltäisi. Periaatteellisesti erittäin merkittäviä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tekemiä ratkaisuja ovat esimerkiksi oppi yhteisöoikeuden ensisijaisuudesta kansalliseen oikeuteen nähden, mukaan lukien kansalliset perustuslait (*Costa v. ENEL* 6/64, yms.), oppi yhteisöoikeudellisten direktiivien välittömästä vaikutuksesta (*Marleasing* C-106/89, yms.) sekä oppi yhteisön jäsenvaltion vahingonkorvausvastuusta tapauksessa, jossa direktiiviä ei ole asianmukaisesti saatettu voimaan (*Francovich* C-6/90 & C-9/90, yms.).

Siltä osin kuin demokratiaperiaate tai oikeudellisen yhdenvertaisuuden ideaali ei kykene tarjoamaan yhteisöoikeudelliselle länsäädännölle tai Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön palautuville yleisille oikeusohjeille riittävää institutionaalista justificatioperustetta, sen oikeuttamisperusteena on *residuaalinen* eli vain jäännösperiaatteen tavoin toimiva *suvereniteettiperiaate*. Hallinnollinen ja oikeudellinen suvereniteettiperiaate viittaa Euroopan yhteisön ja – tässä – Suomen liittymissopimuksella Euroopan yhteisön toimielimille delegoituun länsäädäntö- ja tuomiovaltaan sekä vastaaviin oikeudellisen toimivallan kavennuksiin Suomen valtiopäiville kokoontuneen eduskunnan ja suomalaisten tuomioistuinten ja muiden viranomaisten toimivallassa. Kyse on ylimmän vallanpitäjän antamien määräysten oikeudellisesta pakottavuudesta niiden tehosteena olevien virallisten sanktioiden perusteella ilman, että kyseinen länsäädäntö tai oikeuskäytäntö voisi tukeutua parlamentaariseen demokratiaperiaatteeseen tai oikeudellisen yhdenvertaisuuden ideaaliin länsäädännön ja tuomioistuinikäytännön yleisenä institutionaalisena oikeutuksena.

⁸⁴ Vastakkaisia kantoja edustavat yhtäältä Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice. A Comparative Study in Judicial Policymaking, passim*; ja toisaalta Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, s. 384–401 (”Is the European Court ’Running Wild’?”).

Suvereniteettiperiaatteen käytännön ilmentyminä voi olla esimerkiksi Euroopan yhteisön *hallinnollinen tehokkuus*, oikeudellisen *sääntelyn vaikuttavuus* yhteisön alueella, mitä yhteisöoikeuden ensisijaisuutta kansalliseen oikeuteen nähden korostavat tuomioistuinratkaisut pyrkivät edistämään, tai yleinen *taloudellinen kustannustehokkuus* ja tehokkaasti toimivien sisämarkkinoiden kilpailuoikeudelliset näkökohdat. Suvereniteettiperiaatetta on koetettu muuntaa lähemmäs lainsäädännöllistä demokratiaperiaatetta viittaamalla yhtenäisen Euroopan ideaan, kansalaisten Eurooppaan, (yleis)eurooppalaiseen identiteettiin ja Euroopan liittovaltiokehitykseen, jota yhteinen raha, yhteiset kulttuurihankkeet ja puolustusyhteistyö tahollaan ilmentävät. Parlamentaarisen demokratiaperiaatteen kaltaista legitimaatiota ja ”läpinäkyvyyttä” senkaltaiset perusteet eivät kuitenkaan pysty tarjoamaan yhteisöoikeudellisille säädöksille ja viranomaisratkaisuille.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden velvoittavuus perustuu sekin osin oikeudellisen yhdenvertaisuuden ideaaliin, jonka kohdemääränä ovat nyt Euroopan ihmisoikeussopimuksen suojaamat ihmis- ja perusoikeudet sanotun sopimuksen soveltamisalueella, sekä osin pakottava suvereniteettiperiaate, koska ihmisoikeuksien ylikansallinen valvontajärjestelmä rajoittaa osaltaan Suomen kansallista suvereniteettia lainkäyttövallan rajoitusten merkityksessä. Asiallisesti on toki kyse myös aineellisen oikeudenmukaisuuden täsmentymisestä ihmisoikeuksien soveltamiskontekstissa.

Aineelliset oikeusperiaatteet ja reaaliset argumentit eli yhteiskunnallinen seuraamusharkinta ja vastaavat muut sisällölliset ratkaisuperusteet ilmentävät eri tavoin kansalaisten aineellista eli ratkaisun sisällölliseen *hyväksyttävyyteen* ja *kohtuullisuuteen* kohdistuvaa oikeusturvaodotusta. Institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja vastaavat ratkaisustandardit, joilla on Ronald Dworkinin tarkoittamalla tavalla sisällöllisen painoarvon ulottuvuus (engl.: *a dimension of weight*), toteuttavat aineellista tehtävää tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa. Reaaliset argumentit kiinnittyvät oikeudellisen tulkinnan ennakoitavissa oleviin yhteiskunnallisiin vaikutuksiin. Reaalisten argumenttien ja muiden ei-institutionaalisten oikeuslähteiden, kuten aineellisten oikeusperiaatteiden, lainopin tulkintasuositusten tai yleiseurooppalaisesta oikeuskäytännöstä irrallisten oikeusvertailevien tulkintaperusteiden, merkitys tuomarin ratkaisuharkintaa ohjaavina ratkaisuperusteina on heikompi kuin varsinaisten institutionaalisten oikeuslähteiden, kuten lainsäädännön, virallisen lainvalmisteluaineiston tai prejudikaattien ja muun oikeuskäytännön, koska ensin mainittujen tueksi ei ole mahdollista viitata lainsäätäjän tai tuomioistuinten kaltaisiin institutionaalisiin toimijoihin ja näiden kesken vahvistettuun yhteiskunnalliseen työnjakoon sekä institutionaalisiin oikeuttamisperusteisiin. Kyse on sen sijaan oikeusjärjestelmän sisäisestä sääntelylogiikasta ja sen liittymistä erilaisiin oikeudellisesti merkityksellisiin sääntösidonnaisiin yhteisöllisiin käytän-

töihin, joiden institutionaalinen tuki on määritelmällisesti oikeussääntöjä heikom-
paa (= aineelliset oikeusperiaatteet) tai kokonaan institutionaalista tukea vailla
oleviin tulkintaperusteisiin (= lainoppi, oikeusvertailu, reaalin argumentaatio).

Tavanomaisen oikeuden taustajustifikaationa on viittaus kaikkiaan neljään
edellä mainittuun institutionaaliseen ja ei-institutionaaliseen oikeuttamisperus-
teeseen: lainsäädännön taustalla vaikuttavaan demokratiaperiaatteeseen, preju-
dikaatiooikeuden ilmentämään oikeudellisen yhdenvertaisuuden ideaan, oikeus-
subjektien siviilioikeudelliseen tahdonautonomiaan sekä aineelliseen oikeuden-
mukaisuuteen. Tavanomaisen oikeuden merkitys on ensinnäkin tunnustettu voi-
massa olevan oikeudenkäymiskaaren 1:11:ssä, joten tältä osin sen oikeusläh-
deopillinen merkitys on palautettavissa demokratiaperiaatteeseen lainsäätäjän
selväsanaisen hyväksynnän merkityksessä. Tavanomaisoikeudellisilta käytän-
nöiltä edellytetään jo määritelmällisesti vakiintuneisuutta, mikä liittyy ne preju-
dikaattiperustaisen oikeuden ja muun oikeuskäytännön taustalla vaikuttavan oi-
keudellisen ennakoitavuuden eli kansalaisten muodollisen oikeusturvan ja perus-
teltujen odotusten suojaamisen yhteyteen. Erilaiset tavanomaisoikeudelliset käy-
tännöt voidaan nähdä oikeudenalakohtaisina hiljaisina tai – harvemmin – selvä-
sanaisina sopimuksina eri osapuolten kesken, joten niissä on aineksia myös yksi-
tyisoikeudellisesta tahdonautonomian kunnioittamisen periaatteesta. Lisäksi ta-
vanomaisen oikeuden käytäntöjen on oltava lain mukaan sisällöllisesti hyväksyt-
täviä, joten ne toteuttavat myös aineellista oikeudenmukaisuutta eli kansalaisten
sisällöllistä oikeusturvaodotusta. Sitä vastoin viittaus oikeuden pakottavuuden
perustelevaan suvereniteettiperiaatteeseen ei ole tarpeen tavanomaisoikeudellis-
ten käytäntöjen perustelemiseksi. Eri justifikaatioperiaatteista sopimusoikeudel-
lisen tahdonautonomian kunnioittaminen sekä oikeudellista ennakoitavuutta ko-
rostava oikeudellisen yhdenvertaisuuden idea ovat suhteellisesti vahvimmat oi-
keuttamisperusteet tavanomaisen oikeuden taustalla.

Muista mahdollisista oikeuslähteistä *lainopillinen oikeuskirjallisuus* on epäit-
senäinen suhteessa muihin oikeuslähteisiin. Sen tehtävänä on tuottaa perusteltuja
tulkinta-, systematisointi- ja punnintakannanottoja voimassa olevan oikeuden
tietyntekisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä, tukeutuen joko vallitsevaan
tuomarinideologiaan eli tuomioistuinten ja muiden viranomaisten eli institutio-
naalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämään oikeuslähde- ja laintulkin-
taoppiin tai, vaihtoehtoisesti, johonkin muuhun tutkijan itsensä preferoimaan
oikeus- ja yhteiskuntaideologiaan, joka ei allekirjoita vallitsevan lainsäädäntö- ja
tuomarinideologian oikeuslähdeopillisia ja argumentaatioteoreettisia sitoumuk-
sia. Lainopin hyödyntämät oikeudelliset tulkintaperusteet viittaavat aina muihin,
yhtäältä institutionaalisiin ja toisaalta ei-institutionaalisiin oikeuslähteisiin esi-
merkiksi lainsäädännöstä, prejudikaateista ja muusta oikeuskäytännöstä, viralli-
sesta lainvalmisteluaineistosta tai tavanomaisoikeudellisista käytännöistä johdet-
tujen oikeudellisten tulkinta-argumenttien merkityksessä. Siksi lainopin tuotta-

mien oikeuslauseiden oikeuttamisperuste on sanotulla tavalla *avoin* eli johdettavissa kulloinkin käytettävissä olevasta oikeudellisesta argumenttiaineistosta ja siihen palautettavissa, eikä lainopilla ole (enää) omaehtoisen tulkintaperusteen asemaa. Rooman sitaattilakien ja auktoriteettiperustaisen lainopin aika on peruuttamattomasti mennyt.

Lainopin tulkintakannattojen oikeuttamisperuste on siis johdettavissa kulloinkin sovellettavasta institutionaalisesta tai ei-institutionaalisesta oikeuslähteestä. Kun lainopin tulkintakannanoton tueksi viitataan lainsäädäntöön, edellytettynä institutionaalisena taustapremissinä on parlamentaarisen demokratiaperiaatteen mukainen lainsäätäjän tahdon kunnioittaminen. Kun lainopin tulkintakannanoton perusteluna on esitetty viittaus prejudikaattiperustaiseen oikeuteen tai muuhun vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön tahi oikeudellista yhtenäisyyttä luovaan muuhun viranomaiskäytäntöön, sen taustajustifikaationa on oletus oikeudellisesta yhdenvertaisuudesta sekä oikeudellisesta jatkuvuudesta ja ennakoitavuudesta. Kun lainopin tulkintakannanotoissa viitataan vakiintuneeseen tavanomaisoikeudelliseen sopimus- tai muuhun käytäntöön, hyväksytään samalla ajatus tavanomaisoikeudellisen normiston taustalla vaikuttavien institutionaalisten ja osin ei-institutionaalisten oikeuttamisperusteiden moninaisuudesta. Kun lainopissa viitataan yhteisöoikeudelliseen sääntelyyn tai Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön tulkintaperusteena, taustaoletuksena on sitoutuminen yhteisöoikeuden keskeisesti ilmentämään oikeudellisen suvereniteettiperiaatteeseen.

Kun lainopin tutkija viittaa institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttiviin oikeusperiaatteisiin tai vastaaviin ratkaisustandardeihin, hän sitoutuu samalla ideaan Suomen oikeuteen eriasteisesti rakenteistuneista yhteiskunnallisista arvoista ja tavoitteista, joita erilaiset sääntösidonnaiset, oikeudellisesti merkitykselliset yhteiskunnalliset käytännöt ilmentävät. Kun hän tukeutuu reaalisiin argumentteihin tai muihin puhtaasti sisällöllisiin ratkaisuperusteisiin, joilta oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden edellyttämä rakenteistuminen suomalaisen yhteiskunnan institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan puuttuu, hän sitoutuu samalla aineellisen oikeudenmukaisuuden ideaan oikeudellisen ratkaisuharkinnan keskeisenä kriteerinä. Lainopin tulkintakannanoton tueksi esitetty viittaus muuhun lainopilliseen kirjallisuuteen noudattaa argumentatiivisella metatasolla vastaavaa avointa justifikaatiologiikkaa, jonka sisältö on riippuvainen kulloinkin kyseeseen tulevasta oikeuslähteen tai oikeudellisen ratkaisuperusteen luonteesta.

Muut oikeuslähdeopin tunnustamat tulkinta- tai ratkaisuperusteet tukeutuvat yksinomaan aineelliseen yhteiskunnalliseen oikeudenmukaisuuteen. *Reaaliset argumentit* viittaavat määrätyn oikeudellisen tulkinnan ennakoitavissa oleviin yhteiskunnallisiin vaikutuksiin. *Oikeusvertailevat* näkökohdat ovat eurooppaoikeudellisessa tulkintakontekstissa tietyin edellytyksin poikkeus yksinomaan aineelliseen oikeudenmukaisuuteen palautuvasta oikeuttamisperusteesta: ajatus

Euroopan yhteisön oikeuden *yhtenäistulkinnasta* eli yhteisöoikeuden *tulkinta-vaikutuksesta* asettaa kansallisille lainsoveltajille velvollisuuden tulkita yhteisöoikeuden normeja samalla tavoin Euroopan yhteisön eri jäsenmaissa, jolloin sanotunlaiset oikeusvertailevat argumentit saattavat tukeutua myös yhteisöoikeuden taustalla vaikuttaviin institutionaalsiin oikeuttamisperiaatteisiin.

3.6. Oikeudellinen metateoria eli oikeuden institutionaalinen metakonteksti

Se, miten eri oikeuslähteet ja niiden taustalla vaikuttavat institutionaaliset oikeuttamisperusteet tulee suhteuttaa toinen toisiinsa, on seurausta yhteisöllisesti omaksutusta *oikeudellisesta metateoriasta* eli oikeuden *institutionaalisesta metakontekstista*.

Oikeusvaltioperiaate on vallitseva oikeudellinen metateoria eli oikeuden institutionaalinen metakonteksti, joka yhdistää (a) parlamentaarista lainsäädäntöä tukevaa *demokratiaperiaatetta* eli lainsäätäjän tahdon kunnioittamisen periaatetta, (b) yhtäältä sopimusoikeudellista ja toisaalta tavanomaisoikeudellista oikeussubjektien *tahdonautonomian* kunnioittaminen periaatetta sekä (c) prejudikaattiperustaisen oikeuden ja muun oikeus- ja viranomaiskäytännön taustalla vaikuttavaa *oikeudellisen yhdenvertaisuuden* periaatetta.

Euroopan yhteisön lainsäädännön sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden osalta vetoaminen oikeusvaltioperiaatteeseen on vain osittain mahdollinen eurooppaoikeudellista lainsäädäntöä rasittavan demokratiavajeen sekä Euroopan yhteisön ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuissaan toteuttaman teleologisen tai dynaamis-evolutiivisen tulkintaideologian sekä sitä seuraavan ajoittaisen oikeudellisen ennakoimattomuuden vuoksi. Oikeudellisen norminannon itseisarvoiseen pakottavuuteen sekä taloudellis-hallinnolliseen tehokkuuteen perustuva *suvereniteettiperiaate* vaikuttaa sen vuoksi keskeisesti eurooppaoikeudellisen oikeusnormiston taustalla ilman, että se voitaisiin asettaa laajemman *oikeudellisen* metakontekstin alle. Eurooppaoikeuden institutionaalisena metakontekstina on varsin jäsentymätön idea yhtenäisestä Euroopasta, jota sekä yhteisöoikeuden että ihmisoikeuksien avulla koetetaan toteuttaa, mutta ilman, että se olisi oikeusvaltioperiaatteen tavoin kiteytynyt oikeudelliseksi ideaaliksi. Kyse ei toisin sanoen ole varsinaisesti oikeudellisesta vaan yleisemmin Euroopan yhteisön jäsenmaita ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaita yhdistävästä taloudellisesta, hallinnollisesta ja kulttuurisesta ideologiasta ja identiteetistä.

Vallitseva *yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuusteoria* vaikuttaa erilaisten aineellisten oikeuslähteiden, kuten reaalisten argumenttien tai yleiseurooppalaisen soveltamiskontekstin ulkopuolella hyödynnettävien oikeusvertailevien argu-

menttien, yhteiskunnallisena metakontekstina. Kyse on toisin sanoen oikeudellisista ratkaisuperusteista, joilla ei ole formaalien oikeussäntöjen vahvaa institutionaalista tukea tai Suomen oikeuteen eriasteisesti rakenteistuneiden oikeusperiaatteiden ja vastaavien ratkaisustandardien edellyttämää suhteessa heikompaa institutionaalista tukea taustallaan, vaan niiden merkitys tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkinnassa sekä institutionaaliseen tuomarireferenssiin sitoutuneen lainopin tutkijan oikeudellisessa argumentaatiossa perustuu yksinomaan niiden aineelliseen hyväksyttävyyteen ja oikeudenmukaisuuteen.

Oikeusvaltioperiaatteen eri osatekijöille annettavat painoarvot vaihtelevat yhtäältä roomanis-germaanisen ja skandinaavisen oikeuskulttuurin sekä toisaalta *common law* -oikeuskulttuurin maissa. Roomanis-germaanisen ja skandinaavisen oikeuskulttuurin maissa on omaksuttu oikeudellinen ideologia, joka korostaa lainsäädännön ensisijaisuutta suhteessa muihin institutionaalisiin ja ei-institutionaalisiin oikeuslähteisiin. Prejudikaattiperustainen oikeus ja muu tuomioistuinja viranomaiskäytäntö, sopimusperustainen oikeus sekä tavanomainen oikeus on toisin sanoen nähty vain muodollisin perustein velvoittavaa lainsäädäntöä täydentävinä oikeuslähteinä. Mahdollisessa normikonfliktitilanteessa lainsäädäntö katsotaan lähtökohtaisesti ensisijaiseksi oikeuslähteeksi suhteessa muihin vahvaa institutionaalista tukea nauttiviin oikeudellisiin ratkaisuperusteisiin, kuten prejudikaatteihin ja muuhun oikeuskäytäntöön, vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin tavanomaisen oikeuden merkityksessä sekä sopimusoikeudellisiin käytäntöihin oikeudellisen sopimuskonstituution ja oikeudellisen vastuunjaon kriteereinä. Samalla lainsäädännön ja välillisesti myös lainvalmisteluaineiston taustalla vaikuttava parlamentaarinen *demokratiaperiaate* on katsottu vahvemmaksi institutionaaliseksi oikeuttamisperiaatteeksi kuin yhtenäisen oikeuskäytännön taustalla vaikuuttava kansalaisten oikeudellinen yhdenvertaisuus, sopimusoikeudellinen tahdonautonomian kunnioittamisen periaate tai se institutionaalisten oikeuttamisperusteiden yhdistelmä, joka vaikuttaa tavanomaisen oikeuden velvoittavuuden taustalla.

Eurooppaoikeudellinen oikeuskäytäntö on merkinnyt murtumaa tähän lainsäädäntökeskeiseen oikeudelliseen metakontekstiin: *Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevät yleiset oikeusohjeet* ovat tietysti edellytyksin kansalliseen perustuslakiin, kansalliseen lainsäädäntöön sekä kansallisiin prejudikaatteihin rinnastuvia oikeudellisia ratkaisuperusteita. Ne saattavat syrjäyttää kansalliset säädökset ja jopa kansallisen perustuslain tilanteessa, jossa on kyse vahvasti yleiseurooppalaiseen oikeuskäytäntöön rakenteistuneesta ratkaisusta, joka tavallisimmin jäsentää keskeisiä valtiosääntöoikeudellisia kysymyksiä yhteisöoikeudellisessa soveltamiskontekstissa, esimerkiksi yhteisöoikeuden normien ja kansallisten normien keskinäissuhteen määrittämisen merkityksessä, tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen keskeisimpien normien tulkintaa ihmisoikeusnormiston soveltamiskontek-

tissa. Vaikka yhteisöoikeudellisen lainsäädännön sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöstä yleistetyn oikeusnormiston institutionaalinen taustajustificatio on olennaisesti heikompi kuin kansallisen lainsäädännön tai kansallisen prejudikaatiooikeuden, koska eurooppaoikeudellisen normiston oikeuttamiseksi joudutaan turvautumaan myös arvoteoreettisessa katsannossa varsin heikkoon *suvereniteettiperiaatteeseen*, niiden tosiasiallinen merkitys suomalaisen tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa on – tai ainakin voi olla – vahva osin ulko-oikeudellisten eli toteutuneen integraatioprosessin taloudellis-poliittisten tekijöiden vuoksi.

Tavanomaisen oikeuden justifikaatioteoreettinen perusta tukeutuu siis demokratiaperiaatteeseen, oikeudelliseen yhdenvertaisuuteen, siviilioikeudellisen tahdonautonomian kunnioittamiseen sekä aineelliseen oikeudenmukaisuuteen. Vaikka sen argumentaatioteoreettinen oikeutus on näinkin monitahoinen, tavanomaisella oikeudella on vain täydentävä rooli suhteessa vahvimpiin institutionaalsiin oikeudellisiin ratkaisuperusteisiin eli lainsäädäntöön, sopimusperustaiseen oikeuteen sekä prejudikaatteihin ja muuhun vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön. Tavanomainen oikeus voitaisiin myös tulkita sopijapuolten omaksuman hiljaisen sopimuskonstruktion avulla. Pelkästään aineellista oikeudenmukaisuutta ilmentävillä ratkaisuperusteilla, kuten yleiseurooppalaisesta soveltamiskontekstista irrotetuilla oikeusvertailevilla tulkintaperusteilla sekä reaalisilla argumenteilla, on vain institutionaalisia ratkaisuperusteita täydentävä rooli tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa. Siirtymää suoraan oikeudelliseen finalismiin ja vaikkapa oikeustaloustieteelliseen laintulkintaoppiin ohi institutionaalisten oikeuslähteiden ei ole, jos ja kun argumentaation *oikeudellisuus* ja sidonnaisuus oikeuden *institutionaaliseen perustaan* tahdotaan säilyttää.

Kokoavasti oikeuslähteopin taustalla vaikuttava oikeudellinen metateoria eli yhteiskunnallinen metakonteksti voidaan ilmaista seuraavasti:

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.

Kokoavasti eri oikeuslähteiden *institutionaalinen tai ei-institutionaalinen oikeuttamisperuste, rakenteistuminen* Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eli niiden suomalaisessa yhteiskunnassa nauttima eriasteinen *institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä*, vallitseva *oikeudellinen metateoria* eli oikeuden *institutionaalinen metakonteksti* sekä oikeuslähteen suhteellinen *sääntöformalismi* tai *argumentatiivinen avoimuus* voidaan esittää seuraavan aukeaman kaavion muodossa.

Kaavio 6: Oikeuslähteiden institutionaaliset ja ei-institutionaaliset oikeuttamisperusteet, institutionaalinen tuki yhteiskunnassa, oikeudellinen metateoria sekä sääntöformalsmi tai argumentatiivinen avoimuus

Oikeuslähde	Institutionaalinen tai ei-institutionaalinen oikeuttamisperuste	Rakenteistuminen: institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä	Oikeudellinen metateoria eli oikeuden institutionaalinen metakonteksti	Sääntöformalsmi/ Argumentatiivinen avoimuus
<i>Kansallinen lainsäädäntö</i>	Demokratiaperiaate: lainsäätäjän tahdon kunnioittaminen	Perustuslain 2 §	Oikeusvaltioperiaate = demokratiaperiaate + oikeudellinen yhdenvertaisuus + tahdonautonomia	oikeussäännöt (+ oikeusperiaatteet)
<i>Lainvalmisteluaineisto</i>	(demokratiaperiaate)	Lainsäädäntö & lainvalmistelukäytännöt		
<i>Prejudikaatit</i>	Oikeudellinen yhdenvertaisuus: muodollinen oikeusturva	Perustuslain 6 §	Oikeusvaltioperiaate = demokratiaperiaate + oikeudellinen yhdenvertaisuus + tahdonautonomia	<i>ratio decidendi</i> (= sääntö/periaate)
<i>Yksityisoikeudelliset sopimukset</i>	Tahdonautonomia: yksityisoikeudellisten määräämistoimien kunnioittaminen	Siviilioikeudellinen lainsäädäntö		
<i>Tavanomainen oikeus</i>	Tahdonautonomia + Demokratiaperiaate + Oikeudellinen yhdenvertaisuus + Aineellinen oikeudenmukaisuus	Yhteiskunnalliset sopimus- ja muut vastaavat käytännöt + oikeudenkäymiskaari 1:11		oikeussäännöt/ oikeusperiaatteet

<i>EY-lainsäädäntö</i>	Suvereniteettiperiaate: ylimmän vallanpitäjän määräysten pakottavuus	Euroopan yhteisön perustamis- sopimus + Suomen liittymis- sopimus	Demokratiaperiaate/ Suvereniteettiperiaate	oikeussäännöt (+ oikeus- periaatteet)
<i>Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuista ilmenevät yleiset oikeusohjeet</i>	Oikeudellinen yhden- vertaisuus + Suvereniteettiperiaate	Euroopan yhteisön perustamis- sopimus + Suomen liittymis- sopimus + yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö	(Suvereniteettiperiaate)	<i>ratio decidendi</i> (= sääntö/periaate)
<i>Euroopan ihmis- oikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevät yleiset oikeusohjeet</i>	Oikeudellinen yhden- vertaisuus + Suvereniteettiperiaate (+ aineellinen oikeuden- mukaisuus)	Euroopan ihmisoikeussopimus + yleiseurooppalainen oikeus- käytäntö	(Suvereniteettiperiaate)	<i>ratio decidendi</i> (= sääntö/periaate)
<i>Lainopillinen oikeuskirjallisuus</i>	(avoin, riippuu hyödyn- nettävistä perusteluista)			
<i>Realiset argumentit</i>	Aineellinen oikeuden- mukaisuus	yhteiskunnalliset oikeuden- mukaisuuskäsitteet	Yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus- teoria (tai -teoriat)	(oikeusperiaatteet)
<i>Muut oikeuslähteet</i>	Aineellinen oikeuden- mukaisuus	yhteiskunnalliset oikeuden- mukaisuuskäsitteet	Yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus- teoria (tai -teoriat)	(oikeusperiaatteet)

Suomalaisen tuomarin yhtä hyvin kuin *institutionaaliseen tuomarireferenssiin* ajatuksellisesti sidotun lainopin vallitsevan doktriinin oikeuslähdeopilliset keskeismuuttajat voidaan esittää *oikeussääntöjen* kaltaisten ratkaisuperusteiden osalta seuraavasti:

Mitä suurempi on yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen *sääntöformalis-mi* eli mitä enemmän on kyse aineellisesta synty- ja oikeuttamisperusteestaan irtautuneesta oikeudellista ratkaisuperusteesta, jota ei ole tarpeen palauttaa sen taustalla vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin sen oikeudellisen velvoittavuuden perustelemiseksi ja tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi, mitä suurempi on yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen *rakenteistuneisuus* Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eli sen nauttima institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä erilaissa vakiintuneissa, oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä, ja mitä suurempi on yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen taustalla vaikuttavan *institutionaalisen oikeuttamisperiaatteen* merkitys vallitsevan *oikeudellisen metateorian* eli oikeuden institutionaalisen metakontekstin valossa, sitä suurempi on sen suhteellinen argumentaatioteoreettinen painoarvo eli oikeudellinen ratkaisuarvo tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa.

Toisaalta, *oikeusperiaatteiden* ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien osalta oikeuslähdeopilliset keskeismuuttajat voidaan esittää seuraavasti:

Mitä suurempi on yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen *argumentatiivinen avoimuus* eli mitä enemmän on kyse aineellisen synty- ja oikeuttamisperusteensa kanssa yhteenkietoutuneesta oikeudellista ratkaisuperusteesta, joka on välttämätöntä palauttaa sen taustalla vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin sen oikeudellisen velvoittavuuden perustelemiseksi ja tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi, mitä vähäisempi on yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen *rakenteistuneisuus* Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eli sen nauttima institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä erilaissa vakiintuneissa, oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä, ja mitä vähäisempi on yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen taustalla vaikuttavan *institutionaalisen tai ei-institutionaalisen oikeuttamisperiaatteen* merkitys vallitsevan *oikeudellisen metateorian* eli oikeuden institutionaalisen metakontekstin valossa, sitä vähäisempi on sen suhteellinen argumentaatioteoreettinen painoarvo eli oikeudellinen ratkaisuarvo tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa.

4. SUOMALAISEN TUOMARIN OIKEUSLÄHDEOPPI

4.1. Voimassa oleva oikeus konstruktiivisena ja instituutiosidonnaistaena käsitteenä

Voimassa oleva oikeus on *konstruktiivinen* ja *instituutiosidonnaista*, osin *staat-tinen* ja osin *dynaaminen* sekä *yhdistelmä-* eli *ryvääskäsite*, joka on määritettävissä vain viittaamalla tuomarien ja muiden virkansa puolesta ja virkavastuulla lakia soveltavien viranomaisten eli *institutionaalisten lainsoveltajien* kollektiivisesti sisäistämän *tuomarinideologian* käsittämiin institutionaalisen oikeuslähdeopin sekä oikeudellisen argumentaatioteorian sitoumuksiin yksittäisessä oikeudellisessa ratkaisutilanteessa.⁸⁵

Oikeuden ja oikeuslähteopin *instituutiosidonnaista* ja *konstruktiivisuus* tarkoittaa, että – toisin kuin esimerkiksi amerikkalaiset oikeusrealistit Oliver Wendell Holmes ja Karl Llewellyn katsoivat – voimassa oleva oikeus ei ole palautettavissa yksinomaan empiirisesti havaittavissa ja havainnoitavissa oleviin yhteiskunnallisiin tosiseikkoihin. Kyse on sen sijaan kielifilosofien John L. Austinin ja John Searlen sekä oikeusfilosofien Neil McCormickin ja Ota Weinbergerin tarkastelemista sääntösidonnaistaista eli *institutionaalistaista tosiasioista* tuomarin tai muun lakia soveltavan viranomaisen oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavien, institutionaalistaista (ja osin ei-institutionaalistaista) oikeuslähteistä johdettujen oikeudellisten ratkaisuperusteiden merkityksessä. Itse asiassa jo oikeudelliset keskeiskäsitteet ”lainsäätäjä”, ”tuomioistuim”, ”oikeudellisesti toimivaltainen viranomainen” ja ”oikeussubjekti” ovat institutionaalisia faktoja, jotka ovat määriteltävissä vain (voimassa olevien) oikeussääntöjen avulla.⁸⁶

Oikeuslähteopin *staatista* tarkoittaa, että osa institutionaalistaista oikeuslähteistä, kuten kansallinen lainsäädäntö, noudattaa edelleen Hans Kelsenin ja A.J. Merklin suljetun oikeusnormihierarkian ideaa, missä säädöksen muodollinen synty tapa määrittää yksinomaisesti sen oikeuslähteopillista ratkaisuarvoa. Ronald Dworkin luonnehti tätä kriittisesti viittaamalla säädöksen ”kantakirjaan” tai ”sukupuuhun” (engl.: *test of pedigree*) sen muodollisen syntyävän merkityksessä. Oikeuslähteopin *dynaamisuus* tarkoittaa, ettei määrätyn oikeuslähteen tai siitä johdettujen yksittäisten oikeudellisten ratkaisuperusteiden, kuten kansallisten prejudikaattien tai Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuisista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden, oikeuslähteopillinen *ratkaisuarvo* eli tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa sitova,

⁸⁵ Käsittelem oikeudellista argumentaatioteoriaa seuraavassa luvussa eli luvussa 5, ”Lainopin metodi: oikeudellinen tulkinta, systematisointi ja punninta”.

⁸⁶ Institutionaalistaista tosiasioista, McCormick & Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*.

velvoittava tai ohjaava vaikutus ole ennalta tai edes jälkikäteen vakioitavissa, vaan se on määritettävissä ainostaan tapaus- ja tilannekohtaisesti eli suhteessa yksittäiseen oikeudelliseen ratkaisutilanteeseen.

Aarnio ja Peczenik ovat puhuneet *all things considered* -tyyppisestä eli kaikki asiaanvaikuttavat näkökohdat huomioon ottavasta oikeuslähdeopillisesta arvios- ta, joka saa syrjäyttää tietyn oikeuslähteen alustavan tai lähtökohtaisen eli *prima facie* -tyyppisen velvoittavuuden. Jäänteitä staattiseen oikeuslähdeajatteluun ja Kelsenin oikeusnormihierarkiaan viittaavasta ajattelutavasta on kuitenkin havait- tavissa sekä kansallisen lainsäädännön että kansallisen ja eurooppaoikeudellisen oikeusnormiston keskinäissuhteiden jäsentämisessä. Lopullisia *jäähyväisiä Kel- senille* puhtaan oikeusopin muodollisen normihierarkian hylkäämisen merkityk- sessä ei ole syytä ainakaan vielä jättää, mutta Kelsenin ja Merklin sekä Aarnion ja Peczenikin staattinen lähestymistapa ei sovellu *dynaamisen* prejudikaattioi- keuden ja yleisesti tuomioistuinten oikeuskäytännössä syntyneen oikeuden jä- sentämiseen osana institutionaalista oikeuslähdeoppia ja oikeudellista argumen- taatioteoriaa.

Oikeuden ja oikeuslähdeopin *yhdistelmä-* eli *ryväskäsiteluonteisuus* (engl.: *cluster concept, paradigm concept*) tarkoittaa, että on kyse vaihtuva-alaisesta käsitteestä, jonka soveltamisala on ratkaistavana olevasta tapauksesta toiseen muuntuva: yksittäisessä oikeudellisessa ratkaisussa on ainakin tavallisesti ainek- sia lukuisista eri oikeuslähteistä, ja niistä kunkin painoarvo saattaa merkittävästi- kin vaihdella ratkaistavana olevan tapauksen aineellisesta sisällöstä sekä ratkai- sutilanteen yhteiskunnallisesta kontekstista riippuen. Oikeudellisilla ratkaisupe- rusteilla, jotka (a) ovat *vahvasti rakenteistuneet* Suomen oikeuden institutionaa- liseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eli nauttivat merkittävää *institutionaalista tukea* ja *yhteisöllistä hyväksyntää* erilaisissa vakiintuneissa, oikeudellisesti mer- kityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä, kuten lain- säädännössä, tuomioistuin- ja viranomaiskäytännössä, tavanomaisoikeudellisissa käytännöissä tai sopimusoikeudellisissa käytännöissä, (b) ovat *vahvasti sää- ntöformalisoituja* eli ovat irtautuneet niiden taustalla vaikuttavista tai ainakin nii- den voimaantulohetkellä vaikuttaneista yhteiskunnallisista arvo- ja/tai tavoite- perusteista ja (c) joiden taustalla vaikuttava *institutionaalinen oikeuttamisperus- te* katsotaan vallitsevan *oikeudellisen metateorian* eli oikeuden institutionaalisen metakontekstin perusteella merkittävimmäksi, on suurin oikeuslähdeopillinen ratkaisuarvo eli voimakkaimmin tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa sitova, velvoittava tai ohjaava merkitys.

Toisaalta, oikeudelliset ratkaisuperusteet, jotka (a) ovat vain *heikosti raken- teistuneet* Suomen oikeuteen ja yhteiskuntaan eli nauttivat vain heikkoa institu- tionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää erilaisissa vakiintuneissa, oikeudel- lisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä, (b) toteuttavat sääntöformalismin sijaan *argumentatiivista avoimuutta* eli ovat

määritelmällisesti kietoutuneet yhteen tiettyjen yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden kanssa ja (c) joiden taustalla vaikuttava *institutionaalinen tai ei-institutionaalinen oikeuttamisperuste* katsotaan vallitsevan oikeudellisen metateorian eli oikeuden institutionaalisen metakontekstin perusteella vähemmän merkittäväksi, ovat ratkaisuarvoltaan heikommin tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavia.

Institutionaalisen tuen (ja yhteisöllisen hyväksynnän) vaatimus on palautettavissa Ronald Dworkinin ideaan oikeusperiaatteiden nauttimasta tuesta erilaisissa yhteiskunnan sääntösidonnaisissa, oikeudellisesti merkityksellisissä ja vallitsevaa yhteiskuntamoraalia ilmentävissä käytännöissä. Itse ymmärrän institutionaalisen tuen vaatimuksen tässä laajemmin kuin Dworkin, sillä se käsittää myös oikeussääntöjen edellyttämän *vahvan institutionaalisen tuen* lainsäädännöstä, tuomioistuinikäytännöstä ja erilaisista sopimuskäytännöistä ilmenevien yhteiskunnallisten tosiasioiden merkityksessä. Määrätyn oikeuslähteen tai siitä johdetun yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen ratkaisuarvon määrittämiseksi on siis keskeistä sen:

- (a) *rakenteistuminen* Suomen oikeuteen ja yhteiskuntaan eli sen nauttima *institutionaalinen tuki* ja *yhteisöllinen hyväksyntä* erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä,
- (b) *formalisoituminen* eli suhteellinen itsenäisyys suhteessa sen taustalla vaikuttaviin tai vaikuttaneisiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin,
- (c) *institutionaalinen tai ei-institutionaalinen oikeuttamisperuste*, ja
- (d) suhde vallitsevaan *oikeudelliseen metateoriaan* eli oikeuden *institutionaaliseen metakontekstiin* institutionaaliset oikeuslähteet ja niiden oikeuttamisperusteet keskenään yhteensovittavan oikeudellisen ja institutionaalisen kokonaisteorian merkityksessä.

Nämä ratkaisevat yksittäisen oikeuslähteen tai oikeudellisen ratkaisuargumentin suhteellisen merkityksen osana tuomarien ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien ratkaisuharkintaa. Nähdäkseni seuraavanlaisten *institutionaalisten oikeuslähteiden* merkitys suomalaisen tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavina tekijöinä on perusteltavissa:

- (1) *Euroopan yhteisön lainsäädäntö*,
- (2) *kansallinen lainsäädäntö perustuslaista alemman asteisiin säädöksiin*,
- (3) *lainvalmisteluaineisto*,
- (4) *prejudikaatit* eli Suomen ylimpien tuomioistuinten ennakkoratkaisut sekä mahdolliset muut tuomioistuinratkaisut, joilla katsotaan olevan ennakkotapausarvoa,
- (5) *Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenevät yleiset oikeusohjeet*,
- (6) *Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenevät yleiset oikeusohjeet*,

- (7) yksityisoikeudelliset sopimukset,
- (8) tavanomainen oikeus silloin, kun säädännäistä oikeutta tai oikeuskäytäntöä asiasta ei eurooppaoikeudellisen tai kansallisen sääntelyn merkityksessä ole,
- (9) muut viranomaispäätökset, joiden sisältämä oikeusohje on yleistettävissä myös muihin vastaaviin tapauksiin, ja
- (10) yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö.

Myös muut eli *ei-institutionaaliset* oikeuslähteet saattavat vaikuttaa tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan, kuten:

- (11) lainopillinen oikeuskirjallisuus,
- (12) oikeusvertailevat, oikeushistorialliset, oikeuslingvistiset, oikeustaloustieteelliset ynnä muut ratkaisuperusteet, ja
- (13) reaaliset argumentit eli yhteiskunnallinen seuraamusharkinta.

Viimeksi mainittujen oikeudellisten ratkaisuperusteiden sääntöformalismin aste on alhainen, institutionaalinen tuki yhteiskunnassa on vähäinen tai olematon, eivätkä niiden tueksi esitettävissä olevat *ei-institutionaaliset oikeuttamisperusteet* eli käytännössä viittaus vallitsevaan tai kriittiseen aineelliseen oikeuden mukaisuusteoriaan ole kovin painavia vallitsevan oikeudellisen metateorian eli oikeuden institutionaalisen metakontekstin valossa. Sen vuoksi niiden tuomarin ja muun lainsoveltajan ratkaisuharkintaa ohjaava vaikutus on vähäisempi kuin suhteessa suurempaa sääntöformalismia toteuttavien, vahvempaa institutionaalista tukea nauttivien sekä vallitsevan oikeudellisen metateorian valossa institutionaaliselta oikeuttamisperusteeltaan vahvempien *institutionaalisten oikeuslähteiden* vastaava vaikutus. Oikeuslähteistä eurooppaoikeudellinen oikeuskäytäntö Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden merkityksessä on oikeuslähdeopillisessa ja argumentaatioteoreettisessa katsannossa pulmallisin. Toisaalta, *yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön* merkitys voi toteutua vain yhteisöoikeuden normien tai ihmisoikeusnormien suhteellista oikeudellista ratkaisuarvoa määritettäessä.

Eurooppaoikeudellinen oikeusnormisto koostuu määrättyjen valtiosopimusten ohella niiden perusteella annetusta lainsäädännöstä ja oikeuskäytännöstä. Se voidaan jakaa kahteen osaan. *Euroopan yhteisön oikeus* käsittää Euroopan yhteisön varsinaisen perustamissopimuksen eli Rooman sopimuksen myöhemmine muutoksineen ja lisäyksineen,⁸⁷ Euroopan yhteisön toimielinten ku-

⁸⁷ Euroopan yhteisön perustamissopimusta ovat merkittävästi täydentäneet ja muuttaneet muun muassa Euroopan yhtenäisasiakirja, Sopimus Euroopan unionista (= Maastrichtin sopimus) sekä Sopimus Euroopan unionista tehdyn sopimuksen, Euroopan yhteisöjen perustamissopimusten ja niihin liittyvien tiettyjen asiakirjojen muuttamisesta (= Amsterdamin sopimus).

ten Euroopan parlamentin, neuvoston ja komission perustamissopimuksen nojalla antamat yleiset säädökset eli *asetukset* ja *direktiivit*, oikeusohjeeltaan yleistettävissä olevat yksittäiset *päätökset* sekä *Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen antamista ratkaisuihin ilmenevät yleiset oikeusohjeet*.⁸⁸ Toisaalta, eurooppaoikeuteen sanotun termin laajassa merkityksessä voidaan lukea myös *Euroopan ihmisoikeussopimus* ja *Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamista ratkaisuihin ilmenevät yleiset oikeusohjeet*. Jaottelu voidaan nähdäkseni palauttaa ranskalaisen oikeussosiologin ja oikeusteoreetikon André-Jean Arnaud'n tekemään erotteluun "taloudellisen järjen" (ransk.: *raison économique*) ohjaaman Euroopan yhteisön tuottaman oikeusnormiston sekä "symbolisen järjen" (ransk.: *raison symbolique*) ohjaaman Euroopan ihmisoikeusnormiston merkityksessä.⁸⁹

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen kansallisten tuomioistuinten aloitteesta antamat, eurooppaoikeudellisten normien tulkintaa koskevat ennakkoratkaisut (engl.: *preliminary rulings*) on syytä erottaa varsinaisista kansallisista prejudikaateista Suomen Korkeimman oikeuden, Korkeimman hallinto-oikeuden ja mahdollisesti muiden kansallisten tuomioistuinten antamien, vastaista oikeuskäytäntöä yhtenäistävien ratkaisujen merkityksessä, vaikka molemmilla on tai ainakin voi olla tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavaa vaikutusta. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen antamissa ennakkoratkaisuissa on kyse yhteisön perustamissopimuksen eli Rooman sopimuksen Amsterdamin sopimuksella muutetun 234 artiklan (ent. 177 artiklan) mukaisesta ennakkoratkaisupyyntömenettelystä, joka sitoo ennakkoratkaisua Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelta pyytänyttä kansallista tuomioistuinta yhteisöoikeuden tulkinnassa. Muiden kuin ennakkoratkaisua pyytäneiden EY-jäsenmaiden kansallisten tuomioistuinten ja muiden viranomaisten oikeudelliseen ratkaisuharkintaan Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen antama ennakkoratkaisu vaikuttaa sen sijaan enemmän tai vähemmän sitovasti, velvoittavasti tai ohjaavasti yleisen *prejudikaatin* tavoin, mitä vaikutusta Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen hyväksymä oppi eurooppaoikeuden kansallista tulkintaa yhtenäistävästä välillisestä vaikutuksesta eli *tulkintavaikutuksesta* korostaa. Euroopan yhteisön julkilaututtuna tavoitteena on yhteisön oikeussääntöjen, oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien mahdollisimman yhdenmukainen tulkinta yhteisön jäsenmaiden käsittämällä yleiseurooppalaisella oikeusalueella, minkä

⁸⁸ Euroopan yhteisön toimielinten antamilla suosituksilla (engl.: *recommendations*) ja muilla vastaavilla lausumilla ei ole oikeudellisesti velvoittavaa vaikutusta.

⁸⁹ Arnaud, *Pour une pensée juridique européenne*, s. 294. Vrt. Mäenpää, *Eurooppalainen hallinto-oikeus. Lähtökohtia ja perusteita*, s. 5, missä kirjoittaja jakaa eurooppaoikeuden yhtäältä EY-oikeuteen ja toisaalta Euroopan neuvoston oikeuteen eli erityisesti Euroopan ihmisoikeussopimukseen perustuvaan oikeuteen.

vuoksi Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen antamista (ennakko)ratkaisuista ilmenevillä yleisillä oikeusohjeilla on yleisesti jäsenmaiden kansallista oikeudenkäyttöä ohjaavaa eli välillistä vaikutusta. Tähän viitaten voi puhua myös yhteisö-oikeudellisen *yhtenäistulkinnan* ideasta. Sinänsä jo 234 artiklan (ent. 177 artiklan) tarkoittama Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen *ennakkoratkaisumenettely* sekä sitä tukeva *acte clair* -oppi perustuvat ajatukselle yhteisöoikeudellisten normien yhdenmukaisesta tulkinnasta koko yhteisön yleiseurooppalaisella soveltamisalueella.

Eurooppaoikeudellinen oikeusnormisto syntyy *vuorovaikutussuhteessa* eli *oikeudellisena dialogina* yhtäältä kansallisten tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten sekä toisaalta Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen kesken. Kansallisilla tuomioistuimilla on oikeus ja tietyin ehdoin myös velvollisuus tehdä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle 234 artiklan (ent. 177 artiklan) mukainen *ennakkoratkaisupyyntö* asiassa, joka koskee yhteisöoikeuden tulkintaa kansallisessa soveltamiskontekstissa. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimella on puolestaan oikeudellinen toimivalta käsitellä *yksilövalitukset*, joissa joku väittää jonkin Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajavaltion loukanneen hänen ihmisoikeussopimuksessa ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä tarkemmin määriteltäviä ihmisoikeuksiaan. Sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen että Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamien päätösten kansallinen täytäntöönpano on kansallisten viranomaisten vastuulla. Sen vuoksi kumpikaan sanotuista eurooppaoikeudellista normistoa arvovaltaisesti tulkitsevista tuomioistuinista eli Luxemburgissa kokoontuva Euroopan yhteisöjen tuomioistuin tai Strasbourgissa kokoontuva Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ei kykene yksinään ja sitovalla tavalla määrittämään yksittäisen oikeusjutun myös täytäntöönpantavissa olevaa oikeudellista lopputulosta, vaan tähän tarvitaan kansallisten tuomioistuinten ja muiden viranomaisten yhteistyötä, ja tähän oikeudelliseen yhteistyöhön jäsenvaltiot ovat Euroopan yhteisön perustamissopimuksen ja jäsenvaltioiden liittymissopimusten sekä Euroopan ihmisoikeussopimuksen perusteella oikeudellisesti sitoutuneet.

Pulmallisessa oikeudellisessa soveltamistilanteessa yksittäisen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevän yleisen oikeusohjeen merkitys suomalaisen tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa on määritettävissä vain vasten enemmän tai vähemmän *yhtenäistä ja vakiintunutta yleiseurooppalaista oikeuskäytäntöä*. Tällöin on välttämätöntä arvioida sanotun oikeusohjeen suhteellinen *rakenteistuminen* Euroopan yhteisön keskeisten jäsenmaiden tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaiden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan*, jota yhtenäisen ja vakiintunut kansallinen tuomioistuin- ja viranomaiskäytäntö sanotuissa maissa heijastaa.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevä yleinen oikeusohje, joka on *vahvasti rakenteistunut* myös Euroopan yhteisön jäsenmaiden tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen ratifioineiden maiden kansalliseen oikeuteen eli nauttii vahvaa ja laajaa instituutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää sanottujen maiden kansallisessa tuomioistuin- ja viranomaiskäytännössä, on osa vakiintunutta ja yhtenäistä *yleiseurooppalaista oikeuskäytäntöä* eli *yleiseurooppalaista tulkintakäytäntöä*. Yksittäisen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevän yleisen oikeusohjeen oikeudellisen ratkaisuarvon määrittämiseksi saattaa olla tarpeen perehtyä oikeusvertailevasti myös esimerkiksi Saksan perustuslakituomioistuimen, Saksan, Ranskan, Italian ja Iso-Britannian korkeimpien oikeuksien sekä muiden Euroopan yhteisön jäsenmaiden tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaiden ylimpien tuomioistuinten ratkaisukäytäntöön, jotta sen *rakenteistuminen* yleiseurooppalaiseen oikeuskäytäntöön eli Euroopan yhteisön keskeisten jäsenmaiden tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaiden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan* olisi arvioitavissa.

Kyse on tällöin periaatteellisesti erittäin merkittävien, tavallisimmin valtiosääntöoikeudellisia toimivaltakysymyksiä käsittelevien Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisujen tai keskeisimpiä ihmisoikeuksia koskevien Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen arvioimisesta vasten sanottua yleiseurooppalaista oikeuskäytäntöä, joka voi näin saada välillisesti merkitystä myös suomalaisen tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa sanotunlaisen oikeusvertailevan tulkinta-argumentin välittämänä. Ilman keskeisten kansallisten tuomioistuinten ja viranomaisten hyväksyntää esimerkiksi *Costa v. ENEL* (6/64) ja *Simmenthal II* (106/77) -tapauksen vakiinnuttama oppi yhteisöoikeuden etusijasta jäsenmaiden kansalliseen oikeuteen nähden oli oikeuslähdeopilliselta asemaltaan varsin epäselvä. Vasta kun sanottu oppi oli vähitellen hyväksytty yhteisön jäsenmaiden kansallisten perustuslakituomioistuinten ja vastaavien tuomioistuinten toimesta – mitä esimerkiksi Saksassa *Internationale Handelsgesellschaft GmbH* eli *Solange I* -tapaus (11/70 & 2 BvL 52/71); *Wünche Handelsgesellschaft* eli *Solange II* -tapaus (2 BvR 197/83), *Kloppenburger* (2 BvR 687/85) sekä ratkaisussa *Maastrichtin sopimuksesta* (2 BvR 2134/92 & 2159/92); Ranskassa *Maastricht I* (92–308 DC) ja *Maastricht II* (92–312 DC) sekä Italiassa *Frontini v. Ministero delle Finanze* (183/73) tapaukset ilmentävät – voitiin arvioida, että se kuuluu yleiseurooppalaiseen oikeuteen riittävän kansallisen resection eli kansallisissa tuomioistuinissa nauttivan institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän vuoksi.⁹⁰ Sama tulkinta-argumentti voidaan ulottaa myös Euroopan

⁹⁰ Ks. yleisesti Oppenheimer, toim., *The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases*, s. 17–22 siinä mainittuine tapauksineen.

ihmisoikeustuomioistuimen antamiin linjaratkaisuihin ja niiden hyväksyntään kansallisissa tuomioistuimissa ja viranomaisissa.

Kansallisen tuomarin oikeudellisen ratkaisuharkinnan osana valtaosa Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevistä yleisistä oikeusohjeista on oikeuslähteopilliselta ratkaisuarvoltaan enemmän tai vähemmän riidattomia, ja oikeuslähteopillisesti pulmalliset tapaukset ovat harvalukuisia poikkeuksia. Tarkasteltaessa sisämarkkinoiden toimivuutta, yhteisön kilpailulainsäädännön tulkintaa ja kansallisia tuotantotukia Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneessa oikeuskäytännössä tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen artiklojen tavanomaiseksi vakiintuneita tulkintoja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä viittaus yleiseurooppalaiseen oikeuteen on käynyt tarpeettomaksi, kun sanottu tulkintakäytäntö on saanut *yhtenäisen ja vakiintuneen* yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön hyväksynnän.

4.2. Euroopan yhteisön lainsäädäntö

Voimassa oleva Euroopan yhteisön oikeus voidaan jakaa yhtäältä *primääriseen yhteisöoikeuteen* yhteisön kolmen perustamissopimuksen⁹¹ ja niiden myöhempien muutosten ja lisäysten sekä uusien jäsenvaltioiden, kuten Suomen, liittymissopimusten merkityksessä, toisaalta sanotuista perustamissopimuksista velvoittavuutensa saavaan *johdettuun yhteisöoikeuteen* yhteisön toimielinten eli Euroopan parlamentin, neuvoston ja komission antamien asetusten ja direktiivien, oikeusperusteeltaan yleistettävissä olevien yksittäisten päätösten sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen antamista ratkaisuksista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden merkityksessä. Yhteisön perustamissopimuksia ovat merkittävästi täydentäneet ja muuttaneet muun muassa *Euroopan yhtenäisasiakirja*, Sopimus Euroopan unionista eli *Maastrichtin sopimus*, *Amsterdamin sopimus* ja viimeisimpänä *Nizzan sopimus*, joka mahdollistaa yhteisön laajentamisen yli nykyisten 15 jäsenmaan. Tarkoitin Euroopan yhteisön lainsäädännöllä *perustamissopimusten* jäsenvaltioita sitovien sopimusmääräysten sekä yhteisöoikeudellisten *asetusten* ja *direktiivien* kokonaisuutta. Lisäksi yhteisön toimielinten antamilla yksittäisillä

⁹¹ Alkuperäiset kolme yhteisöä ovat Rooman sopimuksella perustettu Euroopan (talous)yhteisö, Euroopan hiili- ja teräsyhteisö sekä atomienergiayhteistyösopimuksella EURATOM perustettu yhteisö. Näistä *Rooman sopimus* on oikeudellisesti ja myös taloudellis-poliittisesti merkittävin, joten keskityn jatkossa sen oikeuslähteopilliseen merkitykseen suomalaisen tuomarin tai muun lainsoveltajan näkökulmasta. Euroopan hiili- ja teräsyhteisön perustamissopimuksen voimassaoloajaksi määrättiin vuonna 1952 sanotun sopimuksen 97 artiklan mukaan 50 vuotta, joten sen muodollinen voimassaolo päättyi vuonna 2002. Euroopan yhteisö(je)n sopimusoikeudellisista muutoksista huolimatta Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen nimi on säilynyt ennallaan.

päätöksillä voi olla yleistä sovellettavuutta, jolloin ne rinnastuvat oikeusvaikutuksiltaan yhteisöoikeudellisiin säädöksiin eli asetuksiin ja direktiiveihin.

Euroopan yhteisön lainsäädäntö velvoittaa Suomen tuomioistuimia ja viranomaisia Suomen vuonna 1994 solmiman ja seuraavana vuonna voimaan tulleen Euroopan yhteisön liittymissopimuksen seurauksena, mikä antaa sanotuille oikeudellisille instrumenteille vahvan *institutionaalisen tuen* suomalaisessa yhteiskunnassa sekä suomalaisen tuomarikunnan kollektiivisesti sisäistämän tuomarinideologian osana.⁹² Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet on tapana erottaa oikeuslähdeopillisesti varsinaisesta eurooppaoikeudellisesta lainsäädännöstä, koska on kyse muodollisesti tuomioistuinkäytännössä syntyneestä oikeudesta, vaikka niiden oikeuslähdeopillinen merkitys rinnastuukin tietyin ehdoin yhteisöoikeudelliseen lainsäädäntöön.

Asetukset (engl: *regulations*) ovat Euroopan yhteisön jäsenmaita välittömästi velvoittavaa oikeutta. *Direktiivit* (engl.: *directives*) perustavat yhteisön jäsenmaille oikeudellisen velvoitteen, missä lainsäädännön tavoitteet on ennalta määriteltä mutta keinot niiden saavuttamiseksi on jätetty kansallisen lainsäätäjän ja kansallisten viranomaisten harkintaan. Asianmukaisesti kansallisesti voimaansaattettuina direktiivit saavat oikeusvaikutuksensa osana kansallista lainsäädäntöä lain, tasavallan presidentin tai valtioneuvoston antaman asetuksen tai sitä alemmanasteisen säädöksen osana, jolloin niiden normihierarkkinen asema osana Suomen kansallista oikeutta määräytyy vastaavasti. Tietyin ehdoin yksittäiset direktiivin säännökset voivat saada välittömiä oikeusvaikutuksia kansallisessa oikeudessa siinäkin tapauksessa, että yhteisön jäsenvaltio ei olisi saattanut direktiiviä asianmukaisesti ja ajallaan kansallisesti voimaan, minkä yleisen oikeusohjeen Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on hyväksynyt voimassa olevan yhteisöoikeuden tulkinnaksi muun muassa keskeisissä *Marleasing* (C-106/89) ja *Francovich* (C-6 & 9/90) -tapauksissa.⁹³ Edellytyksenä on se, että säännös on ehdoton ja riittävän täsmällinen, jotta sen perusteella yksilöille annetut oikeudet ovat määriteltävissä yksin direktiivin perusteella.⁹⁴ Myös yksittäisillä yhteisön toimielinten tekemillä *päätöksillä* voi olla yksittäisen tapauskontekstin ylittävää sovellettavuutta.⁹⁵

Eurooppaoikeudelliset säädökset sijoittuvat oikeuslähdeopillisesti kansallisten säädösten sekä tuomioistuin- ja viranomaisratkaisujen yläpuolelle *Costa v.*

⁹² Vrt. Heinonen, ”Näköala eiliseen ja huomiseen. Haastattelijana Aulis Aarnio”, s. 79, missä Korkeimman oikeuden emerituspresidentti Olavi Heinonen korostaa suomalaisen tuomarin kolmoisroolia paitsi perinteisen kansallisen lainsäädännön myös Suomea velvoittavien EY-normien sekä Euroopan ihmisoikeusnormien soveltajana.

⁹³ Direktiivien välittömän vaikutuksen edellytyksistä, Prechal, *Directives in European Community Law*, s. 277–305. Ks. myös Joutsamo *et al.*, *Eurooppaoikeus*, s. 73–76.

⁹⁴ Joutsamo *et al.*, mts. 74.

⁹⁵ Joutsamo *et al.*, mts. 79–82.

ENEL (6/64) sekä *Simmenthal II* (106/77) -tapauksista ilmenevän yhteisöoikeudellisen *etusijaperiaatteen* nojalla. Kelsenin ja Merklin muodollinen säädöshierarkia sekä Aarnion ja Peczenikin staattinen oikeuslähteopin hierarkia on tältä osin edelleen pätevä kuvaus Suomen voimassa olevasta oikeudesta. Yhteisöoikeudessa neuvoston antama asetus on periaatteessa hierarkkisesti ensisijainen komission antamiin asetuksiin nähden Euroopan yhteisön sisäisen toimivalta-jaon perusteella.⁹⁶ Sen sijaan yhteisöoikeuden *asetusten* ja *direktiivien* mahdollisen ristiriidan osalta vastaavaa säädöshierarkiaa ei ole ennalta lukittu. Se, että asetukset ovat välittömästi jäsenvaltioissa sovellettavaa oikeutta, tuntuisi perustavan asetuksille vähintäänkin heikon etusijan suhteessa direktiiveihin, jotka edellyttävät aina kansallista lainsäädäntötointa. Lisäksi yhteisön asetus saa lähtökohtaisesti etusijan suhteessa kansalliseen lainsäädäntöön, mukaan lukien kansallisesti voimaansaattatut direktiivit. Käytännössä säädösten suhteellinen ikä ja ajantasaisuus voivat kääntää etusijajärjestyksen niin, että ajallisesti tuoreempi direktiivi saattaa mennä asiallisesti vanhentuneeksi katsotun asetuksen edelle.

4.3. Kansallinen lainsäädäntö

Kansallinen lainsäädäntö käsittää hierarkkisesti eriaisteiset yleiset säädökset eli *perustuslain*, tavallisessa lainsäätämisyjärjestyksessä säädetyt *eduskuntalait*, tasavallan presidentin antamat *asetukset*, valtioneuvoston antamat *asetukset ja päätökset*, ministeriöiden antamat *asetukset ja päätökset* ja niin edelleen, aina *kunnallisiin säädöksiin ja päätöksiin* asti. Normihierarkiaa voidaan periaatteessa jatkaa aina yksittäistä oikeustapausta varten ”räätelöityihin” tuomioistuin- ja viranomaisratkaisuihin asti, mutta oikeuslähteopillisesti nämä on tavallista erottaa yleisistä säädöksistä. Asianmukaisesti kansallisesti voimaansaattettuina Euroopan yhteisön direktiivit saavat oikeusvaikutuksensa osana kansallista lainsäädäntöä ja sen toteuttamaa muodollista normihierarkiaa. Samoin kansallisesti voimaansaattatut valtiosopimukset saavat oikeusvaikutuksensa Suomen oikeudessa kansallisen lainsäädännön välityksellä. Euroopan yhteisön liittymissopimus sekä Euroopan ihmisoikeussopimus ovat poikkeusasemassa niihin kumpaankin liitetyn omintakeisen ja vuorovaikutteisen ylikansallisen tuomioistuinjärjestelmän vuoksi, jota Euroopan yhteisöjen tuomioistuin ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuin sekä Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 234 artiklan *ennakkoratkaisupyyntömenettely* ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen 34 artiklan tarkoittama *yksilövalitusoikeus* toteuttavat.

Asetus voi tarkoittaa kahta eri asiaa: yhtäältä Euroopan yhteisöoikeuden säädöstä (engl.: *regulation*), toisaalta Suomen tasavallan presidentin, valtioneu-

⁹⁶ Joutsamo *et al.*, mts. 66.

voston tai ministeriön antamaa kansallista säädöstä, jolla annetaan tarkempia ohjeita lain tai ylemmänasteisten (kansallisten) asetusten soveltamisesta ja täytäntöönpanosta.

Lainsäädäntö muodostaa oikeussysteemisesti suljetun säädöshierarkian perustuslain ja tavallista lainsäätämisyjärjestystä noudattaen säädettyjen eduskuntalaki- kien yleisistä ja abstrakteista oikeusnormeista vähitellen tarkentuviin ja yksityis- kohtaistuviin erilaisiin hallinnollisiin sekä lopulta kunnallisiin säädöksiin ja pää- töksiin asti, toteuttaen Kelsenin ja Merklin formaalin oikeusnormipyramidin sekä Aarnion ja Peczenikin staattisen oikeuslähdeopin mukaista etusijajärjestys- tä. Yksittäisten säädös- tai oikeusnormikategorioiden sisällä voi myös olla jonkin verran hajontaa. Esimerkiksi Ahvenanmaan asemaa koskeva lainsäädäntö on teknisesti osa maan perustuslakia, mutta sen muuttaminen edellyttää Ahvenan- maan maakuntapäivien suostumuksen, mikä tekee kyseisten lakien muuttamises- ta jopa ”tavallisen” perustuslain muuttamista vaikeampaa. Samoin kirkkolaki, joka lakiteknisesti on voimassa tavallisen eduskuntalain tasoisena säädöksenä, edellyttää siihen tehtyjen muutosten osalta kirkolliskokouksen tekemän aloit- teen.

Kansallinen lainsäädäntö toteuttaa siis edelleen Kelsenin ja Merklin ajatusta suljetusta ja systeemisesti vakioitavissa olevasta oikeusnormihierarkiasta eli oi- keusnormipyramidista: hierarkkisesti alemmanasteisen säädöksen oikeudellinen velvoittavuus on aina johdettavissa ylemmänasteisen säädöksen antamasta nor- minantovaltuutuksesta, jolloin oikeuden viimekätistä velvoiteperustaa jäljitet- täessä päädytään lopulta historiallisesti varhaisimpaan perustuslakiin. Kysymyk- seen ajallisesti varhaisimman perustuslain itsensä velvoiteperustasta Kelsen vas- tasi viittamalla edellytetyn eli transsendentaalis-loogisen *perusnormin* (saks.: *Grundnorm*) käsitteeseen. Perusnormin sisältönä voi olla esimerkiksi: ”Voimas- sa olevaa perustuslakia ja sen nojalla annettuja alemmanasteisia säädöksiä on tuomioistuin- ja viranomaistoiminnassa noudatettava.” Perusnormi on Kelsenin soveltaman uuskantilaisen tietoteorian mukaisesti kaiken voimassa olevaa oi- keutta koskevan tiedon välttämätön, *transsendentaalis-looginen* edellytys, jonka avulla oikeusnormit ovat erotettavissa kaikesta mikä ei ole oikeutta esimerkiksi uskonnon, moraalin, tapaetiketin tai estetiikan käyttäytymisnormien merkityk- sessä. Väitettä perusnormin itsensä pätevyydestä on yhtä mahdoton osoittaa to- deksi kuin virheelliseksikään, koska on kyse oikeuden velvoittavuuden ja oikeu- dellisen tiedon viimekätisestä premissistä. Suomen voimassa olevan perustuslain 106 § (= *perustuslain etusija*) ja 107 § (= *lakia alemmanasteisten säädösten soveltamisrajoitus*) tunnustavat virallisesti Kelsenin ja Merklin oikeusnormihie- rarkian merkityksen: normihierarkkisesti alemmanasteinen säädös ei saa olla ristiriidassa perustuslain kanssa, ja mahdollinen normiristiriita tulee ratkaista viimeksi mainitun hyväksi.

Myös lainsäädännön institutionaalinen justifikaatioperuste on vahva, koska monivaiheinen ja yhtäältä erilaisiin asiantuntijalausuntoihin ja toisaalta avoimeen parlamentaariseen keskusteluun perustuva lainsäädäntöprosessi ilmentää *demokratiaperiaatetta*. Vaikka suuri osa suomalaisesta lainsäädännöstä on muun muassa Suomen kansainvälisten sitoumusten vuoksi varsin hallinnollis-teknistä ja vähemmän ”läpinäkyvää” luonteeltaan, suomalaista lainsäädäntöä ei rasita – ainakaan samassa määrin kuin Euroopan yhteisön lainsäädäntöä ja Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuksista ilmeneviä yleisiä oikeusohjeita – *demokratiavaje* eli irtautuminen kansalaisyhteiskunnan rakenteistuneesta arvoperustasta, mihin parlamentaarisen kontrollin osittainen puuttuminen on johtanut Euroopan yhteisössä. Lainsäädännössä asettujen oikeusnormien sääntöformaalisuuden aste on tai ainakin saattaa olla varsin korkea: asianmukaisesti voimaansaattettu lainsäädäntö velvoittaa ainakin periaatteessa riippumatta sen taustalla vaikuttavista tai vaikuttaneista yhteiskunnallisista arvo- ja tavoiteperusteista, eikä sitä ole oikeussäännön tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi välttämätöntä palauttaa sanottujen yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden yhteyteen. Lainsäädäntöön perustuvat oikeussäännöt ovat toisin sanoen formaaleja tai ainakin formalisoitavissa olevia oikeudellisia ratkaisuaargumentteja.

4.4. Lainvalmisteluaineisto

Lainvalmisteluaineisto eli lain esityöt (ransk.: *travaux préparatoires*)⁹⁷ käsittää lainsäädännön alkuperäisiä tavoitteita tai tarkoitusta selventävän monimuotoisen virallisaineiston, kuten eduskunnan valiokuntien antamat lausunnot lakiesityksestä, hallituksen esityksen eduskunnalle sekä lainvalmistelussa käytettyjen komiteoiden tai toimikuntien aiheita koskevat mietinnöt. Lainvalmisteluaineiston merkitys tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa perustuu ajatukseen, jonka mukaan tuomioistuinten tulee pyrkiä lainsäätäjän alkuperäisen, historiallisen tahdon tai tavoitteiden toteuttamiseen. Jos lakiehdotus muuttuu ratkaisevasti monivaiheisen eduskuntakäsittelyn kuluessa, hallituksen esitys ja sitä tukevat komiteamietinnöt käyvät muutettujen kohtien osalta epäasianmukaiseksi eikä niitä voi siltä osin käyttää laintulkinnan apuna kuin enintään analogisesti. Ymmärrettävästi lainvalmisteluaineiston ajallinen tuoreus vaikuttaa sen oikeuslähdeopilliseen painoarvoon, samoin kuin se, miten kattavasti ja yksityiskohtaisesti lain esitöissä on kyetty ennakoimaan erilaisia tulevaisuudessa toteutuvia laintulkintatilanteita. Yhteisöoikeudellisen lainsäädännön taval-

⁹⁷ Koska lainvalmisteluaineistolla ei ole *common law* -oikeudessa ja yleisesti englanninkielisellä kielialueella samaa merkitystä kuin pohjoismaisessa tai mannereurooppalaisessa oikeudessa, lainvalmisteluaineistosta käytetään englanninkielisessäkin kirjallisuudessa tavallisesti ranskankielistä termiä *travaux préparatoires*.

lisesti vahva kompromissiluonne yhteisön jäsenmaiden ristiriitaisten poliittisten ja taloudellisten tavoitteiden summana vähentää lainsäätäjän oletetun tarkoituksen käyttämistä argumenttina eurooppaoikeuden tulkinnassa.

Perustuslakivaliokunnan lausunnot ovat teknisesti osa lainvalmisteluaineistoa. Niiden tehtävä osana yksittäisten eduskuntalakien perustuslainmukaisuuden ennakovalvontajärjestelmää merkitsee samalla sitä, ettei valiokunnan lausuntoja voi rinnastaa tavanomaisiin lain esitöihin, joista saadaan tulkintatukea lain sisältökysymyksiä arvioitaessa, vaan perustuslakivaliokunnan lausunnoilla on keskeinen välittävä rooli perustuslain ja tavallista lainsäädäntömenettelyä noudattaen säädettyjen eduskuntalakien normihierarkkisen suhteen ylläpitämisessä ja keskinäisissä rajanvetokysymyksissä. Ilkka Saraviita on huomauttanut, että perustuslain 106 §:n ilmentämän säädöshierarkkisen etusijaperiaatteen vuoksi perustuslakivaliokunnan lausunnot voivat saada myös vastaista oikeuskäytäntöä ohjaavaa vaikutusta.⁹⁸ Oikeuslähdeopillisesti perustuslakivaliokunnan lausunnot rinnastuvat pikemminkin ylimpien tuomioistuinten antamiin ratkaisuihin kuin tavanomaisiin lain esitöihin. Sanottua kantaa voi perustella myös sillä, että perustuslain merkitys oikeudenkäytössä on merkittäväällä tavalla lisääntynyt vuonna 2000 toteutetun perustuslakiuudistuksen, sen sisältämän kansalaisten perusoikeuksien vahvennetun aseman sekä Suomea sitovien kansainvälisten ihmisoikeusvelvoitteiden myötä. Nyt yksittäinen laintasoinenkin säännös voidaan jättää perustuslain 106 §:n (11.6.1999/731) nojalla oikeudenkäytössä huomiotta, jos säännös on ilmeisessä ristiriidassa voimassa olevan perustuslain kanssa:

”Jos tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa asiassa lain säännöksen soveltaminen olisi ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa, tuomioistuimen on annettava etusija perustuslain säännökselle.”

Perustuslain 107 § säätää vastaavasti (kansallisen) asetuksen tai muun lakia alemman asteisen säädöksen ristiriidasta perustuslain kanssa.

Yhteisöoikeudessa lainvalmisteluaineistolla ei ole samanlaista asemaa kuin kansallisen lainsäädännön esitöillä suomalaisessa ja skandinaavisessa oikeustraditiassa, mihin myös oikeuskulttuuriset seikat osaltaan vaikuttavat. On kuvaaavaa, että Euroopan yhteisöoikeuden perusoppikirja, edesmenneen professori Kari Joutsamon ynnä muiden laatima *opus magnum* eli *Eurooppaoikeus*-teos, ei edes tunne hakusanaa ”lainvalmisteluaineisto” yhteisöoikeudellisessa merkityksessä. Yhteisöoikeudellisten säädösten *johdantotekstillä* on kuitenkin samantapainen tehtävä kuin lainvalmisteluaineistolla kansallisessa lainsäädännössä eli asetusten ja direktiivien yhteiskunnallisen kontekstin ja tavoitteiden selventäminen. Yhteisöoikeudellisen lainsäädännön usein vahva kompromissiluonteisuus

⁹⁸ Saraviita, *Perustuslaki 2000*, s. 360.

15 jäsenmaan yhteensovitetujen kansallisten intressien ja oikeuskulttuuristen eroavuuksien summana vähentää kuitenkin senkaltaisen tausta-aineiston hyödynnettävyyttä laintulkinnassa. Toisaalta, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen hyväksymä *yhtenäistulkinnan* idea pyrkii osaltaan yhtenäistämään eurooppaoikeuden tulkintaa yhteisön jäsenmaissa.

Lainvalmisteluaineiston käyttäminen oikeudellisena tulkinta- tai ratkaisuperusteena tukeutuu välillisesti *demokratiaperiaatteeseen*, joka varsinaisesti kannattelee valtiopäivillä hyväksyttyä lainsäädäntöä. Nyt on kyse välillisestä justifiikaatioperusteesta, koska lain esitöitä ei alisteta samanlaiseen parlamentaariseen kontrolliin kuin varsinaista voimaan saatettua lainsäädäntöä. Lainvalmisteluaineiston nauttima institutionaalinen tuki yhteiskunnassa on kuitenkin varsin vahva lainvalmistelussa käytettyjen erilaisten toimielinten sekä sen aikana kuultujen yksittäisten asiantuntijoiden tunnustetun aseman merkityksessä.

4.5. Sopimusperustainen oikeus

Oikeussubjektien tahdonautonomian kunnioittaminen on rakenteistunut suomalaisen yhteiskunnan institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan. *Tahdonautonomia* tarkoittaa yksittäisille oikeussubjekteille eli toimivaltaisille luonnollisille henkilöille ja oikeushenkilöille annettua oikeutta määrätä vapaasti lain sallimissa rajoissa omista yksityisoikeudellisista oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan suhteessa toisiin oikeussubjekteihin. Sopimusperustainen oikeus käsittää toisin sanoen erilaiset yksityisoikeudelliset määräämis- eli disponointitoimet, joiden avulla yksityisoikeudelliset oikeudet ja velvollisuudet ovat (rajoitetusti) luotavissa, muutettavissa ja kumottavissa sekä – sopimusteitse perustettujen yksityisoikeudellisten välitystuomioistuinten asialliseen toimivaltaan viitaten – pantavissa täytäntöön eli toteutettavissa oikeusvaikutuksiltaan. Yksityisoikeudellisia määräämistoimia tai niiden kautta syntyneitä oikeudellisia instituutioita ovat esimerkiksi vuokrasopimus, testamentti, välitystuomioistuimen perustamis-sopimus tai muu kansalaisten keskinäisiä oikeuksia ja velvollisuuksia jäsentävä sopimus. Samoin esimerkiksi yksittäisen osakeyhtiön yhtiöjärjestys on syntynyt yksityisoikeudellisen määräämistoimen tuloksena.

Vallitsevan institutionaalisen oikeuslähdeopin nojalla tuomioistuinten ja muiden lainsoveltajien tulee hyväksyä kansalaisten laatimat *yksityisoikeudelliset sopimukset* osaltaan oikeudellisen ratkaisutoiminnan perustaksi, jolleivät sopimus-oikeuden yleiset pätemättömyys- tai kohtuuttomuusperusteet täyty tapauksessa. Sopimusperustaisen oikeuden institutionaalinen tuki suomalaisessa yhteiskunnassa on vahva: tuomioistuimet antavat säännönmukaisesti kansalaisten tekemille sopimuksille oikeussuojaa, joskin oikeustoimilain 36 §:n (17.12.1982/956) tarkoittama sopimusten tapauskohtainen kohtuullistaminen sekä erilaiset heikomman sopijapuolen suojaamiseen tähtäävät järjestelyt ovatkin merkinneet

poikkeuksia lähtökohtaiseen sopimussitovuuden periaatteeseen.⁹⁹ Myös tavanomaisoikeudellinen oikeusnormisto voitaisiin ehkä palauttaa sopijapuolten hiljaisesti edellyttämän sopimuskonstruktion sekä tahdonvapautta ja luottamuksen-suojaa korostavien sopimusmallien alaisuuteen.

Valtiosopimuksiin perustuva oikeus tulee erottaa yksityisoikeudellisiin sopimuksiin perustuvasta oikeudesta. Valtiosopimukset saavat kansallisia oikeusvai-
kutuksia osana Suomen oikeutta, kun ne on ratifioitu ja saatettu asianmukaisesti
lainsäädäntötoimin kansallisesti voimaan. Euroopan yhteisön perustamissopi-
mus ja Suomen liittymissopimus sekä Euroopan ihmisoikeussopimus ovat kui-
tenkin oikeuslähdeopillisesti poikkeavassa asemassa niihin kumpaankin liitetyn
eurooppaoikeudellista oikeudenkäyttöä yhtenäistävän tuomioistuinjärjestelmän
eli Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisumenettelyn ja Euroo-
pan ihmisoikeustuomioistuimen yksilövalituksiin antamien ratkaisujen vuoksi.

4.6. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevät yleiset oikeusohjeet

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen Euroopan yhteisön perustamissopimuksen
234 artiklan (ent. 177 artiklan) nojalla antamat ratkaisut sitovat ennakkoratkai-
sua pyytänyttä kansallista tuomioistuinta yhteisöoikeuden tulkinnan osalta. Sen
ohella niillä on yleisempää kansallista oikeudenkäyttöä ohjaavaa vaikutusta,
joka rinnastuu kansalliseen prejudikaattiperustaiseen oikeuteen. Euroopan yhtei-
söjen tuomioistuin on muun muassa *von Colson* (14/83) -tapauksessa asettanut
yhteisöoikeuden yhtenäisen tulkinnan eri jäsenmaiden kansallisessa oikeuden-
käytössä yhteisöoikeudessa noudatettavaksi yleiseksi oikeusohjeksi. Oikeuskir-
jallisuudessa tähän *yhtenäistulkinnan* ideaan viitataan tavallisimmin yhteisöoi-
keuden välillisen vaikutuksen eli *tulkintavaikutuksen* (engl.: *indirect effect*) ni-
mellä. Sinänsä yhteisöoikeudessa sovellettu 234 artiklan (ent. 177 artiklan) mu-
kainen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen toteuttama *ennakkoratkaisumenet-
tely* perustuu ajatukseen yhteisöoikeuden normien yhdenmukaisesta ja yhtenäi-
sestä tulkinnasta koko yhteisön alueella.

*Euroopan yhteisöjen tuomioistuin*¹⁰⁰ on aina 1960-luvun alkuvuosista lähtien
ottanut itselleen keskeisen roolin Euroopan integraatiokehityksen edistäjänä.

⁹⁹ Sopimussitovuuden eli *pacta sunt servanda* -periaatteen poikkeuksista, vrt. tämän teoksen luku
9.3. ”Sopimusmalliajattelun piilevät premissit”.

¹⁰⁰ Luxemburgissa istuntonsa pitävä tuomioistuin on teknisesti kaikkien kolmen alkuperäisen yh-
teisön eli Rooman sopimuksella perustetun *Euroopan talousyhteisön*, (vuonna 2002 rauenneen)
Hiili- ja teräsyhteisön sekä atomienergiayhteistyöjärjestön *EURATOM*:in perustamissopimuksilla
perustettu tuomioistuin, mistä syystä käytetään edelleen monikollista muotoa *Euroopan yhteisöjen
tuomioistuin*.

Monet yhteisöoikeuden keskeisistä doktriineista ja oikeusperiaatteista, kuten oikeuslähteopillisesti keskeinen yhteisöoikeuden *ensisijaisuusperiaate* sekä esimerkiksi oppi yhteisöoikeuden jäsenvaltioiden yksilöille luomasta välittömästä vaikutuksesta (*Van Gend en Loos*, 26/62) ja jäsenvaltion vahingonkorvausvastuusta tilanteessa, jossa yhteisön direktiiviä ei ole saatettu asianmukaisesti kansallisesti voimaan (*Francovich*, C-6 & 9/90), ovat syntyneet Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen antamien periaatteellisesti tärkeiden linjaratkaisujen myötä. Näistä oikeuslähteopillisesti merkittävin on luonnollisesti yhteisöoikeuden *ensisijaisuus*- eli *etusijaperiaate*: yhteisöoikeuden normin ja kansallisen oikeuden normin keskinäisessä ristiriitatilanteessa on sovellettava ensisijaisesti yhteisön oikeussääntöjä, jolloin kansallisen oikeuden säännöt – periaatteessa aina perustulain säännöksiä myöten – väistyvät yhteisöoikeuden tieltä.¹⁰¹ Sanottu periaate perustuu Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytäntöön ja etenkin *Costa v. ENEL* (6/64) sekä *Simmmenthal II* (106/77) -tapauksiin, joista jälkimmäisessä tuomioistuin totesi:

”... yhteisöjen oikeuden ensisijaisuuden periaatteesta seuraa, että välittömästi sovellettavat perustamissopimuksen määräykset ja toimielinten antamat säännökset aiheuttavat suhteessaan jäsenvaltioiden sisäiseen oikeuteen sen, että nämä oikeussäännöt jo pelkällä voimaantulollaan estävät kaikkien niiden kanssa ristiriidassa olevien kansallisten säännösten soveltamisen ja estävät myös – koska ne ovat kunkin jäsenvaltion alueella sovellettavan oikeusjärjestyksen sellaisia osia, joille on annettava etusija muihin oikeussääntöihin nähden – uusien kansallisten lainsäädäntötoimien pätevän syntymisen, jos nämä toimet eivät ole yhteensopivia yhteisön oikeussääntöjen kanssa.”

Euroopan yhteisön jäsenmaiden ylimmät kansalliset tuomioistuimet ja muut lakia soveltavat viranomaiset ovat vähän kerrassaan hyväksyneet yhteisöoikeuden normien, mukaan lukien Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen antamista ratkaisuksista yleistettävissä olevien oikeusohjeiden, oikeuslähteopillisen ja normihierarkkisen etusijan suhteessa kansalliseen oikeuteen.¹⁰² Vasta sen jälkeen kun sanottu jäsenmaiden kansallista suvereniteettia keskeisesti rajoittava oppi oli vain vähitellen hyväksytty yhteisön jäsenmaiden kansallisten perustuslakituomioistuinten ja vastaavien tuomioistuinten toimesta, voitiin sanoa, että se kuuluu osaltaan *yleiseurooppalaiseen oikeuteen*. Viittasin jo edellä Saksan *Internationale Handelsgesellschaft GmbH* eli *Solange I* (11/70 & 2 BvL 52/71), *Wünche Handelsgesellschaft* eli *Solange II* (2 BvR 197/83), *Kloppenburg* (2 BvR 687/85)

¹⁰¹ Euroopan yhteisön oikeuden ja kansallisen oikeuden suhteesta, Oppenheimer, toim., *The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases*; Slaughter, Sweet & Weiler, toim., *The European Courts and National Courts: Doctrine and Jurisprudence*.

¹⁰² Oppenheimer, mts. 3–7, sekä siinä mainitut Euroopan yhteisön jäsenmaiden kansallisten tuomioistuinten antamat ratkaisut.

sekä *Maastrichtin sopimusta* (2 BvR 2134/92 & 2159/92) käsitteleviin ratkaisuihin, Ranskan *Maastricht I* (92–308 DC) ja *Maastricht II* (92–312 DC) -ratkaisuihin sekä Italian *Frontini v. Ministero delle Finanze* (183/73) -ratkaisuun.¹⁰³ Tämä oikeusvertaileva tulkinta-argumentti laajentaa myös suomalaisen tuomarin soveltaman oikeuslähteopin käsittämien tulkinta- ja ratkaisuperusteiden alan ohi puhtaasti kansallisten tai Euroopan yhteisön toimielinten antamien yleisten säädösten sekä oikeusohjeeltaan yleistettävissä olevien Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisujen, kun arvoitavana on sanottujen oikeusohjeiden *raken-teistuminen* osaksi yleiseurooppalaisen oikeuden valtiosääntöoikeudellisia perusteita.

Toisaalta Suomi on sitoutunut oikeudellisesti *Euroopan ihmisoikeussopimuksen* pakottaviin artikloihin, jotka on saatettu lainsäädäntöteitse voimaan Suomes-sa ja joita Euroopan neuvoston yhteydessä toimiva *Euroopan ihmisoikeustuomioistu-in* tulkitsee. Euroopan ihmisoikeussopimus velvoittaa myös suomalaisia tuomioistuimia ja muita lakia soveltavia viranomaisia näiden oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa. Ihmisoikeussopimuksen mukaan jokaisella, joka katsoo jonkin sopimusvaltion, kuten Suomen, loukanneen hänen sopimuksessa määriteltyjä ihmisoikeuksiaan esimerkiksi 6 artiklan tarkoittaman oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin järjestämisen laiminlyömisessä, on *yksilövalitus-oikeus* Euroopan ihmisoikeustuomioistuimeen, joka on tällöin toimivaltainen antamaan kyseistä jäsenvaltiota oikeudellisesti velvoittavan ratkaisun asiassa.¹⁰⁴ Tämä merkitsee sitä, että paitsi varsinaiset ihmisoikeussopimuksen artiklat myös *Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet* kuuluvat suomalaisen tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaaviin oikeuslähteisiin, jotka tämän tulee tuntea *iura novit curia* -periaatteen nojalla.¹⁰⁵ Mahdollisessa ristiriitatilanteessa kansallisen lainsäädännön (tai EY-lainsäädännön) tai vakiintuneen oikeuskäytännön kanssa edellistä on tulkittava Euroopan ihmis-oikeustuomioistuimen tulkintakäytännöstä ilmenevien yleisten periaatteiden mukaisesti, joskin uuden perustuslain (11.6.1999/731) aiempaa merkittävästi kattavammat perusoikeussäännökset ja perusoikeusmyönteisemmäksi muuttunut

¹⁰³ Oppenheimer, mts. 17–22, siinä mainittuine tapauksineen.

¹⁰⁴ Ihmisoikeussopimuksen 34 artikla toteaa: ”Tuomioistuin voi ottaa vastaan valituksia, joissa yksityishenkilö, kansalaisjärjestö tai ryhmä väittää jonkin korkeista sopimuspuolista loukanneen heidän yleissopimuksessa tai sen pöytäkirjoissa tunnustettuja oikeuksiaan. Korkeat sopimusosa-puolet eivät saa millään tavoin estää tämän oikeuden tehokasta käyttöä.” Sopimuksen 41 artikla säättää kohtuullisesta hyvityksestä: ”Jos tuomioistuin katsoo yleissopimusta tai sen pöytäkirjoja loukatun ja jos asianosaisen korkean sopimusosapuolen kansallinen lainsäädäntö sallii vain osittai-sen korvauksen, tuomioistuimen on tarvittaessa myönnettävä loukatulle osapuolelle kohtuullinen hyvitys.”

¹⁰⁵ Suomalaisen lainsäätäjän suvereniteettia on toisin sanoen rajoitettu Euroopan ihmisoikeussopi-muksen sekä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevien yleisten oikeusohjei-den tarkoittamalla tavalla.

kansallinen oikeuskulttuuri lienevät poistaneet enimmäkseen ristiriitaisuudet ihmisoikeussopimuksen velvoitteiden ja Suomen kansallisen lainsäädännön väliltä.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomari Raimo Pekkanen on kiteyttänyt eurooppalaisen ihmisoikeusnormiston velvoittavuuden kansallisessa oikeudenkäytössä seuraavasti:¹⁰⁶

”Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ratkaisee vastaajavaltiota sitovasti, onko kulloinkin käsillä olevassa asiassa rikottu Euroopan ihmisoikeussopimusta. Tuomioistuin ratkaisee yksittäisiä tapauksia, mutta se ei anna yleisiä tulkintaohjeita tai -ratkaisuja. Tuomioistuimen ratkaisuksista muodostuu kuitenkin vakiintunut oikeuskäytäntö (case law), jonka tosiasiallinen sitovuus ulottuu kaikkiin sopimusvaltioihin. Välttyäkseen loukkaamasta ihmisoikeussopimusta sopimusvaltiot joutuvat huolehtimaan siitä, että niiden lainsäädäntö sekä oikeus- ja hallintokäytäntö vastaavat ihmisoikeussopimuksen ja sitä koskevan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön vaatimuksia.”

Korkeimman oikeuden presidentti (emeritus) Olavi Heinonen kiteytti tämän suomalaisen tuomioistuintekniikan kahtalaisen murroksen hyvin todetessaan, että 2000-luvulla suomalaisella tuomarilla on tavallaan kolme roolia: suomalainen tuomari on paitsi perinteistä kansallista oikeutta soveltava tuomari myös EU-tuomari ja ihmisoikeustuomari.¹⁰⁷ Samoin *Lakimiehen* haastattelussa Heinonen totesi osuvasti:¹⁰⁸

”Suomalaisella tuomioistuimella on tänä päivänä kolmoisrooli. Ensinnäkin se soveltaa puhtaasti kansallista lainsäädäntöä. Toiseksi se huolehtii Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja muiden ihmisoikeussopimusten toteuttamisesta Suomen oikeuskäytännössä. Kolmanneksi se huolehtii EU-oikeuden noudattamisesta asioissa, joilla on kosketuspintoja EU-oikeuteen. Vielä vuoden 1990 alkukuukausina suomalainen tuomari oli lähinnä vain *kansallinen tuomari*. Nyt hän on tämän lisäksi *ihmisoikeustuomari* ja *EU-tuomari*. – Kaikissa rooleissaan hän joutuu soveltamaan säännöstöjä, jotka jättävät hänelle runsaasti harkintavaltaa. Tämän harkintavallan käyttö hänen on pystyttävä sitomaan ratkaistavaa kysymystä koskettaviin oikeusperiaatteisiin, joiden sisältöä hän joutuu selvittämään paitsi kotimaisista lähteistä myös esimerkiksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja EY-tuomioistuimen käytännöstä.”

Suomalaisen tuomarin tulee toisin sanoen tuntea kansallisten oikeuslähteiden ohella myös keskeinen eurooppaoikeudellinen oikeusnormisto Euroopan yhteisön perustamissopimuksen, sen nojalla annettujen yhteisöoikeudellisten säädös-

¹⁰⁶ Pekkanen, ”Euroopan ihmisoikeussopimuksen evolutiivisesta tulkinnasta”, s. 353.

¹⁰⁷ Heinonen, ”KKO:n Heinonen varoittaa tuomaripulasta lähivuosina”, *in fine*.

¹⁰⁸ Heinonen, ”Näköala eiliseen ja huomiseen. Haastattelijana Aulis Aarnio”, s. 79 (kursivoinnit lisätty). Olavi Heinonen vastasi haastattelijan kysymykseen: ”Mitä yleisesti voit sanoa tuomioistuimen roolista nyky-Suomessa?”

ten eli asetusten ja direktiivien sekä oikeusohjeeltaan yleistettävissä olevien päätösten samoin kuin Euroopan ihmisoikeussopimuksen artiklojen merkityksessä. Lisäksi Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevät yleiset oikeusohjeet, jotka täsmentävät yhteisöoikeuden normien sekä ihmisoikeussopimuksen tulkintaa, saavat edellä kerrotulla tavalla merkitystä suomalaisen tuomarın tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa sitovina, velvoittavina tai ohjaavina perusteina. Eräänlaisena suomalaisen tuomarın ”neljäntenä roolina” on vielä *yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö*, joka saa merkitystä arvioitaessa yksittäisen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevän yleisen oikeusohjeen *rakenteistumista* yhteisesti sovelletta-vaan eurooppalaiseen oikeuteen esimerkiksi yhteisöoikeuden valtiosääntöoikeudellisten toimivaltakysymysten tai perustavimpien ihmisoikeusnormien tulkin-¹⁰⁹nassa.

4.7. Kansalliset prejudikaatit

Kansallisten tuomioistuinten antamien *prejudikaattien* eli (muiden kuin yhteisöoikeudellisten) ennakkoratkaisujen merkitys oikeuslähteenä on merkittävästi lisääntynyt 1900-luvun lopulla ja 2000-luvun alussa. Tähän on vaikuttanut ensinnäkin vuoden 1980 prosessioikeusuudistus, jolla valituslupajärjestelmä Korkeimpaan oikeuteen uudistettiin ja Korkeimman oikeuden asemaa ennakkoratkaisuja antavana prejudikaattituomioistuimena vahvistettiin. Tuomioistuinten luoman oikeuden merkitystä ovat lisänneet myös Suomen liittyminen Euroopan yhteisöön vuonna 1995 sekä Euroopan ihmisoikeussopimuksen kansallinen voimaansaattaminen vuonna 1990. Euroopan yhteisön oikeus rakentuu keskeisesti Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen antamien periaatteellisesti erittäin merkittävien ratkaisujen varaan, joista *Costa v. ENEL* (6/64) sekä *Simmenthal II* (106/77) -tapauksiin edellä jo viittasin yhteisöoikeuden ensisijaisuusperiaatteen yhteydessä. Toisaalta, Euroopan ihmisoikeussopimuksen tarkoittamien ihmisoikeuksien ylikansallinen valvontajärjestelmä yksilövalitusoikeuksineen ja sopimukseen sitoutuneille valtioille määrättävissä olevine seuraamuksineen rakentuu senkin keskeisesti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamista ratkaisuista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden varaan.

Yksittäinen *prejudikaatti* eli ennakkoratkaisu koostuu kahdesta osasta. Se osa prejudikaattia, joka enemmän tai vähemmän vahvasti *sitoo, velvoittaa* tai *ohjaa* myöhempää tuomaria tai muuta viranomaista eli institutionaalista lainsoveltajaa tämän oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa, on ratkaisun käsittämä *prejudikaatti*-

¹⁰⁹ Pалааn kysymykseen yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön oikeuslähteopillisesta merkityksestä luvussa 4.10. ”Yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö ja muu oikeusvertailu”.

normi eli ratkaisun *ratio decidendi*. Muuta osaa prejudikaatista kutsutaan termillä *obiter dicta*. Siinä on kyse ratkaisun varsinaisen prejudikaattinormin (lat.: *ratio decidendi*) ei-velvoittavasta perustelukontekstista eli prejudikaattituomioistuimen esittämistä yleisistä pohdintoista tai ”ohimennen lausutuista” (lat.: *obiter dicta*) havainnoista, joilla ei katsota olevan myöhemmän lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa (eriateisesti) sitovaa, velvoittavaa tai ohjaavaa vaikutusta.¹¹⁰

Common law -oikeuden prejudikaattioppi on pidemmän käyttöhistoriansa ja oikeuskulttuuristen syiden vuoksi kehittyneempi kuin manner-eurooppalainen tai skandinaavinen prejudikaattioppi. Lisäksi prejudikaattien suhteellinen velvoittavuus on romaanis-germaanisen ja skandinaavisen oikeuskulttuurin maissa – muutamien merkittävien poikkeuksin¹¹¹ – olennaisesti heikompi kuin Iso-Britanniassa ja Yhdysvalloissa.¹¹² Tästä on osoituksena sekin, että prejudikaattioikeudellinen keskeiskäsittelmä, kuten *ratio decidendi/obiter dicta* -erottelu sekä *distinktiotekniikka* (engl.: *distinguishing*), ovat peräisin Englannin *common law* -oikeudesta. Tässä nuo termit on siis sovitettu Suomen oikeuteen, missä prejudikaattien lähtökohtainen sitovuus on olennaisesti Englannin tai Yhdysvaltojen prejudikaattiperustaista *common law* -oikeutta heikompi. Samoin prejudikaattien ”lukutaito” eli taito ”tehdä asioita” prejudikaateilla niiden yksittäistapaussellisen tulkinnan ja soveltamisen merkityksessä ei ole kehittynyt säädännäiseen oikeuteen perustuvassa mannermaisessa ja pohjoismaisessa oikeusajattelussa samalla tavoin kuin Englannin tai Yhdysvaltojen oikeudessa, missä ennakkoratkaisuja on hyödynnetty useiden vuosisatojen ajan keskeisenä oikeuslähteenä.¹¹³

Prejudikaattien hyödyntäminen oikeudellisessa päätöksenteossa edellyttää siis taitoa erottaa ennakkoratkaisun varsinainen *prejudikaattinormi* (lat.: *ratio decidendi*) sen ei-velvoittavasta perustelukontekstista (lat.: *obiter dicta*) yksittäi-

¹¹⁰ Prejudikaattiperustaisesta oikeudesta yleisesti, MacCormick & Summers, toim., *Interpreting Precedents. A Comparative Study*; Siltala, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to A Post-Analytical Philosophy of Law*.

¹¹¹ Poikkeuksiin lukeutuu etenkin Saksan valtiosääntötuomioistuin, jonka ratkaisuilla on vahva velvoittavuus. Alexy & Dreier, ”Precedent in the Federal Republic of Germany”, s. 27.

¹¹² Muussa kuin *common law* -perustaisessa oikeudessa prejudikaatti voidaan määritellä yleisesti Robert Alexyn Saksan oikeutta koskevan määrittelyn tavoin: ”’Precedent’ (Präjudiz) is usually taken to mean any prior decision possibly relevant to a present case to be decided. The notion presupposes some kind of bindingness, but its use in legal discourse does not imply anything definitive about the nature or the strength of that bindingness. Also it is not necessary that the deciding court expressly adopt or formulate a decision to guide future decision making in order to talk about it as a precedent. Being relevant for any future decision is sufficient.” Alexy & Dreier, ”Precedent in the Federal Republic of Germany”, s. 23. – Aarnio määrittelee prejudikaatin vastavalla tavalla Suomen oikeudessa, Aarnio, ”On the Predictability of Judicial Decisions”, s. 207.

¹¹³ Siltala, *A Theory of Precedent*, etenkin ensimmäinen pääjakso ”How to Do Things with Precedents”, mts. 3–148, joka otsikko viittaa luonnollisesti J.L. Austinin teokseen *How to Do Things with Words*, sekä Siltala, mts. 249–267.

sessä ennakkoratkaisussa.¹¹⁴ Koska ratkaisua soveltavalla myöhemmällä tuomarilla ei tavallisesti ole mitään virallista tai yleisesti hyväksyttyä ja täsmällistä prejudikaattinormin muotoilua käytettävissään,¹¹⁵ prejudikaattinormi saattaa merkittävästikin ”elää” ja muuntua myöhemmässä oikeudenkäytössä, ja näin myös käytännössä tapahtuu. Keskeiserottelu *ratio/dicta* on määritelmällisesti ajallisesti muuntuva, ei systeemisesti vakioitavissa tai kertakaikkisesti lukittavissa säädännäisen oikeuden normien tavoin, mistä on seurauksena prejudikaattiperustaisen oikeuden suhteessa suurempi dynaamisuus eli joustavuus ja muuntuvuus yhteiskunnallisten olosuhteiden tai arvostusten muuttuessa. Prejudikaattia sovellettaessa tuomioistuinten ja muiden viranomaisten kollektiivisesti sisäistämä prejudikaatti-ideologia on keskeisessä asemassa. *Prejudikaatti-ideologia* on se osa tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämää yleistä tuomarinideologiaa, jonka avulla yksittäisen ennakkoratkaisun käsittämä prejudikaattinormi (lat.: *ratio decidendi*) on tunnistettavissa ja erotettavissa sen ei-velvoittavasta perustelukontekstista (lat.: *obiter dicta*) sanotussa ratkaisussa.

Periaatteessa mikä tahansa aiempi tuomioistuinratkaisu voi saada Suomessa myöhempää oikeuskäytäntöä ohjaavaa *prejudikaattiarvoa*, vaikka tavallisesti vain ylimpien oikeusasteiden antamista ratkaisuista käytetään termiä ”prejudikaatti”. Suomalaisessa yhteiskunnassa omaksuttujen oikeudellisten ja institutionaalisten käytäntöjen nojalla ylimpien oikeusasteiden ja etenkin Korkeimman oikeuden antamien ratkaisujen suhteellinen prejudikaattiarvo on suurin. Kun Korkein oikeus antaa vuosittain alle 300 ratkaisua jutuissa, joille se on aiemmin myöntänyt valitusluvan, myös hovioikeuskäytäntö saa vääjäämättä alioikeuskäytäntöä tosiasiallisesti ohjaavaa vaikutusta.¹¹⁶ Tavallisesti usean yhdenmukaisen ennakkoratkaisun sarjalla on suurempi prejudikaattiarvo kuin yksittäisellä ennakkoratkaisulla, mutta myös yksittäinen ennakkoratkaisu voi saada merkittävän prejudikaattioikeudellisen aseman, jos on kyse periaatteellisesti erityisen tärkeästä ratkaisusta. Jopa yhdenmukainen alioikeusratkaisujen sarja voi saada tosiasiallisesti ylempien oikeusasteiden antamiin prejudikaatteihin rinnastuvaa, vastaista oikeudenkäyttöä ohjaavaa vaikutusta, jollei tuomarien käytettävissä ole Korkeimman oikeuden ennakkoratkaisua asiasta tai edes yhdenmukaista hovioikeuskäytäntöä. Niinpä erottelua varsinaiset prejudikaatit ja muu oikeuskäytäntö

¹¹⁴ *Common law* -oikeuden prejudikaattiopista yleisesti, Cross & Harris, *Precedent in English Law*, *passim*; Atiyah & Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law*, s. 115–156; Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 65, 84–105.

¹¹⁵ Hart, *The Concept of Law*, s. 131.

¹¹⁶ Vertailuna: Italian korkein oikeusaste, *Corte di Cassazione*, antoi vuonna 1997 peräti 12000 siviiliasiaa ja 35000 rikosasian ennakkoratkaisua. On samalla selvää, ettei hyvin toimivaa prejudikaattijärjestelmää voi perustaa senkaltaisen ratkaisujen tulvan varaan. Kokoavasti Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 128–132, sekä siinä mainitut lähteet.

ei tarvitse Suomen oikeuden osalta välttämättä ylläpitää, ja sama pätee periaatteessa myös muihin eurooppalaisiin tuomioistuimiin. Vahvaa ja muodollista ratkaisuhierarkiaa ylläpitävät *common law* -oikeuden tuomioistuinten ohella vain eräät valtiosääntötuomioistuimet manner-eurooppalaisen oikeuden piirissä.

Keskeiskysymyksen prejudikaattien oikeudellisesta ratkaisuarvosta myöhemmän tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa (eriasteisesti) sitovana, velvoittavana tai ohjaavana ratkaisuperusteena voi esittää myös käänteisesti: onko ylipäättään tuomioistuinten tai viranomaisten tekemiä ratkaisuja, joilla ei ole eikä edes voi olla minkäänlaista, edes heikkoa ennakkoratkaisu- eli prejudikaattiarvoa suhteessa myöhempään ratkaisukäytäntöön? Suomen Korkeimman oikeuden, Korkeimman hallinto-oikeuden sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamien ratkaisujen ohella myös muut tuomioistuin- ja viraomaisratkaisut saavat kiistatta ainakin jonkinlaista, varsinaiseen prejudikaattioikeuteen rinnastuvaa merkitystä voimassa olevan perustuslain tunnustaman *oikeudellisen yhdenvertaisuuden* periaatteen nojalla, minkä oikeuslähdeopilliseen merkitykseen viittasin jo edellä prejudikaattien ja muun vallitsevan oikeudenkäytännön institutionaalisten oikeuttamisperusteiden alla. Vain puhtaasti yksittäistapaukselliset, määritelmällisesti ei-yleistettävissä olevat kohtuullisuusratkaisut, armahduspäätökset tai ratkaisut, joissa sovelletaan Suomen oikeuteen sinänsä rakenteistunutta eli riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivaa oikeusperiaatetta tai muuta oikeudellista ratkaisustandardia, joka ei ole edes termin heikossa merkityksessä systemisesti vakioitavissa oikeussäännön tavoin, vaan jonka soveltamisessa noudatetaan puhtaasti tapauskohtaista harkintaa, eivät ole lainkaan yleistettävissä muihin myöhempiin tapauksiin. Siltä osin kuin on kyse enemmän tai vähemmän oikeussäännön kaltaisesta, systemisesti vakioitavissa olevasta oikeudellisesta ratkaisuperusteesta, tehty ratkaisu tarjoaa vähintäänkin heikon normatiivisen perustan myös myöhemmille ratkaisuille noudatettavan oikeudellisen yhdenvertaisuuden periaatteen nojalla.

Prejudikaattien institutionaalinen tuki Suomen oikeudessa on vahva Korkeimman oikeuden vahvennettuun prejudikaattioikeudelliseen asemaan liittyvien syiden sekä eurooppaoikeuden tuomioistuinten käytännössä syntyneen oikeuden asemaa korostavien piirteiden vuoksi. Sen institutionaalisena oikeuttamisperusteena on oikeudellinen yhdenvertaisuus ja ennakoitavuus niissä rajoissa, joissa vallitsevan prejudikaatti-ideologian mukainen ratkaisukäytäntö sallii tai edellyttää yksittäistapauksellisia prejudikaatteja sovellettavan myöhemmän oikeustapauksen yhteydessä. Prejudikaateista johdettujen oikeudellisten ratkaisuargumenttien sitovuutta vähentää samalla niiden säädännällisen oikeuden normeja alhaisempi sääntöformalismin sekä *ratio/dicta* -erottelun ajallinen vakioimattomuus ja muuntuvuus myöhemmässä oikeudenkäytössä.

4.8. Muut oikeudenkäyttöä yhtenäistävät viranomaispäätökset

Myös muiden viranomaisten kuin varsinaisten tuomioistuinten ja niihin rinnastettavissa olevien institutionaalisten lainsoveltajien antamilla *ratkaisuilla*, *ratkaisusuosituksilla*, *lausunnoilla* tai *yleisillä lainsoveltamisohjeilla* saattaa olla myöhemmän institutionaalisen päätöksentekijän oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavaa ja vastaista oikeudenkäyttöä yhtenäistävää merkitystä. Niiden oikeuslähdeopillinen luokittelu ei ole yhtenäistettävissä, sillä osa senkaltaisista normeista tai oikeudellisista ratkaisuperusteista on vain suositusluonteisia, kun taas toisilla on myös varsinaista oikeudellista sitovuutta. Nyt tarkastelun kohteena on siis sanottujen ratkaisujen ja vastaavien viranomaistoiminnassa syntyneiden oikeudellisten instrumenttien myöhemmän lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaava vaikutus.

Etenkin maan ylimpien *laillisuusvalvojien* eli *oikeuskanslerin* ja *apulaisoikeuskanslerin* sekä *eduskunnan oikeusasiamiehen* ja *eduskunnan apulaisoikeusmiesten*¹¹⁷ antamat ratkaisut saattavat rinnastua vallitsevaan tuomioistuinkäytäntöön tai jopa maan ylimpien oikeusasteiden antamiin ratkaisuihin niiden varsinaisena kohderyhmänä olevien viranomaisten oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa.¹¹⁸ Kun laillisuusvalvojan arvioitavana on ollut esimerkiksi kansalaisten perusoikeuksien laajuus suhteessa viranomaisten toimivaltuuksiin ja hyvään hallintokäytäntöön, esitetyt oikeudelliset perusteet ovat tavallisesti yleistettävissä koskemaan muitakin tapauksia kuin sitä, jota kyseinen päätös välittömästi koski, ja tavallisesti ratkaisuilla pyritään tietoisesti viranomaiskäytännön ohjaamiseen ja vastaiseen yhtenäistämiseen.¹¹⁹ Tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien ratkaisuharkintaan laillisuusvalvojien tekemien ratkaisujen ohjausvaikutus ei samalla tavoin välittömästi ulotu, koska ne on yleensä kohdennettu valtionhallinnon eri viranomaisille, kuten tullivirkailijoille, rajavartioloille tai poliiseille. Jos ja kun ratkaisut saavat viranomaistoiminnassa tavanomaisesti noudatetun oikeudellisen standardin eli yleisesti noudatetun arviointikriteerin luon-

¹¹⁷ Eduskunnan apulaisoikeusasiamiehiä on nykyisin kaksi.

¹¹⁸ Aiemmin apulaisoikeusasiamiehenä toiminut apulaisoikeuskansleri Jaakko Jonkka totesi Helsingin yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa johtamassani tutkijaseminaarissa 31.10.2001, miten eduskunnan oikeusasiamiehen ja oikeuskanslerin ratkaisut esille tullessiin oikeuskysymyksiin ovat varsin usein ”eteenpäin katsovia”, vaikka niissä muodollisesti otetaankin kantaa jo tapahtuneeseen oikeudenloukkaukseen. Arvioitaessa ratkaisujen oikeuslähdeopillista ennakkoratkaisu-arvoa Jonkka korosti – vahvasti aarniolaiseen tapaan – tehtyjen päätösten tueksi esitettyjen perustelujen vakuuttavuuden merkitystä. Hänen seminaarissa esittämiensä ratkaisujen ”punaisena lankana” oli vastakkainasettelu kansalaisten perusoikeuksien sekä poliisin, tullivirkailijan tai muun viranomaisen pakkokeino- ja muiden toimivaltuuksien kesken.

¹¹⁹ Euroopan yhteisön oikeusasiamiehen ratkaisuilla ei tavallisesti ole vastaavaa suomalaisen lainsoveltajan ratkaisuharkintaa ohjaavaa merkitystä, ensin mainitun suomalaisista lainvalvojista poikkeavan tehtävän vuoksi.

teen, ne saavat merkitystä myös tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien vastaisessa ratkaisuharkinnassa.¹²⁰ Kyse on tällöin sanotunlaisen oikeudellisen standardin *rakenteistumisesta* Suomen oikeuteen.¹²¹

Laillisuusvalvojen oikeudenkäyttöä yhtenäistävään tehtävään rinnastuva mutta asialliselta toimeksiannoltaan rajatumpi ja oikeuslähdeopillisilta vaikutuksiltaan olennaisesti heikompi merkitys on myös eräiden muiden viranomaisten ratkaisuilla, ratkaisusuosituksilla, lausunnoilla ja yleisillä oikeudellisilla soveltamisohjeilla. Näiden viranomaisten virkanimikkeeseen sisältyy usein termi *-valtuutettu*, *-asiamies* (ruots.: *ombudsman*) tai *-lautakunta*, kuten esimerkiksi tietosuoja-valtuutettu ja tietosuojalautakunta, tasa-arvovaltuutettu ja tasa-arvolautakunta, vähemmistövaltuutettu, kuluttaja-asiamies ja kuluttajavalituslautakunta, konkurssi-asiamies, potilasvahinkolautakunta ja potilasasiamies. Toisin kuin ylimpien laillisuusvalvojen yleinen toimivalta, sanottujen viranomaisten asiallinen toimivalta on rajattu esimerkiksi tietosuoja-, tasa-arvo-, syrjintä-, kuluttajan-suoja-, konkurssi- tai potilasvahinkoasioihin. Annetun ratkaisun, ratkaisusuosituksen tai lausunnon käsittämä oikeusohje on tavallisesti yleistettävissä ohi sen yksittäisen tapauksen, jota se alun perin koski, ja yleisten soveltamisohjeiden osalta yleistettävyys sisältyy jo sanotun ohjailuinstrumentin luonteeseen. Usein viranomaisen tietoisena tavoitteena on lisäksi vastaisen viranomais- ja kansalaiskäyttäytymisen ohjaaminen.

Esimerkiksi henkilötietolain (22.4.1999/523) 38 § säättää, että *tietosuoja-valtuutettu* antaa henkilötietojen käsittelyä koskevaa ohjausta ja neuvontaa sekä valvoo henkilötietojen käsittelyä lain tavoitteiden toteuttamiseksi sekä käyttää päätösvaltaa henkilötietoasioissa, kun taas *tietosuojalautakunta* käsittelee henkilötietojen käsittelyyn liittyviä lain soveltamisalan kannalta periaatteellisesti tärkeitä kysymyksiä ja käyttää päätösvaltaa tietosuoja-asioissa. Henkilötietolain 40 §:n mukaan: ”Tietosuoja-valtuutetun on edistettävä hyvää tietojenkäsittelytapaa sekä ohjein ja neuvoin pyrittävä siihen, että lainvastaista menettelyä ei jatketa tai uusita.” Tietosuoja-valtuutetulle on annettu valta ratkaista itsenäisesti määrätty henkilötietosuojaan liittyvät kysymykset sekä päättää asian ilmoittamisesta tietosuojalautakunnalle tai syyttäjälle jatkotoimia varten. Lisäksi tietosuoja-valtuutettu voi lain 40 §:n mukaan antaa tarkempia ohjeita siitä, miten henkilötiedot on suojattava henkilötietojen laittomalta käsittelyltä. – *Tasa-arvovaltuutettu* ja *tasa-arvolautakunta* pyrkivät edistämään su-

¹²⁰ Samoin maan ylimmän syyttäväviranomaisen, *valtakunnansyyttäjän*, laatimat yleiset ohjeet syyttäjiille vaikuttavat merkittäväällä tavalla kohderyhmänsä eli syyttäjälaitoksen vallitsevaan syyttämiskäytäntöön syyteharkinnan ja tuomioistuimissa syytteen ajamisen merkityksessä. Alalla noudatettuna yleisenä oikeudellisenä standardina ne voivat saada merkitystä mittapuuna, jonka valossa syyttäjien toimintaa myös tuomioistuinten toimesta arvioidaan.

¹²¹ Valtakunnansyyttäjä Matti Kuusimäki on aiheellisesti kiinnittänyt huomiota teemaa koskevan oikeus(teoria)kirjallisuuden lähes täydelliseen puuttumiseen. Näin Kuusimäki allekirjoittaneen kanssa käymässä puhelinkeskustelussa 22.5.2002.

kupuolisen tasa-arvon toteutumista yhteiskunnassa siten kuin laki tasa-arvovaltuutetusta ja tasa-arvolautakunnasta (8.8.1986/610) tarkemmin säättää. – Laki vähemmistövaltuutetusta (13.7.2001/660) pyrkii vähentämään etnistä syrjintää yhteiskunnassa. Lain 3 §:n mukaan: ”Havaitessaan etnistä syrjintää vähemmistövaltuutettu pyrkii ohjein ja neuvoin vaikuttamaan siihen, ettei syrjintää jatketa tai uusita. (...) Vähemmistövaltuutettu voi tehdä aloitteita ja antaa suosituksia ja neuvoja, joiden tavoitteena on parantaa hyviä etnisiä suhteita ja edistää etnisten vähemmistöjen asemaa.” – *Kuluttaja-asiamies* valvoo markkinoinnin lainmukaisuutta kuluttajansuojan kannalta (Kuluttajansuojalaki, 20.1.1978/38, 2:10 §, Laki kuluttajavirastosta 18.12.1998/1056), ja *kuluttajavalituslautakunta* antaa ratkaisusuosituksia elinkeinonharjoittajien ja kuluttajien välisissä riita-asioissa (Laki kuluttajavalituslautakunnasta, 20.1.1978/42). – *Konkurssiasiamiehen* velvollisuuksiin kuuluu muun muassa ”seurata konkurssipesien toimintaa sekä aloittein, neuvoin ja ohjein edistää sekä kehittää hyvää pesänhoitotapaa” (Laki konkurssipesien hallinnon valvonnasta, 31.1.1995/109, 1 §). – *Potilasasiamiehen* tehtävänä on neuvoa ja avustaa potilaita, tiedottaa potilaan oikeuksista sekä toimia muutenkin potilaan oikeuksien edistämiseksi ja toteuttamiseksi (Laki potilaan asemasta ja oikeuksista, 17.8.1992/785, 11 §). *Potilasvahinkolautakunta* antaa vakuutuslaitoksen pyynnöstä ratkaisusuosituksia sekä tuomioistuimen tai asianosaisen pyynnöstä lausuntoja potilasvahinkoa koskeissa korvausasioissa (Potilasvahinkolaki, 25.7.1986/585, muut. 30.6.2000/640, 11a §).

Hajonta näiden oikeudenkäyttöä yhtenäistävien viranomaisten oikeudellisessa toimivallassa on suuri, ulottuen velvoittavien ratkaisujen ja yleisten soveltamisohjeiden antamisesta erilaisten suositusten ja ei-sitovien lausuntojen laatimiseen, eikä erilaisten ratkaisujen, ratkaisusuositusten, lausuntojen tai yleisten soveltamisohjeiden arvo viranomaistoimintaa ohjaavana oikeuslähteenä ole siten yhtäläinen. Oikeudellisesti sitovia ratkaisuja tai yleisiä lainsoveltamisohjeita antavien viranomaisten, kuten tietosuojavaltuutetun ja tietosujalautakunnan, tekemillä päätöksillä on ymmärrettävästi suurempi merkitys myöhemmän lainsoveltajan ratkaisuharkintaa ohjaavina oikeudellisina standardeina kuin pelkkiä ratkaisusuosituksia tai ei-sitovia lausuntoja antavien viranomaisten, kuten vähemmistövaltuutetun tai potilasasiamiehen, esittämillä kannanotoilla tai suosituksilla. Olennaista on myös määrätyn viranomaisen esittämien oikeudellisten tulkintojen *rakenteistuminen* Suomen oikeuteen niiden erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa käytännöissä nauttiman *institutionaalisen tuen* ja *yhteisöllisen hyväksynnän* merkityksessä. Jos muut lainsoveltajat tavanomaisesti noudattavat määrätyn viranomaisen antamia ratkaisuja, ratkaisusuosituksia, lausuntoja tai yleisiä oikeudellisia soveltamisohjeita, niiden oikeusläheopillinen merkitys on rinnastettavissa vallitsevaan tuomioistuintkäytäntöön, jonka noudattamista oikeudellisen yhdenvertaisuuden periaate edellyttää. Tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien ratkaisuharkintaa ohjaaviksi kriteereiksi ne muuttuvat siinä vaiheessa, kun on kyse tavanomaisesti

noudatetuista, riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivista oikeudellisista ratkaisuperusteista.

Oikeuslähdeopillisesti sanotunlaisten oikeudenkäyttöä yhtenäistävien viranomaisratkaisujen, ratkaisusuositusten, lausuntojen ja yleisten soveltamisohjeiden ongelmana on ainakin osin niiden institutionaalisen ja oikeuslähdeopillisen aseman vakiintumattomuus, ratkaisujen muodostamien linjojen tai sarjojen epäsystemaattisuus ja hajanaisuus, prejudikaattioppia vastaavan tulkintaopin perusteiden puuttuminen sekä ratkaisujen tai tulkintasuositusten vastaanottajatahon tavallisesti varsin ammatillis-käytännöllinen tiedonintressi, mistä syystä esitettyjä ratkaisuargumentteja ei välttämättä edes pyritä suhteuttamaan yleiseen, oikeusyhteisössä vakiintuneesti noudatettuun oikeuslähdeoppiin. Ratkaisusuositusten ja vastaavien soveltamisohjeiden kohderyhmänä olevien viranomaisten ammatillisen itseymmärryksen kehittyminen on lisäksi edellytyksenä sille, että sanotunlaisille ratkaisustandardeille tulisi antaa oikeuslähdeopillista merkitystä myös tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa.

4.9. Tavanomainen oikeus

Tavanomainen oikeus velvoittaa lainsoveltajaa oikeudenkäymiskaaren 1 luvun 11 pykälän hieman vanhahtavan sanonnan mukaan:

”Tuomarin pitää tarkoin tutkia lain oikeata tarkoitusta ja perustaa sekä tuomita sen mukaan, mutta ei vastoin sitä, oman mielensä mukaan. Maan tapa, jos se ei ole kohtuuton, olkoon hänellä myös ohjeena tuomitessansa, kun säädettyä lakia ei ole.”

Tavanomainen oikeus tarkoittaa määrätyllä oikeudenalalla vakiintunutta käytäntöä tai tapaa.¹²² Jos lainsäädäntö – ja nyt myös keskeinen eurooppaoikeudellinen oikeuskäytäntö – vaikenavat asiasta, tuomarin tulee soveltaa sanotun oikeudenalan tavanomaiseksi muodostunutta käytäntöä, jollei tapaa katsota sisällöllisesti kohtuuttomaksi. Lainkohdan sanontaa ”kun säädettyä lakia ei ole” tulee nähdäkseni tulkita siten, että se käsittää varsinaisen kansallisen ja EY-lainsäädännön ohella nykyisin myös kansallisen ja eurooppaoikeudellisen oikeuskäytännön, jonka merkitystä lainsäätäjä ei ymmärrettävästi ole kyennyt ennakoimaan mutta jonka merkitys rinnastuu lainsäädäntöön yleisten oikeussäännösten ohjausvaikutuksen merkityksessä. Toisinaan lainsäätäjä on nimenomaisesti jättänyt jonkin oikeuskysymyksen tarkemman ja yksityiskohtaisemman sääntelyn määrätyn ammattiryhmän omaehtoisesti kehittyvien käytäntöjen ja sisäisten ar-

¹²² Ks. myös Klami, ”Tapaoikeus”, s. 1135–1137.

viointikriteerien varaan esimerkiksi hyvän kauppatavan, hyvän kirjanpitotavan tai hyvän tilintarkastustavan merkityksessä.

Tavanomaisen oikeuden merkitys on pitkään ollut vähenevä ”lainsäätäjän ennakoi-mattoman puheliaisuuden” eli modernin kansallisen ja eurooppaoikeudellisen lainsäädännön valtaisan ja alati kasvavan volyymin myötä. Oikeuskirjallisuudessa on jopa arvioitu, että tavanomainen oikeus olisi enää vain väistytvä, esimoderni jäännöksen nykyisen säädännäisen, positiivisen ja sen vuoksi lainsäätäjän tahdonvaltaisesti muutettavissa olevan oikeuden aikakaudella.¹²³ Pääsääntöisesti näin varmaan onkin. Toisaalta, myös vastakkainen kanta saa eräissä tapauksissa tukea viimeaikaisesta oikeuskehityksestä. Esimerkiksi informaatioteknologian (eli IT-teknologian) ja verkottuneen tiedonsiirron räjähdysmäisen nopea kehitys on lisännyt erilaisten oikeudenalakohtaisten vakiintuneiden käytäntöjen tuntemuksen merkitystä. Kun jo muutaman vuoden ikäinen lainsäädäntö on saattanut jäädä pahasti informaatioteknologian kehityksestä jälkeen, lainsäädäntöön jää aukkoja eli sääntelemättömiä alueita, jotka tuomarin tai muun lainsoveltajan tulee täyttää joko oikeudenalakohtaisesti noudatetun sopimus-, vastuunjako- ja muiden oikeudellisten käytäntöjen tai, vaihtoehtoisesti, oikeudenalakohtaisten yleisten oppien ja säädösanalogian avulla. Riittävän oikeudenalakohtaisen yleisyyden ja vakiintuneisuuden saavutettuaan senkaltaiset yhteisölliset käytännöt saavat nähdäkseni tavanomaisen oikeuden aseman, joka tuomarin tai muun lainsoveltajan tulee ottaa oikeudellisessa päätöksenteossa oikeuslähteenä huomioon. Samoin esimerkiksi erilaiset nopeasti kehittyvät kansainväliset rahoitus- ja sijoitusinstrumentit perustuvat joko pääosin tai yksinomaisesti alalla tavanomaisesti noudatettuun käytäntöön, jonka kriteerit saatetaan kiinnittää esimerkiksi Lontoon tai New Yorkin arvopaperipörssin noudattamiin käytäntöihin.

Toisaalta, etenkin liikesopimussuhteissa noudatetaan tavanomaisesti *välimiesmenettelyä*, jolloin sopimusoikeudelliset riidat eivät tule lainkaan yleisten tuomioistuinten arvioitaviksi. Tähän ovat syynä yhtäältä välitystuomioistuinmenettelyn kiistattomat edut eli nopeus, asiantuntemus ja välitystuomioiden ei-julkisuus, toisaalta yleisen tuomioistuinprosessin ennakoimattomuus ja ratkaisun mahdollinen kohtuusperustaisuus, mitä seikkoja liikesuhteissa tavallisesti arvioidaan oikeudellista ennakoitavuutta vähäisemmässä määrin. Välitystuomioistuinten soveltamat ratkaisukriteerit ovat myös olennaisesti yleistä oikeusproses-

¹²³ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 6: ”Luonnonoikeuden tavoin myös traditionaalinen, tavanomainen oikeus, joka perustuu ikimuistoisiin, yhteisöllisessä elämässä toistuviin ja sitoviksi koettuihin käyttäytymistapoihin ja -tottumuksiin, on joutunut väistymään nimenomaisesti asetetun positiivisen oikeuden tieltä.” Vrt. myös Tuori, mts. 175, missä Tuori kyseenalaistaa tavanomaisen oikeuden aseman itsenäisenä oikeuslähteenä. – Tavanomaisen oikeuden voi määritellä myös dynaamisemmin, viitaten tietyn oikeudenalan vakiintuneeseen käytäntöön tavan ikimuistoisuuden tai ylihistoriallisuuden sijaan. Tässä esityksessä tavanomainen oikeus on siis määritelty viittaamalla alalla vakiintuneeseen käytäntöön, eikä tavan ikimuistoisuutta ole edellytetty.

sia väljemmin määritellyt, kiinnittyen tavallisesti yleistä oikeusprosessia vahvemmin alalla hyväksyttyihin käytäntöihin arviointikriteereinä.

Tavanomaisen oikeuden rooli on säädännäistä oikeutta ja prejudikaattiperustaista oikeutta täydentävä. Kyse ei nähdäkseni ole vain historiallisesta jäänteestä modernin, säädännäisen oikeuden järjestelmässä vaan lainsäädäntöön väistämättä jäävien aukkojen tai vain heikosti säänneltyjen alueiden normittamisesta viittaamalla kyseisellä elämänalueella tavanomaisesti noudatettuihin yhteisölliisiin käytäntöihin ja kyseisten toimijoiden ammatilliseen itseymmärrykseen. Näkökulmaa vaihtaen: tietyllä yhteisöllisen elämän alueella tavanomaisesti noudatettu käytäntö saa vähän kerrassaan normatiivista velvoittavuutta, jollei lainsäätäjä tai (prejudikaatti)tuomioistuimet katso aiheelliseksi puuttua oikeuden omaehtoiseen ja – historiallisen oikeuskoulun termein – ”organiseen” kehitykseen. Tavanomaisen oikeuden institutionaalinen tuki ja oikeuttamisperuste on sinänsä vahva, koska se voi tukeutua sopimusvapauden taustalla vaikuttavaan tahdonautonomian periaatteeseen, lainsäädännön demokratiaperiaatteeseen, oikeudellista yhdenvertaisuutta puoltavaan oikeudellisen käytäntöjen vakiintuneisuuteen ja ennustettavuuteen sekä aineelliseen oikeudenmukaisuuteen ja kohtuullisuuteen lain edellyttämällä tavalla. Kokonaisuudessaan tavanomaisoikeudellinen normisto voitaisiin ehkä palauttaa sopijapuolten hiljaisesti edellyttämän sopimuskonstruktion alle, jolloin sovellettavaksi tulisi lähinnä tahtoperustainen ja/tai perusteltuun luottamuksensuojaan tukeutuva sopimusoikeuden konstituutio. Tavanomaisen oikeuden sääntöformalismin aste on tavallisesti varsin alhainen: on kyse (vain) vakiintuneista yhteisöllisistä käytännöistä, joita tavallisesti ei ole kodifioitu kirjalliseen muotoon, ja vaikka jonkinlainen koonnos olisi laadittukin, ei sillä välttämättä ole sanottua käytäntöä varsinaisesti sitovaa tai velvoittavaa merkitystä.

4.10. Yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö ja muu oikeusvertailu

Oikeusvertailevat argumentit muiden oikeusjärjestysten lainsäädännössä ja oikeuskäytännössä toteutetuista oikeudellisista ratkaisumalleista saavat merkitystä myös suomalaisen tuomarin ratkaisuharkintaa ohjaavina perusteina etenkin eurooppaoikeudellisessa eli Euroopan yhteisön oikeuden sekä Euroopan ihmisoikeusnormiston soveltamiskontekstissa, missä yhtenäinen *yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö* eli yleiseurooppalainen tulkintakäytäntö saa merkitystä arvioitaessa Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevien yleisten oikeusohjeiden eurooppaoikeudellista *ra-kenteistumista* ja oikeuslähdeopillista merkitystä.

Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 234 artiklan tarkoittaman *ennakkoratkaisumenettelyn* sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen hyväksymän *yhtenäistulkinnan* idean mukaisesti yhteisöoikeuden tulkinnan tulee olla yhtenäinen

koko Euroopan yhteisön alueella.¹²⁴ Euroopan ihmisoikeussopimukseen liitetty ihmisoikeuksien *ylikansallinen valvontajärjestelmä* ja ihmisoikeuksien universaali luonne korostavat vastaavasti ihmisoikeusnormiston yhtenäistä tulkintaa ihmisoikeussopimuksen soveltamisalueella. Eurooppaoikeudellinen oikeusnormisto syntyy vuorovaikutussuhteessa eli *oikeudellisena dialogina* yhtäältä kansallisten tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien ja täytäntöönpanevien viranomaisten sekä toisaalta Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen kesken. Kansallisilla tuomioistuimilla on oikeus ja tietyin ehdoin myös velvollisuus tehdä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle 234 artiklan (ent. 177 art.) mukainen ennakkoratkaisupyyntö asiassa, joka koskee yhteisöoikeuden tulkintaa kansallisessa soveltamiskontekstissa. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimella on puolestaan oikeudellinen toimivalta käsitellä yksilövalitukset, missä valituksen tehnyt henkilö väittää jonkin Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajavaltion loukanneen hänen sanotussa sopimuksessa määriteltyjä ihmisoikeuksiaan. Sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen että Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamien päätösten kansallinen täytäntöönpano on kuitenkin kansallisten viranomaisten vastuulla.

Yhteisöoikeuden säädös tai, tavallisimmin, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevä yleinen oikeusohje, joka on *vahvasti rakenteistunut* myös yhteisön jäsenmaiden kansalliseen oikeuteen eli joka nauttii laajaa *institutionaalista tukea* ja *yhteisöllistä hyväksyntää* keskeisten Euroopan yhteisön jäsenmaiden tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaiden perustuslakituomioistuinten, ylimpien tuomioistuinten sekä muiden vastaavien tuomioistuinten ja viranomaisten oikeudellisessa ratkaisukäytännössä, on osa vakiintunutta *yleiseurooppalaista oikeuskäytäntöä* eli yhteisöoikeuden ja/tai ihmisoikeusnormiston *yleiseurooppalaista tulkintakäytäntöä*. Yksittäisen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevän yleisen oikeusohjeen ratkaisuarvon määrittämiseksi saattaa olla tarpeen perehtyä oikeusvertailevasti myös esimerkiksi Saksan perustuslakituomioistuimen, Saksan, Ranskan, Italian, Espanjan ja Iso-Britannian sekä muiden Euroopan yhteisön jäsenmaiden ja/tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaiden perustuslakituomioistuinten ja ylimpien oikeusasteiden ratkaisukäytäntöön sen selvittämiseksi, miten laajaa ja syvää eurooppaoikeudellisen oikeusnormiston institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä on yleiseurooppalaisessa oikeuskäytännössä. Vahvasti

¹²⁴ Toisaalta, yhteisöoikeuden *toissijaisuus*- eli *läheisyysperiaatteella* on yhtenäistulkintaan nähdyn vastakkainen vaikutus, korostaen yhteisöoikeuden tulkinnassa paikallisesti eriytyneitä piirteitä yhtenäistulkinnan sijaan, pyrkien palauttamaan yhteisöoikeudellisen sääntelyn jälleen demokratiaperiaatteen alaisuuteen.

rakenteistuneiden eurooppaoikeudellisten oikeusohjeiden osalta on yleensä kyse periaatteellisesti erittäin merkittävien, tavallisimmin valtiosääntöoikeudellisia toimivaltakysymyksiä koskevien Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisujen tai perustavimpia ihmisoikeuksia täsmentävien Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen arvioimisesta vasten vakiintunutta yleiseurooppalaista oikeuskäytäntöä, joka näin voi saada merkitystä myös suomalaisen tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa sanotunlaisen oikeusvertailevan tulkinta-argumentin välittämänä.

Ilman keskeisten eurooppalaisten tuomioistuinten ja viranomaisten hyväksyntää esimerkiksi *Costa v. ENEL* (6/64) ja *Simmenthal II* (106/77) -tapauksen vakiinnuttama oppi yhteisöoikeuden etusijasta jäsenmaiden kansalliseen oikeuteen nähden oli oikeuslähdeopilliselta asemaltaan varsin epäselvä. Vasta kun sanottu oppi oli vähitellen hyväksytty yhteisön jäsenmaiden kansallisten perustuslakituomioistuinten ja vastaavien tuomioistuinten toimesta – esimerkiksi Saksassa *Internationale Handelsgesellschaft GmbH* eli *Solange I* -tapaus (11/70 & 2 BvL 52/71); *Wünche Handelsgesellschaft* eli *Solange II* -tapaus (2 BvR 197/83), *Kloppenburger* (2 BvR 687/85) sekä ratkaisussa *Maastrichtin sopimuksesta* (2 BvR 2134/92 & 2159/92); Ranskassa *Maastricht I* (92–308 DC) ja *Maastricht II* (92–312 DC) sekä Italiassa *Frontini v. Ministero delle Finanze* (183/73) -tapauksissa – voitiin arvioida, että se kuuluu yleiseurooppalaiseen oikeuteen riittävän kansallisen reseption eli kansallisissa eurooppalaisissa tuomioistuimissa ja viranomaisissa nauttiman institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän vuoksi.¹²⁵ Sama oikeudellinen tulkinta-argumentti voidaan ulottaa myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamiin linjaratkaisuihin ja niiden hyväksyntään Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaiden kansallisten tuomioistuinten ja viranomaisten oikeuskäytännössä.

Oikeusvertailevaa argumenttia voi luonnollisesti hyödyntää myös irrallaan yleiseurooppalaisesta tulkinta- ja soveltamiskontekstista, mutta sen oikeudellinen painoarvo on silloin vähäisempi. Toisaalta, pohjoismaisen ja etenkin Suomen ja Ruotsin oikeuden yhteisen oikeushistoriallisen taustan ja oikeuskulttuuristen yhteneväisyyksien vuoksi pohjoismaisella oikeusvertailulla on keskeistäänkin oikeuslähdeopillista merkitystä etenkin silloin, kun arvioitavana oleva kysymys on syntynyt pohjoismaisen lainsäädäntöyhteistyön tuloksena.

4.11. Lainopillinen oikeuskirjallisuus

Historiallisessa katsannossa *lainopillisella oikeuskirjallisuudella* on perinteisesti ollut merkitystä oikeuslähteenä. Roomalaisen oikeuden *sitaattilaeissa* määrätty-

¹²⁵ Oppenheimer, toim., *The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases*, s. 17–22.

jen oikeusoppineiden käsityksille annettiin ehdoton auktoriteettiasema oikeuslähteenä. Keskiajalla *communis opinio doctorum* eli alan arvostetuimpien oikeusoppineiden yksimielinen käsitys oikeuden tulkinnasta oli keskeinen oikeuslähde. Vielä nykyäänkin jonkin oikeudenalan johtavien tutkijoiden käsityksillä on kiistatta tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavaa merkitystä, vaikkei tuomioistuinten tapana olekaan viitata yksittäisiin oikeusoppineisiin tekemiensä ratkaisujen perusteluisa. Lainopillisen kirjallisuuden merkitys oikeuslähteenä jää sen vuoksi tavallisesti lausumatta julki, ja se olisi dokumentoitavissa vain jutun esittelijän ejulkisen muistion lehdiltä tai tuomarin omista, yhtä lailla ei-julkisista muistiinpanoista. Samalla on kyse oikeudellisen päätöksenteon hiljaisista, tavallisesti julkilausumattomista premissistä myös toisessa merkityksessä. Oikeuteen ei ole *näkökulmaa ei-mistään*, ja oikeustieteellinen ammattitutkinto tarjoaa myös tuomareille ja muille lainsoveltajille ne käsitteelliset, normatiiviset, episteemiset ja metodiset työvälineet, joiden avulla voimassa olevan oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittäminen on ylipäätään mahdollista. On kyse institutionaalisen oikeuslähteopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian perusteista, jotka juristitutkinto välittää aina uusille juristipolville ja siten myös tuomareille ja muille oikeudellisille päätöksentekijöille.

Lainopillinen oikeuskirjallisuus poikkeaa muista oikeuslähteistä siinä, ettei sillä ole (enää) itsenäisen ratkaisuperusteen arvoa, vaan se saa oikeuslähteopillista ja argumentaatioteoreettista merkitystä vain tavasta, jolla se kykenee hyödyntämään muista oikeuslähteistä johdettuja oikeudellisia ratkaisuperusteita. Ne voivat olla joko *institutionaalisia* oikeuslähteitä, jotka nauttivat eriasteista institutionaalista tukea oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä esimerkiksi lainsäädännön ja virallisen lainvalmisteluaineiston, kansallisten prejudikaattien tai Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden merkityksessä, tai *ei-institutionaalisia* oikeuslähteitä, joilta senkaltaisen virallistettu asema ja institutionaalinen tuki yhteiskunnan sääntösidonnaisissa käytännöissä puuttuu, esimerkiksi yhteiskunnallisen seuraamusharkinnan eli reaalisten argumenttien tai yleiseurooppalaisen tulkintakontekstin ulkopuolisten oikeusvertailevien tulkintaperusteiden merkityksessä.

Itsenäisenä oikeudellisena tulkinta- tai ratkaisuperusteena lainopillinen argumentti olisi vain sen esittäjän henkilöön liittyvien tekijöiden varassa, eikä senkaltaisille perusteille ole enää tapana antaa oikeuslähteopillista merkitystä. Aiemmin tilanne oli toinen, kun tulkintakannanoton esittäjän henkilöön liittyvät seikat saattoivat saada ratkaisevan merkityksen esimerkiksi roomalaisen oikeuden sitaattilakien tai kirjoittajan auktoriteettiasemaan liittyvien tekijöiden vaikutuksesta. Nykyisin lainopin tulkintakannanoton tulkintaa ohjaava merkitys liittyy sen tueksi esitettyjen perustelujen vakuuttavuuteen, kun muodollis-juridinen

auctoritas on saanut väistyä oikeuden aineellisen *ration* tieltä.¹²⁶ Tulkintakannanoton vallitsevuus oikeustieteellisessä tiedeyhteisössä vaikuttaa silti edelleen sen oikeuslähdeopilliseen merkitykseen: lainoppineiden yksimielinen tai lähes yksimielinen kanta (lat.: *communis opinio doctorum*) saa suuremman painoarvon kuin alan tutkijoiden vahvasti jakautunut tai riitainen käsitys voimassa olevan oikeuden tulkinnasta (lat.: *discordans opinio doctorum*). Lainopillisessa oikeuskirjallisuudessa esitetyt tulkintakannat saavat merkitystä vain koamalla toisissa, institutionaalisissa ja ei-institutionaalisissa oikeuslähteissä jo esitetyt tai niistä johdettavissa olevat oikeudelliset tulkinta-argumentit yhtenäiseksi kokonaisuudeksi määrätyn *tulkintakehyksen* eli oikeudellisen *tulkintamatriisin* käsittämien tutkimuksellisten premissien alaisuudessa. Tutkijan omaksuma *tutkijanideologia* ohjaa oikeudellisen tulkintamatriisin ja hyödynnettävien tulkintaperusteiden valintaa.

Analyttis-deskriptiivisen tutkijanideologian omaksunut lainopin tutkija on sitoutunut vallitsevan tuomariniideologian oikeuslähdeopillisiin (ja argumentaatioteoreettisiin) premissiin eli niihin institutionaalsiin ja ei-institutionaalsiin oikeuslähteisiin, joita tuomioistuimet ja viranomaiset ovat kollektiivisesti hyväksyneet voimassa olevan oikeuden pätevyyskriteereiksi. Institutionaalisilla oikeuslähteillä, kuten lainsäädännöllä, prejudikaateilla ja muulla oikeuskäytännöllä, lainvalmisteluaineistolla, yksityisoikeudellisilla sopimuksilla sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisista ilmenevillä yleisillä oikeusohjeilla, on tällöin keskeisin merkitys myös lainopin tutkijan oikeudellista argumentaatiota ohjaavina tulkintaperusteina.

Normatiivis-kriittisen tutkijanideologian omaksunut lainopin tutkija on oikeuslähdeopillisilta (ja argumentaatioteoreettisilta) sitoumuksiltaan analyttis-deskriptiivistä lainoppia olennaisesti vähemmän sidottu. Kriittinen oikeustutkimus voi irtautua vallitsevasta tuomariniideologiasta esimerkiksi marxilaisten oikeus- ja yhteiskuntaideologian mukaisten yhteiskunnallisten tavoitteiden (= vaihtoehtoinen lainoppi), sopimusoikeuden johtavaksi periaatteeksi nostetun kohtuusperiaatteen tai heikomman sopijapuolen suojelun (= sosiaalinen siviilioikeus), naisten tai jonkin muun väestöryhmän erityisintressien suojelun (= naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus) tai taloudellisen kustannustehokkuuden ja yhteiskunnallisen resurssi- ja optimaalisuuden (= oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi) hyväksi.

¹²⁶ Yleisesti Bergholtz, *Ratio et Auctoritas. Ett komparativrättsligt bidrag till frågan om domsmotiveringens betydelse främst i tvistemål, passim*; Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 184–189 *et seq.*; sama, ”Pitäisikö tuomiot perustellakin?”, *passim*.

4.12. Muut oikeudelliset ratkaisuperusteet

Oikeushistorialliset argumentit saattavat antaa tukea lainsäätäjän alkuperäisen historiallisen tarkoituksen selvittämiseen, mutta niiden liittymät tämänhetkiseen suomalaiseen yhteiskuntaan ja erilaisiin institutionaalsiin käytäntöihin saattavat jäädä vähäisiksi. *Oikeuslingvistiset* tulkintaperusteet saattavat antaa tulkinnallista tukea etenkin analyttisen (siviili)oikeustieteen oikeusasema-analyysille. *Oikeusekologiset* tulkintaperusteet saattavat osoittautua keskeisiksi etenkin kaavoituksen, tarkoituksenmukaisen maankäytön ja ympäristönsuojeluoikeuden kysymyksissä. *Oikeussosiologian* ja *oikeudellisen tilastotieteen* avulla voi perustella oikeuden tulkintaa sen yhteiskunnallisten vaikutusten eli reaalisten argumenttien yhteydessä, ja niin edelleen.

Periaatteessa miltei minkä tahansa muun oikeuden *tulkintatieteellisen*, *ihmistieteellisen*, *kulttuuritieteellisen*, *yhteiskuntatieteellisen* tai *filosofisen* analyysin tutkimuksellista näkökulmaa ja tutkimustuloksia voi hyödyntää lainopillisen tulkinnan apuna, niin kuin edellä perustelin: lainoppi on *metodisesti suljettu* mutta *argumentatiivisesti avoin* tutkimusala,¹²⁷ jonka päättelyn premissien sekä saavutettujen tulkintatulosten oikeellisuuden arvioimiseksi voidaan turvautua *oikeuden tulkintatieteiden*, kuten lainopin, ohella myös muiden oikeustieteen osalueiden tuottamaan tietoon oikeudellisesti merkityksellisistä mentaalisista rakenteista ja prosesseista sekä yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan lainalaisuuksista (= *oikeuden ihmistieteet*), oikeuden yhteisöllis-kulttuurista merkityksistä ja merkitysrakenteista (= *oikeuden kulttuuritieteet*), oikeuden yhteiskunnallisista vaikutuksista ja vaikutussuhteista (= *oikeuden yhteiskuntatieteet*) sekä oikeuden määritelmällisistä tai muutoin filosofisessa katsannossa merkityksellisistä ominaisuuksista (= *oikeusfilosofia*).

Lainopin tulkinnallisen tiedonintressin suhteen oikeustieteen muihin, tutkimuksellisesti eriytyneisiin tieteenaloihin voi esittää kokoavasti seuraavasti:

- a) muut *oikeuden tulkintatieteet* kuin lainoppi: oikeuden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö
 - *vertaileva oikeustiede*: oikeusvertailevan aineiston avulla perustellut vaihtoehtoiset tulkinnat voimassa olevasta oikeudesta,
 - *de sententia ferenda* -tutkimus: vaihtoehtoiset tai mahdolliset oikeudelliset tulkintamallit ja tulkintaperusteet,

¹²⁷ Samoin Aarnio, "On the Truth and Validity of Interpretative Statements in Legal Dogmatics", s. 165: "... the connection between legal dogmatics and the empirical social sciences is *instrumental*, not *methodological*. The sociology of law produces interpretation data for legal dogmatics, but does not provide methods for it." (Kursivoinnit lisätty.)

- b) *oikeuden ihmistieteet*: oikeudellisesti merkitykselliset ihmismielen mentaalitajunnalliset rakenteet ja prosessit sekä yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan lainalaisuudet
- *oikeuspsykologia*: oikeudellisen ratkaisuheuristiikan ja tuomarinpsykologian vaikutus oikeuden tulkintaan sekä todistajanpsykologian tuottaman tiedon vaikutus näyttökysymyksen arviointiin,
 - *oikeuspsykiatria*: syyntakeisuuden ja toisintoimimismahdollisuuden vaikutus rikosoikeuden tulkintaan,
 - *psykoanalyttinen oikeustiede*: freudilaisittain tai lacanilaisittain mielletyn piilotajunnan merkitysrakenteiden ja merkityksiä tuottavien prosessien vaikutus oikeuden tulkintaan, systematisointiin ja punnintaan,
- c) *oikeuden kulttuuritieteet*: oikeuden yhteisöllis-kulttuuriset merkitykset ja merkitysrakenteet
- *oikeushistoria*: oikeudellisen tulkinnan historiallinen ulottuvuus etenkin suhteessa aate- ja kulttuurihistoriallisiin sekä ideologisiin selityspäristöihin,
 - *oikeussemiotiikka*: oikeuden merkkien ja merkkijärjestelmien vaikutus oikeuden tulkintaan, systematisointiin ja punnintaan,
 - *oikeuslingvistiikka*: oikeuden kielen analyysin vaikutus tulkintaan, systematisointiin ja punnintaan,
 - *oikeusinformatiikka*: oikeudellisten tietojärjestelmien vaikutus tulkintaan, systematisointiin ja punnintaan,
 - *oikeusekologia*: ympäristöarvojen vaikutus oikeuden tulkintaan, systematisointiin ja punnintaan,
- d) *oikeuden yhteiskuntatieteet*: oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset ja vaikutussuhteet
- *oikeushistoria*: oikeudellisen tulkinnan historiallinen ulottuvuus etenkin suhteessa rakenteellisiin-sosiaalisiin ja taloudellisiin selityspäristöihin,
 - *oikeussosiologia*: oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset reaalisena argumenttina oikeuden tulkinnassa,
 - *oikeustaloustiede*: lainsäädännön ja oikeuskäytännön taloudellinen kustannustehokkuus sekä toteutunut liiketoiminnan transaktiokustannusten taso ja yhteiskunnallinen resurssiallokaatio oikeudellisena tulkinta-argumenttina,
 - *oikeudellinen tilastotiede* ja *sosiaalimatematiikka*: joukkomittaisten oikeudellisten ilmiöiden vaikutus oikeuden tulkintaan, systematisointiin ja punnintaan,
 - *oikeudellinen sosiaalipsykologia*: yhteisöllis-kollektiivisten psykologisten lainalaisuuksien vaikutus oikeuden tulkintaan, systematisointiin ja punnintaan,
 - *oikeusantropologia*: yhteisöllisten rituaalien ja symbolien vaikutus oikeuden tulkintaan, systematisointiin ja punnintaan,
- e) *oikeusfilosofia*: oikeuden määritelmälliset tai muutoin filosofisessa katsannossa merkitykselliset ominaisuudet
- *analyttinen kielifilosofia*: yhteisön käyttämän luonnollisen kielen eli arkikielen loogis-syntaktisten ja semanttisten rakenteiden vaikutus oikeuden tulkintaan, systematisointiin ja punnintaan,

- *oikeusfenomenologia*: oikeuden intuitiivis-apriorisen, itseannetun olemuksen vaikutus oikeuden tulkintaan, systematisointiin ja punnintaan,
- *marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia*: yhteiskunnan taloudellisten lainalaisuuksien ja pääoman itseään uusintavien liikelakien vaikutus oikeuden tulkintaan, systematisointiin ja punnintaan,
- ja niin edelleen.

Oikeuslingvististen, oikeushistoriallisten, oikeusekologisten ja vastaavien muiden oikeudellisten ratkaisuperusteiden rakenteistuminen Suomen oikeuteen eli niiden nauttima tuki suomalaisen yhteiskunnan institutionaalisessa ja yhteisöllisessä arvoperustassa on alhainen tai suorastaan olematon. Niiden oikeuttamisperusteena on aineellinen yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus varsinaisten institutionaalisten oikeuslähteiden edustaman oikeusvaltioperiaatteen (= parlamentaarinen demokratiaperiaate, sopimusoikeudellinen tahdonautonomia ja oikeudellinen yhdenvertaisuus) tai oikeuden itseisarvoista velvoittavuutta korostavan suvereniteettiperiaatteen sijaan. Lisäksi niiden suhteellisen sääntöformalismin aste on alhainen. Käytännössä varsinkin oikeuden yhteiskuntatieteellisen analyysin mutta myös muiden oikeustieteen ei-lainopillisten osa-alueiden tuottamat tutkimustulokset ovat muunnettavissa *reaalisiksi argumenteiksi*, jolloin ne voidaan ottaa oikeudellisessa tulkinnassa tai punninnassa (vain) mahdollisina tulkintaperusteina huomioon. Oikeusteoreettisen ja oikeusfilosofisen tiedon asema on kuitenkin tässä vahvempi. Jotta tutkija voi ylipäättään lausua jotain voimassa olevan oikeuden tulkinnasta, systematisoinnista tai punninnasta, hänen on jo sitouduttava johonkin tietenteoreettisesti ja oikeusteoreettisesti perustelluissa olevaan oikeus- ja oikeustiedekäsitykseen.

4.13. Reaaliset argumentit

Reaaliset argumentit eli oikeudellisen tulkinnan ennakoitavissa olevat *yhteiskunnalliset vaikutukset* on eräänlainen oikeudellisen tulkinnan viimekätinen kontrolli- tai arviointikriteeri.¹²⁸ Kyse voi olla oikeuden taloudellisten, sosiaalisten tai vaikka kansalaismoraalia vahvistavien tai heikentävien tekijöiden ennakoimisesta määrättyssä lainsoveltamistilanteessa. Oikeuden tulkinta ei voi milloinkaan tapahtua yhteiskunnallisessa tyhjiössä. Jopa yksittäisellä Korkeimman oikeuden antamalla ennakkoratkaisulla voi olla syvälinen vaikutus suomalaiseen yhteiskuntaan esimerkiksi silloin, kun arvioitavana on tupakkayhtiöiden mahdollinen vahingonkorvausvastuu tupakoiville tai sivullisille aiheutetusta terveydellisestä vahingosta, kansalaistottelemattomuus ympäristöekologisten arvojen suojelemi-

¹²⁸ Samoin Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 241.

seksi, sallitun hätävarjelen rajat henkirikostapauksissa, rahoituslaitosten luotonantajavastuu tai vaikka maanomistajan sallitun maankäytön oikeudelliset rajat. Viime kädessä nämä(kin) kysymykset tulevat laintulkinnassa arvioitaviksi reaalisten argumenttien muodossa.

Niin kuin Aarnio oikein toteaa, tuomarilla tai muulla institutionaalisella lainsoveltajalla ei ole oikotietä reaalisiin argumentteihin ilman, että siirrytään samalla vapaa-oikeuskouluun (saks.: *Freirechtslehre, Freirechtsbewegung*) tai suorasu-kaisen oikeudellisen *finalismin* tarkoittamaan oikeuskäsitykseen¹²⁹ *analyttisen oikeuspositivismin* (John Austin, Hans Kelsen, H.L.A. Hart), *analyttisen oikeusrealismin* (Alf Ross, H.L.A. Hart) ja *institutionaalisen oikeuspositivismin* (Neil MacCormick, Ota Weinberger) oikeuskäsityksen sijaan. Oikeus on ameri-kalaisen Robert S. Summersin ja tanskalaisen Alf Rossin tarkoittamalla tavalla vähintään heikosti *formalisoitujen* ratkaisuperusteiden kokonaisuus, joka koos-tuu yhtäältä täysimääräisesti formaaleista oikeussäännöistä sekä toisaalta Suo-men oikeuteen eriasteisesti *rakenteistuneista* eli eriasteista mutta riittävää insti-tutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivista oikeusperiaatteista ja muista oikeudellisista ratkaisuperusteista.¹³⁰

Staattiset oikeudelliset ratkaisuperusteet, kuten lainsäädäntö, virallinen lain-valmisteluaineisto sekä yksityisoikeudelliset sopimukset velvoittavat ainakin lähtökohtaisesti niiden aineelliseen sisältöön katsomatta. *Dynaamiset* oikeudelli-set ratkaisuperusteet, kuten kansalliset prejudikaatit, tavanomaisoikeudellisesti noudatetut yhteisölliset käytännöt sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusoh-jeet, velvoittavat (vain) siinä määrin kuin ne ovat rakenteistuneet Suomen oikeu-den institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eli nauttivat institutionaa-lista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää suomalaisessa yhteiskunnassa sekä, yh-teisöoikeudellisten normien osalta, tukeutuvat yhtenäiseen ja vakiintuneeseen yleiseurooppalaiseen oikeuskäytäntöön. Oikeudellisen tulkinnan hyväksyttä-vyyttä arvioitaessa puhtaasti formaalit ratkaisukriteerit saavat viime vaiheessa väistyä tulkinnan yhteiskunnallisten vaikutusten arvioimisen tieltä. Sitä vastoin ensisijaisena kriteerinä reaaliset argumentit eivät tule kyseeseen ilman, että argu-mentaation oikeudellisuudesta joudutaan samalla luopumaan. Jos ehdotetun oi-keudellisen tulkinnan yhteiskunnalliset vaikutukset arvioidaan kestävämmiksi, suomalainen tuomioistuin tai muu lakia soveltava viranomainen tuskin suostuu vahvistamaan sitä voimassa olevan oikeuden sisällöksi, vaan se todennäköisesti

¹²⁹ Aarnio, mts. 241. Aarnio viittaa kuitenkin vain vapaa-oikeuskouluun, ei oikeudelliseen finalis-miin, joka voidaan tulkita myös muotosidonnaisia oikeudellisia argumentteja täydentävänä lähes-tymistapana oikeuteen. – Oikeudellisesta finalismista, Klami, *Finalistinen oikeusteoria. Tutkimus oikeudellisen päätöksenteon ja oikeusnormipropositioiden tavoitteellisesta justifiointista ja kont-rollista*.

¹³⁰ Summers, *Essays on the Nature of Law and Legal Reasoning*; Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 92.

pyrkii perustelemaan käytettävissä olevien oikeuslähteiden ja oikeudellisten tulkintamenetelmien avulla jonkin muun, aineellisessa katsannossa helpommin hyväksyttävissä olevan tulkinnan.

Reaalisten argumenttien institutionaalinen tuki yhteiskunnassa on määritelmällisesti heikko tai olematon. Sen yhteiskunnallisena justifikaatioperustana on ehdotetun tulkinnan kohtuullisuus tai hyväksyttävyyys eli *aineellinen oikeudenmukaisuus*. Samoin reaalisten argumenttien mahdollisen sääntöformalismin aste on jo määritelmällisesti alhainen, sillä on kyse yleisesti yhteiskunnallista oikeudenmukaisuutta edistävistä arvo- ja/tai tavoiteperusteista kiinteämmin yhteiskunnan institutionaaliseen perustaan rakenteistuneiden oikeussääntöjen, oikeusperiaatteiden tai muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien sijaan.

4.14. Oikeuslähdeopin kielvät ratkaisuperusteet

Kiellettyjä ratkaisuperusteita tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa ovat vain lain ja hyvän tavan vastaiset argumentit sekä avoimen (puolue)poliittiset argumentit. Niinpä tuomari, joka perustelisi tekemänsä ratkaisun vetoamalla avoimen rasistiseen, syrjivään, alatyyliseen tai henkilökohtaisuuksiin käyvään luonnehdintaan jutun asianosaisesta, toimisi moitittavalla tavalla. Samoin tuomari, joka perustelisi ratkaisun kansallissosialistiseen, fasistiseen tai stalinistiseen yhteiskuntaideologiaan viitaten, syyllistyisi moitittavaan menettelyyn, koska Suomen voimassa oleva oikeus ei sanotunlaisia ideologisia sidonnaisuuksia tunnusta. Mutta yleinen viittaus esimerkiksi vallitsevan omistusoikeuskäsitteen yhtäältä porvarillisiin, yksityisomistusoikeuden perustaviin ja tahdonautonomiaan toteuttaviin elementteihin sekä toisaalta omistamisen erilaisiin sosiaalisiin ja sittemmin myös ympäristönsuojelua koskeviin sidonnaisuuksiin ei ole kiellettyä. Kuitenkaan yksinomaisina ratkaisukriteereinä senkaltaiset perusteet eivät täyttäisi asianmukaisen oikeudellisen perustelun vähimmäisvaatimuksia. Oikeudellisen tulkinnan tueksi esitetyt tulkinta- tai ratkaisuperusteet eivät toisin sanoen saa olla liian yleisellä tasolla, vaan niillä on oltava liittymä oikeuden institutionaaliseen ja yhteiskunnalliseen perustaan.

Toisaalta ratkaisu, jonka perusteluissa kaikki institutionaaliset oikeuslähteet tai ylipäätään oikeudellisesti merkitykselliset näkökohdat sivuutettaisiin, ei täyttäisi sekään *oikeudelliselle* ratkaisulle asetettuja vähimmäiskriteereitä.¹³¹ Niinpä tuomarin tai muun viranomaisen ratkaisu, jonka perusteluissa sivuutettaisiin yhtä hyvin voimassa oleva Euroopan yhteisön lainsäädäntö ja kansallinen lainsäädäntö, virallinen lainvalmisteluaineisto, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen

¹³¹ Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 226: ”Rättskällorna är dessutom relaterade till begreppet ’juridisk argumentation’. Det går inte att på en och samma gång förkasta alla eller nästan alla av dem och ändå argumentera *juridiskt*.”

ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevät yleiset oikeusohjeet samoin kuin ylimpien kansallisten tuomioistuinten oikeuskäytäntö, vakiintuneet tavanomaisoikeudelliset käytännöt ja mahdolliset yksityisoikeudelliset sopimukset, ei täyttäisi oikeudellisen perustelun vähimmäiskriteerejä, vaan kyse olisi lähinnä moraalifilosofian, yhteiskuntafilosofian, teologian, estetiikan, kirjallisuustieteen tai jonkin muun tutkimusalan lausumista. *Oikeudellisen* ratkaisun käsite toisin sanoen edellyttää, että tuomari tai muu lainsoveltaja hyödyntää vallitsevan tai kriittisen oikeuslähdeopin mukaisia ratkaisuperusteita. Tämä määrittelee lainopin *institutionaalisen epistemologian* tutkimukselliset koordinaatit.

5. JÄÄHYVÄISET KELSENILLE? STAATTISEN JA DYNAAMISEN OIKEUSLÄHDEOPIN YHTEENLOMITTUMINEN

Vallitseva käsitys suomalaisen tuomarin oikeuslähdeopista eli Aulis Aarnion ja Aleksander Peczenikin perustelema oikeuslähdeopin malli perustuu ajatukseen vahvasti velvoittavien oikeuslähteiden eli lainsäädännön ja tavanomaisen oikeuden *sanktioperustaisesta* velvoittavuudesta: mitä on seurauksena, jos tuomari tai muu lainsoveltaja ei noudata vallitsevaa oikeuslähdeoppia? Todennäköisenä seurauksena on ratkaisun muuttuminen ylemmässä oikeusasteessa sekä ääritapauksessa syyte virkavirheestä, jos tuomari poikkeaa omavaltaisesti vallitsevasta oikeuslähteiden hierarkiasta. Oikeuslähdeopin taustalla voi nähdä myös joukon syvempiä oikeuslähdeopin justifikaatioperusteita Peczenikin yksilöimien demokratiaperiaatteen, oikeudellisen yhdenvertaisuuden ja oikeudellisen tradition jatkuvuuden sekä yhteiskunnallisen kaaoksen välttämisen merkityksessä.¹³² Tuomarin vastuu on Aarnion osuvan luonnehdinnan mukaan *perusteluvastuuta*: tuomarin ja muun lakia soveltavan viranomaisen eli, tämän teoksen termein, institutionaalisen lainsoveltajan on perusteltava tekemänsä oikeudellinen ratkaisu (institutionaalisista) oikeuslähteistä johdettavissa olevien ratkaisuperusteiden avulla. Tuomarin perusteluvastuun kääntöpuolena on kansalaisten *perusteltu oikeusturvaodotus*, jota Aarnio on jäsentänyt yhtäältä *mielivallan välttämisen* eli oikeuden muodollisen ennakoitavuuden sekä toisaalta sisällöllisen kohtuullisuuden eli *hyväksyttävyyden* avulla.¹³³

Vahvasti eli virkavastuun uhalla velvoittavia oikeuslähteitä on Aarnion ja Peczenikin mukaan kaksi: (kansallinen) lainsäädäntö ja osin lakiin perustuen tavanomainen oikeus, joiden sivuuttamisesta tuomaria uhkaa mahdollinen virkavirhe-

¹³² Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 225–226.

¹³³ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, 186–189.

syyte tai muu virallinen moite. Heikosti velvoittavia oikeuslähteitä on Aarnion ja Peczenikin mukaan lainvalmisteluaineisto ja ylimpien (kansallisten) tuomioistuinten antamat prejudikaatit: kansalaisten *oikeusturvaodotuksen* nojalla tuomarilla on velvollisuus perustella, miksi hän on ratkaisua tehdessään sivuuttanut suhteellisen tuoreet lain esityöt tai miksi hän poikkeaa vakiintuneesta oikeuskäytännöstä. Pelkästään sallitut oikeuslähteet ovat ratkaisuperusteita, joita tuomari voi niin halutessaan hyödyntää päätöksenteossa, mutta niiden sivuuttamiseen ei ole liitetty mitään sanktiota. Aarnion ja Peczenikin malli on ainakin lähtökohtaisesti *staattinen*: oikeuslähteen argumentaatioteoreettinen merkitys on johdettavissa sen suhteellisesta asemasta oikeuslähteiden kolmiportaisessa hierarkiassa, joskin *all things considered* -tyyppisessä eli kaikki asiaanvaikuttavat näkökohdat huomioon ottavassa tarkastelussa yksittäisen oikeuslähteen suhteellinen ratkaisuarvo eli merkitys tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa saattaa merkittävästikin muuttua.

Kahden itävaltalaisen oikeusfilosofin, Adolf Julius Merklin (1890–1970) ja Hans Kelsenin (1881–1973), ajatus voimassa olevan oikeuden normien hierarkisesta rakenteesta eli formaalista oikeusnormipyramidista (saks.: *Stufenbau*) voidaan sovittaa yhteen Aarnion ja Peczenikin hierarkkisen oikeuslähdeopin mallin kanssa: lainsäädäntö tuomaria ensisijaisesti velvoittavana oikeuslähteenä voidaan järjestää hierarkkisesti eritasoisten säädösten kokonaisuudeksi voimassa olevasta perustuslaista ja tavallista lainsäädäntöjärjestystä noudattaen säädetyistä laeista tasavallan presidentin, valtioneuvoston ja yksittäisten ministeriöiden antamiin asetuksiin ja päätöksiin sekä sitä alemmanasteisiin hallinnollisiin normeihin aina kunnallisen tason säädöksiin sekä yksittäisiin tuomioistuinratkaisuihin ja viranomaispäätöksiin asti.¹³⁴ Oikeusnormihierarkian merkitys on tunnustettu myös Suomen voimassa olevassa perustuslaissa (11.6.1999/731), jonka 106 § säättää perustuslain normihierarkkisesta etusijasta laintasoiseen säännöksen nähdessä:

Jos tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa asiassa lain säännöksen soveltaminen olisi ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa, tuomioistuimen on annettava etusija perustuslain säännökselle.

Perustuslain 107 § säättää vastaavasti lakia alemmanasteisten säädösten soveltamisesta ristiriitatilanteessa:

¹³⁴ Sitä vastoin väitetään Kelsenin puhtaan oikeusopin edellyttämän transsendentaalis-loogisen perusnormin olemassaolosta on yhtä mahdoton osoittaa todeksi kuin vääräksiään. Perusnormiolettama on Kelsenin uskantilaisen tieteenfilosofian mukainen ajatuksellinen välttämättömyys, jonka avulla hän perusteli positiivisen, voimassa olevan oikeuden velvoittavuuden luonnonoikeudesta ja muista ei-oikeudellisista perusteista riippumatta.

Jos asetuksen tai muun lakia alemmanasteisen säädöksen säännös on ristiriidassa perustuslain tai muun lain kanssa, sitä ei saa soveltaa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa.

Kelsenin normipyramidissa yleinen ja abstrakti lainsäädäntö täsmentyy vähitellen eriasteisten norminasettajien ja lainsoveltajien tekemien päätösten kautta yksityiskohtaisemmiksi ja konkreettisemmiksi oikeusnormeiksi. Lopulta tuomioistuin tai jokin muu lakia soveltava viranomainen asettaa yksittäistapauksellisesti ”räätälöidyn” oikeusnormin, joka soveltuu ainakin lähtökohtaisesti vain yksittäiseen käsillä olevaan oikeustapaukseen. Yleiset säädökset ovat toisin sanoen Kelsenin ja Merklin oikeusnormihierarkian huipulla, suoraan perusnormin ja perustuslain alapuolella, kun taas tuomioistuinten asettamat yksittäistapaukselliset normit muodostavat oikeusnormihierarkian perustan. Aarnion ja Peczenikin oikeuslähdeopin mallia olisi mahdollista jatkaa siten, että se käsittäisi myös ajallisesti myöhemmän EY-lainsäädännön kansallista lainsäädäntöä hierarkkisesti ylempänä normikokonaisuutena Kelsenin oikeusnormihierarkian tarkoittamassa merkityksessä. Samoin eurooppaoikeudellinen oikeuskäytäntö on oikeuslähteenä ainakin lähtökohtaisesti ensisijainen kansallisiin prejudikaatteihin nähden.

Lainsäädäntökeskeiseen, *staattiseen* ja systeemisesti suljettuun oikeuslähdeoppiin on tullut 1990-luvun oikeuskehityksen myötä kuitenkin kaksi merkittävää poikkeusta, jotka uhmaavat samalla kertaa Kelsenin *Puhtaan oikeusopin* suljetun normihierarkian ideaa, H.L.A. Hartin oikeuden tunnistamissäännön soveltuvuutta Suomen voimassa olevan oikeuden normien tunnistamiseen sekä Aarnion ja Peczenikin oikeuslähdeopin ennalta määritettävissä olevaa kolmijakoa vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja vain sallittuihin oikeuslähteisiin: yhtäältä *Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet* sekä muu *prejudikaattiperustainen* tai yleisemmin tuomioistuinratkaisujen myötä syntynyt oikeus, ja toisaalta riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat *oikeusperiaatteet* ja muut vastaavat oikeudelliset *ratkaisustandardit* eivät noudata Kelsenin muodollisen oikeusnormihierarkian, Hartin formaalin oikeuden tunnistamissäännön tai Aarnion ja Peczenikin staattisen oikeuslähdeopin mallia.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö eli, täsmällisemmin ilmaisten, *Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet* eivät ole sijoitettavissa Kelsenin oikeuslähdehierarkiaan ennalta vakioitavissa olevalla tavalla, jollei ole kyse vahvasti rakenteistuneesta ja oikeussääntöön rinnastuvan, formaalin ratkaisuperusteen aseman saaneesta yleisestä oikeusohjeesta *Van Gend en Loos* (26/62), *Costa v. ENEL* (6/64), *Francovich* (C-6 & 9/90) tai *Simmenthal II* (106/77) -tapausten käsittämien ratkaisunormien tavoin. Tavallisemmin yhteisöoikeudellisissa tai Euroopan ihmisoikeusnormis-

toa soveltavassa oikeuskäytännössä on kyse *dynaamisesta* eli systeemisesti ”kel-luvasta” eli oikeuslähdeopilliselta ratkaisuarvoltaan ei-vakiodusta, tilannekoh-taisesti muuttuvasta oikeuslähteestä, jonka oikeuslähdeopillinen velvoittavuus ja argumentaatioteoreettinen merkitys tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisu-harkintaa ohjaavana tekijänä eli sen oikeudellinen *ratkaisuarvo* riippuu osin sa-notun oikeuslähteen *muodollis-juridisesta syntytavasta*, osin – ja edellistä suu-remmassa määrin – kyseisen ratkaisun *aineellisesta sisällöstä* ja asiallisista liit-tymistä valtiosääntöoikeudellisten toimivaltakysymysten tai perustavimpien ih-misoikeusnormien tai, vaihtoehtoisesti, yhteisön sisämarkkinoiden toimivuuteen ja kansallisiin tukinormeihin tai vähemmän keskeisten ihmisoikeusnormien tul-kintaan sekä kolmanneksi sen *rakenteistumisesta yleiseurooppalaiseen oikeus-käytäntöön* eli yleiseurooppalaisen oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan*, viitaten Euroopan yhteisön jäsenmaiden tai Euroopan ihmisoikeus-sopimuksen allekirjoittajamaiden kansallisten tuomioistuinten ja viranomaisten yhdenmukaiseen ja vakiintuneeseen oikeudelliseen ratkaisukäytäntöön.

Lainsäädäntö velvoittaa Kelsenin ja Merklin tarkoittamalla tavalla – ainakin periaatteessa – yksittäisen säädöksen aineelliseen sisältöön katsomatta, koska sen oikeudellinen velvoittavuus voidaan palauttaa voimassa olevaan perustus-lakiin ja kelseniläiseen oikeusnormihierarkiaan sekä, Aarnion ja Peczenikin oikeuslähdeopin jäsennyksessä, tuomariin kohdistetun virallisen moitteen ja vir-kavirhesanktion mahdollisuuteen. Sitä vastoin Euroopan yhteisöjen tuomioistuim-en ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista johdettujen yleisten oikeusohjeiden velvoittavuus voi merkittävästi vaihdella kyseisen ratkaisun ai-neellisesta sisällöstä sekä kansallisten tuomioistuinten ja viranomaisten hyväk-syvistä tai torjuvasta suhtautumista riippuen. Sama joustavuus ja dynaamisuus pätee analogisesti myös kansallisista prejudikaateista tehtäviin päätelmiin ajalli-sessa katsannossa muuntuvan *ratio dicta* -jaottelun tapauskohtaisen määrittämi-sen ja soveltamisen merkityksessä.

Sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuin että Euroopan ihmisoikeustuomiois-tuin ovat korostaneet oman ratkaisu- ja tulkintakäytäntönsä *teleologisuutta*, *dy-naamisuutta* ja *evolutiivisuutta* alati muuttuvien yhteiskunnallisten olosuhteiden ja arvostusten valossa. Suhde tuomioistuimen aiempaan ratkaisukäytäntöön on joustava ja omaa ratkaisulinjaa saatetaan äkkiarvaamattakin muuttaa, jos se kat-sotaan perustelluksi esimerkiksi integraatiokehityksen ”uusien tuulien” tai ih-misoikeussopimukseen liittyneiden uusien maiden, kuten Venäjän tai entisen itäblokin maiden, mukanaan tuomien uudenlaisten oikeuskulttuuristen vaikuttei-den myötä. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuo-mioistuimen ratkaisukäytännössä on vaikutteita varsin instrumentalistisesta prejudikaattiopista, jossa tuomioistuimen sidonnaisuus aiempaan ratkaisukäy-täntöön on ajoittain ollut varsin heikko. Toisaalta, suomalaiselle tuomarille eurooppaoikeudellinen ratkaisukäytäntö ei ole malli, josta voitaisiin vapaasti

poiketa *evolutiivis-dynaamisen* tulkinnan keinoin Euroopan yhteisön integraatiotavoitteisiin tai kansainvälisen ihmisoikeusnormiston muuttuneeseen soveltamiskontekstiin viitaten. Suomalaisen lainsoveltajan näkökulmasta on kyse lähtökohtaisesti ratkaisuperusteesta, joka rinnastuu oikeuslähdeopilliselta merkittävyydeltään eurooppaoikeudelliseen ja kansalliseen lainsäädäntöön tai oikeuskäytäntöön ja jonka tavoitteet Euroopan yhteisöjen tuomioistuin tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on omalla (evolutiivis-dynaamisella) tulkinnallaan arvovaltaisesti asettanut.

Tämä on kuitenkin vasta oikeuslähdeopillisen päättelyn lähtökohta, joka ei vielä sellaisenaan määritä eurooppaoikeudellisen lähdeaineiston ratkaisuarvoa suomalaisen tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa. Osa ratkaisusta on kiistatta erittäin painavia myös suomalaisen tuomarin kannalta, rinnastuen kansalliseen perustuslakiin tai jopa ristiriitatilanteessa sen sivuuttaen. Tähän luokkaan kuuluvat esimerkiksi tapaukset, jotka koskevat yhteisöoikeuden välitöntä vaikutusta ja ensisijaisuutta suhteessa kansalliseen oikeusnormistoon, kuten *Costa v. ENEL* (6/64), *Simmenthal II* (106/77), *Factortame* (C-213/89), samapalkkaisuusdirektiivin soveltamista koskeva *Defrenne v. Sabena* (43/75), yhteisöoikeuden välillistä eli tulkintavaikutusta koskeva *Marleasing* (C-106/89) sekä yhteisön jäsenvaltion vahingonkorvausvastuuta koskeva *Francovich* (C-6/90 & C-9/90), samoin kuin useat ihmisoikeussopimuksen artikla 6 mukaista *oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä* koskevat Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisut, jotka ovat saattaneet koskea esimerkiksi rikoksesta syytetyn oikeutta esittää todistajalle oikeusprosessin aikana kysymyksiä.

Euroopan yhteisön jäsenvaltioiden oikeudellista suvereniteettia merkittävästi rajoittava oppi yhteisön oikeuden ensisijaisuudesta suhteessa jäsenvaltioiden kansalliseen oikeuteen, jota Euroopan yhteisöjen tuomioistuin linjasi useissa ratkaisuissaan – kuten *Costa vs. Enel*, *Internationale Handelsgesellschaft*, *Simmenthal*, *Factortame* – ei aluksi saanut yhteisön jäsenmaiden kansallisten tuomioistuinten varauksetonta hyväksyntää. Saksan liittovaltion perustuslakituomioistuin tosin hyväksyi sanotun opin jo 1970-luvun alussa, samoin kuin Italian valtiosääntötuomioistuin ja Ranskan korkein oikeus, *Cour de cassation*. Ranskan *Conseil d'Etat* hyväksyi yhteisöoikeuden etusijan kansalliseen oikeuteen nähden vasta vuonna 1989, ja Iso-Britannian *House of Lords* hyväksyi sen osittain vasta 1980-luvun lopulla sekä täysimääräisesti vuonna 1990 *Factortame*-tapauksen yhteydessä.¹³⁵ Oppi yhteisöoikeuden direktiivien välittömistä oikeusvaikutuksista kohtasi aluksi kansallisten tuomioistuinten vastarintaa etenkin Ranskassa, Saksassa ja Italiassa.¹³⁶ Yhteisöoikeuden ensisijai-

¹³⁵ Kokoavasti, Oppenheimer, toim., *The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases*, s. 3–5; sekä Slaughter, Sweet & Weiler, toim., *The European Courts and National Courts: Doctrine and Jurisprudence*, *passim*.

¹³⁶ Oppenheimer, mts. 8–10. Kirjoittaja toteaa, mts. 9, brittiläiseen *understatement*-tyyliin kansallisten tuomioistuinten reaktioista Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen linjaratkaisuihin: ”National courts reacted to these developments less than enthusiastically.”

suuden suhde kansallisiin perustuslakeihin on ollut pulmallinen etenkin perustuslain takaamien erityisten perusoikeuksien osalta. Saksan perustuslakituomioistuimien pidätti *Internationale Handelsgesellschaft* eli ns. *Solange I* -ratkaisussa 1974 itsellään oikeuden arvioida yhteisön lainsäädäntöä siltä osin kuin oli kyse kansalaisten perusoikeuksista aina niin kauan kuin Euroopan yhteisöllä ei ollut omaa perusoikeuskirjaa. Saksan perustuslakituomioistuimien muutti kantansa vasta 12 vuotta myöhemmin ns. *Solange II* -ratkaisussa, vedoten nyt Euroopan ihmisoikeussopimuksen saamaan merkitykseen yhteisön toimielinten päätöksissä.¹³⁷ Nämä ja vastaavat Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen antamat ratkaisut ovat vakiintuneet osaksi yhteisöoikeuden kovaa ydintä eli – oikeuslähdeopillisesti – sen kansallista tuomaria velvoittavaa osaa.

Nykyisin esimerkiksi oppi Euroopan yhteisöoikeuden etusijasta kansalliseen oikeuteen nähden on riidaton siltä osin kuin se on hyväksytty yhteisön jäsenmaiden kansallisten tuomioistuinten ja muiden viranomaisten yhdenmukaisessa ja vakiintuneessa oikeuskäytännössä, ja sama pätee myös yhteisöoikeuden muihin vastaaviin periaatteisiin. Suomen tilanteeseen on vaikuttanut Suomen liittyminen Euroopan yhteisöön vasta suhteellisen myöhään eli vuonna 1995, jolloin yhteisöoikeuden keskeiset oikeudelliset doktriinit olivat jo varsin pitkälle muotoutuneet aina *Francovich*-tapauksen (C-6/90 & C-9/90) vahvistamaa valtion vahingonkorvausvastuuta myöten tapauksessa, jossa Euroopan yhteisön jäsenvaltio (eli Italia) oli jättänyt Euroopan yhteisön säätämän direktiivin asianmukaisesti ja asetetussa määräajassa voimaan saattamatta. Suomen oikeuskulttuurin vahvasti legalistinen tulkintatraditio on myös otaksuttavasti helpottanut vakiintuneiden yhteisöoikeudellisten käsitysten ja oppien omaksumista Suomen tuomioistuimissa ja viranomaisissa.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevillä yleisillä oikeusohjeilla on vastaavalla tavalla oikeudellista ohjausvaikutusta suhteessa suomalaisten tuomarien ja muiden lainsoveltajien oikeudelliseen ratkaisuharkintaan. Euroopan ihmisoikeussopimuksen tulkinta ei voi olennaisesti vaihdella sopimuksen allekirjoittajamaissa, vaan yksilövalitusoikeus, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen kansallinen sitovuus ja sopimuksen allekirjoittajavaltiolle mahdollisesti tuomittavat seuraamukset sopimusrikkomistilanteissa perustelevat kannan, jonka mukaan ihmisoikeussopimus ja sen Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin täsmenlyvä tulkinta rinnastuvat suomalaisen tuomarin ratkaisuharkinnassa kansalliseen lainsäädäntöön sekä saattavat keskinäisessä ristiriitatilanteessa mennä jopa kansallisen perustuslain edelle, jos on kyse yleiseurooppalaiseen oikeuskäytäntöön vahvasti rakenteistuneesta ihmisoikeusnormista, joka lisäksi jäsentää merkittäväällä tavalla perustavimpia ihmisoikeuksia. Käytännössä ristiriita ihmisoikeussopimuksen velvoitteiden ja kansallisen perustuslain välillä olisi kuitenkin varsin harvinainen tilanne. Euroopan yh-

¹³⁷ Oppenheimer, mts. 23.

teisöoikeuden sekä ihmisoikeusnormiston taso on olennaisesti yleiseurooppalainen ja yhtenäiseen tulkintaan pyrkivä oikeudellisen sääntelyn ja oikeudellisen ratkaisukäytännön taso, josta tehty kansalliset poikkeamat ovat myös Suomea velvoittavien ylikansallisten sopimusten, yhteisöoikeuden toteuttaman yhtenäistulkinnan idean sekä ihmisoikeusnormiston yhtenäisen yleiseurooppalaisen soveltamisen idean näkökulmasta varsin vaikeasti perusteltavissa, etenkin, jos on kyse poikkeamista kansallisten intressien hyväksi yhteisöoikeuden soveltamiskontekstissa tai jos on kyse vakiintuneen yleiseurooppalaisen tason alittavista ratkaisuista ihmisoikeusnormiston soveltamiskontekstissa.

On siis joukko Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuja, joiden käsittämä yleinen oikeusohje rinnastuu kansalliseen perustuslakiin tai saattaa jopa ristiriitatilanteessa mennä sen edelle. Toisaalta, on lukumääräisesti suuri joukko Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuja, jotka velvoittavat suomalaista tuomaria tai muuta lainsoveltajaa olennaisesti heikommin. On joukko ratkaisuja, jotka ovat saattaneet vanhentua tai käydä muutoin epäasianmukaisiksi joko yhteiskunnassa tapahtuneiden muutosten tai tuomioistuimen soveltaman *teleologisen* (= Euroopan yhteisöjen tuomioistuin) tai *dynaamis-evolutiivisen* tulkintaopin (= Euroopan ihmisoikeustuomioistuin) sekä sanotun tuomioistuimen ratkaisulinjassa tapahtuneiden käännteiden vuoksi. Toisin kun muodollisesti velvoittavan lainsäädännön kohdalla, missä vanhentuneet, alun perin vähemmän onnistuneet tai myöhemmän yhteiskuntakehityksen valossa epätydyttäväiksi käyneet lait voidaan kumota oikeudellisten derogaatiosääntöjen tarkoittamalla tavalla samassa järjestyksessä kuin ne oli alun perin saatettu voimaan, prejudiikaattiperustaisessa oikeudessa ei ole olemassa muodollista menettelyä aiempien ratkaisujen poistamiseksi lainsoveltajien oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavien tai velvoittavien oikeuslähteiden luettelosta.

Niinpä yksittäisen tuomioistuinratkaisun yleisesti velvoittava oikeusohje sekä sen oikeuslähteopillinen merkitys myöhemmän lainsoveltajan ratkaisuharkinnassa on pääteltävä ratkaisun *aineellisesta sisällöstä*, sen tueksi esitetyistä *oikeudellisista perusteista* sekä *oikeuskäytännön myöhemmistä käännteistä*. Esimerkiksi yhteisöoikeudessa sallittuja kilpailurajoituksia koskevaa *Dassonville* (8/74) -ratkaisua tulee lukea myöhempien *Cassis de Dijon* (120/78), *Campus Oil* (72/83) ja *Keck* (C-267 & 268/91) -tapauksen muodostamaa tulkinnallista kontekstia vasten, jolloin *Dassonvillen* asiallinen oikeusohje on myöhemmän oikeuskäytännön nojalla katsottava pääosin kumoutuneeksi. Tilanteissa, joissa Euroopan yhteisöjen tuomioistuin tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on soveltanut dynaamis-evolutiivista tulkintaoppia ja oikeuskäytäntö on sen vuoksi saattanut tehdä odottamattomia ”mutkia”, suomalaisen lainsoveltajan yhtä hyvin kuin sanotun institutionaalisen tuomarireferenssin hyväksyneen lainopin tutkijan on toisin sanoen syytä olla valppaana, sillä yksittäisestä sanotun tuomioistuimen ratkaisusta joh-

detun yleisen oikeusohjeen lähtökohtainen painoarvo saattaa merkittävästikin muuttua, kun se asetetaan muun eurooppaoikeudellisen oikeuskäytännön yhteyteen.

Kolmanneksi, on myös joukko tapauksia, joissa Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut menevät ”ohi” tai ”sivuun” suomalaisen tuomarin oikeudellisesta tiedonintressistä lainsäädännöllisten, oikeuskulttuuristen tai vastaavien muiden oikeudellisten eroavuuksien vuoksi, jolloin sanotunlaisen tuomioistuinikäytännön vaikutus suomalaisen tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan saattaa osoittautua varsin heikoksi tai suorastaan olemattomaksi. Osa Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista on jo alun alkaen vähämerkityksisiä tai käytännössä merkityksettömiä Suomen voimassa olevan oikeuden kannalta sen vuoksi, että ratkaisu koskee oikeudellista järjestelyä tai instituutiota, jollaista Suomen oikeus ei lainkaan tunne, kuten Englannin oikeuden *trust*-instituutiota, Saksan oikeuden rajavastuuyhtiötä (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH*) tai rangaistusluonteista vahingonkorvausseuraamusta, jolloin ratkaisusta ilmenevällä oikeusohjeella voi olla Suomen oikeuteen sovellettuna enintään analogista tai *de lege ferenda* -tyyppistä merkitystä. Samoin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu, joka ottaisi kantaa todistajan kuulemiseen oikeudessa nimettömänä, olisi Suomen oikeuden kannalta lähtökohtaisesti oikeudellisesti merkityksetön, koska Suomen voimassa oleva oikeus ei senkaltaista todistajan kuulemismenettelyä tunne, ja sama pätee ihmisoikeustuomioistuimen mahdollisiin kannanottoihin kuolemanrangaistuksen suhteesta ihmisoikeuksiin.¹³⁸ Eurooppaoikeudellisesta ratkaisukäytännöstä ilmenevien yleisten oikeusohjeiden merkitystä voi vähentää myös se seikka, että Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu on vastoin Suomen oikeusjärjestyksen ja suomalaisen oikeuskulttuuriin perustavimpia normatiivisia oikeusperiaatteita, jolloin kiusaus sen kansalliseen sivuuttamiseen oikeudellisen tulkinnan mahdollistamin keinoin kasvaa.

Lisäksi prejudikaattiperustainen oikeus yhtäältä eurooppaoikeudellisten ja toisaalta puhtaasti kansallisten prejudikaattien merkityksessä on vain heikosti formaalia tai formalisoitunutta oikeutta: prejudikaatin *ratio/dicta* -jaottelu on jo määritelmällisesti dynaaminen eli ajallisesti muunnettavissa oleva, eikä prejudikaatioikeudessa syntyneille yleisille oikeusohjeille ole useinkaan mitään yleisesti hyväksyttyä ja vakiintunutta normiformulointia.¹³⁹ Poikkeuksena ovat ne Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen antamat periaatteellisesti erittäin merkittä-

¹³⁸ Kysymys kuolemanrangaistuksesta voisi Suomen osalta aktualisoitua lähinnä vain tilanteissa, joissa harkitaan rikoksenteikijän luovuttamista maahan, jossa kuolemanrangaistus on mahdollinen. Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajavaltioista kuolemanrangaistus on käytössä ainakin Venäjällä.

¹³⁹ Näin myös H.L.A. Hart Englannin *common law* -oikeuden prejudikaateista. Hart, *The Concept of Law*, s. 131.

vät ratkaisut, kuten esimerkiksi yhteisöoikeuden välitöntä vaikutusta ja ensisijaisuutta suhteessa kansalliseen oikeusnormistoon määrittävä *Costa v. ENEL* (6/64), *Simmenthal II* (106/77), *Factortame* (C-213/89), samapalkkaisuusdirektiivin tulkintaa koskeva *Defrenne v. Sabena* (43/75), yhteisöoikeuden välillistä eli tulkintavaikutusta koskeva *Marleasing* (C-106/89) sekä jäsenvaltion vahingonkorvausvastuuta koskeva *Francovich* (C-6/90 & C-9/90), samoin kuin useat ihmisoikeussopimuksen artikla 6 mukaista oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevat Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisut, jotka ovat *vahvasti rakenteistuneet* yleiseurooppalaiseen oikeuskäytäntöön ja myös Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan sekä ovat lisäksi saaneet ainakin jonkin verran *sääntöformaalin* eli alkuperäisestä yhteiskunnallisesta arvo- ja/ tai tavoiteperustastaan irtautuneen ratkaisuperusteen ominaisuuksia.

Niinpä suomalaiselta tuomarilta tai muulta institutionaaliselta lainsoveltajalta edellytetään kahdenlaista oikeudellista ”lukutekniikkaa” Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen oikeuslähteopillisen tai oikeussysteemisen painoarvon määrittämiseksi.¹⁴⁰ Yhtäältä hänen on kyettävä päättämään, mikä eurooppaoikeudellisessa tuomioistuinratkaisussa on sen yleisesti velvoittava oikeusohje eli, *common law* -oikeuden termin, *ratio decidendi* erotettuna sen *obiter dicta* -tyyppisistä lausumista. Toisaalta hänen on kyettävä arvioimaan sanotun, tapauksen oikeustositseikastosta erotetun yleisen oikeusohjeen (*ratio decidendi*) oikeuslähteopillinen ratkaisuarvo eli se, minkätasoisien kansallisen säädöksen tai päätöksen se kykenee onnistuneesti sivuuttamaan tuomarin ratkaisuharkinnassa.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevät yleiset oikeusohjeet voivat siis olla oikeuslähteopilliselta merkitykseltään kolmenlaisia. Oikeudelliselta ratkaisuarvoltaan painavimmat Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut, jotka tavallisimmin käsittelevät valtiosääntöoikeuden toimivaltakysymyksiä, perustavimpia ihmisoikeuksia tai merkitykseltään niihin verrattavissa olevia oikeudellisia kysymyksiä, rinnastuvat oikeuslähteopillisesti ja argumentaatioteoreettisesti kansalliseen perustuslakiin ja saattavat normikollisio-tilanteessa jopa sivuuttaa sen yksittäiset määräykset. Toisaalta on myös runsaslukuinen joukko oikeuslähteopillisesti ja argumentaatioteoreettisesti ”keveämpiä” Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuja, jotka rinnastuvat lähinnä vain kansallisiin prejudikaatteihin tuomarin ratkaisuharkintaan heikommin vaikuttavina eli ohjeellisina ratkaisuperusteina. Kolmanneksi, on myös joukko Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuja, jotka asiallisesti vanhentuneina, tuo-

¹⁴⁰ Oikeuslähteopillinen tai oikeussysteeminen painoarvo viittaa yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen suhteelliseen velvoittavuuteen ja asemaan kelseniläisessä oikeusnormihierarkiassa.

mioistuimen oman teleologisen tai evolutiivis-dynaamisen tulkintatavan muutosten tosiasiallisesti syrjäyttäminä, Suomen kansallisen oikeuden kysymykset sivuuttavina tai muutoin merkitykseltään vähäisinä väistävät kansallisen lain, kansallisten asetusten tai Suomen korkeimpien oikeuksien antamien ratkaisujen tieltä sekä saattavat jäädä jopa täysin vaille suomalaisen tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkintaa ohjaavaa vaikutusta.

Eurooppaoikeudellisen oikeuskäytännön sekä sitä vähäisemmässä määrin myös kansallisen prejudikaattioikeuden systemisesti vakioimaton oikeuslähdeopillinen painoarvo merkitsee samalla suurempaa oikeudellista epävarmuutta kuin jos suomalaisen tuomarin sovellettavana olisi vain muodollis-juridisesti velvoittavien yleisten ja kansallisten säädösten kokonaisuus, joka olisi ennalta systemisesti vakioitavissa, niin kuin asia suurelta osin oli vielä 1980-luvulla. Kun Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden oikeuslähdeopillinen merkitys yksittäisen tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavana ratkaisuperusteena ei ole ennalta (tai edes jälkikäteen) määritettävissä tai systemisesti vakioitavissa puhtaasti muodollis-juridisten eli säädöksen muodolliseen syntytapaan liittyvien seikkojen perusteella, tarvitaan myös yksittäisen ratkaisun aineellisen sisällön arvioimista sekä – valtiosääntöoikeuden toimivaltajaon keskeiskysymyksiä tai perustavimpia ihmisoikeuksia koskevien ratkaisujen osalta – myös Euroopan yhteisön jäsenmaiden tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaiden kansallisten tuomioistuinten ja muiden viranomaisten toteuttaman eurooppaoikeudellisen reseption arvioimista vakiintuneen yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön merkityksessä. Tämä rikkoo samalla Kelsenin oikeusnormihierarkian suljettuisuuden sekä Aarnion (ja Peczenikin) oletuksen ennalta määritettävissä olevasta oikeuslähdehierarkiasta.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on voimakkaasti korostanut yhteisöoikeuden *teleologista* eli *tavoite- tai päämäärähakuista* tulkintaa ratkaisuihissaan. Se on tulkinnut yhteisöoikeuden sääntöjä ajoittain varsin luovasti tavalla, joka sen oman arvion mukaan on parhaiten edistänyt Rooman sopimuksen ideaa yhä syvenevästä integraatiokehityksestä Euroopassa. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tulkintaoppia on myös ajoittain voimakkaasti kritisoitu lainsäätäjälle kuuluvien tehtävien omaksumisesta.¹⁴¹ Toisaalta myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on korostanut ihmisoikeusajattelun *dynaamisuuutta*, *muuntuvuutta* ja ihmisoikeusnormiston tulkinnan *evolutiivisuutta* ihmisoikeussopimuksen ja -järjestelmän kohtaamien uusien haasteiden edessä nyt, kun sopimukseen on liittynyt myös oikeuskulttuuriltaan perinteisestä eurooppalaisesta mallista poikkeavia uusia jäsenmaita kuten Venäjä.

¹⁴¹ Kriitikoista tanskalainen Hjalte Rasmussen on epäilemättä tunnetuin. Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice. A Comparative Study in Judicial Policymaking*.

Niinpä eurooppaoikeudellisen normiston ja kansallisen oikeusnormiston yhteisvaikutuksesta Suomessa lomittuu yhteen kaksi varsin erilaista oikeudellista tulkintatraditiota: yhtäältä puhtaasti kansallisen oikeuden tulkinnassa sovellettu tulkintatapa, jolle on perinteisesti ollut ominaista tulkinnan *legalistisuus* eli lakisidonnaisuus, *tekstikeskeisyys* sekä lainsäätäjän – tai prejudikaattien kohdalla ennakkoratkaisun antaneen tuomioistuimen – *alkuperäisen tahdon* kunnioittaminen, toisaalta eurooppaoikeudellisten normiston tulkinnassa sovellettu edellistä huomattavasti suurempi *teleologisuus*, *dynaamisuus* ja *muuntuvuus* Euroopan yhteisön säännösten taloudelliseen ja muunlaiseen integraatioon sekä ihmisoikeussopimuksen tavoitteisiin liittyvien tavoitteiden saavuttamiseksi. Toisaalta, suomalaisen tuomarin soveltamisharkintaan asti tulkinnan vapaa teleologisuus, dynaamisuus tai evolutiivisuus ei ulotu, sillä tulkinnan avulla tavoiteltavat päämäärät ovat Euroopan yhteisöjen tuomioistuin sekä Euroopan ihmisoikeustuomioistuin jo omassa ratkaisukäytännössään asettaneet, ja suomalaisen tuomioistuimen tai muun lainsoveltajan tehtäväksi jää vain käsillä olevan tapauksen tulkinnallinen yhteensovittaminen sanottuun, enemmän tai vähemmän vakiintuneeseen eurooppaoikeudelliseen tulkintakehykseen.

Silti ei ole poissuljettua, etteivätkö kansalliset tuomioistuimet saattaisi edelleenkin tulkita yhteisöoikeuden säädöksiä tai Euroopan yhteisöjen tuomioistuinten ratkaisuksista ilmeneviä oikeusohjeita tavalla, joka poikkeaa Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen omaksumasta ratkaisulinjasta tilanteessa, jossa yhteisöoikeuden normi loukkaisi esimerkiksi kansallisen perustuslain keskeistä perusoikeussäännöstä. Muodollis-juridisesti tilanne on selvä: yhteisöoikeuden yleiset säädökset samoin kuin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet sitovat yhteisön jäsenmaiden sekä ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaiden tuomareita ja muita lainsoveltajia, kunhan sanotut eurooppaoikeudelliset norminasettajat vain pysyvät Euroopan yhteisön perustamissopimuksen sekä Euroopan ihmisoikeussopimuksen asettaman toimivallan rajoissa. Käytännössä kyseisten Euroopan maiden valtiosääntöjen perusoikeussäännökset ja vastaavat muut perustavimmat valtiosääntöoikeudelliset periaatteet asettavat Euroopan yhteisön toimielimille ja etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle rajoituksen, jota niiden ei kannata ylittää, jos eurooppaoikeudellisen sääntelyn tehokkuus ja tosiasiallinen toimivuus jäsenvaltioissa halutaan taata. Eurooppalainen oikeustila muotoutuu vuorovaikutussuhteessa eli oikeudellisena dialogina yhtäältä kansallisten tuomioistuinten ja viranomaisten sekä toisaalta Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen kesken, ja Euroopan yhteisön oikeuden yhtä hyvin kuin ihmisoikeusnormiston täytäntöönpano on aina viime kädessä kansallisten tuomioistuinten ja viranomaisten vastuulla, joten yhteisöoikeuden ja ihmisoikeusnormien toteutuminen riippuu keskeisesti toimivasta yhteistyöstä Euroopan yhteisön jäsenvaltioiden ja Euroopan ihmisoikeussopimuk-

sen allekirjoittajavaltioiden viranomaisten kesken. On myös mahdollista, että avoin konfliktitilanne eurooppaoikeudellisen normiston ja kansallisen oikeuden välillä pyrittäisiin viime kädessä välttämään laventavan tai supistavan oikeudellisen tulkinnan keinoin.

Euroopan yhteisön normiston ja yksittäisen yhteisön jäsenmaan kansallisen oikeuden suhde tuntuu noudattavan eräänlaista muunnelmaa H.L.A. Hartin lainlaatijalle osoitetusta *luonnonoikeuden vähimmäissisällöstä*, joskin tällä kertaa varsin positivistiseen tapaan tulkittuna ja siis Euroopan yhteisön toimielimille osoitettuna: ”jos tahdot saattaa voimaan yhteisöoikeuden normin, jonka jäsenvaltioiden kansalliset tuomioistuimet ja muut viranomaiset tulevat tehokkaalla tavalla panemaan täytäntöön, niin sinun tulee EY-lainsäätäjänä kunnioittaa jäsenvaltioiden kansallisissa perustuslaeissa hyväksyttyjä perusoikeusnormeja ja muita keskeisiä valtiosääntöoikeudellisia periaatteita.”

Vaikka eurooppaoikeuden lähteet sekä yhteisöoikeuden normien että ihmisoikeusnormiston merkityksessä voivat tukeutua varsin vahvaan institutionaaliseen tukeen myös suomalaisen yhteiskunnan tunnustamissa yhteiskunnallisissa käytännöissä, yhteisöoikeudellisen lainsäädännön ja tuomioistuinikäytännön ongelmana on sen *demokratiavaje* eli puutteellinen sitoutuminen suomalaista(kin) lainsäädäntöä kannattelevaan demokratiaperiaatteeseen. Kansallisen oikeusvaltioperiaatteen tilalla on yhteisöoikeudessa sisällöllisesti tyhjä suvereniteettiperiaate yhteisöoikeudellisten säädösten ja yksittäisten päätösten institutionaalisisena oikeuttamisperusteena siltä osin kuin ne eivät voi tukeutua oikeusvaltion ideaa toteuttavaan parlamentaariseen demokratiaperiaatteeseen kansallisen lainsäädännön tavoin. Eurooppaoikeudellisen oikeuskäytännön avoin teleologisuus ja evolutiivisuus merkitsevät myös kansallista prejudikaatiooikeutta suurempaa oikeudellista yllätyksellisyyttä ja *ennakoimattomuutta* kansallisen prejudikaatiooikeuden taustalla, sen institutionaalisisena oikeuttamisperiaatteena vaikuttavan oikeudellisen yhdenvertaisuuden idean toteuttamisen sijaan. Oikeuskäytännön kautta syntyneille oikeusnormeille on ominaista prejudikaattiperustaiselle oikeudelle keskeisen *ratio/dicta* -erottelun dynaaminen muuntuvuus myöhemmässä oikeudenkäytössä, mitä yhteisöoikeuden ja ihmisoikeussopimuksen tulkinnan julkilausuttu teleologisuus tai evolutiivisuus siis vielä korostaa.

Lisäksi sanotulla tavalla syntyneiden oikeudellisten ratkaisustandardien sääntöformalismin aste on varsin alhainen. Erilaisten ”kansalaisten Eurooppa” -tyyppisten hankkeiden sekä yhtenäisen eurooppalaisen liittovaltion toteuttamiseen tähtäävien uudistushankkeiden samoin kuin yhteisöoikeudellisen läheisyys- eli *toissijaisuusperiaatteen* avulla yhteisöoikeuden demokratiavajetta on yritetty vähentää ja hallinnolliseen tehokkuuteen viittaavaa suvereniteettiperiaatetta on koetettu muuntaa oikeudellisen sääntelyn demokratiaperiaateksi, mutta toistaiseksi tulokset ovat jääneet laihoiksi. Mitään yleiseurooppalaista identiteettiä tai kansalaisyhteiskuntaa ei Euroopan yhteisön jäsenmaissa ole syntynyt. Niinpä

yhteisöoikeuden institutionaalinen oikeuttamisperusta on edelleen arvoteoreettisessa katsannossa varsin puutteellinen, vaikka se yhteisöoikeuden institutionaalisten käytäntöjen vakiintuneisuuden ja hallinnollisen suvereniteettiperiaatteen tehokkuuden vuoksi saakin keskeisen sijan myös suomalaisen tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa. Yksittäisen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevän yleisen oikeusohjeen oikeuslähdeopillinen painoarvo ei kuitenkaan ole tunnistettavissa H.L.A. Hartin tarkoittaman formaalin oikeuden tunnistamissäännön (engl.: *rule of recognition*) avulla.

Toisaalta, aineelliset *oikeusperiaatteet* ja vastaavat sääntöjä heikommin formaalit oikeudelliset *ratkaisustandardit* eivät ole nekään sijoitettavissa Kelsenin ja Merklin muodolliseen oikeusnormihierarkiaan, ne eivät ole identifioitavissa H.L.A. Hartin oikeusteorian edellyttämän formaalin oikeuden tunnistamissäännön avulla, eikä niiden tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaava ratkaisuarvo ole määritettävissä kuin tapaus- ja tilannekohtaisen painoarvopunninnan (engl.: *weighing and balancing*) avulla. Tämä on siis toinen keskeinen poikkeus Kelsenin muodolliseen oikeusnormihierarkiaan, Hartin oikeuden tunnistamissäännön alaan sekä Aarnion ja Peczenikin staattiseen oikeuslähdeopin malliin Suomen vallitsevan oikeuslähdeopin kuvauksena. Oikeusperiaatteissa ja vastaavissa sääntöjä heikommin formaaleissa ratkaisustandardeissa yhtäältä muodollis-juridiset ja toisaalta arvo- tai tavoiterationaaliset yhteiskunnalliset ratkaisuperusteet ovat tiiviisti yhteenkietoutuneina, ja keskeistä on riittävän institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän eli oikeudellisen ja yhteiskunnallisen *rakenteistumisen* toteutuminen oikeussääntöjen edellyttämän muodollisesti pätevän syntyvän sijaan.¹⁴² Sen vuoksi Kelsenin, Hartin ja Aarnion perusteleman oikeuslähdeopin mallin kohdentuvuus sen *asiallisen laajuuden* ja *sisällöllisen tarkkuuden* merkityksessä ei ole enää 2000-luvun oikeudessa riittävä.

Perustelin edellä käsityksen, jonka mukaan oikeuslähteen tai oikeudellisen ratkaisuperusteen oikeuslähdeopilliseen ratkaisuarvoon eli sen merkitykseen tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa vaikuttavat sen: (a) *rakenteistuminen* Suomen oikeuden institutionaaliin ja yhteisölliseen arvoperustaan eli sen nauttima *institutionaalinen tuki* ja *yhteisöllinen hyväksyntä* erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä, (b) *sääntöformalismi* eli itsenäisyys suhteessa niihin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin, joiden nojalla sanottu oikeudellinen ratkaisuperuste aikanaan saatettiin voimaan, mikä vaatimus ei täyty argumentatiivisesti avoimien oikeusperiaatteiden ja vastaavien muiden, oikeussääntöjä heikommin formaalien ratkaisuperusteiden kohdalla, (c) *institutionaalinen* tai *ei-institutionaalinen oikeuttamisperuste* sekä (d) *oikeu-*

¹⁴² Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 68.

dellinen metateoria eli oikeuden *institutionaalinen metakonteksti* valintana *oikeusvaltioperiaatteen* sekä sen erilaisten vaihtoehtojen, kuten suvereniteettiperiaatteen ja aineellisen yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden, välillä. Lisäksi tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien oikeudellista ratkaisuharkintaa rajaa ja määrittää (e) oikeudellinen *tulkintakehys* sovellettavan lainopillisen *tulkintamatriisin* käsittämien argumentaatioteoreettisten sitoumusten tarkoittamalla tavalla.

Aarnion ja Peczenikin mallin *staattinen*, eri oikeuslähteiden oikeussysteemin painoarvon vakioiva tarkastelutapa soveltuu toki edelleen määrätynlaisten oikeuslähteiden analyysiin: lainsäädäntö sekä EY-lainsäädännön että kansallisen lainsäädännön merkityksessä toteuttaa edelleen muodollisen syntytapansa nojalla velvoittavien oikeudellisten ratkaisuperusteiden muodostamana suljettuna ja hierarkkisena systeeminä, joskin arvoteoreettisen päättelyn suunta on nyt käänteinen Aarnion ja Peczenikin ajatteluun nähden. Se, että velvoittavan lainsäädännön sivuuttamiseen tuomarin oikeudellisessa päätöksenteossa on liitetty virallisen moitteen tai jopa virkavirhesanktion mahdollisuus, ei ole – ainakaan ensisijaisesti – seurausta modernin oikeuden itse itsensä perusteleavasta pakottavuudesta vaan siitä tosiseikasta, että eurooppaoikeudellinen ja kansallinen lainsäädäntö sekä määräedellytysten täytyessä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevät yleiset oikeusohjeet: (a) ovat vahvasti *rakenteistuneet* Suomen oikeuden institutionaaliin ja yhteisölliseen arvoperustaan eli nauttivat eriasteista mutta riittävää *institutionaalista tukea* ja *yhteisöllistä hyväksyntää* erilaisten oikeudellisesti merkityksellisten sääntösidonnaisten käytäntöjen, kuten lainsäädäntö- ja lainvalmistelukäytäntöjen sekä muun tuomioistuin- ja viranomaiskäytännön, merkityksessä, (b) toteuttavat korkeaa *sääntöformalistisuutta* eli velvoittavat tuomaria ja muuta institutionaalista lainsoveltajaa itsenäisenä oikeudellisena ratkaisuperusteena ilman, että niitä olisi välttämätöntä palauttaa ajatuksellisesti niiden yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden yhteyteen, joiden nojalla sanottu yleinen oikeusohje aikanaan saatettiin voimaan, ja (c) tukeutuvat arvoteoreettisessa katsannossa institutionaaliseen *oikeusvaltioperiaatteeeseen*, joka vallitsevan *oikeudellisen metateorian* eli *oikeuden institutionaalisen metakontekstin* valossa tarjoaa lainsäädännölle erittäin vahvan institutionaalisen oikeutuksen.

Eurooppaoikeudellinen lainsäädäntö ja – tietyin edellytyksin – *Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevät yleiset oikeusohjeet* sekä *kansallinen lainsäädäntö* perustuslaista alemman asteisiin säädöksiin toteuttavat *staattista* oikeuslähdehierarkiaa, jossa eurooppaoikeudellisella normistolla on etusija kansallisen oikeuden säädöksiin nähden. Nämä oikeuslähteet käsittävät siis yhtäältä eurooppaoikeudellisen normiston eli Euroopan yhteisön perustamissopimuksen myöhempiä muutoksineen ja lisäyksineen sekä jäsenvaltioiden liittymissopimuksineen, Euroopan yhteisön toi-

mielinten antamat yleiset säädökset eli asetukset ja direktiivit, oikeusohjeeltaan yleistettävissä olevat yksittäiset päätökset sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevät yleiset oikeusohjeet siltä osin kuin nämä ovat saaneet vahvasti *rakenteistuneen* ja *sääntöformaalin* oikeudellisen ratkaisuperusteen aseman soveltamiskontekstissa, jota vakiintunut ja yhtenäinen *yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö* osin rajaa ja määrittää. Toisaalta staattisen oikeuslähdeopin alaan kuuluu myös *kansallinen lainsäädäntö* eli normihierarkkisesti eriaisteiset kansalliset säädökset perustuslaista ja eduskunnan tavallisessa lainsäätämisjärjestyksessä säätämistä laeista erilaisiin alemmanasteisiin hallinnollisiin ja kunnallisiin säädöksiin asti. *Lainvalmisteluaineisto* eli lain esityöt (ransk.: *travaux préparatoires*) antavat taustatietoa lainsäädännön alkuperäisistä tavoitteista ja tarkoituksesta. *Sopimusperustainen* oikeus rinnastuu lakiin siltä osin kuin laissa on senkaltainen yksityisoikeudellinen määrittämisvalta tunnustettu. Tämä on siis tuomarin ratkaisuideologian *staattinen* osio, jonka oikeuslähdeopillinen painoarvo on – ainakin periaatteessa ja lähtökohtaisesti – ennalta määritettävissä ja vakioitavissa yksittäisen ratkaisuperusteen muodollisen syntyvän ja oikeuslähteen hierarkkisen aseman perusteella.

Tavallisesti Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen yksittäisistä ratkaisuihin johdettavien yleisten oikeusohjeiden oikeuslähdeopillinen painoarvo suomalaisen tuomarin ratkaisuharkinnassa ei kuitenkaan ole samalla tavoin ennalta määritettävissä tai vakioitavissa kuin kansallisen lainsäädännön, EY-lainsäädännön tai vahvasti rakenteistuneiden ja myös sääntöformaaleja piirteitä saaneiden Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamien linjaratkaisujen painoarvo, joka siis on oikeussysteemisesti vakioitavissa kelseniläisen (staattisen) säädöshierarkian avulla, tunnistettavissa Hartin formaalin oikeuden tunnistamissäännön avulla sekä jäsenneuvostossa Aarnion ja Peczenikin oikeuslähdeopin tarkoittamalla tavalla. Eurooppaoikeudellisen ja kansallisen prejudikaattiperustaisen oikeuden ratkaisuarvon määrittämiseksi on sen sijaan turvauduttava kahdenlaiseen lukutekniikkaan. On yhtäältä määritettävä sovellettavan ratkaisun yleistettävissä oleva oikeusohje (*ratio decidendi*) erotettuna sen yleisestä perustelukontekstista (*obiter dicta*) sanotussa ratkaisussa, miltä osin voidaan puhua tuomarin eurooppaoikeudellisesta *prejudikaatti-ideologiasta*. Toisaalta on arvioitava kyseisen yleisen oikeusohjeen ratkaisuarvo käsillä olevaan ratkaisutilanteeseen sovellettuna, jolloin sanottu oikeusohje saatetaan katsoa suomalaisen tuomarin ratkaisuharkinnassa velvoittavaksi, vain ohjeelliseksi tai merkitystä vailla olevaksi, sen aineellisen sisällön sekä sen eurooppaoikeudellisessa soveltamiskontekstissa nauttiman institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän perusteella. Tämä osa tuomarin oikeudellista ratkaisuideologiaa on *dynaaminen* eli määritettävissä vain tilannekohtaisesti, suhteessa arvioitavana olevaan oikeuskäytännönsä.

Myös tavanomainen oikeus ilmentää dynaamisesti muuntuvaa ratkaisuideologiaa, missä tavanomaisoikeudellisille normeille annettu tulkinta voi muuntua tapauksesta toiseen. Perinteinen tavanomainen oikeus on menettänyt suuren osan merkityksestään lainsäädännön valtaisan volyymin ja asiallisen kattavuuden vuoksi. Toisaalta informaatioteknologian ja verkottuneen tiedonsiirron samoin kuin esimerkiksi monikansallisten rahoitus- ja sijoitusinstrumenttien nopea kehitys on johtanut siihen, että erilaiset oikeudenalakohtaiset, vakiintuneesti noudatetut käytännöt ovat saaneet tai ovat saamassa tavanomaisoikeudellista merkitystä verkottuneen oikeudellisen toimintaympäristön keskeisiä sopimus-, tekijänoikeus- ja vastuunjakokysymyksiä arvioitaessa. ”Modernin” tavanomaisen oikeuden merkitys on suurin modernin viestintä- ja informaatioteknologian kaltaisilla nopeasti kehittyvillä aloilla, joilla lainsäädäntö ei ole pysynyt teknisen kehityksen tasalla.

Lainopillisen oikeuskirjallisuuden yksimielinen tai lähes yksimielinen kanta (lat.: *communis opinio doctorum*) määrättyyn oikeuskysymykseen vaikuttaa tuomarin tai muun viranomaisen ratkaisuharkintaan vain sallitun ratkaisuperusteen tavoin, ja sen oikeuslähdeopillinen painoarvo on vain tapauskohtaisesti määriteltävissä. Jos oikeuskirjallisuuden kanta määrättyyn oikeuskysymykseen on vahvasti hajautunut tai erimielinen (lat.: *discordans opinio doctorum*), sen painoarvo on suhteessa vähäisempi. Sama pätee periaatteessa myös *oikeuskäytäntöön*, jos jutun ratkaisseiden tuomareiden kannat ovat voimakkaasti jakautuneet tasaisen äänestysratkaisun merkityksessä, sekä viralliseen *lainvalmisteluaineistoon*, jos lainsäädäntö on syntynyt poikkeuksellisen riitaisen ja vaikean poliittisen kompromissin tuloksena. Muista mahdollisista oikeuslähteistä, kuten *oikeusvertailevasta*, *oikeushistoriallisesta*, *oikeusekologisesta* tai vaikka *oikeuslingvivistisestä* aineistosta, tuomari voi löytää lisäperusteluja omaksumalleen laintulkinnalle, mutta niiden oikeuslähdeopillinen ja argumentaatioteoreettinen merkitys tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa on ainakin tavallisesti vain tilannekohtaisesti määriteltävissä oleva.

Jäähyväiset Kelsenille eli Kelsenin ja Merklin muodollisen oikeusnormihierarkian, Hartin formaalin oikeuden tunnistamissäännön sekä Aarnion ja Peczenikin staattisen oikeuslähdeopin täydellinen hylkääminen tilannesidonnaisten oikeudellisten ratkaisuperusteiden ja avoimen painoarvopunninnan hyväksi olisi siis perusteetonta. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevien yleisten oikeusohjeiden keskeisen oikeuslähdeopillisen merkityksen, kansallisen prejudikaattiperustaisen oikeuden suhteellisen merkityksen kasvun sekä aineellisten oikeusperiaatteiden ja vastaavien ratkaisustandardien oikeudellisen ratkaisuarvon tunnustamisen jälkeenkin suomalaisen tuomarin yhtä hyvin kuin institutionaaliseen tuomarireferenssiin sitoutuneen lainopin tutkijan oikeuslähdeopin runkona on yhä Kelsenin muodollinen oikeusnormihierarkia, Hartin formaali oikeuden tunnistamissääntö sekä

Aarnion ja Peczenikin staattisen oikeuslähdeopin idea määrättyjen institutionaalisten oikeuslähteiden – eli etenkin EY-lainsäädännön ja kansallisen lainsäädännön – ennalta vakioitavissa ja määritettävissä olevasta oikeuslähdeopillisesta ratkaisuarvosta osana tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa.

Tuo staattinen ja suljettu oikeuslähdeopin jäsenitys ei kuitenkaan enää yksin riitä, vaan Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevät yleiset oikeusohjeet sekä sisällölliset oikeusperiaatteet ja vastaavat ratkaisustandardit ovat sitä keskeisin osin muuntaneet. Sanotut tuomioistuinikäytäntöön ja oikeusperiaatteisiin kiinnittyvät ratkaisuperusteet toteuttavat *dynaamisen* eli ”kelluvan” ja systeemisesti avoimen oikeuslähdeopin mallia lainsäädäntökeskeisen, kiinteän ja staattisen oikeuslähdehierarkian rinnalla. Sanotuista osin oikeudellinen ratkaisuharkinta on mallinnettavissa vain aidosti *tilannesidonnaisella* eli kontekstuaalisella tavalla, missä Ronald Dworkinin ajatuksiin perustuva oikeusperiaatteiden punnintamalli (engl.: *weighing and balancing*) tarjoaa ajatuksellisen lähtökohdan. Ennalta vakioidusta ja lukkoon lyödyistä oikeussääntöjen formaalista systeemistä on siinä luovuttava oikeusperiaatteiden tilannesidonnaisen painoarvopunninnan hyväksi.

6. SUOMEN VOIMASSA OLEVAN OIKEUDEN TUNNISTAMISSÄÄNTÖ

Tunnistamissääntö on englantilaisen oikeusfilosofin H.L.A. Hartin mukaan tuomarikunnan ja muiden lakia soveltavien viranomaisten kollektiivisesti ja tavallisesti vain hiljaisesti hyväksymä kriteeri, jonka avulla he kykenevät tunnistamaan voimassa olevan oikeuden säännöt tai, oikeammin, ne oikeuslähteet, joista voimassa olevan oikeuden säännöt ovat oikeudellisesti hyväksyttävän päättelyn avulla johdettavissa.¹⁴³ Kyse on toisin sanoen kriteeristä, jonka avulla tuomarit ja muut institutionaaliset lainsoveltajat arvioivat yksittäisen oikeudellisen ratkaisun lainmukaisuutta ja oikeellisuutta. Tämä on tulkintani mukaan Alf Rossin tavoin määritellyn lainopin vakioitu ajatuksellinen kiintopiste: kun tutkijan tiedonintressinä on selvittää voimassa olevan oikeuden tietyt hetkinen tulkinnallinen merkityssisältö, hänen tulee arvioida, mille oikeuksille ja velvollisuuksille tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat ovat aiemmin antaneet sekä mille ne vallitsevan *tuomarinideologian* nojalla tulevat todennäköisesti myös tulevaisuudessa antamaan tehokasta oikeussuojaa, jolleivät tuomarinideologian käsittä-

¹⁴³ Oikeusperiaatteita ei voi tunnistaa Hartin oikeusteorian edellyttämän formaalin tunnistamissäännön avulla, koska oikeusperiaatteet ovat määritelmällisesti systeemisesti avoimia moraali-periaatteiden ja/tai yhteiskunnallisten tavoitenäkökohtien suuntaan. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 68.

mät oikeuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian premissit sitä ennen ratkaisevasti muutu. Näin määritellen on kyse oikeudesta *toteutuneena* ja myös tulevaisuudessa todennäköisesti *toteutettavissa* olevana yhteiskunnallisena tosiasiasta vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin tutkimuksellisen tiedonintressin sijaan, missä oikeus nähdään yhteiskunnallisena ideaalina ja mahdollisuutena. Olen edellä määritellyt oikeuden tunnistamissäännön Hartia laajemmin, käsittäen viittauksen paitsi muodollisesti velvoittavien oikeussääntöjen tunnistamiseen myös oikeudellisen argumentaatioteorian sitoumuksiin, jolloin Hartin oikeuden tunnistamissääntö vastaa tältä osin kohdemäärittelyltään Rossin tuomarinideologiaa.¹⁴⁴

Vallitseva Suomen oikeuden tunnistamissääntö käsittää tulkintani mukaan viittauksen seuraaviin oikeudellisiin ratkaisuperusteisiin: (1) *EY-lainsäädäntö* eli Euroopan yhteisön perustamissopimus (eli Rooman sopimus) myöhempien muutoksineen ja lisäyksineen sekä yhteisön toimielinten antamat asetukset (engl.: *regulations*), direktiivit ja oikeusohjeeltaan yleistettävissä olevat yksittäiset päätökset, (2) *Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevät yleiset oikeusohjeet* (3) *Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevät yleiset oikeusohjeet*, (4) *kansallinen lainsäädäntö* perustuslaista normihierarkkisesti alemmanasteisiin säädöksiin, (5) *sopimusperustainen oikeus*, (6) *ta- vanomainen oikeus*, jollei eurooppaoikeudellista tai kansallista lainsäädäntöä tai vakiintunutta oikeuskäytäntöä ole käytettävissä, (7) kansalliset *prejudikaatit* eli Suomen ylimpien tuomioistuinten ja mahdollisesti myös muiden tuomioistuinten antamat ratkaisut, joiden käsittämä oikeusohje on yleistettävissä myös muihin vastaaviin tapauksiin, (8) *muut oikeudenkäyttöä yhtenäistävät viranomais- päätökset*, (9) *lainvalmisteluaineisto*, (10) *yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö* tilanteessa, jossa on arvioitava Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevän yleisen oikeusohjeen rakenteistuminen osaksi yhteistä ja yhtenäistä Euroopan yhteisöoikeuden tai ihmisoikeusnormiston tulkintakäytäntöä Euroopan yhteisön jäsenmaissa sekä Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaissa, ja (11) muu mahdollinen eli *ei-institutionaalinen* oikeudellinen lähdeaineisto, jonka tuomarikunta ja muut lakia soveltavat viranomaiset eli *institutionaaliset lainsoveltajat* ovat kollektiivisesti hyväksyneet mittapuuksi, jonka avulla oikeus erotetaan kaikesta, mikä ei ole oikeutta, esimerkiksi moraalin, uskonnon tai tapaetiketin käyttäytymisnormien merkityksessä, ja jonka perusteella tehtyjen oikeudellisten ratkaisujen lainmukaisuutta ja oikeellisuutta arvioidaan.

Oikeuden tunnistamissääntö eli sovellettava institutionaalinen oikeuslähdeoppi saattaa jonkin verran vaihdella oikeudenalakohtaisesti. Esimerkiksi rikosoikeudessa sovellettu oikeuslähdeoppi on legaliteettiperiaatteen (lat.: *nullum cri-*

¹⁴⁴ Ks. luku 2.3. ”Tuomarinideologia ja oikeuden tunnistamissääntö”.

men sine lege, nulla poena sine lege) vuoksi rajatumpi ja lainsäädäntökeskeisempi kuin siviilioikeudessa, missä myös yksityisten kansalaisten oikeudelliset määräämistoimet saavat oikeuslähdeopillista merkitystä. Myös vero-oikeudessa lakisidonnaisuus on lainsoveltajan tulkinnallisena lähtökohtana, mitä verottajalle suodut toimivaltuudet veronkiertotapauksissa tosin muuntavat rikosoikeutta väljempään suuntaan. Samoin lainopin tutkijalle mahdollisten oikeudellisten *tulkintamatriisien* kirjo saattaa vaihdella oikeudenalakohtaisesti: sosiaaliset näkökohdat saavat ymmärrettävästi suuremman painoarvon kuluttajaoikeudessa kuin liiketoiminnan yleistä ennakoitavuutta painottavassa arvopaperi- ja kiinteistökaupassa tai yleisesti yritysjuridiikassa. Oikeustaloustieteellinen argumentaatio saa (toivottavasti) suuremman painoarvon silloin, kun arvioitavana on taloudellinen vaihdanta kansalaisten perusoikeuksien toteuttamisen, adoptio-oikeuden, vanhusen oikeuksien tai yleisen sosiaali-oikeuden kysymysten sijaan.

Suomen voimassa olevan oikeuden tunnistamissääntö käsittää tulkintani mukaan viittauksen seuraavanlaisiin oikeuslähteisiin, jotka voidaan osin jaotella *velvoittaviin, ohjeellisiin* sekä (vain) *mahdollisiin* ratkaisuperusteisiin. Velvoittavia ja ohjeellisia oikeuslähteitä voi kutsua yhteisnimityksellä *institutionaaliset oikeuslähteet*, koska ne ovat rakenteistuneet erilaisiin oikeudellisesti merkityksellisiin sääntösidonnaisiin yhteiskunnallisiin käytäntöihin eli nauttivat institutionaalista tukea esimerkiksi lainsäädäntö-, tuomioistuini-, sopimus- ja vastaavien muiden käytäntöjen merkityksessä. Kolmijako velvoittaviin, ohjeellisiin ja vain mahdollisiin lähteisiin on täysimääräisesti läpivietävissä vain *staattisten* oikeuslähteiden eli lähinnä EY-lainsäädännön ja kansallisen lainsäädännön osalta, kun taas *dynaamiset* oikeuslähteet eli etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet eivät ole vastaavalla tavalla yksiselitteisesti ja ennalta vakioidusti luokiteltavissa.¹⁴⁵ Suomalaisen tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa määräävät oikeuslähteet ovat sanotulla tavalla ryhmiteltyinä:

A. *Velvoittavat oikeuslähteet*, jotka ovat (a) *vahvasti rakenteistuneet* Suomen oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan* eli nauttivat merkittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä, kuten lainsäädännössä ja tuomioistuinikäytännössä, (b) *tukeutuvat vallitsevan oikeudellisen metateorian valossa keskeiseen institutionaaliseen oikeuttamisperusteeseen*, kuten oikeusvaltioperiaatteen erilaisiin ilmentymiin, ja (c) *joiden oikeudellisen sääntöformaalisuuden aste* eli ratkaisuarvo irrotettuna taustalla vaikuttavista tai vaikuttaneista yhteiskunnallisista arvo- ja/tai tavoiteperusteista on korkea:

¹⁴⁵ Jaottelu on toisin sanoen tavoitteiltaan tältä osin vain didaktinen, koska Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet voivat sijoittua mihin tahansa kolmesta oikeuslähteen velvoittavuuskategoriasta.

- (1) *EY-lainsäädäntö* eli Euroopan yhteisön perustamissopimus myöhempien lisäyksineen ja muutoksineen sekä yhteisön toimielinten antamat asetukset, direktiivit ja oikeusohjeeltaan yleistettävissä olevat yksittäiset päätökset,
- (2) *Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevät yleiset oikeusohjeet*, joiden merkitys suomalaisen tuomarin ratkaisuharkinnassa rinnastuu EY-lainsäädäntöön, kansalliseen perustuslakiin tai vähintäänkin kansalliseen lainsäädäntöön tai saattaa ristiriitatilanteessa mennä jopa kansallisen perustuslain edelle, jolloin on Euroopan yhteisön oikeuden osalta tavallisesti kyse vahvasti valtiosääntöoikeudellisten tai vastaavien kysymysten normittamisesta ja ihmisoikeusnormiston osalta keskeisten ihmisoikeuksien määrittelystä, esimerkiksi:
 - oppi yhteisöoikeuden jäsenvaltojen yksilöille luomista välittömästä vaikutuksesta (*Van Gend en Loos*, 26/62)
 - oppi jäsenvaltion vahingonkorvausvastuusta tilanteesta, jossa yhteisön direktiiviä ei ole saatettu asianmukaisesti kansallisesti voimaan (*Francovich*, C-6 & 9/90)
 - yhteisöoikeuden ensisijaisuus- eli etusijaperiaate: yhteisöoikeuden normin ja kansallisen oikeuden normin keskinäisessä ristiriitatilanteessa on sovellettava ensisijaisesti yhteisön oikeussäädäntöä, jolloin kansallisen oikeuden säännöt väistyvät yhteisöoikeuden tieltä (*Costa v. ENEL* (6/64) sekä *Simmenthal II* (106/77))
 - Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen periaatteellisesti erittäin tärkeät ratkaisut esimerkiksi ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan tarkoittaman oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin järjestämisestä
- (3) *kansallinen lainsäädäntö* eli voimassa oleva perustuslaki, tavallisessa lainsäädäntömenettelyssä säädetyt eduskuntalait,¹⁴⁶ tasavallan presidentin, valtioneuvoston ja yksittäisten ministeriöiden antamat asetukset ja

¹⁴⁶ Euroopan ihmisoikeussopimus, joka saatettiin Suomessa voimaan tavallisessa lainsäätämisyksikössä säädettynä eduskuntalakina, kuuluu tähän luokkaan, koska on kyse Suomen oikeuden kannalta ”kertaluonteisesta” sopimusvelvoitteesta, johon ei ole liitetty kansallista lainsäädäntövaltaa (esimerkiksi) Euroopan neuvostolle delegeivaa ominaisuutta. Euroopan ihmisoikeussopimus on toisin sanoen aikanaan hyväksytty, eikä uutta ”ihmisoikeuslainsäädäntöä” ole mahdollista säätää ilman sopimukseen osallisten valtioiden suostumusta. Euroopan yhteisön oikeus on sekin saatettu muodollisesti laintasoisella säädöksellä voimaan Suomessa. Erona ihmisoikeussopimukseen on kuitenkin se, että Rooman sopimus on ”itsetäydenteinen” oikeudellinen instrumentti, koska sen nojalla on delegoitu kansalliseen suvereniteettiin kuuluvaa lainsäädäntövaltaa Euroopan yhteisön toimielimille. Lisäksi itse perustamissopimusta on merkittävällä tavalla myöhemmin täydennetty, mikä prosessi tuntuu olevan jatkuvana vireillä. – Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevät yleiset oikeusohjeet on erotettu oikeuslähteopillisesti eurooppaoikeudellisesta lainsäädännöstä tässä esityksessä, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisut myös sen vuoksi, että eräät keskeisimmistä yhteisöoikeuden opeista ovat syntyneet väitetyistä Kelsenin oikeusnormihierarkiaa loukkaavalla tavalla sanotun tuomioistuimen antamien yksittäisten ratkaisujen myötä, ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisut ihmisoikeussopimukseen liitetyn yksilövalitusoikeuden ja sanotun tuomioistuimen ylikansallisen eli myös Suomen valtiota velvoittavan oikeudellisen tuomiovallan myötä.

- päätökset sekä sitä alemmanasteiset hallinnolliset säädökset aina kunnallisen tason säädöksiin ja päätöksiin asti,
- (4) *tavanomainen oikeus*, jollei eurooppaoikeudellista tai kansallista lainsäädäntöä tai vakiintunutta eurooppaoikeudellista tai kansallista oikeuskäytäntöä ole, ja
 - (5) *sopimusperustainen oikeus*.

Kansallinen lainsäädäntö, tavanomainen oikeus ja sopimusperustainen oikeus ovat suomalaista tuomaria velvoittavina oikeuslähteinä varsin riidattomia tapauksia, sillä ne ovat vahvasti rakenteistuneet Suomen oikeuden institutionaaliin ja yhteisölliseen arvoperustaan, ja niiden asema tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavina perusteina on vakiintunut ja yleisesti hyväksytty. Ne voidaan sovittaa ongelmitta yhteen Kelsenin ja Merklin muodollisen oikeusnormihierarkian, Hartin formaalin oikeuden tunnistamissäännön sekä Aarnion ja Peczenikin staattisen oikeuslähdeopin kanssa. Kansallinen lainsäädäntö, tavanomainen oikeus sekä sopimusperustainen oikeus toteuttavat pohjoismaalaisittain tulkittua *oikeusvaltioperiaatetta* yhtäältä parlamentaarisen demokratiaperiaatteen eli lainsäätäjän tahdon (= lainsäädäntö) sekä toisaalta oikeussubjektien tahdonautonomian (= sopimusperustainen oikeus, tavanomainen oikeus) kunnioittamisen merkityksessä. EY-lainsäädännön normihierarkkinen asema on myös riidaton: Kelsenin ja Merklin oikeusnormihierarkian sekä Aarnion ja Peczenikin hierarkkisen oikeuslähdeopin osana ne sijoittuvat kansallisen lainsäädännön yläpuolelle ja ovat myös suomalaista lainsoveltajaa velvoittavia oikeuslähteitä Aarnion vahvasti velvoittavien oikeuslähteiden merkityksessä.

Toisaalta, EY-lainsäädännön institutionaalinen oikeuttamisperuste on merkittävästi heikompi kuin kansallisen lainsäädännön, tavanomaisen oikeuden tai sopimusperustaisen oikeuden, koska sen velvoittavuuden perustelemiseksi joudutaan turvautumaan myös hallinnollista tehokkuutta painottavaan *suvereniteetti-periaatteeseen* Euroopan yhteisön lainsäädäntömenettelyä rasittavan demokratiavajeen peittämiseksi. Demokratiavaje rasittaa samalla myös Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen sekä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta johdettuja yleisiä, enemmän tai vähemmän kiinteästi yhteisön jäsenmaiden kansallisten oikeusjärjestysten osaksi rakenteistuneita oikeusohjeita, jotka riittävän yhtenäiseksi oikeuskäsitykseksi vakiinnuttuaan vaikuttavat välillisesti eli oikeusvertailevan argumentin välityksellä myös suomalaisen tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan *yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön* merkityksessä.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Euroopan ihmisoikeussopimuksen artiklojen sekä niitä tulkitsevan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen taustalla voi toki nähdä myös pyrkimyksen aineellisen oikeudenmukaisuuden toteuttamiseen ihmisoikeuksien tosiasiallisen turvaamisen merkityksessä. Saman argumentin voi tosin esittää myös Euroopan yhteisön perustamissopimuksen sekä Euroopan yhteisöjen

Eräät Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen antamista periaatteellisesti erittäin merkittävistä linjaratkaisuista – jollaisia ovat esimerkiksi *Van Gend en Loos* (26/62), *Francovich* (C-6 & 9/90), *Costa v. ENEL* (6/64) sekä *Simmenthal II* (106/77) – johdetut yleiset oikeusohjeet ovat kiistatta myös suomalaista tuomaria ja muuta institutionaalista lainsoveltajaa velvoittava oikeuslähde, jonka merkitys rinnastuu kansalliseen perustuslakiin tai saattaa jopa mennä ristiriitatilanteessa sen edelle sanottujen yleisten oikeusohjeiden yleiseurooppalaisessa oikeuskäytännössä nauttivan institutionaalisen tuen sekä Suomen hyväksymien ylikansallisten sopimusoikeudellisten velvoitteiden perusteella.

On edelleen mahdollista puhua *velvoittavista* oikeuslähteistä,¹⁴⁸ kunhan pidämme mielessä, että päättelyn suunta on nyt käänteinen Aarnion ja Peczenikin oikeuslähdeopin malliin nähden, missä lainsäädännön ja tavanomaisen oikeuden (vahvan) velvoittavuuden takeena oli uppiniskaiseen eli vahvasti velvoittavista oikeuslähteistä poikkeavaan tuomariin kohdistuva sanktiouhka. Päättely on nähdäkseni siten, että lainsäädännön (ja tavanomaisen oikeuden) sivuuttamiseen tuomarin päätöksenteossa on liitetty virallisen moitteen tai ääritapauksessa virkavirhesyytteen uhka, koska on kyse institutionaalisesta oikeuslähteestä, joka on *vahvasti rakenteistunut* Suomen oikeuteen ja yhteiskuntaan sen nauttiman institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän merkityksessä, joka toteuttaa keskeistä *oikeusvaltioperiaatetta* ja jonka käsittämällä ratkaisuperusteilla on tai ainakin saattaa olla huomattavan korkea *sääntöformaalisuuden* aste eli itsenäinen asema suhteessa niihin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin, joiden nojalla sanottu säädös alun perin saatettiin voimaan. Lainsäädäntö ei siis velvoita tuomaria ja muuta lainsoveltajaa ainakaan ensisijaisesti sen vuoksi, että sen sivuuttamisesta on – lainsäädännössä itsessään – asetettu virallisen moitteen tai tietyin ehdoin jopa virkavirhesanktion uhka. Pragmatistinen päättely, mitä on virallisena tai epävirallisena seurauksena, jos tuomari ei sovello voimassa olevaa lainsäädäntöä ratkaisuharkinnassaan, on nyt korvattu arvoteoreettisessa katsannossa paremmin perustellulla justifikaatiomallilla, jossa keskeistä on sanotun oikeudellisen ratkaisuperusteen suhteellinen rakenteistuneisuus Suomen oikeuteen, sen taustalla vaikuttava institutionaalinen oikeuttamisperuste sekä sen toteuttama sääntöformaalisuus.

B. Ohjeelliset oikeuslähteet, jotka (a) ovat suhteellisesti heikommin *rakenteistuneet* Suomen oikeuteen ja yhteiskuntaan eli nauttivat velvoittavia oikeuslähteitä suhteellisesti heikompaan institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää

tuomioistuimen ratkaisukäytännöstä. Yhteisöoikeuden taustalla vain on lähtökohtaisesti taloudellisia arvoja painottava ideologia esimerkiksi ihmisoikeusnäkökohtien ensisijaisuuden sijaan.

¹⁴⁸ Aarnio ja Peczenik siis puhuvat *vahvasti velvoittavista* oikeuslähteistä lainsäädäntöön ja tavanomaiseen oikeuteen viitaten sekä *heikosti velvoittavista* oikeuslähteistä lainvalmisteluaineistoon ja tuomioistuinikäytäntöön viitaten.

erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä, (b) tukeutuvat vallitsevan oikeudellisen metateorian perusteella velvoittavia oikeuslähteitä suhteellisesti heikompaan *institutionaaliseen oikeuttamisperusteeseen* ja (c) joiden oikeudellinen *sääntöformaalisuus* on velvoittavia oikeuslähteitä alhaisempi eli joiden ratkaisuarvo itsenäisenä oikeudellisenä ratkaisuperusteena on määritettävissä vain suhteessa niiden kanssa yhteenkietoutuneisiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin:

- (6) *lainvalmisteluaineisto*,
- (7) *prejudikaatit* eli Suomen ylimpien tuomioistuinten ennakkoratkaisut sekä mahdolliset muut tuomioistuinratkaisut, joilla katsotaan olevan ennakkotapausarvoa,
- (8) *muut oikeudenkäyttöä yhtenäistävät viranomaispäätökset*,
- (9) *Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevät yleiset oikeusohjeet*, joiden merkitys suomalaisen tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkinnassa ei ole rinnastettavissa kansalliseen perustuslakiin tai edes kansalliseen lainsäädäntöön, jolloin on Euroopan yhteisön oikeuden osalta tavallisesti kyse kilpailu- tai sisämarkkinaoikeudesta tai kansallisten tukien kaltaisista oikeuskysymyksistä ja ihmisoikeusnormiston osalta vähemmän keskeisten ihmisoikeussopimuksen artiklojen tulkinnasta.

Lainvalmisteluaineisto, Suomen Korkeimman oikeuden ja Korkeimman hallinto-oikeuden antamat prejudikaatit sekä mahdollisesti myös muiden tuomioistuinten tai viranomaisten lainsoveltamisratkaisut, joiden käsittämä oikeusohje on yleistettävissä myös muihin vastaaviin tapauksiin, vaikuttavat tai ainakin saattavat vaikuttaa myöhemmän tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan. Sanottujen argumenttien oikeuslähteopillinen ratkaisuarvo on vähäisempi kuin edellä mainittujen, yhtä lailla institutionaalisten perusteiden eli EY-lainsäädännön, kansallisen lainsäädännön, tavanomaisen oikeuden, sopimusperustaisen oikeuden tai Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevien, vahvasti yleiseurooppalaiseen oikeuskäytäntöön ja myös Suomen oikeuteen rakenteistuneiden yleisten oikeusohjeiden ratkaisuarvo. Nyt käsillä olevien ratkaisuperusteiden institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä Suomen oikeudessa on velvoittavia oikeuslähteitä heikompi, niiden taustalla vaikuttava institutionaalinen oikeuttamisperuste on vallitsevan oikeudellisen metateorian eli institutionaalisen metakontekstin valossa vähemmän keskeinen tai, kuten lainvalmisteluaineiston osalta, vain välillinen ja niiden suhteellinen sääntöformaalisuus eli riippumattomuus erilaisista yhteiskunnallisista arvo- ja/tai tavoiteperusteista on velvoittavia oikeuslähteitä alhaisempi.

Prejudikaateilla eli hierarkkisesti ylimpien ja mahdollisesti myös muiden tuomioistuinten antamalla ennakkoratkaisuilla on institutionaalisesti hyväksytty asema osana Suomen voimassa olevaa oikeutta. Ennakkoratkaisujen noudattami-

nen myöhemmässä oikeudenkäytössä ilmentää oikeudellista yhdenvertaisuutta ja oikeudellista jatkuvuutta toteuttavaa *oikeusvaltioperiaatetta*, mutta Suomessa vallitsevan oikeudellisen metateorian eli oikeuden institutionaalisen metakontekstin valossa prejudikaatit ovat ainakin lähtökohtaisesti vain voimassa olevaa lainsäädäntöä täydentävä oikeuslähde. Prejudikaattioikeuden soveltaminen on sidoksissa keskeisen *ratio/dicta* -erottelun toteuttamiseen myöhemmän oikeustapauksen tulkintakontekstissa, mikä alentaa prejudikaattiperustaisen oikeuden sääntöformaalisuutta ja sitoo sen lainsäädäntöä kiinteämmin erilaisiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin. Kun yksittäisen ennakkoratkaisun käsitämä prejudikaattinormi on määritettävissä vain myöhemmän oikeustapauksen yhteydessä, sen myöhemmän tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaava vaikutus on tavallisesti vähäisempi kuin yleisen ja ennakolta asetetun säädöksen. Myös muiden viranomaisten, kuten laillisuusvalvojien, antamilla ratkaisuilla voi olla myöhempää oikeuskäytäntöä ohjaavaa vaikutusta, jos ratkaisun sisältämä oikeusohje on yleistettävissä koskemaan myös muita vastaavia tapauksia.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista johdetut yleiset oikeusohjeet ovat *dynaaminen* oikeuslähde, jota ei voi sijoittaa vain yhteen velvoitekategoriaan Aarnion ja Peczenikin staattisessa ja hierarkkisessa oikeuslähdeopin mallissa. Tietyin ehdoin eurooppaoikeudellisen oikeuskäytännön merkitys suomalaisen tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavana perusteena saattaa siis rinnastua kansalliseen perustuslakiin tai jopa mennä sen edelle. Tavallisimmin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden oikeuslähdeopillinen painoarvo on kuitenkin huomattavasti vähäisempi, rinnastuen oikeudelliselta ratkaisuarvoltaan kansallisiin prejudikaatteihin, muihin kansallisten viranomaisten tekemiin päätöksiin, joilla katsotaan olevan muuta oikeudenkäyttöä yhtenäistävää merkitystä, sekä viralliseen lainvalmisteluaineistoon suomalaisen tuomarin ratkaisuharkinnassa. Keskeistä on eurooppaoikeudellisen oikeuskäytännön yleiseurooppalaisen rakenteistuneisuuden aste eli sen nauttima institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä Euroopan yhteisön jäsenmaiden sekä ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaiden tuomioistuinten ja muiden viranomaisten vakiintuneessa ja yhtenäisessä tulkintakäytännössä sekä sanotun oikeusvertailevan tulkintaperusteen osaltaan määrittämässä Suomen oikeudessa.

C. Mahdolliset muut oikeuslähteet, joilla (a) on heikko tai olematon *rakenteistuneisuus* Suomen oikeuteen ja yhteiskuntaan puuttuvan institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän merkityksessä, (b) jotka tukeutuvat vallitsevan oikeudellisen metateorian eli institutionaalisen metakontekstin valossa vain aineelliseen, *ei-institutionaaliseen oikeuttamisperusteeseen* ja (c) joiden oikeudellinen *sääntöformaalisuus* eli ratkaisuarvo itsenäisenä oikeudellisena ratkaisuperusteena irrallaan niiden taustalla vaikuttavista yhteiskunnallisista arvo- ja/tai tavoiteperusteista on alhainen tai täysin olematon:

- (10) *lainopillinen oikeuskirjallisuus*,
- (11) *Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet*, joilla ei ole ainakaan välitöntä sovellettavuutta Suomen oikeudessa,
- (12) *oikeusvertailevat, oikeushistorialliset, oikeuslingvistiset, oikeusekologiset* ynnä muut vastaavat ratkaisuperusteet, ja
- (13) *reaaliset argumentit* eli yhteiskunnallinen seuraamusharkinta.

Lainopillisessa kirjallisuudessa esitetyt oikeudelliset tulkintakannanotot saattavat vaikuttaa tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan, vaikkei niillä olekaan vahvasti tai edes heikosti Suomen oikeuteen rakenteistuneen oikeuslähteen asemaa niiden puutteellisen institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän perusteella. Kyse on oikeudellisen tulkinnan, systematisoinnin ja perustelemisen taidosta, jonka vakuuttavuus on vallitsevasta tai kriittisestä oikeuslähteopista johdettujen oikeudellisten tulkintaperusteiden varassa. Lainopin *communis opinio doctorum* eli alan johtavien tutkijoiden yksimielinen tai ainakin lähes yksimielinen käsitys voimassa olevan oikeuden tulkinnasta saa tavallisesti enemmän merkitystä oikeudellisena ratkaisuperusteena kuin *discordans opinio doctorum* eli oikeuskirjallisuuden vahvasti jakautunut kanta sanottuun kysymykseen. Lainopin aineellisena oikeuttamisperusteena on epäitsenäinen viittaus varsinaisiin institutionaalsiin oikeuslähteisiin esimerkiksi lainsäädännön, prejudikaattien ja muiden oikeuslähteiden merkityksessä. Itsenäistä institutionaalisen oikeuslähteen asemaa lainopilla ei sitä vastoin ole.

Muut *oikeusvertailevat, oikeushistorialliset, oikeuslingvistiset, oikeusekologiset* ja vastaavat ratkaisuperusteet samoin kuin *reaaliset argumentit* eli ratkaisun yhteiskunnallisten vaikutusten ennakoiminen ovat tulkintaperusteita, joita tuomari tai institutionaaliseen tuomarireferenssiin sitoutunut lainopin tutkija voi hyödyntää oikeudellista ratkaisua tehdessään tai oikeudellista tulkintakannanottoa perustellessaan. Lainopillisen oikeuskirjallisuuden tavoin senkaltaisten ratkaisuperusteiden institutionaalinen tuki yhteiskunnassa on heikko tai olematon: kyse ei ole argumentista, jota voitaisiin pitää *oikeudellisena* siinä merkityksessä, että se olisi palautettavissa yhteiskunnan institutionaaliseen perustaan muodollisesti velvoittavan EY-lainsäädännön tai kansallisen lainsäädännön, vallitsevan eurooppaoikeudellisen tai kansallisen tuomioistuin- ja viranomaiskäytännön, sopimusperustaisen oikeuden tai tavanomaisen oikeuden käsittämien vakiintuneiden yhteisöllisten käytäntöjen tarkoittamassa mielessä. Niiden taustalla voi nähdä pyrkimyksen *aineellisen oikeudenmukaisuuden* toteuttamiseen, joskin eurooppaoikeudellisessa tulkintakontekstissa oikeusvertailevat perusteet voivat saada myös tätä suuremman painoarvon *yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön* tarkoittamalla tavalla yhteisöoikeudessa sovellettavan *yhtenäistulkinnan* idean sekä ihmisoikeusnormiston osalta yleiseurooppalaisen tulkintakäytännön kansallista oikeudenkäyttöä yhtenäistävän vaikutuksen vuoksi. Yhtenäistä yleiseu-

rooppalaista oikeuskäytäntöä ei ole mainittu erikseen yllä olevassa institutionaalisten oikeuslähteiden luettelossa, koska se saa merkitystä vain Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevien yleisten oikeusohjeiden suhteellista rakenteistumista ja oikeudellista ratkaisuarvoa arvioitaessa.

Eri oikeuslähteiden oikeuslähdeopillista painoarvoa arvioitaessa on siis tarpeen tukeutua myös sisällöllisiin näkökohtiin puhtaasti muodollis-juridisten eli tietyn oikeuslähteen syntytapaan liittyvien seikkojen ohella silloin, kun arvioitava ovat Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevät yleiset oikeusohjeet, kansalliset prejudikaatit ja muu niihin rinnastuva oikeuskäytäntö, tavanomaisoikeudelliset yhteisölliset käytännöt tai kokonaan institutionaalista tukea vailla olevat oikeuslähteet, kuten lainopillinen oikeuskirjallisuus tai reaaliset argumentit. Myös oikeussääntöjä heikommin formaalit eli yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden kanssa yhteenkietoutuneet oikeudelliset ratkaisuperusteet, kuten oikeusperiaatteet ja muut vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit, edellyttävät niiden aineellisen sisällön tarkastelua, kun arvioitavana on niiden nauttiman institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän laajuus.

Etenkin *Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevät yleiset oikeusohjeet* voivat saada suomalaisen tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa varsin erilaisen ratkaisuarvon siitä riippuen, millaista institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää ne nauttivat yleiseurooppalaisessa oikeuskäytännössä ja myös Suomen oikeudessa. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin johdetut yleiset oikeusohjeet saattavat tietyin ehdoin sivuuttaa jopa kansallisen perustuslain, niin kuin edellä perustelin. Toisaalta, EY-lainsäädännön tai Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevien yleisten oikeusohjeiden saattaa olla käytännössä mahdotonta syrjäyttää edes kansallista lakia tai asetusta, jos eurooppaoikeudellinen säädös tai tuomioistuinratkaisu koetaan räikeällä tavalla Suomen oikeuden ja yhteiskunnan keskeistä arvoperustaa loukkaavaksi.

Jos on kyse Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevästä yleisestä oikeusohjeesta, joka nauttii vahvaa institutionaalista tukea ja hyväksyntää myös Euroopan yhteisön jäsenmaiden sekä Euroopan ihmisoikeussopimuksen ratifioineiden keskeisten maiden yhtenäisessä ja vakiintuneessa kansallisessa tuomioistuin- ja viranomaiskäytännössä, on kyse *yleiseurooppalaisesta oikeuskäytännöstä* eli *yleiseurooppalaisesta tulkintakäytännöstä*, joka voi saada merkitystä myös suomalaisen tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa. Niinpä yleiseurooppalaisen oikeusnormiston oikeuslähdeopillisen ratkaisuarvon määrittämiseksi myös suomalaisen tuomarin saattaa olla tarpeen perehtyä oikeusvertailevasti esimerkiksi Saksan perus-

tuslakituomioistuimen, Saksan, Ranskan, Englannin ja Italian ylimpien oikeusasteiden sekä muiden Euroopan yhteisön jäsenmaiden ja/tai Euroopan ihmisoikeussopimukseen sitoutuneiden maiden keskeisten ylimpien tuomioistuinten ratkaisukäytäntöön, kun on kyse Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen keskeisistä, tavallisimmin valtiosääntöoikeuden alaan kuuluvista periaatteellisesti erittäin merkittävistä linjaratkaisuista, kuten yhteisöoikeuden ja kansallisen oikeuden keskinäisestä suhteesta, tai kun on kyse Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen periaatteellisesti erittäin merkittävistä ratkaisuista, jotka määrittelevät ihmisoikeussopimuksen ydinaluetta eli tärkeimpinä pidettyjä ihmisoikeuksia. Kyse on yhtäältä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja toisaalta Euroopan kansallisten tuomioistuinten ja viranomaisten välisestä *oikeudellisesta dialogista*, jonka yhteisvaikutuksesta määrätty yhteisöoikeudellinen tai ihmisoikeusnormiston tulkintaan liittyvä periaatteellisesti erittäin merkittävä ratkaisu voi saada vahvasti rakenteistuneen aseman yleiseurooppalaisen oikeuden osana. Yleiseurooppalaista oikeuskäytäntöä ilmentävänä tulkintaperusteena sanotunlainen oikeusvertaileva argumentti voi näin saada merkitystä myös suomalaisen tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa.

Tuomarien ja muiden viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti soveltaman oikeuden tunnistamissäännön sisältö ei ole ajallisesti vakioitu vaan se voi muuttua, ja näin on myös tapahtunut. Euroopan ihmisoikeussopimuksen kansallinen voimaansaattaminen vuonna 1990 sekä Suomen liittyminen Euroopan yhteisön jäseneksi vuoden 1995 alusta merkitsivät sitä, että eurooppaoikeudellinen oikeusnormisto tuli myös suomalaista tuomaria ja muuta lainsoveltajaa aidosti velvoittavaksi oikeuslähteeksi.¹⁴⁹ Ennen Suomen liittymistä Euroopan ihmisoikeussopimuksen artikloihin vetoaminen tuomioistuimessa päämiehen ihmisoikeuksiin oli varsin heikko oikeudellinen argumentti. Se miellettiin lähinnä *moraalisesti* sitovaksi ratkaisuperusteeksi, joka sai väistyä aidommin oikeudellisten ratkaisuperusteiden tieltä. Vasta Suomen sitoutuminen Euroopan ihmisoikeussopimukseen, mukaan lukien Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä täsmentyneet oikeudelliset velvoitteet, muutti tilanteen. 1990-luvulta alkaen Korkein oikeus on tavan takaa viitannut muun muassa Euroopan ihmisoikeussopimuksen oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevaan 6 artiklaan ratkaisujensa perusteluissa. Esimerkiksi kysymys syytetyn oikeudesta saada esittää jutun todistajalle kysymyksiä oikeudenkäynnin aikana on ratkaistu johdonmukaisesti sanotun artiklan sekä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännön mukaisesti, eikä todistajan kuulemista vain esituskinnassa ole katsottu riittäväksi. Ihmisoikeusargumentti on toisin sanoen muuttunut, Ronald Dworkinin termin, *oikeudelliseksi valttikortiksi*, jonka avulla yksittäinen oikeusjuttu pikemminkin voitetaan kuin hävitään. Samalla suomalaisen

¹⁴⁹ Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 157.

tuomarin soveltama oikeuden tunnistamissääntö eli vallitsevan tuomarinideologian sisältö on muuttunut vastaamaan sanottua oikeustilaa.

7. OIKEUSSÄÄNTÖJEN JA OIKEUSPERIAATTEIDEN MERKITYS TUOMARIN RATKAISUHARKINNASSA

Oikeussäännöt sekä oikeusperiaatteet ja vastaavat ratkaisustandardit ovat eriasteisesti Suomen oikeuteen *rakenteistuneita* sekä eriasteisesti *sääntöformaaleja* tai *argumentatiivisesti avoimia* oikeudellisia ratkaisuperusteita eli argumentteja, jotka saavat eriasteista merkitystä tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa. Yhteiskunnallisten arvo- ja/ tai tavoiteperusteiden kanssa yhteenkietoutuneet oikeusperiaatteet ja muut ratkaisustandardit noudattavat varsin erilaista oikeudellista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa kuin alkuperäisestä synty- ja justifikaatioperustastaan irtautuneet eli formaalit oikeussäännöt. Oikeusperiaatteiden ja vastaavien ratkaisustandardien oikeudellista ratkaisuarvoa ei voi ennalta tai edes jälkikäteen vakioida Kelsenin ja Merklin muodollisen oikeusnormihierarkian, Hartin formaalin oikeuden tunnistamissäännön tai Aarnion ja Peczenikin staattisen oikeuslähdeopin mallin edellyttämällä tavalla.¹⁵⁰ Lisäksi ne eivät täytä John Austinin esittämää analyttisen oikeuspositivismin keskeismääritelmää, jonka mukaan voimassa oleva oikeus ja vallitseva yhteiskuntamoraali eli yhtäältä oikeuden voimassaolo ja toisaalta oikeuden sisällöllinen hyväksyttävyys tulee voida erottaa tarkkarajaisesti toisistaan.¹⁵¹

Oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit ovat tilannesidonnaisia argumentteja,¹⁵² joilla on Ronald Dworkinin tarkoittamalla tavalla sisällöllisen painoarvon tai tärkeyden ulottuvuus (engl.: *dimension of weight or importance*).¹⁵³ Aineelliset oikeusperiaatteet, kuten *New York Court of Appeals* -muutoksenhakutuomioistuimen vuonna 1889 *Riggs v. Palmer* -tapauksessa hyö-

¹⁵⁰ "So we cannot adapt Hart's version of positivism by modifying his rule of recognition to embrace principles. (...) I conclude that if we treat principles as law we must reject the positivists' first tenet, that the law of a community is distinguished from other social standards by some test in the form of a master rule." Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 43, 44.

¹⁵¹ Samasta syystä Kaarlo Tuorin *kriittinen oikeuspositivismi* on ongelmallinen suhteessa sen väitetysti positivistiseen ja tahdonvaltaisesti muutettavissa olevaan lähtökohtaan. Vrt. luku 9.5. "Mistä puhumme, kun puhumme oikeudesta?"

¹⁵² Dworkin puhuu yleisesti oikeusperiaatteista (engl.: *principles*), yhteiskunnallisista tavoiteperusteista (engl.: *policies*) ja oikeudellisista ratkaisustandardeista (engl.: *standards*). Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 22: "... they [judges] make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and other sorts of standards."

¹⁵³ "Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance." Dworkin, mts. 26.

dyntämä periaate, jonka mukaan *kukaan ei saa hyötyä tekemästään vääryydestä* tai New Jersey'n tuomioistuimen vuonna 1960 *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* -tapauksessa hyödyntämät autonvalmistajan vahingonkorvausvastuuta määrittelevät ja lähtökohtaista sopimusvapautta keskeisesti rajoittavat oikeusperiaatteet, eivät olleet palautettavissa mihinkään yksittäiseen lainsäädännökseen tai tuomioistuimen aiemmin antamaan prejudikaattiin, vaan kyse oli vain välillisesti erilaisista institutionaalisista oikeuslähteistä johdetuista ratkaisuperusteista. Oikeusperiaatteet noudattavat Dworkinin mukaan *enemmän-tai-vähemmän* -tyyppistä oikeudellista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa oikeussääntöjen ”kaikki-tai-ei-mitään” tai joko/tai -tyyppisen sääntely- ja ratkaisulogiikan sijaan. Olennaista on oikeusperiaatteen *institutionaalinen tuki* ja *yhteisöllinen hyväksyntä* erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä, kuten lainsäädännössä, oikeudenkäytössä, sopimuskäytännöissä sekä yhteiskunnan moraalisisissa käytännöissä, missä arvoperustaiset ja/tai tavoite-rationaaliset yhteiskunnalliset arviointikriteerit ovat kietoutuneet tiiviisti yhteen muodollis-juridisten ratkaisuperusteiden kanssa. Olen itse käyttänyt termiä oikeuslähteen tai siitä johdetun yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen oikeudellinen ja yhteiskunnallinen *rakenteistuminen* sen nauttiman monimuotoisen institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän merkityksessä.

Määritelmällisen institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän vaatimuksen vuoksi oikeusperiaatteet ja muut ratkaisustandardit – toisin kuin formaalit oikeussäännöt – eivät ole identifioitavissa niiden muodollisen syntyvän perusteella, niin kuin Dworkin on todennut.¹⁵⁴ Oikeusperiaatteiden *institutionaalinen tuki* suomalaisen yhteiskunnan sääntösidonnaisissa, oikeudellisesti merkityksellisissä käytännöissä voi ilmetä lukuisin eri tavoin, esimerkiksi lainsäädännön yleisten taustaperiaatteiden ja arvostusten, institutionaalisten toimivalta- ja vastuunjakoperusteiden, prejudikaatiooikeudesta johdettavissa olevien yleisten suuntalinjojen, tavanomaisoikeudellisten käytäntöjen ilmentämien yleisten oikeudellisten ja yhteiskunnallisten näkökohtien, tuomarien ja muiden juristien ammatillisen itseyttämyksen, kansalaisten sisäistämän yhteiskuntamoraalin sekä vastaavien muiden yhteisöllisten ja/tai oikeudellisten kriteerien merkityksessä.¹⁵⁵ Yksittäisten säädösten sijaan oikeusperiaatteita arvioitaessa keskeistä on toisin sanoen yleisempi yhteiskunnallinen lainsäädäntöideologia, joka yksittäisten säädösten taustalla vaikuttaa. Yksittäisten prejudikaattien sijaan keskeistä ovat pikemminkin prejudikaattien sarjat ja useita ratkaisuja yhdistävät piirteet. Yksittäisten sopimusmääräysten sijaan painoa annetaan vallitsevalle sopimuskonstituutiolle eli, Juha Pöyhösen termien, vallitsevalle sopimusmallille. Toisin kuin formaalien oikeussääntöjen kohdalla, myös vallitsevan yhteiskuntamoraal-

¹⁵⁴ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 40.

¹⁵⁵ Vrt. Dworkin, *ibid.*

lin arvo- ja/tai tavoiteperusteet saavat merkitystä oikeusperiaatteita ja vastaavia ratkaisustandardeja arvioitaessa.

Toisin kuin Dworkin, olen lukenut myös Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneet oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit voimassa olevan oikeuden alaan, koska myös ne vaikuttavat – formaalien oikeussääntöjen tavoin – tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudelliseen ratkaisuharkintaan, jos ne kuuluvat vallitsevan tuomarinideologian käsittämien ratkaisuperusteiden alaan. Dworkinin mukaan kysymys oikeusperiaatteiden validiteetista eli muodollisesta voimassaolosta on ongelmallinen, koska on kyse asteluonteisista ratkaisuperusteista, ja oikeusnormin validiteetti edellyttää binäärisen eli joko/tai -luonteisen arvion mahdollisuutta.¹⁵⁶ Tämä ei nähdäkseni estä oikeusperiaatteiden ja vastaavien ratkaisustandardien lukemista voimassa olevan oikeuden alaan formaalien oikeussääntöjen ohella.

Kysymys, ovatko oikeusperiaatteet oikeusnormeja vaiko vain *oikeuslähteitä*,¹⁵⁷ joista varsinaiset oikeusnormit ovat johdettavissa, on nähdäkseni vain semanttis-käsitteellinen näennäisongelma, jolla ei ole vaikutusta oikeuden tosiasialliseen toteutuvuuteen tai toteutettavuuteen yhteiskunnassa. Molemmat, sekä oikeussäännöt että oikeusperiaatteet, ohjaavat tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa, jos ja vain jos ne kuuluvat tuomarikunnan kollektiivisesti sisäistämään ratkaisuideologiaan Alf Rossin tarkoittamassa merkityksessä, kun taas tuomarin puhtaasti subjektisidonnaiset arvot, tavoitteet ja muut yhteiskuntaideologiset preferenssit eivät määritelmällisesti kuulu voimassa olevan oikeuden alaan. Erona yhtäältä oikeussääntöjen ja toisaalta oikeusperiaatteiden ja vastaavien ratkaisustandardien välillä on vain jälkimmäisten suhteessa heikompi *rakenteistuminen* ja *formalisoituminen* osaksi vallitsevaa kollektiivista tuomarinideologiaa ja siten myös voimassa olevaa oikeutta. Oikeusperiaatteet ja vastaavat ratkaisustandardit ovat siis oikeussääntöjen tavoin *oikeusnormeja*.

Oikeusperiaatteet voivat saada sääntöformaaleja piirteitä, jolloin ne irtautuvat niiden taustalla vaikuttavista yhteiskunnallisista arvo- ja/tai tavoiteperusteista ja saavat itsenäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen luonteen. Ne voivat myös saada vahvasti Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneen oikeudellisen tulkinta- tai ratkaisuperusteen piirteitä. Sääntöformaalit ja vahvasti rakenteistuneet oikeudelliset ratkaisuperusteet rinnastuvat for-

¹⁵⁶ Dworkin on ilmaissut oikeusperiaatteiden pulmallisen aseman suhteessa oikeudelliseen validiteettiin seuraavasti, missä sulkeet nähtävästi ilmaisevat kirjoittajan tiedollista epävarmuutta: ”(It seems odd to speak of a principle as being valid at all, perhaps because validity is an all-or-nothing concept, appropriate for rules, but inconsistent with a principle’s dimension of weight.)” Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 41.

¹⁵⁷ Vrt. Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 175; Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 78–80.

maaleihin oikeussääntöihin. Esimerkiksi eräät Euroopan yhteisöjen tuomioistuinten ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevistä yleisistä oikeusohjeista, kuten yhteisöoikeuden *ensisijaisuusperiaate* (*Costa v. ENEL* (6/64) ja *Simmenthal II* (106/77)), oppi yhteisöoikeuden jäsenvaltioiden yksilöille luomasta välittömästä vaikutuksesta (*Van Gend en Loos*, 26/62) sekä oppi yhteisön jäsenvaltion vahingonkorvausvastuusta tilanteesta, jossa yhteisön direktiiviä ei ole saatettu asianmukaisesti kansallisesti voimaan (*Francovich*, C-9/60), samoin kuin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan tarkoittamaa oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevat ratkaisut, nauttivat vahvaa institutionaalista tukea yleiseurooppalaisessa oikeuskäytännössä, ja niiden oikeuslähdeopillinen ratkaisuarvo on irtautunut niiden taustalla alun perin vaikuttaneista yhteiskunnallisista arvo- ja/tai tavoiteperusteista. Tällöin puhutaan oikeusperiaatteen *formalisoitumisesta* ja *rakenteistumisesta*.¹⁵⁸

Rossilla tuomarinideologia (tansk.: *den normative ideologi der besjæler dommeren*)¹⁵⁹ käsittää viittauksen niihin oikeuslähteisiin eli oikeudellisiin ratkaisuperusteisiin, jotka tosiasiallisesti vaikuttavat tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkintaan (tansk.: *at man ved retskilderne forstår indbegrebet af de faktorer der øver indflydelse på dommerens formulering af den regel hvorpå han baserer sin afgørelse*).¹⁶⁰ Ne voivat Rossin mukaan vaihdella formaaleista, sellaisenaan käsillä olevaan oikeustapaukseen sovellettavista oikeussäännöistä (tansk.: *fra sådanne tilfælde, i hvilke kilden præsterer dommeren en fuldt færdig retsregel der blot overtages af dommeren*)¹⁶¹ vain vaillinaisesti täsmentyneisiin ratkaisuperusteisiin eli oikeuslähteestä johdettuihin yleisiin ideoihin tai oikeudellisen ratkaisuharkinnan yleisiin suuntaviivoihin, joiden perusteella tuomari tai muu lainsoveltaja muotoilee varsinaisen ratkaisunormin käsillä olevaa tapausta varten (tansk.: *til sådanne tilfælde, i hvilke kilden ikke byder dommeren andet og mere end visse inspirerende ideer ud fra hvilke han selv formulerer den regel han har brug for*).¹⁶²

¹⁵⁸ Päinvastaisessa tapauksessa, missä oikeudellinen ratkaisuperuste menettää aiemmin saavuttamiaan sääntöformaaleja sekä vahvasti rakenteistuneen oikeudellisen ratkaisuargumentin kaltaisia piirteitä, voi puhua oikeudellisen ratkaisuperusteen deformalisoitumis- ja destrukturoidumiskehityksestä. Palaan kysymykseen luvussa 5.10.1. ”Yhteiskunnallisten arvojen rakenteistuminen ja formalisoituminen”.

¹⁵⁹ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56: ”Retsvidenskabens beskæftiger sig med den normative ideologi der besjæler dommeren.”

¹⁶⁰ Ross, mts. 92.

¹⁶¹ Ross, *ibid.*

¹⁶² Ross, *ibid.*

8. YHTEENVETO INSTITUTIONAALISESTA OIKEUSLÄHDEOPISTA

Perustelin edellä oikeuslähdeopin mallin, jonka muuttujina ovat yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen:

- a) *kohdentuvuus*: oikeuslähdeopin vastaavuus vallitsevan tuomarinideologian kanssa sen asiallisen laajuuden ja sisällöllisen tarkkuuden merkityksessä,
- b) *staattisuus* tai *dynaamisuus*: oikeuslähteen tai yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen ratkaisuarvon ennalta määräytyneisyys tai tilannesidonaisuus,
- c) *argumentaatorakenne*: ratkaisuperusteen sääntöformalismin tai argumentatiivinen avoimuus eli sen itsenäisyys suhteessa yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin,
- d) *oikeudellinen rakenteistuneisuus*: ratkaisuperusteen institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä,
- e) *justifikaatioperuste*: oikeuslähteen institutionaalinen tai muu yhteiskunnallinen oikeuttamisperuste, ja
- f) *oikeudellinen metateoria* eli oikeuden *institutionaalinen metakonteksti*: institutionaalisten ja muiden oikeuslähteiden sekä niiden justifikaatioperusteiden keskinäiset suhteet.

Kohdentuvuus viittaa oikeuslähdeopin asialliseen korrespondenssiin eli vastaavuuteen vallitsevan, tuomarien ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän tuomarinideologian kanssa, jonka avulla muodollisin perustein voimassa olevan oikeuden säännöt sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja muut oikeudellisesti merkitykselliset ratkaisustandardit ovat johdettavissa ja rajattavissa arviointikriteereistä, joilla ei ole vaikutusta tuomarin ratkaisuharkintaan. Kohdentuvuus voidaan jakaa yhtäältä oikeuslähdeopin mallin *asialliseen laajuuteen* ja toisaalta *sisällölliseen tarkkuuteen* suhteessa sen kohdereferenssiin eli vallitsevan oikeudellisen ratkaisukäytännön ilmentämään käsitykseen sovellettavista oikeuslähteistä. Oikeuslähdeopin mallin tulee toisin sanoen käsittää kaikki asiaanvaikuttava oikeudellinen ratkaisuaaineisto (= asiallinen laajuus) ja antaa oikealla tavalla ja riittävän tarkasti kohdentunut käsitys tarkasteluhetkellä voimassa olevasta oikeudesta (= sisällöllinen tarkkuus) oikeuslähdeopin mallin ulkoisena referenssinä. Voimassa olevan oikeuden määrittely vaikuttaa näin omaksuttuun oikeuslähdeoppiin. Aarniolla voimassa oleva oikeus kietoutuu käsitteellisesti yhteen oikeuden *ideaalisen hyväksyttävyyden* kanssa siinä merkityksessä, että esitetyn oikeudellisen tulkinnan tulee olla hyväksyttävissä rationaalisen argumentaation pelisääntöihin sitoutuneessa oikeusyhteisössä. Itse olen omaksunut yhtäältä Alf Ros-

sin ja H.L.A. Hartin *analyttisen oikeusrealismin* ajatuksen oikeudesta toteutuneena ja toteutettavissa olevana yhteiskunnallisena tosiasiana sekä toisaalta Neil McCormickin ja Ota Weinbergerin *institutionaalisen oikeuspositivismin* ajatuksen, jonka mukaan voimassa olevan oikeuden säännöt ovat luotavissa, muutettavissa, pantavissa täytäntöön ja kumottavissa (vain) lainsäätäjän ja tuomioistuinten institutionaalisten puhetekojen avulla.

Oikeuslähteopin *staattisuus* tai *dynaamisuus* viittaa siihen, onko oikeuslähteen tai oikeudellisen ratkaisuperusteen ratkaisuarvo ennalta määritettävissä ja systeemisesti vakioitavissa sen muodollisen syntyvän perusteella, jolloin on kyse staattisesta ratkaisuperusteesta, vai onko kyse oikeuslähteestä tai oikeudellisesta ratkaisuperusteesta, jonka merkitys tuomarin ja muun lainsoveltajan ratkaisuharkinnassa on vain tilannekohtaisesti määritettävissä, jolloin on kyse dynaamisesta ratkaisuperusteesta.

Argumentaatorakenne viittaa oikeudellisen ratkaisuperusteen *formalistisuuteen* eli sen suhteelliseen riippumattomuuteen tai sidonnaisuuteen niihin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin nähden, joiden nojalla se alun perin saatettiin voimaan. Oikeussäännöt ovat täysimääräisesti formaaleja ratkaisuperusteita, joiden oikeudellisen validiteetin sekä kohdennetun tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi viittaus sääntelyn taustalla vaikuttavaan tai alun perin vaikuttaneisiin yhteiskunnallisiin arvoihin tai tavoitteisiin ei ole välttämätön. Oikeussäännöt ohjaavat tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa jo muodollisen syntytapansa perusteella sekä aineellisesta syntyperustastaan irrotettuina: lainsäädäntö velvoittaa ainakin lähtökohtaisesti sen aineelliseen sisältöön katsomatta, jos se vain on säädetty voimassa olevan perustuslain edellyttämällä tavalla. Oikeussäännöt ovat sen vuoksi tunnistettavissa Hartin oikeusteorian edellyttämän formaalin oikeuden tunnistamissäännön (engl.: *rule of recognition*) avulla. Oikeusperiaatteet ja vastaavat ratkaisustandardit ovat sitä vastoin *argumentatiivisesti avoimia* ratkaisuperusteita, jotka ovat määritelmällisesti kietoutuneet yhteen erilaisten yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden kanssa, eikä niiden oikeudellinen ratkaisuarvo ole määritettävissä irrallaan sanotuista yhteiskunnallisista arvoista tai tavoitteista.

Oikeuslähteen tai oikeudellisen ratkaisuperusteen *rakenteistuneisuus* Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan viittaa siihen, miten vahvaa *institutionaalista tukea* ja *yhteisöllistä hyväksyntää* se nauttii erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä. Lainsäädännöstä ja yksityisoikeudellisista sopimuksista ilmenevät oikeussäännöt ovat tai ainakin saattavat olla vahvasti rakenteistuneita oikeudellisia ratkaisuargumentteja, kun taas prejudikaattiperustaiset yleiset oikeusohjeet, tavanomaisesta oikeudesta johdetut ratkaisuargumentit sekä oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit ovat suhteessa heikommin rakenteistuneita. Reaalisille argumenteille on ominaista se, etteivät ne nauti lainkaan institutionaalista tukea

Suomen oikeudessa eli ne eivät ole lainkaan rakenteistuneet osaksi tuomaria velvoittavien institutionaalisten ratkaisuperusteiden joukkoa. Kyse on toisin sanoen vain tapauskohtaisesta yhteiskunnallisesta seuraamusharkinnasta.

Institutionaaliset oikeuttamisperusteet viittaavat perusteisiin, joiden avulla oikeuslähteet on mahdollista arvotereettisessä katsannossa justifioida eli osoittaa oikeutetuiksi. Suhteelliselta painoarvoltaan vahvin institutionaalinen oikeuttamisperuste on *oikeusvaltioperiaate*, joka on täsmennettävissä edelleen kolmeksi periaatteeksi: lainsäätäjän parlamentaarisen tahdon kunnioittamisen periaate eli *demokratiaperiaate* perustelee lainsäädännön ja välillisesti myös lainvalmisteluaineiston oikeudellisen velvoittavuuden, kansalaisten muodollisen oikeusturvan eli *oikeudellisen yhdenvertaisuuden* periaate perustelee prejudikaattien ja muun yhtenäisen oikeuskäytännön sekä oikeudenkäyttöä yhtenäistävän viranomaiskäytännön oikeudellisen velvoittavuuden ja kansalaisten *tahdonautonomian* kunnioittamisen periaate perustelee sopimusperustaisen oikeuden velvoittavuuden. *Suvereniteettiperiaate* on lainsäädännön ja prejudikaattiperustaisen oikeuden taustalla vaikuttava hallinnollinen residuaali- eli jäännösperiaate, johon on tarpeen turvautua siltä osin kuin demokratiaperiaate ja oikeudellisen yhdenvertaisuuden periaate eivät yksittäisiä säädöksiä tai tuomioistuinratkaisuja kata. Etenkin Euroopan yhteisön lainsäädännön sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden velvoittavuuden perustelemiseksi on välttämätöntä turvautua myös suvereniteettiperiaatteeseen oikeudellisen sääntelyn hallinnollisen tehokkuuden takeena. On kyse *demokratiavajeesta* eli lainsäädännöstä ja oikeuskäytännöstä, johon parlamentaarinen kontrolli tai oikeudellisen yhdenvertaisuuden ja oikeudellisen ennakoitavuuden vaatimus ei ulotu. *Aineellinen yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus* perustelee reaalisten argumenttien ja muiden, vain heikkoa tai olematonta institutionaalista tukea nauttivien oikeuslähteiden merkityksen tuomarin ratkaisuharkinnassa.

Vallitsevan oikeuslähdeopin *institutionaaliset oikeuttamisperusteet* voidaan esittää kokoavasti:

- (a) *demokratiaperiaate* eli *lainsäätäjän tahdon kunnioittaminen* perustelee lainsäädännön ja välillisesti myös lainvalmisteluaineiston velvoittavuuden tuomarin ratkaisuharkinnassa,
- (b) *tahdonautonomia* eli kansalaisten *sopimusvapauden* kunnioittaminen perustelee yksityisten kansalaisten siviilioikeudellisen määräämisvaltansa rajoissa tekemien sopimusten sitovuuden ja velvoittavuuden tuomarin ratkaisuharkinnassa,
- (c) *oikeudellinen yhdenvertaisuus* eli kansalaisten *muodollinen oikeusturva* perustelee prejudikaattiperustaisen oikeuden sekä yleisemmin vakiintuneen tuomioistuin- ja viranomaiskäytännön velvoittavuuden tuomarin ratkaisuharkinnassa, ja

- (d) *suvereniteettiperiaate* eli ylimmän vallanpitäjän antamien määräysten noudattaminen perustee (yhteisöoikeudellisen) lainsäädännön pakottavuuden siltä osin kuin se ei ole palautettavissa demokratiaperiaatteeseen sekä tuomioistuinten antamista ratkaisuista johdettavien yleisten oikeusohjeiden velvoittavuuden siltä osin ne eivät ole palautettavissa oikeudellisen yhdenvertaisuuden periaatteeseen.

Lisäksi voidaan erottaa *ei-institutionaalisen* oikeuttamisperusteena:

- (e) *aineellinen oikeudenmukaisuus* eli kansalaisten *materiaalinen oikeusturva* ratkaisun sisällöllisen kohtuullisuuden, hyväksyttävyyden ja oikeellisuuden merkityksessä perustee oikeusperiaatteiden ja reaalisten argumenttien eli seuraamusharkinnan oikeuslähdeopillisen merkityksen tuomarin ratkaisuharkinnassa.¹⁶³

Oikeudellinen metateoria eli oikeuden *institutionaalinen metakonteksti* viittaa tapaan, jolla oikeuslähteet ja niiden ilmentämät institutionaaliset ja ei-institutionaaliset oikeuttamisperusteet on suhteutettu toisiinsa. Suomalaisessa yhteiskunnassa parlamentaarisella lainsäädännöllä on perinteisesti ollut keskeisin sija, mitä demokratiaperiaate eli lainsäätäjän tekemien valintojen kunnioittamisen periaate on ilmentänyt. 2000-luvun oikeudessa Euroopan yhteisöjen tuomioistuinten ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevillä yleisillä oikeusohjeilla on kasvava merkitys, mitä *yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö* eli sanottujen ratkaisujen Euroopan yhteisön jäsenmaiden sekä Euroopan ihmisoikeussopimukseen sitoutuneiden maiden ylimpien tuomioistuinten oikeuskäytäntö osaltaan ilmentää. Ajatus puhtaasti kansallisesta oikeudesta on saanut tehdä tilaa yleiseurooppalaiselle tai jopa globalisoituvalle oikeudelle.

Vallitsevien institutionaalisten oikeuttamisperusteiden vastaavikutteisina periaatteina eli *vastaperiaatteina* voidaan lisäksi erottaa seuraavanlaiset oikeuttamisperusteet, jotka pyrkivät perustelemaan vaihtoehdon Suomen oikeudessa ja yhteiskunnassa omaksutuille institutionaalisille käytännöille ja niiden taustalla vaikuttaville oikeuttamisperusteille:

¹⁶³ Oikeudellinen yhdenvertaisuus (= kohta c) ja aineellinen oikeudenmukaisuus (= kohta e) vastaavat nähdäkseni Aarnion kansalaisen perustellun oikeusturvaodotuksen elementtejä mielivallan välttämisen ja ratkaisun sisällöllisen hyväksyttävyyden merkityksessä. Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 186–189. – Demokratiaperiaatteesta, vrt. Aleksander Peczenikin ajatus demokratian, oikeusvarmuuden ja tradition kunnioittamisesta oikeuslähdeopin viimekätisenä perustana. Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 226.

Institutionaalinen oikeuttamisperiaate
Oikeuttamisperusteen vastaperiaate

(a) demokratiaperiaate	suvereniteettiperiaate
(b) tahdonautonomia	sosiaalinen siviilioikeus: kohtuusperiaate & heikomman suojelun periaate sopimusoikeudessa
(c) oikeudellinen yhdenvertaisuus	sosiaalinen siviilioikeus: kohtuusperiaate & heikomman suojelun periaate sopimus- oikeudessa; naisoikeustutkimus: naisten sukupuolisidonnaisen erityiskohtelun periaate
(d) suvereniteettiperiaate	yhteisöoikeudellinen läheisyysperiaate (l. toissijaisuusperiaate)
(e) vallitseva käsitys aineellisesta yhteiskunnallisesta oikeuden- mukaisuudesta	vaihtoehtoiset tulkinnat aineellisesta yhteis- kunnallisesta oikeuden- mukaisuudesta

Suomalaisen tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan sekä *institutionaaliseen tuomarireferenssiin* ajatuksellisesti sidotun lainopin oikeuslähdeopin keskeismuuttajat voidaan esittää kootusti seuraavasti:

Mitä suurempi on yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen *sääntöformaalisuus* eli mitä enemmän on kyse aineellisesta synty- ja oikeuttamisperusteesta irtautuneesta oikeudellista ratkaisuperusteesta, jota ei ole tarpeen palauttaa sen taustalla vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin sen oikeudellisen velvoittavuuden perustelemiseksi ja tulkinnallisen merkitysisällön määrittämiseksi, mitä suurempi on yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen *rakenteistuneisuus* Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eli sen nauttima institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä erilaissa vakiintuneissa, oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä, ja mitä suurempi on yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen taustalla vaikuttavan *institutionaalisen oikeuttamisperiaatteen* merkitys vallitsevan *oikeudellisen metateorian* eli oikeuden institutionaalisen metakontekstin valossa, sitä suurempi on sen suhteellinen oikeuslähdeopillinen painoarvo eli oikeudellinen ratkaisuarvo tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa.

Toisaalta, *oikeusperiaatteiden* ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien osalta oikeuslähdeopilliset keskeismuuttajat voidaan esittää seuraavasti:

Mitä suurempi on yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen *argumentatiivinen avoimuus* eli mitä enemmän on kyse aineellisen synty- ja oikeuttamisperusteensa kanssa yhteenkietoutuneesta oikeudellista ratkaisuperusteesta, joka on välttämätöntä palauttaa sen taustalla vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvoja/tai tavoiteperusteisiin sen oikeudellisen velvoittavuuden perustelemissä ja tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi, mitä vähäisempi on yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen *rakenteistuneisuus* Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eli sen nauttima institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä erilaissa vakiintuneissa, oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä, ja mitä vähäisempi on yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen taustalla vaikuttavan *institutionaalisen tai ei-institutionaalisen oikeuttamisperiaatteen* merkitys vallitsevan *oikeudellisen metateorian* eli oikeuden institutionaalisen metakontekstin valossa, sitä vähäisempi on sen suhteellinen oikeuslähdeopillinen painoarvo eli oikeudellinen ratkaisuarvo tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa.

Suomen oikeudessa sovellettava oikeuslähdeoppi rakentuu osin staattisten, osin dynaamisten premissien varaan. *Staattinen oikeuslähdeoppi* perustuu ajatukseen, jonka mukaan yksittäisen oikeuslähteen painoarvo tuomarin ratkaisuharkinnassa on ennalta määritettävissä kyseisen oikeuslähteen tai oikeudellisen ratkaisuperusteen muodollisen syntytytavan perusteella, mistä oikeuspositivistisen ajattelutavan kriitikko Ronald Dworkin käytti kriittiseen sävyyn nimitystä *pedigree* oikeudellisen ratkaisuperusteen muodollisen polveutumisen osoittavan ”kantakirjan” tai ”sukupuun” merkityksessä. Staattinen malli noudattaa Hans Kelsenin ja A.J. Merklin muodollisen normihierarkian eli normipyramidin ajatusta, joka on meilläkin omaksuttu lainsäädännössä syntyneiden oikeussääntöjen normikonfliktien ratkaisuperusteeksi: *lex superior derogat legi inferiori* eli normihierarkkisesti ylempi säädös syrjäyttää sen kanssa ristiriitaisen alemman säädöksen. *Dynaaminen oikeuslähdeoppi* arvioi oikeudellisen ratkaisuperusteen ratkaisuarvon tilannekohtaisesti, ilman staattisen oikeuslähdeopin mallinnuksen edellyttämää oikeuslähteen tai oikeudellisen ratkaisuarvargumentin ratkaisuarvon yleistettävyyttä myös muihin vastaavanlaisiin tapauksiin. Kyse on, Juha Pöyhösen termien, oikeudellisen ratkaisuperusteen *tilanneherkystä* arvioinnista.

Aulis Aarnion ja Aleksander Peczenikin yleisesti hyväksytty oikeuslähdeopin malli, jossa oikeuslähteet on jaettu vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja (vain) sallittuihin ratkaisuperusteisiin niiden muodollisen syntytytavan perusteella, toteuttaa *staattista* oikeuslähdeoppia. Sitä vastoin oikeusperiaatteiden ja vastaavien muiden ratkaisuperusteiden tilannesidonnainen painoarvopunninta, samoin kuin prejudikaattiperustaisen oikeuden ajallisesti muuntuvan *ratio/dicta*-erottelun määrittäminen uudessa oikeudellisessa soveltamistilanteessa sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden yksittäistapauksellisesti kohdenne-

tun ratkaisuarvon määrittäminen, toteuttaa *dynaamista* oikeuslähdeopin jäsen-
nystä. Vaikka Aarnion ja Peczenikin oikeuslähdeopin kolmijaotukseen rinnastu-
va jako velvoittaviin, ohjeellisiin ja muihin oikeuslähteisiin säilytettäisiin, osa
oikeuslähteistä ja oikeudellisista ratkaisuperusteista on systemisesti ”kelluvia”
eli ne eivät ole oikeussysteemisesti vakioitavissa Aarnion ja Peczenikin staatti-
sen oikeuslähdeopin mallin edellyttämällä tavalla. Esimerkiksi Euroopan yhteis-
öjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista il-
menevät yleiset oikeusohjeet eivät ole sijoitettavissa vakioidulle paikalle yhteen
oikeuslähdeopin kolmesta velvoittavuuskategoriasta, vaan niiden oikeusläh-
deopillinen ja argumentaatioteoreettinen ratkaisuarvo riippuu senkaltaisen oi-
keusohjeen nauttimasta *institutionaalisesta tuesta* ja *yhteisöllisestä hyväksyn-
nästä* eli *rakenteistumisesta* sekä Suomen oikeuteen että laajemmin yhtenäiseen
ja vakiintuneeseen yleiseurooppalaiseen oikeuskäytäntöön.

Velvoittavia oikeuslähteitä ovat siis ne oikeudelliset ratkaisuperusteet, jotka
ovat vahvasti rakenteistuneet Suomen oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölli-
seen arvoperustaan* eli nauttivat merkittävää institutionaalista tukea ja yhteisöl-
listä hyväksyntää erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisis-
sa yhteiskunnallisissa käytännöissä, tukeutuvat vallitsevan oikeudellisen meta-
teorian valossa keskeiseen institutionaaliseen oikeuttamisperiaatteeseen ja mah-
dollistavat oikeudellisten ratkaisuperusteiden suuren sääntöformaalisuuden eli
suhteellisen itsenäisyyden ja riippumattomuuden niiden taustalla vaikuttaviin
yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin nähden. *Ohjeellisia oikeusläh-
teitä* ovat ne ratkaisuperusteet, jotka ovat vahvasti velvoittavia oikeuslähteitä
heikommin rakenteistuneet Suomen oikeuteen eli nauttivat suhteellisesti hei-
kompaa institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää erilaisissa oikeudel-
lisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä, tukeutuvat vallitsevan
oikeudellisen metateorian perusteella velvoittavia oikeuslähteitä heikompaan
institutionaaliseen oikeuttamisperusteeseen ja ovat palautettavissa niiden taustal-
la vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin. *Mahdollisia
muuta oikeuslähteitä* ovat ratkaisuperusteet, joilla on heikko tai olematon raken-
teistuneisuus Suomen oikeuteen ja yhteiskuntaan, jotka tukeutuvat vallitsevan
oikeudellisen metateorian valossa lähinnä aineelliseen, ei-institutionaaliseen
oikeuttamisperusteeseen ja jotka ovat täysimääräisesti palautettavissa määrättyi-
hin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin.

A. *Velvoittavat oikeuslähteet*: (1) EY-lainsäädäntö eli Euroopan yhteisön pe-
rustamissopimus (= Rooman sopimus) myöhempien lisäyksineen ja muutoksi-
neen sekä yhteisön toimielinten antamat asetukset, direktiivit ja oikeusohjeeltaan
yleistettävissä olevat yksittäiset päätökset, (2) Euroopan yhteisöjen tuomioistui-
men ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevät yleiset oi-
keusohjeet, joiden merkitys suomalaisen tuomarin ratkaisuharkinnassa rinnastuu
EY-lainsäädäntöön, kansalliseen perustuslakiin tai vähintäänkin kansalliseen

lainsäädäntöön sekä saattavat ristiriitatilanteessa mennä jopa kansallisen perustuslain edelle niiden vahvan *yleiseurooppalaisen rakenteistuneisuuden* eli yhtenäisessä ja vakiintuneessa yleiseurooppalaisessa oikeuskäytännössä nauttiman institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän vuoksi, *institutionaalisen oikeuttamisperusteen* keskeisyyden sekä toteutuneen korkean *sääntöformaalisuuden* vuoksi, mikä viittaa oikeudellisen ratkaisuperusteen itsenäisyyteen suhteessa sen taustalla vaikuttaviin tai vaikuttaneisiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin nähden, jolloin on Euroopan yhteisön oikeuden osalta tavallisesti kyse valtiosääntöoikeudellisten tai vastaavien kysymysten normittamisesta ja ihmisoikeusnormiston osalta keskeisimpien ihmisoikeuksien määrittelystä, (3) kansallinen lainsäädäntö eli voimassa oleva perustuslaki, tavallista lainsäädäntömenettelyä noudattaen säädetyt eduskuntalait, tasavallan presidentin, valtioneuvoston ja yksittäisten ministeriöiden antamat asetukset sekä sitä alemmanasteiset hallinnolliset säädökset aina kunnallisen tason säädöksiin ja päätöksiin asti, (4) tavanomainen oikeus, jollei eurooppaoikeudellista tai kansallista lainsäädäntöä tai vakiintunutta eurooppaoikeudellista tai kansallista oikeuskäytäntöä ole, ja (5) sopimusperustainen oikeus.

B. Ohjeelliset oikeuslähteet: (6) lainvalmisteluaineisto, (7) prejudikaatit eli Suomen ylimpien tuomioistuinten ennakkoratkaisut sekä mahdolliset muut tuomioistuinratkaisut, joilla katsotaan olevan ennakkotapausarvoa, (8) muut oikeudenkäyttöä yhtenäistävät viranomaispäätökset, (9) Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevät yleiset oikeusohjeet, joiden merkitys suomalaisen tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkinnassa ei ole rinnastettavissa kansalliseen perustuslakiin tai edes kansalliseen lainsäädäntöön niiden yleiseurooppalaisessa ja suomalaisessa oikeudessa nauttiman heikomman institutionaalisen tuen, justifikaatioperusteen suhteellisen vähempiarvoisuuden sekä toteutuneen alhaisemman sääntöformaalisuuden vuoksi, jolloin on Euroopan yhteisön osalta tavallisesti kyse kilpailu- tai sisämarkkinaoikeudesta tai kansallisten tukien kaltaisista oikeuskysymyksistä ja ihmisoikeusnormiston osalta vähemmän keskeisten ihmisoikeusnormien tulkinasta.

C. Mahdolliset muut oikeuslähteet: (10) lainopillinen oikeuskirjallisuus, (11) Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevät yleiset oikeusohjeet, joilla ei ole ainakaan välitöntä sovellettavuutta Suomen oikeudessa, (12) oikeusvertailevat, oikeushistorialliset, oikeuslingvistiset, oikeusekologiset ynnä muut vastaavat ratkaisuperusteet, ja (13) reaaliset argumentit eli yhteiskunnallinen seuraamusharkinta.

Yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö eli yhtenäinen ja vakiintunut yleiseurooppalainen kansallinen tulkintakäytäntö tukee eurooppaoikeudellisen oikeusnormiston ja etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevien yleisten oikeusohjeiden oikeudelli-

sen ratkaisuarvon määrittämistä. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen yksittäisen linjaratkaisun oikeudellisen ratkaisuarvon määrittämiseksi saattaa olla tarpeen perehtyä oikeusvertailevasti myös esimerkiksi Saksan perustuslakituomioistuimen, Saksan, Ranskan, Iso-Britannian, Espanjan ja Italian korkeimpien oikeuksien sekä muiden Euroopan yhteisön jäsenmaiden ja/tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaiden ylimpien tuomioistuinten sekä mahdollisesti myös muiden tuomioistuinten ja viranomaisten ratkaisukäytäntöön yhteisöoikeudellisen tai ihmisoikeusnormiston yleiseurooppalaisen reseption laajuuden, ”syvyyden” ja vakiintuneisuuden arvioimiseksi. Kyse on tällöin periaatteellisesti erittäin merkityksellisten, tavallisin valtiösääntöoikeuden toimivaltanormien alaan kuuluvien Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisujen tai keskeisimpiä ihmisoikeuksia koskevien Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen suhteellisesta ratkaisuarvosta osana suomalaisen tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa. Yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö saa toisin sanoen oikeuslähdeopillista merkitystä myös suomalaisen tuomarin ratkaisuharkinnassa keskeisesti oikeusvertailevan argumentin välittämänä.

Institutionaalinen oikeuslähdeoppi rajaa lähdeaineiston, josta voimassa olevan oikeuden säännöt sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja vastaavat ratkaisustandardit ovat johdettavissa. Oikeudellisen metodiopin argumentaatio sääntöjen eli oikeussääntöjen tulkintaa ja systematisointia sekä oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien punnintaa ohjaavien sääntöjen (tai periaatteiden) avulla voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen *tulkinnallinen merkityssisältö* on määritettävissä.

5. Lainopin metodi: oikeudellinen tulkinta, systematisointi ja punninta

”Miten tahansa, kuitenkin, ja yhtä kaikki, kuten lakitieteen loistojen on tapaus lausua...” (*Krazy Kat*, Dec. 7, 1919)

1. OIKEUDELLINEN ARGUMENTAATIO

Oikeustieteen käsittämistä tieteenaloista oikeuden *ihmistieteellinen* analyysi soveltaa yleisten ihmistieteiden, kuten psykologian, psykiatrian tai psykoanalyysin, metodista työvälineistöä ja arviointikriteereitä oikeuteen. Tavoitteena on tuottaa perusteltua tietoa oikeudellisesti merkityksellisistä mentaalis-tajunnallisista faktoista sekä yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan lainalaisuuksista. Oikeuden *kulttuuritieteellinen* analyysi soveltaa yleisen kulttuurintutkimuksen, kuten semiotiikan, yleisen kielitieteen, kirjallisuudentutkimuksen, etnografian tai aatteellis-kulttuurisiin selitysmalleihin sitoutuneen historian tutkimuksen, tutkimusmenetelmiä ja arviointikriteerejä oikeuteen. Tavoitteena on tuottaa perusteltua tietoa oikeuden yhteisöllis-kulttuurisista merkityksistä ja merkitysrakenteista. Oikeuden *yhteiskuntatieteellinen* analyysi soveltaa yhteiskuntatieteiden, kuten sosiologian, taloustieteen, tilastotieteen tai rakenteellis-sosiaalisiin selitysmalleihin sitoutuneen historian tutkimuksen, tutkimusmetodeja ja arviointikriteereitä oikeuteen. Tavoitteena on tuottaa perusteltua tietoa oikeuden yhteiskunnallisista vaikutuksista ja vaikutussuhteista. *Oikeusfilosofia* ja *oikeusteoria* soveltavat oikeuden ja oikeudellisten ilmiöiden tarkasteluun yleisiä filosofisen analyysin ja/tai reflektion menetelmiä. Tavoitteena on tuottaa perusteltua tietoa oikeuden käsitteellisistä, määritelmällisistä tai muutoin filosofisessa katsannossa merkityksellisistä ominaisuuksista. Kysymys oikeusfilosofian tutkimuskohteesta ja tiedonintressistä on samalla itsessään syvästi filosofinen kysymys, joka jakaa oikeusfilosofian tutkijat eri koulukuntiin tai suuntauksiin.

Analyyttinen oikeusteoria ja kontinentaalinen oikeusfilosofia voidaan erottaa toisistaan, niin kuin edellä luvussa 3, ”Mitä oikeustiede on?”, perustelin. *Oikeusteoria* hyödyntää etenkin Englannissa, Puolassa ja pohjoismaissa vaikuttaneen ja yhä vaikuttavan analyttis-lingvistisen filosofian, deonttisen eli normilogiikan, yleisen tieteenteorian, Yhdysvalloissa vaikuttaneen ja vaikuttavan filosofisen pragmatismien sekä Yhdysvaltain *Critical Legal Studies* -liikkeen tavoin metodisesti ymmärrety dekonstruktion ideoita oikeudellis-

ten ilmiöiden tutkimiseen. *Oikeusfilosofia* soveltaa oikeuteen kontinentaalista eli ei-analyyttistä filosofiaa esimerkiksi hermeneuttisen, fenomenologisen, marxilaisen, feministisen tai eksistentialistisen filosofian, klassisen tai modernin luonnonoikeusfilosofian tahi ranskalaisfilosofi Jacques Derridan ajatuksiin palautuvan filosofisen dekonstruktion merkityksessä.

Lainoppi on oikeustieteen käsittämistä tutkimusaloista metodisesti pulmallisin, sillä se – toisin kuin oikeuden ihmis-, kulttuuri- tai yhteiskuntatieteellinen analyysi tai oikeusteoria ja oikeusfilosofia – ei voi tukeutua minkään erityistieteen metodioppiin.

Lainoppi on metodiopillisesti *tulkintatiede*, jonka epistemologia eli oppi oikeudellisen tiedon perusteista, lähteistä ja arviointikriteereistä on sidoksissa *institutionaalisiin* ja, tätä heikommassa merkityksessä, ei-institutionaalisiin *oikeuslähteisiin*. Lainopin institutionaalinen epistemologia kiinnittyy etenkin lainsäätäjän ja tuomioistuinten sekä muiden viranomaisten tekemiin, kirjallisen muotonsa vuoksi myös myöhemmin dokumentoitavissa oleviin päätöksiin. Lainopin näkökulmasta on kyse *institutionaalisesta tuomarireferenssistä*: tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli *institutionaalisten lainsoveltajien* kollektiivisesti hyödyntämä oikeuslähteoppi tarjoaa analyttis-deskriptiivisen tutkijanideologian omaksuneelle oikeuden tutkijalle vakiodun epistemologisen referenssin, johon hänen tulee suhteuttaa käsityksensä voimassa olevasta oikeudesta. Samalla institutionaalinen tuomarireferenssi tarjoaa yksittäiselle lainopin tutkijalle myös vakiodun metodiopillisen eli argumentaatioteoreettisen kiintopisteen: tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti soveltamien oikeudellisten argumentaatiomallien kokonaisuus tarjoaa lainopin tutkijalle vertailukohdan, johon voimassa olevan oikeuden sääntöjen tulkinta ja systematisointi sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden arvosidonnainen punninta ja keskinäinen tasapainottaminen (engl.: *weighing and balancing*) ovat suhteutettavissa. Myös normatiivis-kriittisen tutkijanideologian omaksuneelle tutkijalle, joka toteuttaa vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin tiedonintressiä, institutionaalisen tuomarireferenssin käsittämät oikeuslähteopilliset ja argumentaatioteoreettiset sitoumukset merkitsevät vakioitua tutkimuksellista viitekohtaa, jota vasten hän pyrkii perustelemaan ideaalisen eli parhaan mahdollisen vaihtoehdon.

Metodisesti lainoppi on rinnastettavissa muihin tulkinnallista tiedonintressiä toteuttaviin ja tulkinnallista metodia hyödyntäviin *humanistisiin tulkintatieteisiin*, joiden tutkimuskohteena on määrätty kirjallinen lähdeaineisto, eli lähinnä kirjallisuudentutkimukseen ja teologiaan. Oikeudellinen argumentaatio ei ole matematiikan tai formaalin logiikan hyödyntämää eksaktia eli premissien totuusarvon säilyttävää *deduktiivista* päättelyä, missä päätelmän yläpremissin ilmaisemasta yleisestä lainalaisuudesta (”Kaikki ihmiset ovat kuolevaisia”) ja

alapremissin ilmaisemasta yksilöidystä tosiasiasta ("Sokrates on ihminen") johdetaan looginen johtopäätös ("Ergo: Sokrates on kuolevainen"). Kyse ei myöskään ole oikeuden yhteiskuntatieteellisen analyysin hyödyntämästä *induktiivisesta* metodista, missä empiiristen havaintojen pohjalta tehdyt yleistetyt päätelmät ("Kaikki tähän asti havaitut korpit *a, b, c, d, (...)* ovat olleet mustia. Ergo: kaikki korpit ovat mustia.") sekä yhteiskunnassa vallitsevien vaikutussuhteiden selittäminen ja mallintaminen ovat keskeisellä sijalla. Deduktiivinen päättely on varmaa eli premissien totuusarvon säilyttävää päättelyä muttei lisää tietoaamme maailmasta. Induktiivinen päättely on puolestaan epävarmaa mutta lisää määritelmällisesti epävarmaa tietoaamme maailmasta.

Oikeudellinen päättely noudattaa Aristoteleen filosofiaan palautuvan ja 1950-luvulla uudelleen löydetyn *topiikan* eli (*uus*)*retoriikan* päättely- eli argumentaatiösääntöjä. Kyse on topiikan tai retoriikan tavoin päättelystä, jonka premissit eivät ole välttämättä tosia tai tosiksi tunnettuja vaan ainoastaan enemmän tai vähemmän uskottavia, todennäköisiä tai totuudenkaltaisia.¹ Sen vuoksi niistä tehtävät päätelmät eivät voi nekään olla välttämättä tosia vaan ainoastaan enemmän tai vähemmän perusteltuja, todennäköisiä, uskottavia, hyväksyttäviä tai totuudenkaltaisia määrättyssä oikeusyhteisössä, noudattaen muotoa: "Institutionaalista oikeuslähteistä johdetusta normipremissistä *n* sekä käsillä olevasta faktapremissistä eli oikeustositseikastosta *f* on oikeudellisen argumentaatioteorian sääntöjen nojalla perusteltua päätyä oikeudelliseen tulkintakannanottoon *q*." Lainopillisessa oikeuskirjallisuudessa tämä lyhenee tavallisesti muotoon: "Voimassa olevan oikeuden kanta oikeuskysymykseen *f* on *q*."

Modernissa oikeusajattelussa saksalainen Theodor Viehweg ja belgialainen Chaïm Perelman löysivät Aristoteleen retoriikan ja topiikan uudelleen 1950-luvulla.² Perelmanin ajatukset ovat osoittautuneet oikeudellisen argumentaatioteorian kannalta Viehwegia merkityksellisemmiksi. Perelmanin uusretoriikkaa ovat edelleen kehittäneet nimenomaan oikeudellisen ratkaisun yhteydessä muun muassa Aulis Aarnio,³ Jerzy Wróblewski,⁴ Aleksander Peczenik,⁵ Neil MacCormick,⁶ Robert Alexy⁷ ja Robert Summers,⁸ jotka ovat kaikki kuuluneet kansain-

¹ Aristoteles, "Retoriikka", *passim*; sama, "Topiikka", *passim*.

² Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*, Perelman & Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'Argumentation. La nouvelle Rhétorique*.

³ Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*; sama, *Laintulkinnan teoria*; sama, *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*.

⁴ Wróblewski, *The Judicial Application of Law*.

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

⁶ MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*.

⁷ Alexy, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Argumentation*.

⁸ Summers, *Essays on the Nature of Law and Legal Reasoning*; sama, *Essays in Legal Theory*; sama, *The Jurisprudence of Law's Form and Substance*.

väliseen oikeusvertailevaan ja oikeusteoreettiseen *Bielefelder Kreis* -tutkijaryhmään. Sanottu Saksan Bielefeldissä henkistä kotipaikkaansa pitänyt tutkijaryhmä on tarkastellut yhtäältä säädännäisen oikeuden ja toisaalta prejudikaattien tulkintaa oikeusvertailevassa ja argumentaatioteoreettisessa katsannossa.⁹ Oikeudellisen näyttöäharkinnan eli oikeudellisen argumentaation *faktapremissin* täsmentämisen alaan kuuluva kysymys, *mitä oikein tapahtui?*, kuuluu sitä vastoin *abduktiivisen logiikan* alaan. Abduktiivinen logiikka on *päättelyä parhaaseen mahdolliseen selitykseen* eli parhaaseen mahdolliseen selittävään hypoteesiin. Palaan kysymykseen luvussa 7, ”Tieteellinen metodi”.

Lainopin metodi on *oikeudellista argumentaatiota* eli yhtäältä oikeudellista päätelyä määrätyistä oikeustositseikoista oikeusseuraamuksiin (= oikeussääntöjen tulkinta ja oikeusperiaatteiden punninta) sekä toisaalta oikeusnormien keskinäisten suhteiden määrittämisestä (= oikeussääntöjen ja vastaavien oikeusnormien systematisointi) ohjaavien metatason sääntöjen ja periaatteiden kokonaisuus. Oikeudellinen argumentaatio on toisin sanoen oikeussääntöjen *tulkintaa*, oikeussääntöjen ja vähintään heikosti systeemisesti jäsentyneiden oikeusperiaatteiden ja prejudikaattinormien *systematisointia* eli keskinäisten suhteiden määrittämisestä sekä oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien *punnintaa* ohjaavien argumentaatiösääntöjen (ja argumentaatioperiaatteiden) kokonaisuus.

Oikeudellinen *tulkinta* tarkoittaa tulkinallisen merkityssisällön antamista institutionaalisista ja, edellisiä vähäisemmässä määrin, ei-institutionaalisista oikeuslähteistä asianmukaisesti johdetuille oikeussäännöille. Oikeussääntöjen tulkinta on ainakin lähtökohtaisesti toteutettavissa irrallaan niiden alkuperäisistä synty- ja justifikaatioperusteista senkaltaisten yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden merkityksessä, jotka vaikuttavat tai ainakin niiden säätämisen tai voimaantulohetkellä vaikuttivat sanottujen sääntöjen taustalla. Oikeudellinen *systematisointi* tarkoittaa voimassa olevan oikeuden sääntöjen keskinäisten suhteiden määrittämisestä formaalien normikonfliktien ratkaisun ja sisällöllisten pääsääntö/poikkeussääntö -luokitusten määrittämisen merkityksessä. Oikeudellinen systematiikka koostuu formaaleista *konfliktinratkaisunormeista* sekä *oikeudellisten (perus)käsitteiden, dogmien ja konstruktoiden kokonaisuudesta*. Oikeuden *systematisointi* viittaa oikeudellista tulkintaa käsitteellisesti edeltäviin tai oikeudellisen tulkinan kanssa yhteenkietoutuneisiin tekijöihin, jotka avaavat, rajaavat ja sulkevat oikeuden ”semanttisesti mahdollisen maailman” edellyttämän loogis-käsitteellisen tilan. On toisin sanoen kyse loogis-käsitteellisestä kehiksestä, jota vasten voimassa olevan oikeuden tulkinallisen merkityssisällön määrittäminen käy ylipäättään mahdolliseksi. Oikeudellinen *punninta* tarkoittaa

⁹ McCormick & Summers, toim., *Interpreting Statutes. A Comparative Study*; samat, toim., *Interpreting Precedents. A Comparative Study*.

Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan *rakenteistuneiden* eli riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää suomalaisessa yhteiskunnassa nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien ratkaisustandardien tulkinnallisen merkityssisällön määrittämistä tulkintakontekstissa, jota käsillä oleva oikeustositseikasto sekä tapauksessa asiaanvaikuttavat oikeusperiaatteet ja niiden kunkin ilmentämät yhteiskunnalliset arvo- ja/tai tavoiteperusteet määrittävät ja rajaavat.

Tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti ja otaksuttavasti yhdenmukaisesti sisäistämä *tuomarinideologia* (Ross) tai oikeuden *tunnistamissääntö* (Hart) tarjoaa myös lainopin tutkijalle vakiodun ajatuksellisen kiintopisteen eli tieto-opillisen ja metodiopillisen referenssin, johon käsitys lainopissa sovellettavasta institutionaalista oikeuslähteopista ja oikeudellisen argumentaation malleista tulee suhteuttaa, jos ja kun tavoitteena on *voimassa olevan oikeuden* tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittäminen. Rossin tuomarinideologia on soveltamisalaltaan laajempi kuin Hartin oikeuden tunnistamissääntö, niin kuin luvussa 2.3. ”Tuomarinideologia ja oikeuden tunnistamissääntö” edellä perustelin. Oikeuden tunnistamissääntö käsittää viittauksen institutionaalisista ja ei-institutionaalisista oikeuslähteistä oikeudellisten argumentaationsääntöjen avulla johdettavissa oleviin oikeussääntöihin, kun taas tuomarinideologia käsittää muodollisesti velvoittavien oikeussääntöjen ohella myös institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet sekä muut oikeussääntöjä heikommin formaalit oikeudelliset ratkaisustandardit. Toisaalta, tulkitsin edellä sekä Rossin tuomarinideologiaa että Hartin oikeuden tunnistamissääntöä laajasti eli siten, että ne käsittävät institutionaalisen oikeuslähteopin ohella myös oikeudellisen metodiopin argumentaationsäännöt. Suhtautuminen vallitsevaan tuomarinideologiaan jakaa lainopin tutkimuksen yhtäältä vallitsevaan ja toisaalta eri tavoin määritettyyn kriittiseen, vaihtoehtoiseen tai avoimen poliittiseen lainoppiin, niin kuin edellä luvussa 3, ”Mitä oikeustiede on?”, perustelin.

Tuomarin tai lainopin tutkijan esittämä tulkinta voimassa olevan oikeuden tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä tarkoittaa semanttisesti ja oikeudellisesti mahdollisen tulkintavaihtoehdon perustelemista oikeudellisessa *tulkintakontekstissa*, jota määrittävät: (a) oikeuden *institutionaaliset* reunaehdot eli yhteiskunnan rakenteistuneisiin sääntösidonnaisiin käytäntöihin, kuten lain-säädäntöön ja tuomioistuinten ja muiden viranomaisten oikeudelliseen ratkaisutoimintaan, liittyvät toimivalta- ja vastuunjakokysymykset, mitä institutionaalinen oikeuslähteoppi ja oikeuslähteet keskenään yhteensovittava vallitseva *oikeudellinen metateoria* eli oikeuden *institutionaalinen metakonteksti* toteuttavat, (b) oikeuden *mentaalis-ideologiset* reunaehdot eli tuomarikunnan kollektiivisesti sisäistämään tuomarinideologiaan tai yksittäisen lainopin tutkijan omaksumaan tutkijanideologiaan liittyvät tekijät, jotka lukitsevat institutionaalisen oi-

keuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian episteemiset ja metodiset koordinaatit, (c) vallitseviin *yhteiskunnallisiin käytäntöihin* liittyvät tekijät oikeusperiaatteiden ja vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien edellyttämän institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän merkityksessä sekä (d) oikeudelliseen *sääntely- ja ratkaisulogiikkaan* liittyvät tekijät, esimerkiksi lainsäädännön, prejudikaattien, sopimusperustaisen oikeuden, tavanomaisen oikeuden ja reaalisten argumenttien edellyttämien ja osin toisistaan eriytyneiden oikeudellisten argumentaatiotaitojen merkityksessä. Keskeistä lainopin metodologian kannalta on oikeudellisen argumentaation suhde eri oikeuslähteisiin sekä niiden ilmentämään oikeudelliseen sääntely- ja ratkaisulogiikkaan.¹⁰

2. TULKINTATEORiat JA OIKEUSLÄHDEOPPI

Oikeudelliset tulkintamallit vaihtelevat ratkaistavasta tapauksesta ja kyseeseen tulevasta oikeuslähdeaineistosta riippuen. Mitään universaalia, kaikkiin mahdollisiin tulkintatapauksiin yhtäläisesti soveltuvaa oikeudellista tulkintateoriaa tai tulkintamallia ei ole mahdollista esittää. On tyydyttävä vähempään: oikeudellisen tulkinnan *mahdollisten osatekijöiden* analyysiin, joiden avulla tutkija ja/tai tuomari voi johtaa institutionaalisen oikeuslähdeopin rajaamasta aineistosta perustellun oikeudellisen tulkintakannanoton käsillä olevaan tapaukseen. Institutionaalisen oikeuslähdeopin dynaamisesti ja tapauskohtaisesti muuntuvien osatekijöiden tavoin myös oikeudellinen metodioppi on wittgensteinilaisittain *yhdistelmä-* eli *ryväskäsite* (engl.: *cluster concept, paradigm concept*) eli kohdereferenssiltään vaihtuva-alainen käsite, jonka täsmällinen soveltamisala vaihtelee kulloisestakin tulkinta- tai punnintatilanteesta sekä kohteena olevasta oikeuslähdeaineistosta riippuen. Lainsäädännön, prejudikaattien, sopimusperustaisen oikeuden, tavanomaisen oikeuden ja reaalisten argumenttien tulkintateoriat ovat keskeisesti eriytyneet toisistaan. Koska säädännäinen oikeus on meillä ollut pitkään ensisijainen oikeuslähde, myös oikeudelliset tulkintateoriat ovat meillä jäsentyneet vallitsevan oikeudellisen metateorian eli oikeuden institutionaalisen metakontekstin tarkoittamalla tavalla ensisijaisesti lainsäädännön tulkinnan vaaraan.

Oikeudelliset *tulkintateoriat* eli *tulkinta-ideologiat* vastaavat kysymykseen, miten voimassa olevan oikeuden sääntöjä tulee tai on perusteltua tulkita oikeu-

¹⁰ Institutionaalisen oikeuslähdeopin osatekijöitä käsittelin edellä luvussa 4, ”Institutionaalinen oikeuslähdeoppi”. Oikeussääntöjä ja oikeusperiaatteita käsittelin myös edellä luvussa 2.13. ”Oikeuden rakenteellinen aksiologia: formaalit oikeussäännöt, institutionaaliset oikeusperiaatteet ja subjektisidonnaiset arvot”.

dellisen metodiopin sääntöjen valossa. Oikeudelliset *tulkintaperusteet* voidaan jakaa: (a) *kielellis-semanttisiin* perusteisiin, jolloin voimassa olevan oikeuden tulkinta kiinnitetään yksittäisen säädöksen, prejudikaatin, yksityisoikeudellisen sopimuksen tai muun oikeuslähteen kielelliseen ilmiasuun, (b) *historiallis-eksegeettisiin* perusteisiin, jolloin säädöksen, prejudikaatin tai muun oikeuslähteen asettaneen institutionaalisen toimijan alkuperäiset tarkoitukset tai tavoitteet ovat keskeisellä sijalla, (c) *oikeussysteemiin* perusteisiin, jolloin oikeuslähteestä johdetun ratkaisuperusteen suhde muihin vastaaviin perusteisiin, kuten säädösten tai prejudikaattien sarjan muodostamaan kokonaisuuteen, on tulkinnan lähtökohtana, (d) *oikeuskäytännössä vakiintuneeseen tulkintaan*, jolloin tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien vahvistama ja mahdollisesti lainsäätäjän alkuperäisistä tarkoituksista irtautunut tulkinta voimassa olevan oikeuden sisällöstä on oikeuden vastaisen tulkinnan lähtökohtana, sekä (e) tulkinnan ennakoitavissa oleviin *yhteiskunnallisiin vaikutuksiin*. Liittyneenä yhtenäiseen lainopin tieteenkuvaan eli tulkintamatriisiin oikeudelliset tulkintaperusteet muodostavat sovellettavan oikeudellisen *tulkintakehyksen*. Oikeusperiaatteiden ja oikeudellisten ratkaisustandardien punninnassa voi vastaavasti puhua oikeudellisesta *punnintakehyksestä*, prejudikaattiperustaisen oikeuden tulkinnassa *prejudikaatti-ideologiasta* sekä sopimusperustaisen oikeuden tulkinnassa *sopimusmallista* sopimuskonstituution ja sopimusten tulkinnan lukitsevana kehikkona.

Oikeuden alkuperäiset tavoitteet voivat tulla sovellettavaksi yhtä hyvin lainsäädäntöä, oikeuskäytäntöä kuin sopimusoikeutta tulkittaessa. Lainsäädännön kohdalla puhutaan tavallisesti *lainsäätäjän historiallisen tarkoituksen* selvittämisestä, prejudikaattien kohdalla *eksegeettisestä prejudikaatti-ideologiasta*, jolloin myöhempi tuomari rekonstruoi ennakkoratkaisun sisältämän yleistettävän prejudikaattinormin tuon ratkaisun aineellisen lopputuloksen ja sen tueksi esitettyjen normatiivisten ja faktaperusteiden kokonaisuudesta, ja sopimusoikeuden tulkinnassa on kyse *tahtoperustaisesta sopimusmallista*, missä sopijapuolten alkuperäinen tahdonmuodostus on määräävässä asemassa sopimuskonstituutioon ja yksittäisen sopimusehdon tulkintaan nähden. Tavanomaisen oikeuden tulkinnassa vallitseva oikeudenalakohtaisesti sovellettu yhteisöllinen käytäntö on ratkaisevassa asemassa. Oikeudellisen tulkinnan ennakoitavissa olevat yhteiskunnalliset vaikutukset eli *reaaliset argumentit* on oikeudellisen tulkinnan viimekätinen peruste, jota vasten kielellis-semanttisen, historiallis-eksegeettisen, säädösten tai tapausanalogian sekä institutionaalisten oikeusperiaatteiden muodostamaan kokonaisuuteen ja oikeudelliseen eheyteen (engl.: *law as integrity*) perustuvan tulkinnan hyväksyttävyyttä voidaan – ja tavallisesti myös pitää – arvioida. Voimassa olevan oikeuden tulkinta ei voi toteutua yhteiskunnallisessa tyhjiössä, vaan oikeudenkäytön tai ehdotetun oikeudellisen tulkinnan yhteiskunnalliset vaikutukset tulee pyrkiä mahdollisuuksien mukaan ennakoimaan.

Oikeuteen ei ole *näkökulmaa ei-mistään*, ja sanottu pätee myös oikeuden tulkintaan: ei ole tulkintaa ilman vähintäänkin hetkellisesti sidottua tai vakioitua näkökulmaa tulkinnan kohteeseen, voimassa olevaan oikeuteen. Se, miten erilaiset oikeudelliset tulkintateoriat, tulkintamallit tai tulkintaideologiat ovat suhteutettavissa toinen toisiinsa, riippuu tutkijan sisäistämästä oikeudellisesta *tulkintakehyksestä* osana laajempaa lainopillista *tulkintamatriisia*. Oikeudellinen tulkintamatriisi on oikeustieteellistä tutkimusta ohjaavien konstitutiivisten, oikeuslähdeopillisten, argumentaatioteoreettisten ja semanttis-käsitteellisten sitoumusten kokonaisuus. Se rajaa oikeuden ”mahdollisten maailmojen semantiikan” eli oikeudellisesti ja semanttisesti mahdollisten tulkintojen sfääriin tavalla, joka toteuttaa yhtenäistä tulkinta-avainta eli tulkintakehystä.¹¹ Prejudikaattien tulkinta on sidoksissa määrättyyn *prejudikaatti-ideologiaan* ja sopimusten tulkinta määrättyyn *sopimusmalliin*, joiden kummankin tulkintaa ohjaavat sitoumukset poikkeavat merkittävästi lainsäädäntökeskeisestä tulkintaopista. Samoin tavanomaisen oikeuden tulkinta noudattaa varsin erilaisia tulkintaopillisia lainalaisuuksia kuin lainsäädännön, prejudikaattien ja muun oikeuskäytännön, yksityisoikeudellisten sopimusten tai reaalisten argumenttien tulkinta.

Yksittäisessä oikeudellisessa tulkintatilanteessa eri tulkintaperusteet lomittuvat yhteen tavalla, joka ei ole tarkkarajaisesti ennalta määritettävissä tai metodiopillisesti vakioitavissa. Oikeuden käsitteen radikaalin tulkinnanvaraisuuden,¹² samoin kuin institutionaalisen oikeuslähdeopin ja erilaisten tulkintamallien ryväs-käsiteluonteisuuden vuoksi oikeudellisessa tulkinnassa on kyse *dynamisesta*, vain yksittäisen oikeudellisen tulkintatilanteen yhteydessä määritettävissä olevasta tulkintaperusteiden kokonaisuudesta. Lainopin tutkijan sisäistämä *tutkijanideologia* määrittää hänen suhdettaan *institutionaaliseen tuomarireferenssiin* tuomioistuinten ja muiden viranomaisten sisäistämän oikeuslähdeopin ja oikeudellisten argumentaatiomallien kokonaisuuden merkityksessä myös oikeudellisen tulkinnan, systematisoinnin ja punninnan metodisena referenssinä, joko tuon ajatuksellisen referenssin hyväksymisen tai sen riittäytävän kritiikin merkityksessä.

Lainopin vallitseva doktriini on sitoutunut *institutionaaliseen tuomarireferenssiin*, jonka käsittämin perustein voimassa olevan oikeuden tulkinnallista merkityssisältöä on mahdollista määrittää: (a) yksittäisen oikeudellisen säädöksen, prejudikaatin tai sopimusasiakirjan kielellisen ilmiänsun, (b) lainsäätäjän, prejudikaatin asettaneen tuomioistuimen tai sopijapuolten alkuperäisten tarkoitusten, (c) oikeuskäytännössä vakiintuneen tulkinnan, (d) parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian sekä säädös- tai tapausanalogian valossa toteute-

¹¹ Käsitteiden oikeudellisia tulkintamatriiseja lähemmin luvussa 8, ”Lainopin tulkintamatriisit”.

¹² Perustelin Thomas Morawetzin ajatuksiin perustuvan idean oikeudesta radikaalisti tulkinnanvaraisena yhteiskunnallisena käytäntönä luvussa 2, ”Mitä oikeus on?”.

tun lainsäädännön tai oikeuskäytännön kokonaistulkinnan tai (e) tulkinnan ennakoitavissa olevien yhteiskunnallisten vaikutusten merkityksessä. Toisaalta, vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin metodinen työvälineistö on olennaisesti laajempi kuin lainopin vallitsevan doktriinin metodioppi, koska kriittisen tutkijanideologian sisäistänyt oikeustutkija voi pyrkiä *ideaaliseen* eli *parhaaseen mahdolliseen* tulkintaan oikeudesta, institutionaalisen tuomarireferenssin käsittämät oikeuslähdeopilliset ja argumentaatiomallien valintaan liittyvät rajoitukset samalla sivuuttaen, perustellen esimerkiksi marxilaisen tai feministisen oikeus- ja yhteiskuntaideologian tai suurinta mahdollista taloudellista kustannustehokkuutta edistävän tulkinnan oikeudesta, oli tuon tulkinnan kohteena sitten muodollisesti velvoittava lainsäädäntö, prejudikaattiperustainen oikeus tai muu vakiintunut oikeuskäytäntö, yksityisoikeudelliset sopimukset, tavanomaisoikeudelliset käytännöt tai jokin muu institutionaalinen oikeuslähde.

Oikeudelliset tulkintateoriat ovat eriytyneet oikeuslähdetyypeittäin, jolloin (a) *lainsäädännön* ja sitä tukevan lainvalmisteluaineiston, (b) *prejudikaattien* ja muun oikeuskäytännön sekä oikeutta yhtenäistävän muun viranomaiskäytännön, (c) *sopimusperustaisen* oikeuden, (d) *tavanomaisen oikeuden* sekä (e) *reaalisten argumenttien* tulkinnassa sovelletaan osin erilaisia tulkintamalleja. Yksittäisen säädöksen, prejudikaatin tai sopimuksen kielelliseen ilmiasuun, samoin kuin lainsäätäjän, prejudikaatin antaneen tuomioistuimen tai sopijapuolten alkuperäisiin tavoitteisiin sekä oikeuskäytännössä vakiintuneeseen tulkintaan voi vedota yhtä hyvin lainsäädännön, prejudikaattien kuin sopimusperustaisenkin oikeuden tulkinnassa, mutta tulkinnan metodiopilliset reunaehdot ovat kunkin oikeuslähteen osalta varsin erilaiset. Prejudikaattien tulkinnassa tulee esikysymyksenä ratkaistavaksi varsinaisen prejudikaattinormin (lat.: *ratio decidendi*) määrittely ja erottaminen sen ei-velvoittavasta perustelukontekstista (lat.: *obiter dicta*) kun taas säädännäisen oikeuden tulkinnassa sovellettava oikeussääntö on jo ennalta lainsäätäjän toimesta asetettu ja kielellisesti formuloitu. Sopimusperustaisessa oikeudessa yksittäisen sopimusehdon sanamuoto voidaan sivuuttaa, jos sopijapuolten tarkoituksesta ei ole erimielisyyttä.

3. LAINSÄÄDÄNNÖN TULKINTA

Yksittäisen säädöksen tulkinta voi kiinnittyä ainakin seuraaviin oikeudellisiin *tulkintaperusteisiin*:

- (a) lainsäädännön kielellinen ilmiasu,
- (b) oikeudenalakohtainen systematiikka,
- (c) lainsäädännön historiallinen tarkoitus,
- (d) oikeuskäytännössä vakiintunut tulkinta,

- (e) oikeusperiaatteiden tilannesidonnainen koherenssi, missä lainsäädäntöä luetaan parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian ja oikeudellisen eheyden valossa Ronald Dworkinin oikeusteorian tarkoittamalla tavalla (engl.: *law as integrity*), ja
- (f) tulkinnan ennakoitavissa olevat yhteiskunnalliset vaikutukset esimerkiksi taloudellisten vaikutusten merkityksessä.

Tulkintaperusteet liittyvät tavallisesti määrätystä oikeudellisesta tulkintamateriaalista johdettuun ja tulkintaa yhtenäistävään *tulkintakehykseen*.

Miten siis tulisi tulkita lainsäätäjän asettamaa sääntöä: ”Ajoneuvolla ajo puistossa on kielletty!”¹³

3.1. Tulkinnan semanttinen ulottuvuus

Englantilaisen H.L.A. Hartin lingvistic-semanttisen eli säännön kielelliseen ilmiösuureen perustuvan tulkintateorian mukaan oikeuden tulkinnassa on kyse viime kädessä *semanttisesta* ongelmasta eli kielellisten ilmausten merkityksen määrittämisestä: mikä tarkoittaa säännön termi *ajoneuvo*? Hartin mukaan kielen käsitteillä on yhtäältä vakiintunut, semanttisesti ongelmaton merkityksen *ydinyöhyke*, toisaalta semanttisesti avoin merkityksen *reunavyöhyke*, jolla useat eri tulkinnat ovat mahdollisia.¹⁴ Autot, moottoripyörät ja mopot ovat ilmeisen riidattomia tapauksia suhteessa ajoneuvokieltoon eli ne sijoittuvat ajoneuvo-käsitteen merkityksen *ydinyöhykkeelle*. Sitä vastoin senkaltaiset hyöty-, harrastus- tai kulkuvälineet kuin makuulta ajettava nojapyörä, moottoroitu pyörätuoli, rullaluistimet, sähkökäyttöinen golfvaunu, kookas moottorikäyttöinen lennokki, pienoistraktorin kaltainen moottorikäyttöinen ruohonleikkuri tai venäläisten avaruusinsinöörien kesällä 2000 kehittämät *polttomoottorikäyttöiset teknokengät* sijoittuvat ajoneuvo-käsitteen merkityksen *reunavyöhykkeelle*, missä sanotun termin semanttiset rajat käyvät epämääräisiksi ja aidosti tulkinnanvaraisiksi.

Polttomoottorikäyttöiset teknokengät ovat eräänlainen kansansadun tuntemien *seitsemän peninkulman saappaiden* moderni teknoversio: joustokiskoilla, polttomoottorilla ja polttoainesäiliöllä varustetut jalkineet. Kun kenkä painetaan voimalla joustokiskon pohjaan, polttomoottorin sytytys käynnistyy ja

¹³ ”Ajoneuvolla ajo puistossa on kielletty!” -sääntö perustuu H.L.A. Hartin *The Concept of Law* -teoksessa hyödyntämään esimerkkiin. Hart, *The Concept of Law*, s. 123 *et seq.*; sama, ”Positivism and the Separation of Law from Morals”, s. 63. Ks. myös Siltala, *Johdatus oikeusteoriaan*, s. 111 *et seq.* – Vrt. myös Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 338–340, missä hän erottaa toisistaan vastakohtaispäättelyn, supistavan tulkinnan, sanamuodon mukaisen tulkinnan, laajentavan tulkinnan ja analogiatulkinnan oikeudellisen tulkinnan tapoina. Aarnio puhuu tulkintastandardeista samaa tarkoittaen. Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 256–259.

¹⁴ Hart, *The Concept of Law*, s. 123.

moottorin sylinterissä tapahtuvan räjähdysen paine lennättää kulkijan usean metrin loikan verran eteenpäin, jolloin teknokengillä voi saavuttaa melkoisen nopeuden. – Nick Parkin vaha-animaatioelokuvassa *Väärät housut* vuodelta 1994 Wallace esittelee NASA:n kehittämät moottorikäyttöiset, ohjelmoitavat ja myöhemmin tarinan kuluessa kauko-ohjattavat *teknohousut*, joiden avulla *Gromit*-koiran ulkoiluttaminen sujuisi vaivattomammin. Onko kyse ajoneuvosta ja saako teknohousut viedä puistoon?

Saako *polttomoottorikäyttöiset teknokengät* viedä puistoon? Saako ajoneuvo-kiellon estämättä puistoon ajaa hälytystehtävää toteuttamassa olevan ambulanssin, paloauton, poliisiauton tai muun *hälytysajoneuvon*? Saako puistoon ajaa joukon *historiallisia sotilasajoneuvoja*, kuten entisöityjä sotilasmoottoripyöriä, panssarivaunuja tai telaketjullisia rynnäkötykkeitä, jotka liittyvät puistossa vietettävään jatkosodan Tali-Ihantalan torjuntataistelun muistojuhlaan? Entä kiel-tääkö sääntö polttomoottorikäyttöisen, päältäajettavan ja järeän pienoistraktorin kaltaisen *ruohonleikkurin* tuomisen puistoon?¹⁵

Empiirinen yhteiskuntatodellisuus tuottaa toisinaan esimerkkejä, joiden ennakointiin tutkijan juridinen mielikuvituskaan ei aivan yllä. Kesällä 2002 ajankohtaistui kysymys, onko kuumailmapallolla sallittua leijua muutamien metrien korkeudella rauhoitetun lintulahden yläpuolella. Luonnonsuojelulaki kieltää luonnonsuojelualueella, kuten Viikinlahdella, eliölaajien pyydystämisen, tappamisen ja hätyyttämisen sekä pesien hävittämisen ohella kaikki muutkin toimet, joka vaikuttavat epäedullisesti alueen luonnonoloihin, maise-maan tai eliölaajien säilymiseen. Vaikka lintulahden maankamaralle siis ei as-tuttaisi eikä sen vedenpintaa lainkaan rikottaisi, kuumailmapallon kaasupoltti-men tuottama voimakas ääni todennäköisesti häiritsee lintujen pesintää alu-eella, jolloin lain asettamat kriteerit luonnonsuojelualueen eliöstölle aiheute-tusta häiriöstä kiistatta täytyvät.¹⁶

Semanttisen tulkintateorian mukaan jonkin käsitteen merkitys voidaan mää-rittää viittaamalla sen *yleiskielen* eli *luonnollisen kielen* mukaiseen merkitykseen sekä termin käyttöön sen tavanomaisissa kielenkäyttöyhteyksissä. Siihen, mikä on ”ajoneuvo”, voitaisiin etsiä vastausta vaikkapa yleisökyselyn avulla: jos enemmistö satunnaisesti valituista tai tiettyä kansalaisryhmää edustavista vastaa-jista on sitä mieltä, että polttomoottorikäyttöiset teknokengät joko ovat (tai: eivät ole) ajoneuvo sanotun säännön tarkoittamassa merkityksessä, niin silloin sanottu kanta tulisi hyväksyä vastaisen laintulkinnan perustaksi. Tulkinnallista johtoa voitaisiin hakea *Nykysuomen sanakirjan* kaltaisista yleiskielisistä hakuteoksista,

¹⁵ Esimerkki on tietoisien yksinkertaistettu, jotta eri tulkintateorioiden erot saataisiin näkyviin. Samat tulkintaopin ideat toimivat kuitenkin myös kiperämmissä tulkintatilanteissa.

¹⁶ Olen sanotun esimerkin velkaa ympäristöoikeuden professori Vesa Majamaalle.

ja sama menettelytapa pätee tietenkin myös hälytysajoneuvojen, järeän pienoistraktorin kaltaisen ruohonleikkurin sekä historiallisten sotilasajoneuvojen luokitteluun suhteessa ”ajoneuvon” käsitteeseen. Tulkinnan kohteena olevat merkitykset palautetaan toisin sanoen kieliyhteisön tapaan käyttää kieltä ja ymmärtää käsitteiden merkitys niiden luonnollisessa yhteisöllisessä asiayhteydessä. Ajatus vastaa 1950-luvulla Ludwig Wittgensteinin myöhäisfilosofian innoittamana syntyneen Oxfordin koulukunnan *lingvistisen filosofian* eli arkikielen filosofian edustamaa kantaa kielen luonnollisen käyttötavan keskeisasemasta filosofisessa argumentaatiossa.

Toisaalta tietyn käsitteen merkitys voidaan kiinnittää sen *juridis-tekniseen erityismerkitykseen*, jolloin oikeudellisen tulkinnan ja oikean kielenkäytön arviointikriteerit sidotaan juristien kielelliseen ja ammatilliseen itseymmärrykseen sekä muun lainsäädännön omaksumaan juridis-tekniseen terminologiaan oikeusyhteisön jäsenten yleisesti käyttämän kielen sijaan. Mitä tieliikennelainsäädäntö tai ympäristölainsäädäntö säättävät ”ajoneuvoista”? Tieliikennelain (3.4.1981/267) 2a §:ssä (6.11.1992/989) ajoneuvo on määritelty siten, että:

”Tieliikennelainsäädännössä tarkoitetaan:

- a. *ajoneuvolla* maalla kulkemaan tarkoitettua laitetta, joka ei kulje kiskoilla;
- b. *moottorikäyttöisellä ajoneuvolla* konevoimassa kulkevaa ajoneuvoa; moottorikäyttöisiä ajoneuvoja ovat moottoriajoneuvo, traktori, moottoriyökone ja maastoajoneuvo ...”

Hälytysajoneuvo ja sotilasajoneuvo on määritelty laissa erikseen.

Entä kaupunkipuistoja koskevat kunnallisen järjestyssäännön määräykset? Miten tieliikenne- tai puisto- ja virkistysaluelainsäädäntöön perehtyneet juristit ymmärtävät termin ”ajoneuvo” suhteessa nyt käsillä oleviin esimerkkitapauksiin eli polttomoottorikäyttöisiin teknokeinoihin, ambulansseihin ja muihin hälytysajoneuvoihin, järeään pienoistraktorin kaltaiseen ruohonleikkuriin tai erilaisiin historiallisiin sotilasajoneuvoihin? Jos enemmistö tieliikenne- ja ympäristölainsäädäntöön perehtyneistä juristeista on sitä mieltä, että polttomoottorikäyttöiset teknokeinojatkajat joko ovat tai eivät ole ajoneuvo lain tarkoittamassa merkityksessä, niin silloin sanottu kanta tulisi hyväksyä kielellis-semanttisin perustein laintulkinnan lähtökohdaksi, ja sama pätee myös vastaaviin muihin oikeudellisen tulkinnan ongelmakohtiin. Sekä luonnolliseen kieleen että juridis-tekniseen erityisterminologiaan kiinnittyvän tulkintateorian mukaan oikeudellinen tulkinta on viime kädessä *semanttinen* operaatio: kyse on tulkinnallisen *merkityksen antamisesta* määrätyille kielellisille ilmauksille joko termin yleiskieliseen tai erityistekniseen merkitykseen viitaten.

3.2. Oikeudenalakohtainen systematiikka

Yksittäistä oikeussääntöä ei voi tulkita irrallaan siitä oikeussysteemisestä kokonaisuudesta, johon se kuuluu, ilman perustavan väärintulkinnan vaaraa. Oikeussäännön tulkinta tulee toisin sanoen suhteuttaa vallitsevaan *oikeudenalakohtaiseen systematiikkaan*. Ajatus oikeuden sisäisestä systematiikasta oikeudellisena tulkintaperusteena viittaa lainsäätäjän alun perin tekemiin valintoihin, joita teoreettinen lainoppi edelleen työstää ja kehittää sovellettavan oikeudellisen käsite-systematiikan muodossa. Etenkin saksalaisen esikuvansa mukaan jäsentynyt käsitelainoppi (saks.: *Begriffsjurisprudenz*), joka oli suomalaisessa oikeustieteessä vallalla 1950- ja osin aina 1960-luvulle asti, korosti voimakkaasti oikeuden peruskäsitteiden keskinäissuhteiden merkitystä oikeuden tulkinnassa: vasta sen jälkeen, kun jonkin oikeudellisen ilmiön suhteellinen sijainti oikeuden peruskäsitteiden systeemissä verkostossa oli määritetty, varsinainen oikeudellinen tulkinta kävi mahdolliseksi. Esimerkiksi A.R. Heikonen pohti 1930-luvulla laajasti, onko jakamaton kuolinpesä juridinen henkilö, onko jakamaton kuolinpesä yhtiö tai esine, onko perillisten oikeus jäämistöön saamisoikeutta, onko perintöosuus sama kuin jäämistössä olevien esineiden ja oikeuksien osuuksien summa, ja ovatko perintöosuus ja itse perillisuus identtisiä.¹⁷ Samoin Antti Hannikainen pohti 1940-luvulla, mikä on esineoikeuden olemus, millaisia ovat luonteeltaan rajoitetut esineoikeudet, onko pidätysoikeus vakuusoikeus varsinaisessa mielessä, onko pidätysoikeus aksessorinen oikeus, onko pidätysoikeus subsidiäärinen oikeus, onko vuokranantajan vakuusoikeus täydellinen vaiko epätäydellinen esineoikeus.¹⁸

Oikeudellisen ilmiön systeeminen luokittelu oli toisin sanoen esikysymys, jonka jälkeen varsinainen oikeudellinen tulkinta kävi mahdolliseksi, noudattaen – systeemen luokittelun lopputuloksesta riippuen – oikeudenalakohtaisia tulkintaperusteita ja yleisiä oppeja, joita sovellettiin esimerkiksi yhtiöoikeuden, esineoikeuden tai velvoiteoikeuden alalla. Vaikka analyttinen oikeustiede syrjäytti käsitelainopin idealistisen metafysiikan rasittaman systeemilogiikan 1950-luvulla, ajatus oikeudellisten peruskäsitteiden ja oikeuden sisäisen systematiikan merkityksestä vaikuttaa edelleen eräissä lainopin tulkintamatriiseissa alkuperäistä käsitelainoppia heikommassa ja vahvemmin tilannesidonnaisessa muodossa. Esimerkiksi Juha Pöyhösen väitöskirjan *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* ajatus sopimusmallista oikeudellisten peruskäsitteiden, dog-

¹⁷ Heikonen, *Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa silmälläpitäen erikoisesti perillisen omistusoikeussuhteita*, I, s. 122–160, 161–214 ja 215–236; sama, *Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa silmälläpitäen erikoisesti perillisen omistusoikeussuhteita*, II, s. 155–172, 173–181 ja 181–187.

¹⁸ Hannikainen, *Pidätysoikeuden rakenteesta silmälläpitäen Suomen voimassaolevaa oikeutta, passim*.

mien ja konstruktioiden yhdistelmänä sisältää piilevästi käsitelainopillisen ainesosan osana oikeusperiaatteiden punnintamallia.¹⁹ Toisaalta ajatus vallitsevan perusoikeusjärjestelmän mukaisista, osin selväsanaisesti hyväksytyistä ja osin vain piilevästi edellytetyistä perusoikeuksista viittaa jälkimmäisen tapausluokan osalta positiivis-oikeudellista sääntelyä ”syvempään” käsitesystematiikkaan.²⁰

Samoin Kaarlo Tuorin ajatus kriittisestä oikeuspositivismista ja oikeuden positiivisoikeudellista pintatasoa ”syvempien” kerrostumien eli oikeuskulttuurin tason ja oikeuden syvätason käsittämistä elementeistä toteuttaa piilevää oikeudellista systeemilogiikkaa siltä osin kuin sanotut osatekijät mielletään Ronald Dworkinin tavoin osana parasta eli koherenteinta mahdollista oikeudellista kokonaisteoriaa.²¹

Käsitelainopillisista olemuspohdinnoista irrotettuna oikeudenalakohtainen systematiikka viittaa vain tietyn säännöksen oikeussysteemiseen kontekstiin lainsäädännössä. Esimerkiksi sääntöä, joka kieltää ajoneuvojen ajamisen puistoon tai puistossa, tulee tulkita oikeussysteemisesti osana yleistä kaupunkimaan käyttöä koskevaa lainsäädäntöä sekä erityisesti voimassa olevaa puisto- ja virkistysalueainsäädäntöä. Puisto- ja virkistysalueiden käyttöä koskevien oikeussysteemisten tulkintaperusteiden nojalla voi olla ilmeistä, että ajoneuvokielto käsittää polttomoottorikäyttöiset teknokengät ja historialliset sotilasajoneuvot muttei järeitä ruohonleikkureita tai hälytystehtävää suorittavia ajoneuvoja. Toisaalta lain systematiikka on varsin heikko tulkintaperuste tilanteessa, jossa lainsäätäjä ei ole kyennyt ennakoimaan tulevaa yhteiskunnallista tai teknistä kehitystä. Ronald Dworkinin idea parhaasta mahdollisesta *oikeudellisesta kokonaisteoriasta* ja sen avulla toteutetusta *oikeudellisesta eheydestä* (engl.: *law as integrity*) voidaan nähdä oikeudellisen systeemijattelun suhteellisesti heikompana eli aidosti tilannesidonnaisena muunnelmana, missä etenkin aiemmista tuomioistuinratkaisuista ilmeneville oikeusperiaatteille on annettu erityistä merkitystä.

3.3. Lainsäädännön historiallinen tarkoitus

Oikeussäännön tulkinta voidaan palauttaa siihen, mitä lainsäätäjä tai muu institutionaalinen norminasettaja on säännöllä alun perin tarkoittanut tai tavoitellut. Tällöin on kyse oikeussäännön *historiallisesta* tulkinnasta lainsäätäjän alkupe-
räisen tarkoituksen mahdollisimman autenttisen jälkikäteisen rekonstruktion merkityksessä. Amerikkalainen luonnonoikeusteoreetikko Lon L. Fuller on kriti-

¹⁹ Perustelen kantani luvussa 9.3. ”Sopimusmalliajattelun piilevät premissit”.

²⁰ Perustelen kantani luvussa 9.6. ”Perusoikeusjärjestelmän sisäinen logiikka”.

²¹ Käsitelen Tuorin oikeusteoriaa lähemmin luvussa 9.5. ”Mistä puhumme, kun puhumme oikeudesta?”.

soinut H.L.A. Hartin semanttista tulkintaoppia sillä perusteella, että Hart sivuuttaa oikeuden yhteisöllis-tavoitteellisen elementin ja suhtautuu oikeuden tulkin-taan ikään kuin se olisi vain puhtaasti semanttinen operaatio ilman minkäänlaisia yhteiskunnallisia liityntöjä. Se, saako tietyllä kulkuvälineellä ajaa puistossa vai-ko ei, ratkeaa Fullerin mukaan säännön yhteisöllisen tarkoituksen perusteella.

Jos ajoneuvokiellon tavoitteena on ollut rauhoittaa puisto läpiajoliikenteen mukanaan tuomalta meteliltä, vaaratilanteilta ja ilmansaasteilta, museojoneu-vojen ajaminen puistoon erityistä ja vain hyvin harvoin toistuvaa jatkosodan vuosijuhlatilaisuutta varten tuskin loukkaa sanotun säännön perustetta, niin ras-kaista ajoneuvoista kuin asiaa puhtaasti kielellis-semanttiselta tai oikeussystee-miseltä kannalta tarkastellen onkin kyse. Sitä vastoin polttomootorikäyttöiset teknokengät saattavat hyvinkin loukata säännön alkuperäistä tavoitetta tekno-kengien myötä puistossa lisääntyvän metelin, vaaratilanteiden ja ilmansaastei-den merkityksessä. Säännön tulkitseminen sen alkuperäisten tavoitteiden valossa johtaa toisin sanoen tulkintaan, jonka mukaan järeät sotilasajoneuvot on lupa ajaa puistoon yksittäistä ja vain harvoin toistuvaa jatkosodan torjuntataistelun muistojuhlaa varten, mutta moottorikäyttöisten teknokenkien testaaminen puis-tossa on kielletty. Toisalta, moottorikäyttöinen ruohonleikkuri on lainsäädännön alkuperäisen tarkoituksen valossa varsin riidaton tapaus: lainsäätaja on tuskin tarkoittanut, ettei puiston laajoja nurmikkoalueita päästäisi lainkaan leikkaa-maan, jolloin puisto muuttuisi varsin pian läpipääsemättömäksi ryteiköksi tai joutomaaksi ja lainsäätäjän muut puistoon liittyvät tavoitteet jäisivät toteutumatta. Samoin ambulanssin kaltaiset hälytysajoneuvot on lainsäädännön tarkoituk-sen valossa varsin riidaton tapaus, koska koko oikeusjärjestyksen yhtenä arvo-lähtökohdana on kansalaisten hengen ja terveyden suojelelu.²²

Tavallisesti lainsäädännön alkuperäiset tavoitteet voidaan ainakin osin jäljittää lain esitöiden eli lainvalmisteluaineiston avulla. Toisinaan lain tavoitteet on saa-tettu lausua selväsanaisesti julki itse säädöstekstissä. Esimerkiksi laki naisten ja miesten tasa-arvosta (8.8.1986/609) säättää seuraavasti:

1 § *Lain tarkoitus.* Tämän lain tarkoituksena on estää sukupuoleen perustuva syrjintä ja edistää naisten ja miesten välistä tasa-arvoa sekä tässä tarkoitukses-sa parantaa naisten asemaa erityisesti työelämässä.

Samoin Euroopan yhteisöoikeudellisten säädösten johdanto-osa eli johdanto-teksti sisältää usein tietoa säädösten alkuperäisistä tavoitteista ja asiallisesta so-veltamiskontekstista.

Tulkintaongelmia syntyy etenkin silloin, kun lainsäätaja ei ole kyennyt miten-kään ennakoimaan yhteiskunnan tai teknologian kehitystä, mistä viimeaikainen

²² Hartin luonnonoikeuden vähimmäissisällöstä, Hart, *The Concept of Law*, s. 189–195; ks. myös tämän teoksen luku 7.1. ”Luonnonoikeuden vähimmäissisältö ja oikeustieteen tekniset normit”.

nopea informaatioteknologian kehitys maassamme on hyvänä esimerkkinä. Kun *kiperä oikeustapaus* (engl.: *hard case*) on määritelmänsä mukaisesti juuri senkaltaisen oikeudellinen ongelma, jota lainsäädännössä ja lainvalmistelussa ei ole kyetty ennakoimaan, lain esitöistä on harvemmin välitöntä tulkinnallista apua senkaltaisen oikeudellisen ongelman ratkaisussa. Tosin silloinkin lainvalmisteluaineisto voi tarjota analogisia ratkaisumalleja, joita tuomari tai tutkija voi soveltaa oikeudellisessa katsannossa riittävän samanlaisiin tapauksiin. Lainvalmisteluaineisto vanhenee yhteiskunnan teknisen kehityksen ja muiden muutoksen myötä, eikä edes muutaman vuoden tai vuosikymmenen takaisia lain esitöitä voi välttämättä hyödyntää aloilla, joilla tekninen kehitys tai yhteiskunnan institutionaaliset tai arvostuksiin liittyvät muutokset ovat olleet nopeita. Kun yksittäinen oikeussääntö saattaa syntyä useiden eri suuntiin vievien tavoitteiden välillä tehtynä poliittisena kompromissina, lainsäädännön yksittäisen tavoitteen tai tarkoituksen sijaan tulisi pikemminkin puhua lain yhteiskunnallisen *tarkoituskompleksin* toteuttamisesta. Euroopan yhteisöoikeudessa lainsäädännön (ja oikeuskäytännön) kompromissiluonteisuus vielä korostuu 15 eri jäsenmaan kielellisten ja oikeuskulttuuristen eroavuuksien vuoksi.

3.4. Oikeuskäytännössä vakiintunut tulkinta

Oikeudellinen tulkinta voidaan kiinnittää myös *oikeuskäytännössä vakiintuneeseen tulkintaan*, joka on tai ainakin saattaa olla irtautunut lainsäätäjän alkuperäisestä tarkoituksesta, säädöksen kielellisestä ilmiästä sekä omaksutusta oikeudenalakohtaisesta systematiikasta. Tulkinta noudattaa tällöin perusteita, jotka on omaksuttu prejudikaatteihin perustuvan sekä muun tuomioistuin- ja viranomaiskäytännössä syntyneen oikeuden tulkinnassa. Keskeistä on ennakkoratkaisun sisältämän varsinaisen *prejudikaattinormin* (lat.: *ratio decidendi*) erottaminen sen ei-velvoittavasta perustelukontekstista (lat.: *obiter dicta*) sanotussa ratkaisussa sekä prejudikaattinormin tulkinta senkaltaisen *prejudikaatti-ideologian* valossa, joka kiinnittyy nimenomaan vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön prejudikaatin asettaneen tuomioistuimen alkuperäisten tarkoitusten tai sen ennakoitavissa olevien yhteiskunnallisten vaikutusten sijaan.

Valittavana on yhtäältä ennakkoratkaisun ja myöhemmän oikeustapauksen suhteelliseen samankaltaisuuteen kiinnittyvä malliratkaisuideologia, joka johtaa joko prejudikaattinormin analogiseen laventamiseen tai sen faktaperustaiseen poissuljentaan eli distinktiotekniikan hyödyntämiseen myöhemmän oikeustapauksen soveltamiskontekstissa. Toisaalta käytettävissä on Ronald Dworkinin oikeusteorian keskeisajatus aiempien tuomioistuinratkaisujen tulkinnasta parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian sekä oikeudellisen eheyden (engl.: *law as integrity*) valossa. Koska oikeudellisiin malliratkaisuihin ja oikeudelliseen eheyteen kiinnittyvillä tulkintateorioilla on näin luontainen yhteys prejudi-

kaattiperustaiseen oikeuteen, käsittelen oikeuskäytännössä vakiintunutta tulkintaa laajemmin prejudikaattiperustaisen oikeuden tulkintaperusteiden yhteydessä.

3.5. Oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset

Amerikkalainen oikeusrealisti Walter Wheeler Cook (1873–1943) kirjoitti vuonna 1927 artikkelissaan ”Scientific Method and the Law”:²³

”Yksittäistä oikeusjuttua ratkaiseva tuomari on tilanteessa, jossa hän väistämättä luo uuden oikeussäännön ja toimii siten lainsäätäjän roolissa, halusipa hän sitä tai ei. Tarkoiton, että koska mitkään pakottavat loogiset seikat eivät määrää, millaisen ratkaisun hän jutussa tekee, tuo valinta osoittautuu sitä tarkemmin analysoitaessa määrättyjen yhteiskunta- ja talouspoliittisten näkökohtien varaan perustuvaksi. Mielekkään ratkaisun voi tehdä vain arvioimalla, siinä määrin kuin se on mahdollista, ratkaisun aineelliset seuraukset suuntaan jos toiseen. Siihen tuomari tarvitsee kahdenlaista tietoa: (1) *mihin yhteiskunnallisiin seurauksiin tai tavoitteisiin pyritään*, ja (2) *miten ratkaisu suuntaan tai toiseen vaikuttaa sanottujen tavoitteiden saavuttamiseen*. Senkaltaista tietoa tuomarilla ei yleensä ole käytettävissään, joten sen saavuttaakseen hänen täytyy turvautua toisiin yhteiskuntatieteisiin, kuten esimerkiksi taloustieteen.

W.W. Cookin tekstilainaus kiteyttää hyvin *oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten* roolin oikeudellisessa tulkinnassa. Saksalaisen 1800-luvun ja 1900-luvun alun käsitelainopin sekä amerikkalaisen C.C. Langdellin (1826–1906) henkilöön profiloituneen 1800- ja 1900-luvun taitteen oikeudellisen *tulkintaformalismin* valtakauden jälkeen oikeuden yhteiskunnallisia vaikutuksia ei ole enää voinut noin vain sivuuttaa laintulkinnassa ja oikeudenkäytössä. Oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset ovat saaneet eräänlaisen tulkinnan viimekätisen arviointikriteerin roolin: tulkinta, joka täyttää laintulkinnan muodolliset edellytykset kielellis-semanttisten, oikeussysteemisten, lainsäätäjän alkuperäiseen tarkoitukseen palautuvien historiallis-eksegeettisten sekä vakiintuneeseen oikeudenkäyttöön liittyvien tulkintaperusteiden merkityksessä mutta jonka yhteiskunnalliset vaikutukset ovat täysin kestäättömät ja kohtuuttomat, ei todennäköisesti saisi tuomioistuinten hyväksyntää. W.W. Cookin pohdinta yksittäistä oikeusjuttua ratkaisevan tuomarin roolista toistaa samalla Oliver Wendell Holmesin ideaa ”tulevaisuuden oikeusoppineesta”, joka olisi oikeudellisen tilastotieteen ja oikeudellisen taloustieteen – eli yleisemmin *oikeuden yhteiskuntatieteellisen analyysin* – ammattilainen oikeusoppineiden perinteisen tehtävänasettelun eli voimassa olevan oikeuden sääntöjen ”glossaamisen” eli tulkinnan ja systematisoinnin sijaan.

²³ Cook, ”Scientific Method and the Law”, s. 303–309; myös kokoomateoksessa Fisher, Horwitz & Reed, toim., *American Legal Realism*, 242–250. Lainaus, mts. 249 (Kursivointi lisätty, käännös allekirjoittaneen.)

Toisin kuin erilaiset formalistiset tulkintateoriat ovat esittäneet, oikeudellinen tulkinta ei voi milloinkaan toteutua ideologisessa tai yhteiskunnallisessa tyhjiössä, vaan tuomarin tai muun lainsoveltajan tekemä oikeudellinen ratkaisu on monin eri tavoin sidoksissa ympäröivään yhteiskuntaan. Niinpä ehdotetun oikeudellisen tulkinnan hyväksyttävyyttä tulee arvioida sen ennakoitavissa olevien yhteiskunnallisten vaikutusten valossa. Oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten analyysi palautuu näin viime kädessä ajatuksiin, joita *sosiologinen koulukunta* ja *amerikkalainen oikeusrealismi* Yhdysvalloissa²⁴ sekä Rudolf von Jheringin (1818–1892) *intressilainoppi*, Eugen Ehrlichin (1862–1922) ja François Gényn (1861–1959) edustama *vapaa-oikeuskoulu* sekä muun muassa Alf Rossin edustama *skandinaavinen oikeusrealismi* ovat manner-Euroopassa ja pohjois-Euroopassa esittäneet. Suomessa vaikutti vastaavasti 1940-luvulla ruotsinkielisten tutkijoiden Erik af Hällströmin, C.H. Ekin, Berndt Godenhielmin ja Lars Erik Taxellin edustama *reella överväganden* -juridiikka, joka korosti *oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten eli reaalisten argumenttien* merkitystä laintulkinnassa. Helin on käyttänyt sanotusta suuntauksesta myös termiä *pragmaattinen instrumentalismi*.²⁵ *Reella överväganden* -juridiikan tutkimukselliset tavoitteet kävivät yksiin oikeuden yhteiskunnallisia vaikutuksia korostavan laintulkintaopin kanssa, sillä sanotut ruotsinkieliset kirjoittajat pyrkivät avaamaan oikeuden tulkintaa erilaisille reaalisisille argumenteille esimerkiksi vaihdannan varmuuden tai liike-elämän intressien merkityksessä. Yleisesti voidaan puhua *dynaamis-evoluutiivisesta* tulkinnasta, jonka tavoitteena on joustava, ajallisesti muuntuva ja myös yhteiskunnalliset muutokset huomioon ottava oikeudellinen tulkinta, mitä etenkin myöhempi *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi* on meillä korostanut.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on voimakkaasti korostanut yhteisöoikeuden *teleologista* eli tavoite- tai päämäärähakuista tulkintaa ratkaisuisaan. Se on tulkinnut yhteisöoikeuden sääntöjä tarvittaessa varsin luovasti ja tavalla, joka sen arvion mukaan on parhaiten edistänyt Rooman sopimuksen ja sen myöhempien muutosten edustamaa ideaa yhä syvenevästä ja sisällöllisesti muuntuvasta integraatiokehityksestä Euroopassa.²⁶ Toisaalta Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on sekin korostanut ihmisoikeusajattelun *dynaamisuuutta* ja *muuntuvuutta* uusien oikeudellisten ja yhteiskunnallisten haasteiden edessä, mistä tulkintatavasta on käytetty termiä *evoluutiivinen tulkinta*.²⁷ Vaikka Euroopan yhteisöjen tuomiois-

²⁴ Yleisesti, Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*.

²⁵ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 371.

²⁶ Esim. Joutsamo *et al.*, *Eurooppaoikeus*, s. 305–309. ”Yhteisöjen tuomioistuimen tulkintatoinnassa teleologisella tulkintamenetelmällä on aina ollut erityisen merkittävä asema.” Joutsamo *et al.*, mts. 305. – Tätä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tulkintakäytäntöä on myös kritisoitu. Tanskalainen Hjalte Rasmussen lienee kriitikoista tunnetuimpia. Yleisesti Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice. A Comparative Study in Judicial Policymaking*.

²⁷ Näin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomari Raimo Pekkanen: ”... Euroopan ihmisoi-

tuin ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimien ovatkin korostaneet oman tulkintatapansa teleologisuutta ja joustavaa muuntuvuutta, suomalaisen tuomarin näkökulmasta on kuitenkin kyse eurooppalaisen oikeuden *jo toteutuneista* tulkinnoista, jotka ovat enemmän tai vähemmän vahvasti *rakenteistuneet* osaksi velvoittavaa eurooppaoikeudellista normistoa, eikä suomalaisella tuomarilla ole vastaavaa oikeudellista tai yhteiskunnallista valtuutusta avoimen tavoite- tai tarkoitushaikuiseen tulkintaan ohi Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuisaan asettaman tulkintakäytännön.

Polttomoottorikäyttöisten teknokenkien, Tali-Ihantalan torjuntataistelun pansariajoneuvojen sekä pienoistraktorin kaltaisen järeän ruohonleikkurin puistoon ajon sallimisen tai kieltämisen yhteiskunnalliset vaikutukset jäisivät todennäköisesti sängen vähäisiksi, joten oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten arvioiminen tuskin horjuttaa tässä tulkintaa, johon kielellis-semanttisten tulkintakriteerien, oikeudenalakohtaisen systematiikan, lainsäätäjän alkuperäisen tarkoituksen tai tarkoitusten, oikeuskäytännössä vakiintuneen tulkinnan sekä oikeudellista eheyttä ja parasta mahdollista oikeudellista kokonaisteoriaa toteuttavan oikeusperiaatteiden punninnan avulla oli jo mahdollista päästä. Asia olisi ratkaisevasti toisin, jos arvioitavana olisivat teknisen ajoneuvokiellon sijasta kansalaisten perusoikeudet, sosiaaliturvalainsäädäntö suhteessa niukkojen aineellisten resursien jakoon esimerkiksi sairaala- ja potilaslainsäädännön osalta, luonnon biodiversiteetin eli monimuotoisuuden säilyttäminen suhteutettuna tarkoituksenmukaisen ympäristönkäytön rajoihin, vastuunjako erityistä riskinottoa edellyttävässä taloudellisessa tuotantotoiminnassa, kuten ydinvoimateollisuudessa tai geenimanipulaatioon perustuvassa teknologiassa, tai rikosoikeudellisen rangaistusvastuun rajat suhteessa edellytettyyn toisintoimimismahdollisuuteen. Samoin tulkinta, joka estäisi ambulanssien, palontorjuntakaluston tai poliisiajoneuvojen hälytysajon puistossa tai puistoon, saattaisi olla kielteisiltä yhteiskunnallisilta vaikutuksiltaan varsin merkittävä.

4. PREJUDIKAATTIEN TULKINTA

4.1. Prejudikaatit ja tuomarin prejudikaatti-ideologia

Prejudikaattien tulkinta edellyttää varsin erilaista oikeudellista ”lukutaitoa” kuin mihin säädännäisen oikeuden tulkintaan perustuvissa manner-eurooppalaisissa

keustuomioistuimen oikeuskäytännössä syntyneeseen evolutiiviseen tulkintaperiaatteeseen, jonka mukaan ihmisoikeussopimuksen tulkinnan tulee seurata sopimusvaltioissa tapahtuvaa oikeudellista ja yhteiskunnallista kehitystä.” Pekkanen, ”Euroopan ihmisoikeussopimuksen evolutiivisesta tulkinnasta”, s. 353.

oikeusjärjestyksissä on perinteisesti totuttu.²⁸ Lainsäädäntöä sovellettaessa voidaan aina osoittaa määrätty yleinen oikeussääntö, jota tuleviin oikeustapauksiin on määrä soveltaa. Prejudikaattiperustainen päättely etenee sen sijaan yksittäisestä oikeustapauksesta toiseen ilman, että tuomarilla olisi välttämättä käytettävissään mitään yksiselitteistä oikeussääntöä, joka yksittäisestä ennakkoratkaisusta tai ennakkoratkaisujen sarjasta olisi johdettu tai riidattomalla tavalla johdettavissa. Niinpä H.L.A. Hart huomautti, ettei englantilaisessa *common law* -oikeudessa ole tavallisesti mitään arvovaltaisesti hyväksyttyä tai yhtä ainoaa tietyn prejudikaatin käsittämän oikeusohjeen eli sen *ratio decidendi* formulointia, saati mitään yleisesti hyväksyttyä metodia sellaisen johtamiseksi yksittäisestä prejudikaatista tai useiden prejudikaattien sarjasta. Lisäksi myöhempi tuomioistuin voi aina päättää tulkita prejudikaattia sen alkuperäistä sanamuotoa merkittävästi laajemmin tai suppeammin. Yhtä kaikki, sanotut Englannin *common law* -oikeuden piirteet eivät Hartin mukaan ole estäneet sitä tuottamasta suurta määrää oikeussääntöjä, joista valtaosa on riittävän täsmällisiä luodakseen oikeudellista vakautta ja ennakoitavuutta, joka on täysin rinnastettavissa manner-eurooppalaisen säädännäisen oikeuden vastaaviin ominaisuuksiin.²⁹

Keskeistä yhtä hyvin Suomen Korkeimman oikeuden antaman prejudikaatin kuin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevän yleisen oikeusohjeen tulkinnassa on sen yleistettävissä olevan oikeusohjeen määrittäminen suhteessa käsillä olevaan uuteen oikeustositseikastoon. Tavallisesti vasta myöhempi eli prejudikaattia uudenlaiseen tapaukseen soveltava tuomioistuin arvioi, mikä prejudikaatissa kuuluu sen yleisesti velvoittavan oikeusohjeen eli varsinaisen *prejudikaattinormin* (lat.: *ratio decidendi*) alaan ja mikä rajautuu prejudikaattinormin ulkopuolelle sen ei-velvoittavan *perustelukontekstin* (lat.: *obiter dicta*) merkityksessä. Rajalinja yksittäisen prejudikaatin *ratio decidendi* ja *obiter dicta* välillä voi myös muuntua ratkaisevasti yksittäisestä tapauksesta toiseen, sillä prejudikaattia myöhemmin soveltava tuomioistuin voi aina esittää uuden tulkinnan ennakkoratkaisun prejudikaattinormista ja sen taustalla vaikuttavista normatiivisista ja faktisista premisseistä. Prejudikaateille on myös ominaista säädännäistä oikeutta suurempi tilanherkkyys, koska ennakkoratkaisut ja niistä johdetut yleistetyt oikeusohjeet ovat aina sidoksissa yksittäisiin oikeustapauksiin, ei yleisiin tosiseikastokuvauksiin lainsäädännön normien tavoin. Lisäksi prejudikaattiperustaisen oikeuden tulkinnanvaraisuutta lisää vielä se seikka, ettei prejudikaatteja, toisin kuin vanhentuneeksi tai muutoin epätydyttäväksi koettua lainsäädäntöä, voi kumota

²⁸ Prejudikaattioikeudesta yleisesti, Siltala, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*, sekä etenkin teoksen ensimmäinen pääluku, ”How to Do Things with Precedents”, mts. 1–148.

²⁹ Hart, *The Concept of Law*, s. 131–132.

muodollisen derogaatiolain kaltaisen oikeudellisen instrumentin avulla. Prejudikaatin sisältämän yleisen oikeusohjeen vanhentuminen tai käyminen muutoin epätarkoituksenmukaiseksi on osoitettavissa vain myöhemmän ratkaisun perusteluissa.

Alf Ross käytti termiä *tuomarinideologia* viittaamaan niihin oikeuslähdeopiliisiin ja – tulkintani mukaan – myös argumentaatioteoreettisiin sitoumuksiin, joista tuomari johtaa oikeudellisen ratkaisun normatiiviset ratkaisuperusteet. Hartin mukaan tuomarien ja muiden lakia soveltavien viranomaisten kollektiivisesti sisäistämä oikeuden *tunnistamissääntö* määrittää vallitsevan oikeuslähdeopin rajat, erottaen voimassa olevan oikeuden kaikesta, mikä ei ole oikeutta esimerkiksi moraalin tai uskonnon normien merkityksessä, oikeusyhteisön hyväksymällä tavalla. Tuomarikunnan ja muiden viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti ja tavallisesti vain hiljaisesti sisäistämä *prejudikaatti-ideologia*³⁰ on se osa yleistä tuomarinideologiaa (Ross) tai yleistä oikeuden tunnistamissääntöä (Hart), jonka avulla ennakkoratkaisun varsinainen prejudikaattinormi (lat.: *ratio decidendi*) on tunnistettavissa ja erotettavissa sen ei-velvoittavasta perustelukontekstista (lat.: *obiter dicta*) sanotussa ratkaisussa.

Prejudikaattia soveltava tuomari tai muu lainsoveltaja kykenee tunnistamaan yksittäisen ennakkoratkaisun käsittämän prejudikaattinormin vain määrätynlaisen prejudikaatti-ideologian tarjoamien episteemisten ja metodisten erottelukriteerien avulla. Prejudikaattinormin tunnistaminen ja sen uuden oikeustapauksen yhteydessä kohdennetun merkityssisällön tulkinta voidaan kiinnittää esimerkiksi vakiintuneen oikeudellisen tulkintakäytännön jatkamiseen analogiapäätelyn ja distinktiotekniikan vuorottelun merkityksessä, parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian ja oikeudellisen eheyden (engl.: *law as integrity*) toteuttamiseen tai ”taaksepäin katsovaan” oikeudelliseen eksegeesiin ennakkoratkaisun välttämättömien tai riittävien normi- ja faktapremissien merkityksessä – sillä ehdolla, että tuomarikunnan kollektiivisesti sisäistämä *prejudikaatti-ideologia* sekä vallitseva *oikeudellinen metateoria* eli oikeuden institutionaalinen konteksti tukevat senkaltaista prejudikaattien lukutapaa. Omaksuttu prejudikaatti-ideologia toisin sanoen määrittää ja rajaa ennakkoratkaisujen mahdollista tulkintaa tuomarikunnan kollektiivisen ammatillisen itseymmärryksen ja vallitsevan oikeudellisen metateorian asettamissa rajoissa.

Erilaisia prejudikaatti-ideologioita ovat esimerkiksi:

- (a) prejudikaatin tulkintakielto, jolloin ennakkoratkaisun alun perin antanut tuomioistuin pidättää itsellään yksinoikeuden sen myöhempään tulkintaan,

³⁰ Prejudikaatti-ideologian käsitteestä ja sen suhteesta Jerzy Wróblewskin oikeudellisen päätöksentekoiologian, Alf Rossin tuomarinideologian sekä H.L.A. Hartin oikeuden tunnistamissääntöä käsitteisiin, Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 3–15, 65–108 ja 250–252.

- (b) lainsäädäntöä jäljittelevä prejudikaatti-ideologia, jossa prejudikaattituumioistuin muotoilee itse arvovaltaisella tavalla ratkaisun myöhempää tuomaria velvoittavan prejudikaattinormin esimerkiksi jutun tiivistelmässä tai otsikossa,
- (c) historiallis-eksegeettinen prejudikaatti-ideologia, jossa päättelyn suunta kulkee ”takaperin” ennakkoratkaisun aineellisesta lopputuloksesta sen välttämättömiin tai riittäviin normatiivisiin ja faktisiin premisseihin,
- (d) oikeudellisen analogian ja distinktiotekniikan (engl.: *distinguishing*) osin ennakoimaton vuorottelu, missä ratkaisevaa on uuden tapauksen tosiseikaston suhteellinen samanlaisuus tai erilaisuus verrattuna ennakkoratkaisuun,
- (e) prejudikaattien tulkinta parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian ja oikeudellisen eheyden (engl.: *law as integrity*) valossa, ja
- (f) prejudikaatin täydellisen vapaa tulkinta eli sen perinpohjainen uudelleen arviointi tulkinnan ennakoitavissa olevien yhteiskunnallisten vaikutusten valossa.

Tuomarin prejudikaatti-ideologia, yhtä hyvin kuin voimassa oleva oikeus ja yhteisössä käytetty kieli, on määritelmällisesti *kollektiivinen* eli yhteisöllinen eli yliyksilöllinen ilmiö. Yhtä vähän kuin yksittäisellä oikeustieteen tutkijalla voi olla täydellisen idiosynkraattista, vain hänelle ominaista tutkimusmetodia voimassa olevan oikeuden sisällön selvittämiseksi, yhtä vähän voi juttua ratkaisevalla tuomarilla olla vain hänelle ominaista kriteeristöä voimassa olevan oikeuden tai yksittäisen ennakkoratkaisun käsittämän prejudikaattinormin tunnistamiseksi. Koska prejudikaattiperustaisessa oikeudessa ennakkoratkaisun varsinaisen prejudikaattinormin (*ratio decidendi*) erottaminen sen ei-velvoittavasta perustelukontekstista (*obiter dicta*) on ongelmallisempaa kuin säädännäiseen oikeuteen perustuvan oikeusnormin identifioiminen velvoittavaksi oikeudeksi, prejudikaatioikeuden metodioppi kietoutuu tiiviisti yhteen omaksutun prejudikaatti-ideologian käsittämien episteemisten kriteerien kanssa.

4.2. Prejudikaatin analoginen soveltaminen ja distinktiotekniikka

Yhdysvaltain ja osin myös Englannin *common law* -oikeuden kehitys on noudattanut oikeussäännön soveltamisalan *analogisen laventamisen* ja faktaperustaisen poissuljennan eli *distinktiotekniikan* (engl.: *distinguishing*) vaiheittaista ja osin ennakoimatonta vuorottelua, missä keskeistä on uuden oikeustapauksen luokittelu suhteessa aiempaan ennakkoratkaisuun tai, oikeammin, siitä johdettavissa olevaan yleiseen oikeusohjeeseen (lat.: *ratio decidendi*). Vaihtoehtoja on kaksi. Uuden tapauksen yhteydessä alkuperäisen prejudikaattinormin soveltamisalaa joko lavennetaan siten, että se käsittää myös uuden tapauksen oikeudellisessa katsannossa riittävän samanlaiseksi arvioidun oikeustositseikaston, jolloin on kyse prejudikaattinormin *analogisesta* soveltamisesta, tai uuden tapauksen tosiseikasto

rajataan oikeudellisessa katsannossa riittämättömän samankaltaisena prejudikaattinormin ulkopuolelle, jolloin on kyse oikeudellisesta *distinktiotekniikasta*. Myöhempi, ennakkoratkaisua uudenaikaiseen oikeustositseikastoon soveltava tuomioistuin on siis avainasemassa prejudikaatin soveltamisalaa määritettäessä.

Esimerkiksi Yhdysvaltain valmistajan tuotevastuuta koskevassa oikeuskehityksessä ”itsessään vaaralliset esineet” (engl.: *articles found inherently dangerous*) erotettiin vähitellen, tapausluokka kerrallaan ei-vaarallisista esineistä eli esineistä, joita olivat vaaraksi vain, jos niissä oli valmistusvirhe (engl.: *articles which are dangerous only if improperly constructed*),³¹ ja kumpaankin tapausluokkaan sovelletut oikeussäännöt johtivat varsin erilaiseen aineelliseen lopputulokseen. Niinpä tuomari, jonka on ratkaistava uuden tapausluokan määrittely suhteessa vaarallisen/ei-vaarallisen esine -luokitukseen, on seuraavanlaisen ongelman edessä:³²

Kun ladattu ase, mahdollisesti väärin valmistettu ase, virheellisellä etiketillä varustettu myrkyllistä ainetta sisältänyt pullo, koostumukseltaan virheellinen shampoo, käytössä rikkoutuneet rakennustelineet, viallinen kahvinkeitin ja viallinen aerosolipullo on tuomioistuinten aiemmissa ratkaisuissa luokiteltu esineiksi, jotka ovat itsessään vaarallisia, kun taas rikkinäiset hevoscärryt, rikkoutuessaan räjähtänyt valaisin, viallinen sirkkelin vastapyörä ja viallinen vedenkuumennin on luokiteltu esineiksi, jotka eivät ole itsessään vaarallisia, niin miten tulisi nyt luokitella viallinen juotoskolvi tai mikä tahansa muu sanotussa katsannossa toistaiseksi luokittelematon esine suhteessa ”itsessään vaaralliset esineet” (engl.: *articles found inherently dangerous*) ja ”ei-vaaralliset esineet” (engl.: *articles which are dangerous only if improperly constructed*) -luokitukseen?

Keskeistä on siis uuden, arvioitavana olevan tapausluokan suhde aiemmasta ennakkoratkaisusta tai ennakkoratkaisujen joukosta johdettuun enemmän tai vähemmän konkreettiseen mutta samalla tapauskohtaisesti yleistettävissä olevaan oikeusohjeeseen (*ratio decidendi*).

Oikeuskäytännössä vakiintunut tulkinta saattaa varsin äkillisestikin muuttua teknisen kehityksen tai yhteiskunnallisten arvostusten muuttumisen myötä. Yksittäisiin tuomioistuinratkaisuihin perustuva oikeus on määritelmällisesti joustava ja avoin luokittelujärjestelmä, joka jatkuvasti elää, muuntuu ja täydentyy sekä lopulta mahdollisesti kumoutuu sitä uusiin oikeustapauksiin sovellettaessa. Yhdysvaltain ”itsessään vaarallisten esineiden” (*articles found inherently dangerous*) luokituksessa kävi juuri näin: 1900-luvun alkupuolella oikeustapauksessa, jossa oli arvioitavana valmistajan tuotevastuu auton rakenteellisesta viasta, oi-

³¹ Levi, *An Introduction to Legal Reasoning*, s. 9–25.

³² Vrt. Levi, mts. 18.

keuskäytännössä vaihteittain muotoutunut ja vakiintunut prejudikaatiooikeudellinen sääntö kumottiin, ja aiemmasta poikkeuksesta tehtiin uusi oikeudellinen pääsääntö. Yksittäisiin tuomioistuinratkaisuihin sidotun oikeudellisen tulkinnan logiikka on toisin sanoen sama kuin filosofi Ludwig Wittgensteinin idea pelistä, jonka sääntöjä saatetaan muuttaa – ja myös tavanomaisesti muutetaan – sanotun pelin kuluessa.³³

”Ajoneuvolla ajo puistossa on kielletty” -säännön tulkintaan sovellettuna myöhemmän tuomarin tai muun lainsoveltajan tehtävänä on siis arvioida, onko ratkaistavana olevan uuden tapauksen tosiseikasto – eli ambulanssit ja muut hälytysajoa suorittavat ajoneuvot, Tali-Ihantalan torjuntataistelun historialliset panssariajoneuvot, järeä pienoistraktorin kaltainen ruohonleikkuri tai polttomoottorikäyttöiset teknokengät – oikeudellisessa katsannossa *riittävän samankaltainen* suhteessa oikeuskäytännössä jo ratkaistuihin tapauksiin, joihin ajoneuvokieltoa on sovellettu ja täsmennetty. Jos vastaus samankaltaisuusarvioon on myönteinen, tulee prejudikaatin käsittämää oikeusohjetta soveltaa analogisesti myös käsillä olevaan uuteen tapaukseen. Jos vastaus on kielteinen, tulee käsillä olevassa uudessa tapauksessa turvautua faktaperustaiseen poissuljentaan eli oikeudelliseen distinktiotekniikkaan, jolloin uusi tapaus siis rajataan prejudikaattinormin soveltamisalan ulkopuolelle.

4.3. Oikeudellinen eheys ja paras mahdollinen oikeudellinen kokonaisteoria

Amerikkalaisen oikeusteoreetikon Ronald Dworkinin mukaan toteutuneiden prejudikaattien sarjaa tulee tarkastella vasten *parasta mahdollista oikeudellista kokonaisteoriaa*, jolloin se muodostaa *yhtenäisen ja eheän* prejudikaattinormien kokonaisjärjestelmän (engl.: *law as integrity*). Yksittäisen prejudikaatin argumentaatioteoreettinen painoarvo ja merkitys myöhemmän tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa on toisin sanoen arvioitavissa vain toteutunutta prejudikaatiooikeuden kokonaisuutta vasten. Dworkinin oikeudellista eheyttä ja oikeusperiaatteiden merkitystä korostava lähestymistapa on sovellettavissa paitsi prejudikaatteihin myös lainsäädäntöön.

Dworkin on korostanut, etteivät oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit ole tunnistettavissa Hartin analyttisen oikeusteorian edellyttämän formaalin, yksinomaan oikeusnormin muodolliseen syntytapaan kiinnittyvän oikeuden tunnistamissäännön (engl.: *rule of recognition*) avulla. Oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien osalta ratkaisevaa on niiden nauttima *institutionaalinen tuki* ja *yhteisöllinen hyväksyntä* eli, tämän teoksen termin, niiden oikeudellisen ja yhteiskunnallisen *rakenteistumisen* aste.

³³ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, § 83 (s. 75).

Tuomari Herkules on Dworkinin oikeusteorian edellyttämä fiktiivinen supertuomari (*Hercules, J.*), jolla on rajattomasti aikaa ja resursseja yksittäisen oikeusjutun ratkaisemiseen sekä rajaton tieto voimassa olevan oikeuden sääntöjen, periaatteiden ja muiden ratkaisustandardien sisällöstä. Kiperässä tapauksessa (engl.: *hard case*), johon voimassa olevan oikeuden säännöt eivät anna tyydyttävää ratkaisua, tuomari Herkuleen tulee (re)konstruoida *paras mahdollinen oikeudellinen kokonaisteoria*, joka kykenee selittämään parhaalla eli koherenteimmalla mahdollisella tavalla prejudikaateista yhtä hyvin kuin muistakin oikeuslähteistä johdetut oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet, jolloin tuomari Herkules voi arvioida kunkin ratkaisuarvon käsillä olevaan oikeustapaukseen suhteutettuna. Parhaan oikeudellisen kokonaisteorian avulla jäsennetyt oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet muodostavat *eheän ja yhtenäisen* systeemisen kokonaisuuden (engl.: *law as integrity*), jonka avulla yli-inhimillisillä kyvyillä varustettu Herkules kykenee määrittämään myös kiperään oikeudelliseen ratkaisutilanteeseen ehdottoman oikean lopputuloksen. Vaikkei kukaan inhimillinen tuomari voikaan yltää fiktiivisen supertuomari Herkuleen kaltaiseen oikeudelliseen kokonaisharkintaan, Dworkinin ajatuskonstruktio *Hercules, J.* tarjoaa kuitenkin ajatuksellisen ideaalin, johon tuomareiden tulee pyrkiä oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa.³⁴

”Ajoneuvolla ajo puistossa on kielletty” -säännön tulkintaan sovellettuna supertuomari Herkules arvioisi, mikä yksittäisten tuomioistuinratkaisujen sekä yleisemmin koko oikeusjärjestyksen taustalla vaikuttava *oikeudellinen ja yhteiskunnallinen kokonaisteoria* kykenisi parhaiten selittämään jo toteutuneet tuomioistuinratkaisut sekä mahdolliset muut institutionaaliset oikeuslähteet, joissa ajoneuvokielloa on tulkinnallisesti täsmennetty. Onko ajoneuvokiellon perusteena ajoneuvoliikenteen muille puistossa liikkujille aiheuttaman vaaran torjuminen, puiston edustamien ympäristö- ja virkistysarvojen suojeleminen, moottorikäyttöisten kulkuvälineiden aiheuttaman ilmansaasteen ja melun torjunta, yksityisten kansalaisten liikkumisvapauden suojaaminen, puiston käyttäminen ensisijaisesti kansalaisten yhteistä hyvää edistäviin tarkoituksiin vaiko näiden eri osatekijöiden tietyllä tavalla toteutettu tasapainotila? Entä ovatko kansalaisten yksilölliset oikeudet ensisijaisia yhteisöllisiin tavoitteisiin nähden, vai käyvätkö erilaiset yhteisölliset eli kollektiiviset tavoitteet yksityisten oikeuksien edellä? Dworkinin oma kanta perustui kansalaisten yksityisten oikeuksien ensisijaisuuteen, mutta myös vastakkaista kantaa voi luonnollisesti tulkinnallisesti puoltaa.

Dworkinin ajatus voimassa olevaa oikeutta jäsentävistä oikeusperiaatteista muistuttaa edellistä prejudikaattien tulkintamallia, joka siis perustui prejudikaattinormin soveltamisalaa laventavan analogian ja sen soveltamisalaa kaventavan distinktiotekniikan keskinäiseen vuorotteluun, mutta Dworkin tekee vielä lisä-

³⁴ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 116: ”The law may not be a seamless web; but the plaintiff is entitled to ask Hercules to treat it as if it were.”

oletuksen oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden *tulkinnallisesta eheydestä* (engl.: *law as integrity*) sekä *parhaasta mahdollisesta oikeudellisesta kokonaisteoriasta*, jonka avulla aiemmat ratkaisut on mahdollista sovittaa yhtenäisen oikeudellisen ja yhteiskunnallisen metanarratiivin osaksi. Lisäksi Dworkin mieltää oikeusperiaatteet oikeusjärjestyksen perustavimpina osatekijöinä: yksittäisen oikeussäännön ja oikeusperiaatteen keskinäisessä normikollisiotilanteessa oikeudellinen argumentaatio tulee siirtää astetta yleisemmälle tasolle, oikeusperiaatteiden keskinäiseen punnintaan ja tasapainottamiseen (engl.: *weighing and balancing*).³⁵

Oletetaan, että voimme aiemmasta tuomioistuinkäytännöstä päätellä, että ajoneuvokieltoa koskevat aiemmat ratkaisut on mitä ilmeisimmin tehty kulkuvälineen muille puistossa liikkujille aiheuttaman vaarallisuuden perusteella. Toisille vaaraa aiheuttavien kulkuvälineiden kuten autojen, moottoripyörien tai mopojen vieminen puistoon on sen vuoksi katsottu aiemmassa oikeuskäytännössä kielletyksi, kun taas senkaltaiset kulku-, hyöty- ja/tai harrastusvälineet kuin rullaluistimet, polkupyörä, potkulauta tai sähkökäyttöinen pyörätuoli on katsottu sallituksi. Kyse on toisin sanoen aiemmista tuomioistuinratkaisuksista johdetun yleisen oikeusohjeen (*ratio decidendi*) päättelemisestä ja rajaamisesta sanotunlaisen kriteerin avulla. Kulkuvälineen oletetun vaarallisuuden perusteella Tali-Ihantalan taistelun panssarivaunujen tai rynnäkkötykkien tuominen puistoon olisi tällöin arvatenkin kiellettyä, kun taas polttomoottorikäyttöiset teknokengät tuskin olisivat vaaraksi muille kuin ehkä niiden käyttäjälle itselleen. Tosin vastakkaisenkin tulkintatuloksen voi perustella täsmälleen samoista lähtökohdista, mikä on osoituksena lainopin kaltaisen (humanistisen) *tulkintatieteen* metodisesta ohuudesta: ehdotetut tulkintakannanotot ovat aina vain enemmän tai vähemmän perusteltuja, eivät välttämättä tosia kuten logiikan tai matematiikan tulokset tai empiirisesti kertakaikkisesti todennettavissa tai kumottavissa kuten (ainakin tietyt) luonnontieteiden lauseet. Jos raskaat panssariajoneuvot ajetaan kertaluonteisesti juhlatilaisuutta varten puistoon ja sen jälkeen sieltä pois, niiden aiheuttama vaara muille puistossa liikkujille on varsin vähäinen, kun taas moottoroiduilla teknokengillä loikkiminen on siinä määrin epävakaa askeltamista, että myös sivulliset ovat vaarassa. Järeä polttomoottorikäyttöinen ruohonleikkuri saattaa sekun-

³⁵ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 77–78. ”Suppose a court decides to overrule an established common law rule that there can be no legal liability for negligent misstatements, and appeals to a number of principles to justify this decision, including the principle that it is unjust that one man suffer because of another man’s wrong. The court must be understood as deciding that the set of principles calling for the overruling of the established rule, including the principle of justice just mentioned, are as a group of greater weight under the circumstances than the set of principles, including the principle of stare decisis, that call for maintaining the rule as before. *The court weighs two sets of principles in deciding whether to maintain the rule; it is therefore misleading to say that the court weighs the rule itself against one or the other set of these principles.*” (Kursivointi lisätty.)

osoittautua vaaralliseksi vinhaan pyörivien leikkuuterien ja niistä mahdollisesti sinkoutuvien kivien ja roskien myötä. Ambulansseja ja muita hälytysajoneuvoja vaarantamisperusteinen kieltä ei oikeuden perimmäisten arvopäämäärien valossa koskisi.

Jos yleiset turvallisuus- ja viihtyvyysnäkökohdat painavat tuomari Herkuleen oikeudellisessa harkinnassa enemmän kuin puiston yhteisöllinen käyttö sotilaalliseen muistotilaisuuteen, silloin voimassa olevan oikeuden kanta sekä Tali-Ihantalalan panssariajoneuvoihin että polttomootorikäyttöisiin teknokenkiin on arvaustenkin kielteinen. Jos puiston käyttö yhteiseksi hyväksi on supertuomari Herkuleen mielestä toteutuneen oikeuskäytännön johtava periaate ja jos sotilaallisen muistotilaisuuden järjestämisen katsotaan edistävän senkaltaista tarkoitusta, historialliset sotilasajoneuvot saa tuoda puistoon muttei moottoroituja teknokenkiä. Jos kansalaisten yksilöllinen liikkumisvapaus painaa Herkuleen vaakakupissa enemmän kuin erilaiset puiston käyttöön liittyvät yhteisölliset tavoitteet, moottoroidut teknokengät saa tuoda puistoon mutta historiallisia sotilasajoneuvoja puolestaan ei. Moottorikäyttöisen ruohonleikkurin saa tuoda puistoon, jos ja kun nurmikon säännöllisen kunnossapidon katsotaan edistävän yhteistä hyvää kansalaisten puistossa viihtymisen merkityksessä. Ambulanssien ja muiden hälytysajoneuvojen liikkumista sanottu tulkintaperuste ei estäisi. Toisaalta on mahdollista, että eri näkökohtia painotetaan eri tulkintatilanteissa eri tavoin. Kyse on siis kaiken kaikkiaan toteutuneen oikeuskäytännön sekä laajemmin institutionaalisten oikeuslähteiden tulkinnasta oikeusperiaatteiden *tilannesidonnaisen koherenssin* sekä tutkijan (re)konstruoiman *parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian* ja *oikeudellisen eheyden* perusteella.

4.4. Oikeudellinen eksegeesi: ennakkoratkaisun välttämättömät ja riittävät premissit

Taaksepäin katsovan *eksegeettisen* eli *historiallis-eksegeettisen* prejudikaatti-ideologian mukaan myöhemmän eli ennakkoratkaisua soveltavan tuomioistuimen tulee päätellä määrätyn prejudikaatin sisältämä yleinen oikeusohje (*ratio decidendi*) sen aineellisen lopputuloksen sekä prejudikaatin antaneen tuomioistuimen alkuperäisten tarkoitusten tai tavoitteiden perusteella (engl.: *judicial exegesis*). Tämä tarkoittaa, että ennakkoratkaisua soveltavan tuomioistuimen päätelyn suunta kulkee ”taaksepäin” ennakkoratkaisun aineellisesta lopputuloksesta sen tueksi esitettyihin tai vain hiljaisesti sanotussa ratkaisussa edellytettyihin välttämättömiin ja/tai riittäviin normatiivisiin premisseihin, joista myöhemmän tuomioistuimen tai muun lainsoveltajan on määrä rekonstruoida ennakkoratkaisun sisältämä prejudikaattinormi käsillä olevaa tapausta varten. Prejudikaatteihin kohdentuva oikeudellinen eksegeesi rinnastuu näin lainsäädännön alkuperäisten tavoitteiden tai tarkoitusten jäljittämiseen oikeuden tulkinnassa virallisen lain-

valmisteluaineiston (ransk.: *travaux préparatoires*) sisältämien tulkintaperusteiden avulla. Englannin *common law* -oikeuden prejudikaattioppi noudattaa valtaosin eksegeettistä päättelymallia, joskin prejudikaattinormin eli *ratio decidendi* täsmällisestä määrittelystä sekä taaksepäin suuntautuvan oikeudellisen päättelyn rakenteesta on esitetty lukuisia erilaisia tulkintoja.³⁶ Sir Rupert Crossin (ja J.W. Harrisin) standardimääritelmän mukaan yksittäisen prejudikaatin *ratio decidendi* voidaan määritellä ratkaisun selväsanaisten tai vain hiljaisesti edellytetyjen *välttämättömien* normatiivisten premissien avulla:³⁷

”The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury.”

Neil McCormick on puolestaan määritellyt ennakkoratkaisun *ratio decidendi* korostaen ratkaisun aineelliselle lopputulokselle *riittävien* normatiivisten premissien merkitystä:³⁸

”A *ratio decidendi* is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties’ arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his justification (or one of his alternative justifications) of the decisions in the case.”

Crossin *ratio decidendi* määritelmä korostaa siis toteutuneen oikeudellisen päättelyn *välttämättömiä* normatiivisia premissejä, kun taas McCormickin määritelmän paino on jutun lopputuloksen kannalta *riittävillä* normatiivisilla edellytyksillä. Yhteistä molemmille on ”taaksepäin katsova”, jutun aineellisesta lopputuloksesta sen normatiivisiin premisseihin palautuva oikeudellisen päätelyn rakenne. Arthur L. Goodhart on puolestaan huomauttanut, että ennakkoratkaisua myöhemmin soveltavalla tuomioistuimella on aina lopullinen harkintavalta prejudikaattinormin täsmälliseen määrittelyyn nähden. Keskeistä onkin hänen mukaansa se, miten ennakkoratkaisun oikeudellisesti merkitykselliset *faktapremissit* rajataan eroon tapauksen yhteydessä esitetyistä muista, prejudikaattioikeudellisesti merkityksettömistä tosiseikoista. Ennakkoratkaisun *ratio decidendi* tulee Goodhartin mukaan päätellä sen prejudikaattioikeudellisesti merkityksellisten tosiseikkojen (engl.: *facts treated as material*) perusteella.³⁹

³⁶ Englannin prejudikaattiopista kootusti, Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 121–123.

³⁷ Cross & Harris, *Precedent in English Law*, s. 72.

³⁸ McCormick, ”Why Cases Have Rationes and What These Are”, s. 170.

³⁹ Goodhart, ”Determining the *Ratio Decidendi* of A Case”, s. 10 (kursivoinnit Goodhartin).

”The crucial question is: ‘What facts are we talking about?’ The same set of facts may look entirely different to two different persons. The judge founds his conclusions upon a group of facts selected by him as material, from among a larger mass of facts, some of which may seem significant to a layman, but which, to a lawyer, are irrelevant. The judge, therefore, reaches a conclusion upon the facts *as he sees them*. It is on these facts that he bases his judgment, and not on any others. It follows that our task in analyzing a case is not to state the facts and the conclusion, but to state the material facts as seen by the judge and his conclusion based on them. *It is by his choice of the material facts that the judge creates law.*”

Goodhartin mukaan myöhempi tuomioistuin päättää näin sen, mitä prejudikaatin käsittämästä fakta-aineistosta pidetään jutun oikeudellisen lopputuloksen kannalta merkityksellisenä ja siten myöhemmän tuomioistuimen oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavana ja mikä rajautuu senkaltaisen aineiston ulkopuolelle. Korostaessaan myöhemmän lainsoveltajan konstitutiivista roolia prejudikaatinormin määrittelyssä Goodhartin malli on nähdäkseni joustavampi ja dynaamisempi kuin Crossin ja McCormickin perinteisempi prejudikaattioikeuden *ratio decidendi* määrittely.

Ajoneuvo-kieltoon sovellettuna eksegeettinen prejudikaattioppi tarkoittaisi yhden tai useamman aihetta käsittelevän ennakkoratkaisun taustalla vaikuttaneiden tarkoitusten tai tavoitteiden mahdollisimman *autenttista rekonstruktio*ta sen oikeustositseikaston, aineellisen lopputuloksen sekä ratkaisun tueksi esitettyjen oikeudellisten perustelujen valossa. Jos prejudikaatin asettaneen tuomioistuimen selväsanaisesti lausuttuna tai vähintäänkin hiljaisesti edellyttämänä tavoitteena on ollut puiston rauhoittaminen yhteisön virkistyskäyttöön, ei liene estettä ambulanssien ja muiden hälytysajoneuvojen suorittavien ajoneuvojen tai järeän pienoistraktoria muistuttavan ruohonleikkurin tuomiselle puistoon, jos ja kun nämä katsotaan osaksi puiston varsinaista virkistyskäyttöä tai ainakin virkistyskäyttöä edistäviksi toimiksi. Tali-Ihantalan historiallisten panssariajoneuvojen ja moottoroitujen teknojenkien luvallisuus on sanotun kriteerin valossa tulkinnanvaraisempaa, joten prejudikaattioikeuden tulkinta ratkeaa virkistyskäytöltä edellytetyn yhteisöllisyyden tai yksilöllisyyden perusteella. Jos sitä vastoin prejudikaattituomioistuimen julkilausuttuna tai vähintäänkin edellytettynä tavoitteena on ollut puiston säilyttäminen sen alkuperäisessä, 1700-luvun rokokootyyliä edustavassa historiallisessa tyyliässä, prejudikaatinormin myöhemmän tulkitsijan kanta moottoroituihin teknojenkiin, sotilasajoneuvoihin sekä järeään ruohonleikkuriin on vähintäänkin varauksellisempi, kun taas ambulanssien ja muiden hälytysajoneuvojen ajon tueksi esitettävä peruste arvatenkin sivuuttaisi senkaltaiset historiallis-esteettiset näkökohdat ajoneuvokiellon ulottuvuutta arvioitaessa.

4.5. Lainsäädäntöä jäljittelevä prejudikaatti-ideologia

Lainsäädäntöä jäljittelevä prejudikaatti-ideologia (engl.: *judicial legislation*)⁴⁰ on poikkeus edellä esittämäni sääntöön, jonka mukaan vasta myöhempi tuomioistuin ratkaisee aina sen, mitä kuuluu ennakkoratkaisun varsinaisen prejudikaattinormin (lat.: *ratio decidendi*) alaan ja mikä rajautuu sen ulkopuolelle prejudikaattinormin ei-velvoittavan perustelukontekstin (lat.: *obiter dicta*) merkityksessä. Siinä ennakkoratkaisun antava tuomioistuin muotoilee itse ratkaisun sisältämän prejudikaattinormin arvovaltaisella ja lopullisella tavalla esimerkiksi ratkaisun *otsikon* tai vastaavan muun tiivistelmän muodossa. Italian oikeuskäytännön *massima*-tyyppisen tiivistelmän sisältämää oikeusohjetta voidaan tietyin varauksin tulkita sanotunlaisen prejudikaatti-ideologian valossa.⁴¹ Samoin eräät tuolloin oikeusneuvoksena toimineen Olavi Heinosen 1980-luvun puolivälissä esittämät lausumat voi tulkita siten, että Suomen Korkein oikeus olisi soveltanut *lainsäädäntöä jäljittelevää prejudikaatti-ideologiaa*. Heinosen mukaan ratkaisun *otsikko* eli sen varsinaisesta aineellisesta lopputuloksesta ja perusteluista erotettu lyhytsanainen tiivistelmä ratkaisun oikeuskysymyksestä, jonka Korkein oikeus vieläpä itse, oman sisäisen ohjesääntönsä perusteella muotoilee, osoittaa prejudikaatin sisältämän yleisen oikeusohjeen.⁴² Korkein oikeus rinnastui näin lainsäätäjään suhteellisen yleisten, ennakkollisesti velvoittavien ja tuomioistuimen itsensä formuloimien oikeusnormien asettajana, olkoonkin, että prejudikaattinormit olivat lainsäätäjän asettamia oikeusnormeja rajoitetumpia soveltamisalaltaan.

Niin kuin Tuula Linna on perustellusti huomauttanut,⁴³ Heinosen käsitys ratkaisun otsikosta yleisesti velvoittavana oikeusohjeena (*ratio decidendi*) ei saanut tuolloin, eikä saa vieläkaan, institutionaalista tukea Suomen voimassa olevasta oikeudesta perustuslain tai edes lain tasoisten säädösten merkityksessä. Käytäntö, jonka mukaan Korkein oikeus laatii ratkaisemaansa juttuun otsikon eli lyhyen tiivistelmän, perustuu vain sanotun tuomioistuimen sisäiseen työjärjestykseen, jonka normihierarkkinen status on varsin alhainen.⁴⁴ Ajatus ratkaisun otsikon sisältämästä prejudikaattinormista, jonka Korkein oikeus itse arvovaltaisella ja lopullisella tavalla muotoilee, toteuttaa myös varsin heikosti ja puutteellisesti niitä tavoitteita, joita ennakkoratkaisuille tavallisesti asetetaan oikeudellisen joustavuuden, dynaamisuuden ja yhteiskunnallisen muutosherkkyyden merki-

⁴⁰ Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 80–84, 135–143.

⁴¹ Italian prejudikaattiopista tiivistetysti, Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 128–132.

⁴² Heinonen, ”Kuka saa juttunsa Korkeimman oikeuden tutkittavaksi?”, s. 31–32.

⁴³ Linna, ”Korkeimman oikeuden päätösotsikkojen tehtävistä”, s. 969–981; sama, ”Korkeimman oikeuden päätösten otsikoista”, s. 772–782.

⁴⁴ Italian oikeudessa *massima*-tiivistelmän laatiminen on erityisen tuomarikollegion, *Ufficio del Massimario*, tehtävänä. Taruffo & La Torre, ”Precedent in Italy”, s. 148–149.

tyksessä. Jos tuomari asettuu lainsäätäjän rooliin ennakolta sitovien ja yleisten oikeusnormien asettajana, on vaarana oikeuskäytännön ”kanonisoituminen” eli haitallinen kaavamaistuminen ja jäykistyminen, eikä prejudikaattiperustaisen oikeuden suhteellisia etuja päästä hyödyntämään oikeudenkäytössä.

1990-luvun alussa Olavi Heinonen, joka oli tuolloin vast’ikään nimetty Korkeimman oikeuden presidentiksi, sanoutui selväsanaisesti irti otsikkokeskeisestä prejudikaattiopista:⁴⁵

”Korkeimman oikeuden näkökulmasta tämä [otsikkopositivismi] on kuitenkin mielestäni selvästi ohitse mennyt kehityksen vaihe. Korkein oikeus ratkaisee aina vain konkreettisen tapauksen ja pidättäytyy perustelemaan vain jutussa annettavan ratkaisun. Otsikossa pyritään vain kuvaamaan se oikeuskysymys, josta korkein oikeus haluaa antaa ennakkoratkaisun. Tämä kuvaus on luonnollisista syistä usein tiivistelmä ratkaisun perusteluista ko. oikeuskysymyksen osalta. Enempään ei korkein oikeus käsittääkseni pyri.”

Ratkaisun prejudikaattinormi (*ratio decidendi*) tuli nyt päätellä ratkaisun ai-neellisen lopputuloksen ja sen tueksi esitettyjen perustelujen kokonaisuudesta. Ratkaisun otsikko on vain eräänlainen oikeudellinen ”tienviitti”, joka osoittaa, mitä osatekijöitä ratkaisun perusteluista myöhemmän tuomarin tai tutkijan tulee pitää silmällä prejudikaatin yleistä oikeusohjetta määritettäessä. Lainsäädäntöä jäljittelevä prejudikaatti-ideologia luonnollisesti rinnastuu lainsäädännön tulkin-nassa noudatettaviin yleisiin tulkintaperiaatteisiin.

Kuvitteelliseen ”ajoneuvolla ajo puistossa kielletty” -esimerkkiin sovellettuna lainsäädäntöä jäljittelevä prejudikaatti-ideologia nostaisi avainasemaan sen, mi-ten prejudikaattituomioistuin on määritellyt kysymyksen aiemmin antamissaan ratkaisuissa. Jollei se ole lainkaan käsitellyt hälytystehtävää suorittavia ajoneu-voja, historiallisia sotilasajoneuvoja, järeitä puistotyökoneita tai moottoroitujen tekno-kenkien kaltaisia yksilöllisiä kulkuvälineitä aiemmissa ratkaisuissaan, on tulkinnallista johtoa haettava muita mahdollisia prejudikaatti-ideologioita sovel-taen, esimerkiksi oikeudellisen eksegeesin, oikeudellisen tapausanalogian tai parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian rekonstruktion sekä oikeu-dellisen eheyden toteuttamisen keinoin.

4.6. Prejudikaattien tulkintakielto

Jos ennakkoratkaisun antanut tuomioistuin pidättää itsellään kaiken prejudikaat-tin vastaisen tulkintaoikeuden, on kyse oikeudellisesta *tulkintakiellosta* eli *takai-*

⁴⁵ Heinonen, ”kirja-arvostelu teoksesta Timonen, toim., *Johdatus Suomen oikeusjärjestelmään, 1–2*”, s. 161–162; sama, ”Korkeimman oikeuden rooli muuttuvassa ympäristössä”, s. 238; vrt. myös Heinonen, ”Oikeustieteen ja tuomioistuinlaitoksen kosketuspintoja”, *passim*.

sinviittaamisideologiasta (engl.: *judicial reference*).⁴⁶ Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 234 artiklan (entisen 177 artiklan) tarkoittama *ennakkoratkaisupyynnömenettely*, jossa Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on viimekätinen tulkinta-auktoriteetti Euroopan yhteisöoikeutta koskevissa kysymyksissä, noudattaa heikossa merkityksessä sanotunlaista prejudikaatti-ideologiaa, jossa yhteisöoikeuden tulkintakysymysten ratkaisu on haluttu pidättää erillisellä tulkintaorganilla. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimella ei ole juurikaan oikeudellisia keinoja käytettävissään, jos jokin jäsenvaltioiden tuomioistuimista tai vastaavista muista viranomaisista päättää olla siirtämättä yhteisöoikeudellista tulkintakysymystä sen ratkaistavaksi. 1960-luvulla etenkin Ranskan tuomioistuimet pyrkivät kiertämään yhteisöoikeuden normeihin perustuvaa velvollisuutta pyytää Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelta ennakkoratkaisu tilanteessa, jossa vallitsi tulkinnallinen epäselvyys, vedoten virheellisesti *acte clair* -oppiin tilanteessa, jossa yhteisön oikeuden tulkinta ei suinkaan ollut sanotun opin tarkoittamalla tavalla selvä ja riidaton. Sanotunlaiset nationalistiset pyrkimykset ovat ajan myötä vähentyneet Euroopan yhteisön jäsenmaiden kansallisessa oikeudenkäytössä,⁴⁷ kun yhteisöoikeuden normit ovat rakenteistuneet osaksi yleiseurooppalaista oikeutta.

Yhteisöoikeuden tulkintavaltaa on myös käytännössä siirtynyt kansallisille tuomioistuimille ja viranomaisille eurooppaoikeudellisen säädös- ja tapausaineiston volyymin valtaisan kasvun myötä sekä sen vuoksi, että kansalliset tuomioistuimet ovat vähitellen oppineet käsittelemään paremmin myös yhteisöoikeudellista normistoa.⁴⁸ Toisaalta, yhteisöoikeutta rasittava demokratiavaje, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen soveltaman teleologisen tulkintaopin mahdollistamat tuomioistuimen ratkaisukäytännön ennakoimattomat suunnanmuutokset sekä tehdyn ennakkoratkaisupyynnön kansalliseen oikeusprosessiin tuoma ajallinen viive saattavat lisätä kansallisten tuomioistuinten kiusausta ennakkoratkaisupyynnön sivuuttamiseen tilanteessa, jossa ennakkoratkaisupyynnö tulisi yhteisön perustamissopimuksen nojalla tehdä.

Prejudikaattien tulkintakiellon käytännön merkitys on vähäinen. Suomen oikeudessa keskeisenä poikkeuksena on Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 234 artiklan (ent. 177 artiklan) tarkoittama ennakkoratkaisupyynnömenettely. Sen ideologisena tausta-ajatuksena on yhteisöoikeuden tulkinnan vakioiminen käyttäen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen toteutunutta ja vastaisuudessa toteutuvaa ratkaisukäytäntöä yhteisöoikeuden tulkinnan vakioituna semanttisena

⁴⁶ Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 78–80.

⁴⁷ Vrt. Joutsamo *et al.*, *Eurooppaoikeus*, s. 274–275.

⁴⁸ Tosin Thomas Wilhelmsson on meillä korostanut yhteisöoikeuden yllätyksellisyyttä ja systeemistä ennakoimattomuutta kansallisen lainsoveltajan näkökulmasta. Wilhelmsson, ”Vieteriukko-teoria EY-oikeudesta”, *passim*.

referenssinä eli kiintopisteenä. Käytännössä kansallisilla tuomioistuimilla on aina viimekätinen harkintavalta arvioitaessa, onko tapauksessa kyse Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle tehtävää ennakkoratkaisupyyntöä edellyttävästä, yhteisöoikeuden soveltamisen osalta tulkinnallisesti epäselvästä ratkaisutilanteesta. Toisaalta, vakiintuneen yhteisöoikeudellisen ratkaisukäytännön jatkaminen on kansallisille tuomioistuimille sallittua, ja tässä kansalliset tuomioistuimet voivat tukeutua myös *yleiseurooppalaiseen oikeuskäytäntöön* yhteisön jäsenmaiden kansallisissa tuomioistuimissa ja viranomaisissa toteutuneen yhtenäisen ja vakiintuneen tulkintakäytännön merkityksessä Euroopan yhteisöjen tuomioistuinten antamien ratkaisujen ohella. Toki kansalliset tuomioistuimet ja viranomaiset voivat edelleenkin ”ummistaa silmänsä” yhteisöoikeudelliselta tulkintakysymykseltä niin halutessaan, mutta todennäköisyys *acte clair* -opin väärinkäyttämiseen on vähentynyt eurooppalaisen integraation syventymisen myötä.

4.7. Prejudikaattien täydellisen vapaa tulkinta

Jos prejudikaattioppi antaa myöhemmälle tuomioistuimelle laajat valtuudet prejudikaatin ja sen aineellisen perustan perinpohjaiseen uudelleenarviointiin sekä ennakkoratkaisun täydelliseen sivuuttamiseen myöhemmässä oikeudenkäytössä, jos muuttuneet yhteiskunnalliset olosuhteet tai arvostukset oikeuttavat senkaltaisen menettelyn, ei ole enää kyse varsinaisesta prejudikaatti-ideologiasta lainkaan vaan myöhemmälle lainsoveltajalle annetusta täydellisen vapaasta tulkintavallasta.⁴⁹ Prejudikaatti siinä muodossa kuin prejudikaattituomioistuin sen alun perin asetti on tällöin vain oikeudellisen päättelyn alustava lähtökohta, josta myöhempi tuomioistuin tai muu lainsoveltaja voi vapaasti poiketa tulkinnan ennakoitavissa olevien yhteiskunnallisten seurausten tai muuttuneiden yhteiskunnallisten olosuhteiden perusteella *teleologisen, finalistisen* tai *dynaamis-evolutiivisen* tulkintamallin tarkoittamalla tavalla. Ennakkoratkaisun myöhempää tuomaria sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus eli *common law* -oikeuden *stare decisis* -opin mukainen ohjausvaikutus ei ymmärrettävästi voi sanotunlaisten premisien vallitessa toteutua, vaan aiemman oikeudellisen ratkaisukäytännön tulkinta määräytyy varsin vaikeasti ennakoitavissa olevalla tavalla tuomarin omien oikeudellisten ja/tai yhteiskunnallisten preferenssien sekä reaalisen argumentaation tarkoittamalla tavalla. Prejudikaattien täydellisen vapaan tulkintaopin käytännön merkitys on vähäinen, sillä se loukkaisi Suomen voimassa olevan perustuslain 6 §:n (11.6.1999/731) tunnustamaa oikeudellisen yhdenvertaisuuden ideaa, joka tarjoaa prejudikaattiperustaiselle oikeudelle sekä yleisemmin vakiintuneelle oikeuskäytännölle *institutionaalisen oikeuttamisperusteen*.

⁴⁹ Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 102–105.

5. SOPIMUSMALLIT SOPIMUSPERUSTAISEN OIKEUDEN TULKINTAKEHIKKONA

Sopimusperustaiseen oikeuteen, yhtä vähän kuin säädännäiseen oikeuteen tai prejudikaatteihin, ei ole ”näkökulmaa ei-mistään”, vaan oikeuden tulkinta edellyttää sitoutumista määrättyyn *tulkintakehykseen* eli *tulkintaideologiaan*. Lain-säädännön tulkinnassa tämä tarkoittaa määrätyn lainsäädäntökeskeisen tulkinta-ideologian omaksumista, missä painoa saatetaan antaa säädöksen kielelliselle muodolle, oikeudenalakohtaiselle systematiikalle, lainsäätäjän historialliselle tarkoitukselle, oikeuskäytännössä vakiintuneelle tulkinnalle, oikeudelliselle eheydelle tai tulkinnan yhteiskunnallisille vaikutuksille. Prejudikaattien yhteydessä on vastaavasti kyse tuomarin sisäistämästä *prejudikaatti-ideologiasta* yksittäisen ratkaisun prejudikaattinormin (lat.: *ratio decidendi*) tunnistamisen ja tulkinnan merkityksessä, missä saatetaan viitata esimerkiksi prejudikaatin välttämättömiin tai riittäviin normatiivisiin ja faktapremisseihin taaksepäin katsovan oikeudellisen eksegeesin tai vaikkapa lainsäädäntöä jäljittelevän prejudikaatti-ideologian merkityksessä. Yksityisoikeudellisten sopimusten konstituutio, tulkinta ja systeeminen jäsenitys noudattavat puolestaan tulkintakehystä, joka on seurausta sovellettavasta *sopimusmallista*.

Sopimusmalli on Juha Pöyhösen tarkoittamalla tavalla *oikeudellisten peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktioiden* kokonaisuus.⁵⁰ Sen avulla määritetään muun muassa se, miten sopimus oikeudellisena instituutiona on konstituoitavissa, sekä se, mikä on tiettyssä oikeudellisessa tulkintatilanteessa yleinen pääsääntö ja mikä pääsääntöä suppeammin tulkittava poikkeussääntö.⁵¹ Pöyhösen määriteli itse sopimusmallin sopimusoikeutta konstituioivan tehtävän seuraavasti:⁵²

”*Sopimusmalli määrittelee sopimuksen konstituution, siis sen, mitkä oikeusjärjestyksen normeista muodostavat juuri sopimusinstituutin määrittävien konstitutiivisten normien joukon. Konstitutiiviset normit luovat näin juridisen kvaliteetin ’sopimus’. Tällaista konstituutiota on ehkä paras verrata prismaan, jonka läpi sekä katsotaan todellisuuteen että todellisuus siivilöityy tarkastelijalle. Se määrittää sekä sen, mitä ja minkälaisena voi nähdä että sen, mitä ei voi nähdä.*”

Sopimusmalli rinnastuu toisin sanoen Hans Kelsenin ja Alf Rossin ajatukseen *tulkinta-avaimesta* (saks.: *Deutungsschema*; tansk.: *tydningsskema*)^{52a} sopimus-oikeuden alalla.

⁵⁰ Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 79–87.

⁵¹ Pöyhönen, mts. 80–87.

⁵² Pöyhönen, mts. 87 (kursivoinnit Pöyhösen).

^{52a} Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 41; Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 3 et seq.

Väitöskirjassaan *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* Pöyhönen tarkasteli kolmea sopimusmallia, *tahtomallia*, *luottamusmallia* ja *oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön mallia*, minkä ohella hän viittasi Thomas Wilhelmssonin kehittelemään *heikomman sopijapuolen hyvittämisen malliin*.⁵³ Myös muunlaiset sopimusmallit saattaisivat tulla kyseeseen, mutta ainakin Pöyhösen yksilöimät neljä erilaista sopimusmallia saavat (eriateista) institutionaalista tukea Suomen olevasta oikeudesta sekä nauttivat (eriateista) yhteisöllistä hyväksyntää tavassa, jolla alan toimijat sopimusoikeuden säännöt ymmärtävät. Kukin sopimusmalleista sisältää tietynlaisen käsityksen sopimuksen konstitutiivisista elementeistä sekä sen taustalla vaikuttavasta oikeuttamis- eli justifikaatioperiaatteesta.⁵⁴

Tahtomalli määrittelee sopimuksen tarjouksen ja siihen annetun vastauksen yhteismitallisuutena eli konsensusena. Sen oikeuttamisperusteena on oikeussubjektien vapaan yksityisoikeudellisen tahdonautonomian kunnioittaminen. Tahtomallin alaisuudessa sovellettava oikeudellinen tulkintateoria painottaa sopijapuolten alkuperäiseen tahtoon ja tahdonmuodostukseen liittyviä tekijöitä, analogisesti lainsäätäjän alkuperäisen tarkoituksen tai eksegeettisen prejudikaatti-ideologian tarkoittamalla tavalla. Sopimuksen tulkinta- ja arviointikriteerit haetaan sopimuksesta itsestään eli sen kielellisestä ilmiästä sopijapuolten alkuperäisen tahdonmuodostuksen ilmentymänä, ei sopimustekstin ulkopuolelta esimerkiksi yleisen vaihdannan intressin, yhteisöllisen kohtuuden ja sopimustasapainon, heikomman sopijapuolen erityisintressien tai vastaavien arviointikriteerien merkityksessä.

Luottamusmallissa sopimus ja sen tulkinta kiinnitetään sopijapuolten perusteltuun luottamukseen suojaan ja vilpittömään mieleen sopijapuolten tahtojen konsensusen sijaan. Sopimusoikeuden yleisenä oikeuttamisperusteena on sopimussuhteen arviointihetken mukainen vaihdannan intressi ja luottamukseen suoja, ei ajassa taaksepäin katsova sopijapuolten alkuperäisen tai autenttisen tahdonmuodostuksen rekonstruktio. Myös sopimuksen tulkinta irtautuu sopijapuolten alkuperäisestä tahdosta, korostaen sopimussuhteen ulkoisia ja objektivoitavissa olevia kriteereitä, joiden katsotaan edistävän yleisiä taloudellisen vaihdannan intressejä. Ajatus on varsin lähellä pragmaattisen instrumentalismin eli *reella överbäganden* -juridiikan ja sittemmin oikeustaloustieteellisen laintulkintaopin esittämiä taloudellista rationaalisuutta painottavia näkökohtia sopimusten tulkin-

⁵³ Olen käsitellyt Juha Pöyhösen väitöskirjaa *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* laajemmin luvussa 9.3. ”Sopimusmalliajattelun piilevät premissit”.

⁵⁴ Pöyhönen käyttää itse termiä sopimusmallin *syväjustifikaatio*. Sopimusmalleista tahto-, luottamus- sekä oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön mallin merkityksessä, Pöyhönen, mts. 117–198.

Oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön mukainen sopimusmalli korostaa sopimuksen sisällöllistä kohtuullisuutta ja sopimustasapainoa sopimussuoritteiden keskinäisen vastaavuuden tai tasapainon ja aristotelisen oikeudenmukaisuuden merkityksessä. Sisällöllisesti kohtuuton sopimus ei sido, vaan sopimusta voidaan jälkikäteisesti kohtuullistaa oikeustoimilain 36 §:n (17.12.1982/956) tarkoittamalla tavalla. Oikeuttamisperusteena on aineellinen oikeudenmukaisuus Aristoteleen yhteisöllisen etiikan ja suoritusten tasapainon merkityksessä. Pöyhösen sopimustasapainoa korostava oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön malli vie sopimuksen tulkintaa kohti aineellisen ja tapauskohtaisen oikeudenmukaisuuden toteuttamista, sivuuttaen sopijapuolten alkuperäiseen tahdonmuodostukseen tai perusteltuun luottamuksensuojaan ja vaihdannan intressiin liittyvät tulkintaperusteet. Toisaalta, sopimusoikeudessa käytetty tulkintaperiaate *in dubio contra stipulatorem* eli periaate, jonka mukaan sopimusta tulee epäselvissä tilanteissa tulkita sen laatijan vahingoksi, voidaan mielestäni nähdä myös sopimustasapainoa ilmentävän oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön mallin ilmentymänä, vaikkei Pöyhönen siihen kirjassaan nimenomaisesti viittaakaan.

Heikomman sopijapuolen hyvittämisen malli toteuttaa Thomas Wilhelmssonin ajatusta (myös) sopimusoikeudesta yhteiskunnallista hyvinvointia uudelleen jakavana instituutiona, missä heikomman sopijapuolen intressien suojaaminen on asetettu keskeiseksi tavoitteeksi. Mallin justifikaatioperusteena on oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön mallin tavoin aineellinen oikeudenmukaisuus, missä sopijapuolten alkuperäisestä tahdonmuodostuksesta, perustellun luottamuksen suojasta tai sopimustasapainon ideasta voidaan – ja tietyissä tilanteissa myös pitää – poiketa heikomman sopijapuolen erityisintressien turvaamiseksi. Sopimuksen tulkinta noudattaa tällöin perusteita, jotka kiinnittyvät hyvinvointivaltiollisesti ymmärrettyyn ideaan yhteiskunnallisesta oikeudenmukaisuudesta, missä sopimusoikeus nähdään progressiivisen tuloverotuksen tavoin yhteiskunnallista hyvinvointia tasaavana oikeudellisena mekanismina.

Omaksuttu sopimusmalli määrittää ratkaisevalla tavalla sovellettavaa sopimuksen tulkintaoppia, rajaten sopimuskäsitteen yleisen konstituution ja yhteiskunnallisen oikeuttamisperusteen sekä tulkinnan oikeudellisesti ja semanttisesti ”mahdollisten maailmojen” rajat. Muita mahdollisia sopimusmalleja voisivat olla *perusoikeusnäkökulma* sopimusoikeuteen, jolloin yksittäisen sopimuksen tai sopimusehdon tulkinta tulisi viime kädessä palauttaa voimassa olevan perustuslain tarkoittamaan perusoikeusjärjestelmään tavalla, jota perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi on kehitelty. Niinpä Juha Pöyhösen *Uusi varallisuus-oikeus* -kirjassa sopimus-, omistus- ja vahingonkorvausoikeutta hahmotetaan varallisuus-oikeudellisen harkinnan rakenne-elementtien eli toimintaympäristön, kokonaisjärjestelyn, intressitahon ja riskiposition käsitteiden avulla,⁵⁵ joiden taustalla

⁵⁵ Pöyhönen, *Uusi varallisuus-oikeus*, s. 159–186.

vallitseva perusoikeusjärjestelmä vaikuttaa. Perusoikeuskeskustelussa on puhuttu perusoikeuksien horisontaalivaikutuksesta, viitaten oikeusvaikutuksiin, joita perusoikeudet saavat kansalaisten keskinäisissä suhteissa.

Euroopan yhteisöoikeudessa noudatetun *yhtenäistulkinnan* idean ulottaminen myös kansalliseen sopimusoikeuteen merkitsisi EY-lainsäädännön ja Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen antamista ratkaisuksista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden ja niiden käsittämien integraatitavoitteiden noudattamista myös yksityisoikeudellisten sopimusten tulkinnassa. Oikeudenaloilla, joilla senkaltaista yhteisöoikeudellista liittymää ei ole, sanotunlainen tulkintakehys on yhtä kaikki vailla institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää suomalaisessa yhteiskunnassa. *Naisoikeus-* ja *oikeudellisen tasa-arvotutkimuksen* esittämä ajatus naisten tai yleisesti yhteiskunnallisesti syrjittyjen väestöryhmien *tietoisesta suosivasta erityiskohtelusta* voitaisiin ajatella ulotettavaksi myös sopimusoikeuden tulkintaan, mitä voidaan pitää myös yhtenä sosiaalisen sopimusoikeuden tarkoittaman tulkintaopin ilmentymänä. Yleistettynä sopimusoikeudellisena tulkintaohjeena sen ongelma on sama kuin sosiaalisen siviilioikeudenkin eli vähintäänkin pulmallinen suhde vallitsevan tuomarinideologian mukaiseen sopimusoikeudelliseen pääsääntö/poikkeussääntö -jaotteluun sekä yleiseen sopimusoikeuden konstituiioon.

6. TAVANOMAINEN OIKEUS JA VAKIINTUNUT YHTEISÖLLINEN TULKINTAKÄYTÄNTÖ

Tavanomainen oikeus on määritelmällisesti sidoksissa oikeudenalalla yleisesti ja vakiintuneesti noudatettuun yhteisölliseen käytäntöön, minkä vuoksi myös oikeudellisen tulkinnan kriteerit ovat johdettavista sanotusta yhteisöllisestä käytännöstä. Olen edellä määritellyt tavanomaisen oikeuden laajemmin kuin esimerkiksi Kaarlo Tuori, joka edellyttää tavanomaiselta oikeudelta ikimuistoisuutta.⁵⁶ Itse määrittelen tavanomaisen oikeuden siten, että se käsittää myös tietyllä nopeasti muuttuvalla oikeudenalalla, kuten IT-oikeudessa tai sijoitus- ja rahoitusmarkkinoilla, vakiintuneet yhteisölliset käytännöt. Tällöin tavanomaisoikeudellisesti velvoittavaa normistoa saattaa syntyä suhteellisen lyhyenkin ajan kuluessa, jos lainsäädäntö on alalla huomattavan aukollista tai asiallisesti vanhentunutta eikä prejudikaattiperustainen oikeus ole täyttänyt sanottua oikeusaukkoa.

Tavanomaisen oikeuden tulkintaopilliset kriteerit ovat enemmän tai vähemmän yhtenevät kyseisellä oikeudenalalla sovellettavien yleisten tulkintakritee-

⁵⁶ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 6: ”Luonnonoikeuden tavoin myös traditionaalinen, tavanomainen oikeus, joka perustuu ikimuistisiin, yhteisöllisessä elämässä toistuviin ja sitoviksi koettuihin käyttäytymistapoihin ja -tottumuksiin, on joutunut väistymään nimenomaisesti asetetun positiivisen oikeuden tieltä.” Vrt. myös Tuori, mts. 175.

rien kanssa. Niinpä yksittäisten asianosaisten käsitykselle tavanomaisesti velvoittavan oikeuden tulkinnasta ei välttämättä anneta samaa merkitystä kuin tah-toperustaisesti ymmärretyn sopimusoikeuden tulkinnassa, vaikka tavanomainen oikeus voidaankin ajatuksellisesti palauttaa hiljaisesti edellytetyn sopimuskonstruktion alaisuuteen. Tavanomaisoikeudellisesti syntyneet yhteisölliset käytännöt eivät tavallisesti toteuta laajamittaista heikomman sopijapuolen suojaintressiä Wilhelmssonin edustaman sosiaalisen siviilioikeuden edellyttämällä tavalla. Tavanomaisen oikeuden tulkinta rinnastuu pikemminkin perustellun vilpittömän mielen suojaan alalla tavanomaisesti noudatetun tulkintakäytännön jatkuvuuden sekä solmittujen sopimussuhteiden oikeusvaikutusten ennakoitavuuden merkityksessä. Tavanomaisoikeudellisilta käytännöiltä lain mukaan edellytettävä sisällöllinen kohtuullisuus ja hyväksyttävyyys asettaa samalla tulkinnalle aineellisen oikeudenmukaisuuden vaatimuksen.

7. OIKEUDELLINEN TAVOITERATIONAALISUUS: REAALISET ARGUMENTIT

Reaaliset argumentit viittaavat oikeuden tulkinnan ennakoitavissa oleviin yhteiskunnallisiin vaikutuksiin. *Reella överbäganden* -juridiikka sekä *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi* sen myöhempanä muunnelmana ovat korostaneet oikeuden taloudellisten vaikutusten, kuten yleisen taloudellisen kustannustehokkuuden, liiketoiminnan transaktiokustannusten minimoinnin sekä toteutettavan yhteiskunnallisen resurssiallokaation optimaalisuuden, merkitystä voimassa olevan oikeuden tulkinnassa. Reaalisten argumenttien tulkinta noudattaa *tavoiterationaalista* mallia, jossa oikeudellisen tulkinnan ennakoitavissa oleville yhteiskunnallisille seurauksille annetaan keskeistä merkitystä joko perinteisten oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisargumenttien rinnalla tai niiden sijasta. Jos on kyse radikaaliin oikeudelliseen finalismiin sitoutuneesta kriittisestä oikeusopista, oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset saavat syrjäyttää perinteisen institutionaalisen oikeuslähdeopin käsittämät oikeudelliset tulkinta- ja ratkaisuperusteet.⁵⁷ Jos on sen sijaan kyse institutionaaliseen tuomarireferenssiin sitoutuneesta lainopista, tulkinnan taloudelliset vaikutukset saavat vain osaltaan täydentää tulkin-

⁵⁷ Oikeudellisen finalismin teoreettisista perusteista, Klami, *Finalistinen oikeusteoria. Tutkimus oikeudellisen päätöksenteon ja oikeusnormipropositioiden tavoitteellisesta justifiointista ja kontrollista*. Samoin Timonen perustelee osin vallitsevasta oikeuslähdeopista poikkeavan kannan suhteessa oikeustaloustieteellisiin argumentteihin, Timonen, *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteerattujen yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely*, s. 119–130; sama, ”Taloustieteen ja sen tulosten käyttö oikeustutkimuksessa”, s. 137: ”... raja *de lege ferenda* -tutkimuksen ja ’perinteisen’ lainopin välillä liudentuu.”

taperusteita, jotka liittyvät yksittäisen oikeudellisen säädöksen tai prejudikaatin kielelliseen ilmiösuun, lainsäätäjän tai prejudikaatin asettaneen tuomioistuimen alkuperäiseen tarkoitukseen tai tarkoituksiin, vallitsevaan oikeudenalakohtaiseen systematiikkaan, oikeuskäytännössä jo vakiintuneeseen tulkintaan tai parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian valossa tulkittuun oikeudelliseen eheyteen (engl.: *law as integrity*).

Niin kuin Aleksander Peczenik on todennut, tuomarilla tai muulla lakia soveltavalla viranomaisella, yhtä vähän kuin institutionaalisen tuomarireferenssin omaksuneella lainopin tutkijalla, ei ole oikotietä *finalistiseen* tai avoimen tavoitteen ratkaisuharkintaan ohi institutionaalisen oikeuslähteopin osoittamien muodollis-juridisten ratkaisuperusteiden ilman, että ratkaisuharkinta samalla menettää *oikeudellisen* argumentaation eli oikeudellisen perustelun luonteen.⁵⁸ Reaaliset argumentit voi olla vain muodollis-juridisia perusteita täydentävä, argumentaation oikeellisuutta viimekätisesti kontrolloiva tulkintaperuste, ei oikeudellisen ratkaisuharkinnan ensisijainen, institutionaaliset oikeuslähteet kertakaikkisesti syrjäyttävä päätöksentekokriteeri vallitsevan oikeudellisen tietomuodon sekä oikeuden institutionaalisen metakontekstin alaisuudessa. Reaaliin argumentaatioon perustuva oikeudellinen tulkinta on kiinteästi sidoksissa *reella överbägnanden* -juridiikkaan ja oikeustaloustieteelliseen laintulkintaoppiin pragmaattisen instrumentalismin kahtena muunnelmana suomalaisen lainopin tulkintamatriisien kirjossa.

8. TULKINTATEORiat JA OIKEUDELLINEN TULKINTAKEHYS

Oikeudelliset tulkintateoriat ovat eriytyneet oikeuslähteittäin. *Institutionaalisilla* eli Suomen oikeuteen eriasteisesti *rakenteistuneilla* eli institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivilla oikeuslähteillä, kuten lainsäädännöllä ja sitä tukevalla lainvalmisteluaineistolla, prejudikaateilla ja vakiintuneella oikeuskäytännöllä, yksityisoikeudellisilla sopimuksilla sekä tavanomaisella oikeudella, on keskeisin merkitys tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavina argumentteina, ja niiden kunkin taustalla vaikuttaa jokin oikeuden institutionaalisista oikeuttamisperusteista. Eri oikeuslähteistä johdetut ratkaisuperusteet noudattavat kukin toisistaan poikkeavaa tulkintateoreettista jäsennyttä, joskin eri oikeuslähteiden välillä on myös ilmeisiä yhtäläisyyksiä. Esimerkiksi säädöksen, prejudikaatin tai sopimuksen kielellinen ilmiö, sen asettajan tai laatijoiden alkuperäi-

⁵⁸ Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 226: "Rättskällorna är dessutom relaterade till begreppet 'juridisk argumentation'. Det går inte att på en och samma gång förkasta alla eller nästan alla av dem och ändå argumentera juridiskt."

set tavoitteet tai tarkoitukset sekä oikeuskäytännössä vakiintunut tulkintakäytäntö saavat merkitystä kaikkien kolmen oikeuslähteen tulkinnessa. Tavanomaisen oikeuden tulkinnessa on keskeistä sen sidonnaisuus alalla vallitseviin oikeudellisiin käytäntöihin sekä vain väljä sidos oikeusnormin määrättyyn kielelliseen ilmiäsuun. Reaaliset argumentit eli laintulkinnan ennakoitavissa olevat yhteiskunnalliset vaikutukset noudattavat tavoiterationaalista tulkintamallia, varsinaisia institutionaalisia oikeuslähteitä osaltaan täydentäen.

Lainsäädännön tulkinnessa seuraavat tulkintaperusteet ovat tai ainakin saattavat olla keskeisiä, ja omaksuttu *tulkintakehys* määrittää niiden keskinäisiä suhteita:

- (a) lainsäädännön kielellinen ilmiäsu,
- (b) oikeudenalakohtainen systematiikka,
- (c) lainsäädännön historiallinen tarkoitus,
- (d) oikeuskäytännössä vakiintunut tulkinta, joka saattaa olla (ja usein on) irtautunut lainsäätäjän alkuperäisestä tarkoituksesta,
- (e) lainsäädännön tulkinta parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian ja oikeudellisen eheyden (engl.: *law as integrity*) valossa, ja
- (f) tulkin ennakoitavissa olevat yhteiskunnalliset vaikutukset.

Prejudikaattien tulkinnessa on käytettävissä seuraavat tulkintaperusteet, joiden keskinäistä suhdetta tuomarin tai tutkijan omaksuma *prejudikaatti-ideologia* määrittää:

- (a) prejudikaatin tulkintakielto, jolloin ennakkoratkaisun alun perin antanut tuomioistuin pidättää itsellään yksinoikeuden sen myöhempään tulkintaan,
- (b) lainsäädäntöä jäljittelevä prejudikaatti-ideologia, jossa prejudikaattituomioistuin muotoilee itse arvovaltaisella tavalla ratkaisun myöhempää tuomaria velvoittavan prejudikaattinormin esimerkiksi jutun tiivistelmässä tai otsikossa,
- (c) historiallis-eksegeettinen prejudikaatti-ideologia, jossa päättelyn suunta kulkee ”takaperin” ennakkoratkaisun aineellisesta lopputuloksesta sen välttämättömiin tai riittäviin normatiivisiin ja faktisiin premisseihin,
- (d) oikeudellisen analogian ja distinktiotekniikan (engl.: *distinguishing*) osin ennakoimaton vuorottelu, missä ratkaisevaa on uuden tapauksen tosiseikaston suhteellinen samanlaisuus tai erilaisuus verrattuna ennakkoratkaisuun,
- (e) prejudikaattien tulkinta parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian ja oikeudellisen eheyden (engl.: *law as integrity*) valossa, ja
- (f) prejudikaatin täydellisen vapaa tulkinta eli sen perinpohjainen uudelleen arviointi tulkin ennakoitavissa olevien yhteiskunnallisten vaikutusten valossa.

Sopimusperustaisen oikeuden tulkinta noudattaa omaksutun *sopimusmallin* mukaista sopimuskonstituutiota ja tulkintaopillista jäsenystä seuraavaan tapaan:

- (a) sopijapuolten alkuperäisen tahdon kunnioittaminen (= sopimusoikeuden tahtomalli),
- (b) vaihdannan intressin ja sopijapuolten perustellun luottamuksen eli vilpittömän mielen suojaaminen (= sopimusoikeuden luottamusmalli),
- (c) sopimussuoritusten keskinäisen vastaavuuden eli aristotelisen sopimustasapainon sekä tilannekohtaisen sisällöllisen kohtuullisuuden arvioiminen (= oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön malli), tai
- (d) heikomman sopijapuolen erityisintressien suojaaminen (= sosiaalinen sopimusoikeus).

Lisäksi sopimusten tulkinnessa voidaan rajoitetusti hyödyntää tulkintaperusteita, jotka liittyvät Euroopan yhteisöoikeuden yhtenäistulkinnan toteuttamiseen, kansalaisten perusoikeuksien suojaamiseen tai esimerkiksi yhteiskunnallisen tasa-arvon toteuttamiseen.

Tavanomaisen oikeuden tulkinnessa on keskeistä alalla vakiintuneesti noudatettu yhteisöllinen käytäntö. Reaalisten argumenttien tulkinnessa noudatetaan tavoitteenalasta tulkintamallia, missä oikeuden ennakoitavissa olevat yhteiskunnalliset vaikutukset ovat keskeisellä sijalla.

Eri tulkintaperusteet eivät ole yksittäisen tutkijan vapaasti valittavissa ja mielivaltaisesti yhdisteltävissä, mikäli tavoitteena on esittää yhtenäinen ja johdonmukainen perustelu oikeuden tulkinnessa, sillä eri tulkintaperusteet rakentuvat varsin erilaisten teoreettisten sitoumusten varaan. Se, miten tuomari tai tutkija suhteuttaa eri oikeuslähteet ja niiden käytössä hyödynnettävät tulkintaperusteet keskenään, on tavallisimmin seurausta hänen omaksumastaan lainopillisesta tulkintakehyksestä. *Tulkintakehys* on se osa oikeudellista *tulkintamatriisia*,⁵⁹ joka määrittää oikeudellisen tulkinnessa rajat sekä sen avulla tavoiteltavat oikeudelliset ja/tai yhteiskunnalliset päämäärät. Prejudikaattiperustaisessa oikeudessa tuomarin tai tutkijan sisäistämä *prejudikaatti-ideologia* vastaa yleistä oikeudellista tulkintakehystä, ja sopimusperustaisen oikeuden tulkinnessa sovellettava *sopimusmalli* toteuttaa vastaavaa tehtävää.

Jos tutkija on omaksunut *analyttisen oikeustieteen* lähestymistavan oikeuteen, tavoitteena on lainsäätäjän tarkoittaman oikeudellisen systematiikan jatkaminen ja toteuttaminen teknisen oikeusasema-analyysin ja suhdekäsitteiksi ymmärrettyjen oikeuskäsitteiden keinoin, missä säädöksen kielellinen muoto, oikeudenalakohtainen systematiikka sekä lainsäädännön tarkoitus saavat keskeistä merkitystä. Jos pyritään heikomman sopijapuolen intressien suojaamiseen *sosiaalisen siviilioikeuden* tarkoittamalla tavalla, säädöksen kielellistä ilmiä, oikeudenalakohtaista systematiikkaa, lainsäätäjän selväsanaisesti ilmaisemia tavoitteita ja oikeuskäytännössä vakiintunutta tulkintaa luetaan sanottua tulkinnessa lähtökohtaa vasten. Jos tutkija on omaksunut *perusoikeuskeskeisen laintul-*

⁵⁹ Käsittelen lainopin tulkintamatriiseja lähemmin luvussa 8, ”Lainopin tulkintamatriisit”.

kintaopin, lainsäädännön kielellistä muotoa, perusoikeussystematiikkaa, lainsäätäjän tarkoitusta, oikeuskäytännössä vakiintunutta tulkintaa sekä voimassa olevan oikeuden taustalla vaikuttavaa oikeudellista kokonaisteoriaa on syytä tulkita vallitsevaa perusoikeusjärjestelmää vasten. Jos tutkija on sitoutunut *naisoikeus-tutkimuksen* tai yleisemmin määritellyn *oikeudellisen tasa-arvotutkimuksen* premisseihin, oikeuslähteitä tulee tulkita tavalla, joka tukee sanotunlaista oikeus- ja yhteiskuntaideologista lähtökohtaa, ja niin edelleen.

Tutkijan omaksuma *tutkijanideologia* eli *deskriptiivinen* tai *kriittinen* tutkijänäkökulma oikeuteen vaikuttaa keskeisesti oikeustieteen tieteenkuvan eri osatekijöiden välisten suhteiden arvottamiseen. Tutkija voi sitoutua joko *institutionaaliseen tuomarireferenssiin* tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän institutionaalisen oikeuslähteopin ja oikeudellisten argumentaatiomallien kokonaisuuden merkityksessä tai, vaihtoehtoisesti, johonkin vallitsevasta tuomarinideologiasta poikkeavaan oikeus- tai yhteiskuntaideologiaan, jolloin tulkinta toteuttaa niitä yhteiskunnallisia arvoja ja tavoitteita, joita tutkija itse pitää hyväksyttävänä. Tutkijan aksiologiset ja poliittiset valinnat sisältyvät oikeudellisen tulkintamatriisiin valintaan, ja eri tulkintamatriisit määrittelevät oikeudellisen tulkinnan yhteiskunnalliset tavoitteet ja rajoitukset eri tavoin.

Käsitelainoppi painotti voimakkaasti oikeudenalakohtaisen systematiikan merkitystä oikeuden tulkintaa rajaavana ja määrittävänä tekijänä, rajaten etenkin oikeuden ennakoitavissa olevien yhteiskunnallisten vaikutusten arvioimisen tulkintaprosessin ulkopuolelle. Käsitelainopillisen tulkintamatriisiin omaksunut tutkija hyödyntää siten varsin erilaista lainopillista ”työkalupakkia” eli oikeudellisten tulkinta-argumenttien kokonaisuutta kuin vaihtoehtoisen lainopin, analyttisen oikeustieteen, pragmaattisen instrumentalismin, sosiaalisen siviilioikeuden, oikeusperiaatteiden punnintamallin, kriittisen oikeuspositivismin, naisoikeus- ja oikeudellisen tasa-arvotutkimuksen tai vaikkapa perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin omaksunut tutkija. *Analyttinen oikeustiede* on pyrkinyt lainsäätäjän tai prejudikaattituomioistuimen alkuperäisten tarkoitusten tai tavoitteiden toteuttamiseen tavalla, jossa lainsäätäjän tai prejudikaatin antaneen tuomioistuimen omaksuma oikeudenalakohtainen systematiikka on keskeisellä sijalla. *Pragmaattinen instrumentalismi* eli *reella överbäganden* -juridiikka kiinnittää oikeussääntöjen tulkinnan niiden ennakoitavissa oleviin yhteiskunnallisiin ja etenkin taloudellisiin vaikutuksiin, mille *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi* on antanut vahvasti taloustieteellisen painotuksen oikeudellisen sääntelyn ja päätöksenteon taloudellisen kustannustehokkuuden, transaktiokustannusten minimoinnin ja optimaalisen yhteiskunnallisen resurssiallokaation toteuttamisen merkityksessä.

Vaihtoehtoinen lainoppi on korostanut oikeudellisen sääntelyn ja lainkäytön tavoite- ja tarverationaalisuutta. Se on mieltänyt oikeuden yhteiskunnallisena

muutostekijänä, jonka ideologiset sidonnaisuudet oikeuden tulkitsijan ja lainopin tutkijan tulee avoimesti tunnustaa. Käytännössä vaihtoehtoinen lainoppi on lähestynyt oikeutta ja sen tulkintaa avoimen marxilaisesta oikeus- ja yhteiskuntaideologisesta näkökulmasta. Ajallisesti vaihtoehtoista lainoppia myöhempi *sosiaalinen siviilioikeus* tulkitsee samoin voimassa olevaa oikeutta sen ilmentämien muutostendenssien valossa, vakioiden oikeudellisen tulkinnan (ja systematisoinnin) heikomman sopijapuolen suojelua edistävien systeemisten kiintopisteiden varaan. *Naisoikeustutkimus* tai yleisemmin määritelty *oikeudellinen tasa-arvotutkimus* kiinnittää oikeuden tulkinnan naisten tai muiden (ainakin aiemmin) kollektiivisesti syrjittyjen yhteiskuntaryhmien sukupuolisidonnaisten tai vastaavien muiden yhteiskunnallisten tasa-arvotavoitteiden varaan. *Oikeusperiaatteiden punnintamalli* ja *perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi* ovat sitoutuneet yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoitenäkökohtien kanssa tiiviisti yhteenkietoutuneisiin ja siksi arvosidonnaista painoarvopunnintaa (engl.: *weighing and balancing*) edellyttäviin oikeusperiaatteisiin, irtautuen sääntökeskeisen laintulkintaopin metodiopillisista sitoumuksista, joita olen tässä luvussa tarkastellut.⁶⁰ Perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi korostaa voimassa olevassa perustuslaissa selväsanaisesti omaksutun tai vähintäänkin hiljaisesti edellytetyn perusoikeusjärjestelmän merkitystä lain soveltamisessa. Samoin Tuorin *kriittinen oikeuspositivismi* seuraa tulkintaopillisesti lähinnä oikeusperiaatteiden punnintamallia.

Tulkintakehys kiteyttää oikeudellisen tulkintamenettelyn tutkijalle osoitetuksi *toiminnalliseksi ohjeeksi*: tulkitse voimassa olevaa oikeutta (esimerkiksi) siten, että lainsäätäjän tarkoittamat yhteiskunnalliset asiantilat toteutuvat tavalla, jota tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien toteutunut ja vallitsevan tuomarinideologian perusteella myös tulevaisuudessa todennäköisesti toteutettavissa oleva ratkaisukäytäntö sekä tekninen oikeusasema-analyysi ilmentävät (= *analyttinen oikeustiede*), tulkinta toteuttaa oikeudellisten peruskäsitteiden kesken vallitsevaa tieteellistä systematiikkaa ja olemuksellisesti käsitettyjen oikeuskäsitteiden vakioimia soveltamiskeinoja (= *käsitelainoppi*), heikomman sopijapuolen erityisintressien suoja yhteiskunnassa toteutuu (= *sosiaalinen siviilioikeus*), naisten tai jonkin muun yhteiskuntaryhmän erityisintressit tulevat turvatuiksi tarvittaessa suosivan erityiskohtelun keinoin (= *naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus*), taloudellinen kustannustehokkuus, liiketoiminnan transaktiokustannusten minimointi ja optimaalinen resurssiallokaatio yhteiskunnassa toteutuu (= *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi*) tai vallitseva perusoikeusjärjestelmä toteutuu voimassa olevan oikeuden sääntöjen tulkinnassa ja systematisoinnissa (= *perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi*).

⁶⁰ Käsitteiden institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden punnintaa alla luvussa 5.10. ”Oikeusperiaatteiden punninta”.

9. OIKEUDELLINEN SYSTEMATISOINTI

9.1. Staattinen ja dynaaminen oikeudellinen systematiikka

Oikeudellinen *systematisointi* tarkoittaa voimassa olevan oikeuden sääntöjen keskinäisten suhteiden määrittämistä oikeudellisten pääsääntö/poikkeus -luokitusten ja normikonfliktien ratkaisun merkityksessä. Varsinainen eli oikeussääntöihin sovellettava oikeudellinen systematiikka rakentuu yhtäältä formaaleista *konfliktinratkaisunormeista* sekä toisaalta *oikeudellisten (perus)käsitteiden, dogmien ja konstruktoiden* kokonaisuudesta, joiden avulla voimassa olevan oikeuden säännöt voidaan esittää ristiriidattomana ja keskenään yhteensovitettavissa olevana kokonaisuutena. Oikeuden systematisointi viittaa näin oikeudellista tulkintaa käsitteellisesti edeltäviin ja/tai oikeudellisen tulkinnan kanssa yhteenkietoutuneisiin perusteisiin, jotka avaavat, rajaavat ja sulkevat oikeuden semanttisesti mahdollisten maailmojen edellyttämän loogis-käsitteellisen tilan. Oikeussääntöjen tulkinta on mahdollinen vain määrätyn lukkoon lyödyn oikeudellisen käsitesystematiikan vallitessa.

Oikeudellinen systematiikka on *staattinen* eli suljettu ja vakioitu, jos oikeuslähteiden ja niistä johdettujen oikeudellisten ratkaisuperusteiden keskinäissuhteet ovat ennalta määritettävissä formaalien konfliktinratkaisunormien sekä, tätä yleisemmällä tasolla, oikeudellisten dogmien ja konstruktoiden avulla. Oikeudellinen systematiikka on *dynaaminen* eli avoin ja ”kelluva”, jos oikeuslähteiden ja niistä johdettujen oikeudellisten ratkaisuperusteiden keskinäiset suhteet eivät ole ennalta tai edes jälkikäteisesti yleistettävissä olevalla tavalla määritettävissä oikeudellisten konfliktinratkaisunormien sekä oikeudellisten dogmien ja konstruktoiden avulla. Tarkkaan ottaen vain edellinen eli varsinainen tai staattinen systematiikka täyttää oikeudelliselle systematisoinnille asetetut ehdot. Dynaaminen systematiikka viittaa suhteessa heikompaan oikeusperiaatteiden ja vastaavien ratkaisustandardien systeemiseen jäsennykseen, missä yksittäisen ratkaisuperusteen oikeudellinen ratkaisuarvo osana tuomarin ratkaisuharkintaa on vain tilannekohtaisesti määritettävissä.

Formaaleja konfliktinratkaisunormeja ovat muun muassa *lex superior derogat legi inferiori*, jonka mukaan normihierarkkisesti ylempi säädös syrjäyttää normihierarkkisesti alemman säädöksen, *lex posterior derogat legi priori*, jonka mukaan myöhempi säädös syrjäyttää aiemman säädöksen, ja *lex specialis derogat legi generali*, jonka mukaan erityislaki syrjäyttää yleislain. Jos kaksi oikeussääntöä on keskenään ristiriidassa, toinen niistä on katsottava sovellettavien konfliktinratkaisunormien perusteella pätemättömäksi tai ristiriita on ratkaistava oikeudellisen tulkinnan avulla, jolloin jompaa kumpaa säännöistä tulkitaan supistavasti normiristiriidan poistavalla tavalla. *Oikeudelliset (perus)käsitteet, dogmit* ja niitä täydentävät *konstruktio*t ovat Juha Pöyhösen tarkoittamalla tavalla oikeu-

dellisen systeeminrakennuksen kiintopisteitä, joiden avulla lukitaan oikeuden-
alakohtaiset pääsääntö/poikkeus -jaottelut eli se, mikä kahdesta säännöstä katso-
taan pääsäännöksi ja mikä pääsääntöä suppeammin tulkittavaksi poikkeussään-
nöksi, sekä määritetään yksittäisen oikeussäännön systemmiseen normiympäris-
töön liittyvät kysymykset.⁶¹

Niinpä siviilioikeuden ja erityisesti sopimusoikeuden konstituutio ja ”mahdol-
listen maailmojen semantiikka” vaihtelevat merkittävästi sen mukaan, onko so-
pimuksen konstitutiivisena premissinä – eli, Pöyhösen termein, oikeudellisena
dogmina – sopijapuolten tahtojen alkuperäinen konsensus, perustellun vilpittö-
män mielen ja vaihdannan intressin suojaaminen, sopimuksen tapauskohtainen
sopimustasapaino ja sisällöllinen kohtuus vaiko heikomman sopijapuolen intres-
sien suojele sopimusoikeudellisen tahtomallin, luottamusmallin, oikeudenmu-
kaisen yhteisöllisen käytännön mallin tai heikomman hyvittämisen mallin tar-
koittamalla tavalla.⁶² Sopimusoikeudellisen systeeminrakennuksen perustana
voi olla myös jokin muu yhteiskunnallinen lähtökohta, kuten Euroopan yhteisö-
oikeuden julkilausutut integraatiotavoitteet, naisten erityisintressien suojaami-
nen tai yleisemmin yhteiskunnallisen tasa-arvon edistäminen kiintiöpaikkojen ja
muun tietoisien suosivan erityiskohtelun avulla tai vaikka perusoikeusjärjestel-
män oikeussubjektien keskinäisiin sopimussuhteisiin ulotetut horisontaalivaiku-
tukset, jolloin oikeudellisen systematiikan lähtökohdaksi on omaksuttu yhteisö-
oikeudellinen, naisoikeudellinen tai perusoikeuskeskeinen näkökulma.

Oikeussäännöt ovat määritelmällisesti ratkaisuperusteita, jotka toteuttavat
staattista systeemiä jäsenystä eli ovat lukittavissa ennalta vakioitavissa olevan
sekä sisäisesti eheän ja ristiriidattoman oikeudellisen systematiikan osaksi. Oi-
keusperiaatteet ovat puolestaan aidosti *tilannesidonnaisia* ratkaisuperusteita, joi-
den oikeudellinen ratkaisuarvo on määritettävissä vain suhteessa yksittäiseen
käsillä olevaan oikeustositseikastoon, ilman oikeudellisen yleistettävyyden tai
universalisoitavuuden vaadetta tai oikeutusta. Oikeusperiaatteet toteuttavat toisin
sanoen *dynaamista* eli avointa ja ”kelluvaa” systeemiä jäsenystä, missä yksit-
täistä oikeudellista punnintaratkaisua, jossa kahden tai useamman oikeusperiaat-
teen suhteellinen tilannesidonnainen ratkaisuarvo on määritelty suhteessa tiet-
tyyn faktakonstellatioon, ei voi yleistää yleisenä ratkaisunormina sovellettavak-
si. Jos näin kuitenkin tehdään, sanottu oikeusperiaate on systemisesti vakioitu
formaaliksi oikeussäännöksi, joka noudattaa sääntösidonnaista *joko/tai* -tyyppis-
tä ratkaisulogiikkaa oikeusperiaatteiden *enemmän-tai-vähemmän* -tyyppisen ti-

⁶¹ Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 83: ”Dogmit ovat systeeminmuodostuksen kiintopisteitä, joiden avulla tehdään – viime kädessä oikeusperiaatteisiin perustuvia – ratkaisuja siitä, kumpi kahdesta säännöstä on pääsääntö, kumpi poikkeus, tai siitä, millaisiin seikkoihin analogiaratkaisussa tulisi kiinnittää huomiota taikka millaiseen normiympäristöön ongelmat ensi katsomalta sijoittuvat.”

⁶² Pöyhönen, mts. 79–116; ks. myös luku 9.3. ”Sopimusmalliajattelun piilevät premissit”.

lannesidonnaisen punnintalogiikan sijaan. Sama dynaamisen systematiikan idea pätee lähtökohtaisesti myös prejudikaattiperustaiseen oikeuteen. Niidenkin ”systeemisyyttä” on enintään heikkoa eli vain yksittäisestä ennakkoratkaisusta toiseen ulottuvaa, ei varsinaisten oikeussääntöjen tavoin yleiseksi systeemiseksi jäsen-nykseksi vakioitavissa olevaa.

Oikeusperiaatteet toteuttavat siis enintään dynaamista systematiikkaa, mutta niiden systeemisen vakioitavuuden aste voi jonkin verran vaihdella sovellettavasta oikeudellisesta *tulkintamatriisista* riippuen. Osana vähintään *heikosti systeemistä* lainopin tulkintamatriisia myös oikeusperiaatteiden punnintamenettely on alisteinen ennalta määritettävissä olevalle heikolle etusijajärjestykselle. Esi-merkiksi osana perusoikeuskeskeistä laintulkintaoppia oikeusperiaatteet asettuvat heikosti systeemiseen punnintakehykseen,⁶³ missä vallitsevaa perusoikeusjärjestelmää toteuttaville perusoikeuksille annetaan vähintäänkin heikko systeeminen etusija suhteessa muihin mahdollisiin oikeusperiaatteisiin. Lisäksi on perusteltua olettaa, että kansalaisten henkeä ja terveyttä suojaavilla perusoikeuksilla on ainakin jonkinlainen etusija suhteessa kollektiivisiin, yhteisöllis-kulttuuriin perusoikeuksiin, kuten yhteisölliseen oikeuteen omaehtoiseen kulttuuriin. Samoin osana oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön sopimusmallia oikeusperiaatteet sijoittuvat vähintäänkin heikosti systeemiseen jäsennykseen, kun Pöyhönen antaa yleiselle kohtuusperiaatteelle ja tilannekohtaisesti arvioitavissa olevalle sopimustasapainolle etusijan muihin sopimusoikeutta jäsentäviin periaatteisiin nähdessä sopimuksen tai yksittäisen sopimusehdon kohtuuttomuutta arvioitaessa.

Samoin prejudikaattinormien sarjan tai kokonaisuuden toteuttama systeemisyyden aste vaihtelee sovellettavasta *prejudikaatti-ideologiasta* riippuen. Osana Ronald Dworkinin tarkoittamaa koherenteinta mahdollista oikeudellista kokonaisteoriaa eli *oikeudellista eheyttä* (engl.: *law as integrity*) prejudikaatit noudattavat vahvemmin systeemistä jäsennystä kuin osana taaksepäin katsovaa oikeudellista eksegeesiä, missä myöhemmän tuomioistuimen tehtävänä on rekonstruoida velvoittava prejudikaattinormi ennakkoratkaisun välttämättömien tai riittävien normi- ja faktapremissien perusteella, tai osana oikeudellista malliratkaisu-ideologiaa, missä ratkaisevaa on ennakkoratkaisun sekä käsillä olevan uuden tapauksen oikeustositseikaston riittävä tai riittämätön suhteellinen samankaltaisuus, mikä oikeuttaisi joko oikeudellisen analogian tai distinktiotekniikan soveltamisen myöhemmässä tapauksessa.

Oikeusperiaatteiden ja muiden sääntöjä heikommin formaalien ratkaisuperusteiden osalta Pöyhösen oikeussääntöihin soveltama oikeudelliset peruskäsitteet

⁶³ Oikeusperiaatteiden ja vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien punnintakehys rinnastuu luonnollisesti oikeussääntöjen tulkintakehykseen, jota jo edellä tarkastelin.

+ dogmit + konstruktio -malli, jota formaalit konfliktiratkaisunormit vielä täydentävät, tulee korvata mallilla, jonka osatekijöinä ovat: (a) *sisällölliset punnintanormit*, jotka vastaavat oikeusperiaatesidonnaisessa ajattelussa sääntösidonnaisen ajattelun formaaleja konfliktiratkaisunormeja, (b) oikeudellisesti merkitykselliset *yhteiskunnalliset arvot ja/tai tavoitteet*, jotka ovat *rakenteistuneet* Suomen oikeuteen eli nauttivat riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää suomalaisessa yhteiskunnassa, vastaten sääntösidonnaisen ajattelun oikeudellisia (perus)käsitteitä, (c) *yhteiskunnallinen ja oikeudellinen arvoteoria*, joka määrittää oikeusperiaatteiden tilannesidonnaista punnintamenettelyä, vastaten sääntösidonnaisen ajattelun oikeudellisia dogmeja ja konstruktioita. Oikeusperiaatteiden osalta oikeudellinen dogmi/konstruktio -jaotus on ylläpidettävissä vain vähintään heikosti systeemisesti jäsentyneiden tulkintamatriisien, kuten perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin tai Pöyhösen tavoin ymmärretyn yhteisöllisen kohtuusperiaatteen suhteellisen etusijan varaan jäsennetyn sopimusoikeudellisten oikeusperiaatteiden punnintamallin, tutkimuksellisten premissien vallitessa, koska muutoin lainopillisten dogmien edellyttämät systeemiset kiintopisteet täydellisesti puuttuvat.

Prejudikaattiperustaisen oikeuden osalta oikeudellisen systeeminrakennuksen osaelementit ovat vastaavasti: (a) *prejudikaattioikeudelliset konfliktiratkaisunormit*, jotka ovat sääntösidonnaisen oikeuden sisäistä eheyttä tuottavia formaaleja systematisointinormeja heikommin jäsentyneet, (b) formaali *ratio decidendi/obiter dicta* -erottelu, jonka avulla ennakkoratkaisun varsinainen prejudikaatinormi (= *ratio*) on erotettavissa sen ei-velvoittavasta perustelukontekstista (= *dicta*), ja (c) *prejudikaatti-ideologian eriasteisesti systeemistä eheyttä ylläpitävät määreet*, joiden merkitys riippuu omaksutusta prejudikaatti-ideologiasta, kuten Dworkinin ajatus oikeudellisesta eheydestä ja parhaasta eli koherentimmasta mahdollisesta oikeudellisesta kokonaisteoriasta (engl.: *law as integrity*), heikommin systeeminen idea ennakkoratkaisun normatiivisiin ja/tai faktapremisseihin takautuvasta päättelystä oikeudellisen eksegeesin (engl.: *judicial exegesis*) merkityksessä tai ajatus prejudikaateista yksittäistapauksellisina malliratkaisuin *oikeudellisen analogian* ja *distinktiotekniikan* (engl.: *distinguishing*) vain vaikeasti ennakoitavissa olevan vuorottelun merkityksessä. Prejudikaatteihin perustuvassa oikeudessa oikeudelliset dogmit/konstruktio -jaotus on ylläpidettävissä vain, jos prejudikaattien sarja on vähintään heikosti systeemisesti jäsentynyt, koska muutoin lainopillisten dogmien edellyttämät systeemiset kiintopisteet täydellisesti puuttuvat.

Kokoavasti tämä voidaan esittää seuraavan kaavion muodossa:

Kaavio 7: Staattinen ja dynaaminen oikeudellinen systematiikka

<i>Staattinen oikeudellinen systematiikka:</i>	<i>Dynaaminen oikeudellinen systematiikka:</i>
a) formaalit konfliktinratkaisunormit	a.1) sisällölliset punnintanormit (= oikeusperiaatteet ja muut ratkaisustandardit) a.2) prejudikaatiooikeudelliset konfliktinratkaisunormit (= prejudikaatit)
b) oikeudelliset peruskäsitteet eli varsinaiset oikeuskäsitteet	b.1) oikeudellisesti merkitykselliset yhteiskunnalliset arvot ja/tai tavoitteet (= oikeusperiaatteet ja muut ratkaisustandardit) b.2) <i>ratio decidendi/obiter dicta</i> -erottelu (= prejudikaatit)
c) oikeudelliset dogmit ja konstruktiot	c.1) oikeudellinen ja yhteiskunnallinen arvoteoria (= oikeusperiaatteet ja muut ratkaisustandardit), c.2) prejudikaatti-ideologian systeemisestä määreet, kuten oikeudellinen kokonaisteoria ja systeeminen eheys (<i>law as integrity</i>), taaksepäin katsova oikeudellinen eksegeesi tai yksittäistapaukselliset malliratkaisut, oikeudellinen analogia ja distinktiotekniikka (= prejudikaatit)

Prejudikaattiperustaisen oikeuden systeemisyyden aste vaihtelee siis omaksutun prejudikaatti-ideologian edellyttämällä tavalla. Ronald Dworkinin ajatus parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian avulla toteutetusta *oikeudellisesti eheydestä* (engl.: *law as integrity*) toteuttaa vahvimmin systeemistä jäsenystä, kun taas muut mahdolliset prejudikaatti-ideologiat, kuten oikeudellinen eksegeesi sekä oikeudellisen analogian ja distinktiotekniikan vuorottelu tai lain-säädäntöä jäljittelevä prejudikaatti-ideologia, ovat systeemisesti heikommin jäsenyntyneitä. Toisaalta, myös oikeusperiaatekeskeinen tulkintamatriisi saattaa tehdä mahdolliseksi vähintään heikosti systeemisen oikeusperiaatteiden jäsenyyksen, niin kuin on asian laita perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin sekä sopimus-oikeudellisen kohtuusperiaatteen suhteellisen etusijan varaan jäsenyvän oikeusperiaatteiden punnintamallin osalta.

Staattinen oikeudellinen systematiikka määrittää sen, mikä on tietyssä oikeudellisessa tulkintatilanteessa pääsääntö ja mikä pääsääntöä suppeammin tulkittava poikkeussääntö. Sovelletuna vähintään heikosti systeemisiin oikeusperiaatteisiin, kuten perusoikeuksia tukeviin oikeusperiaatteisiin tai Juha Pöyhösen tar-

koittamalla tavalla jäsennettyyn sopimusoikeudellisten periaatteiden punnintamalliin, missä kohtuusperiaate saa heikon systeemisen etusijan suhteessa tahtoperiaatteeseen ja luottamuksensuojaan, dynaaminen oikeudellinen systematiikka määrittää sen, mikä on oikeudenalan johtava periaate ja mikä ainakin tavallisesti väistyvä periaate. Ilman vähintään heikosti systeemistä jäsennystä oikeusperiaatteiden keskinäiset normikollisiot ovat ratkaistavissa vain puhtaasti tilannekohtaisen punninnan (engl.: *weighing and balancing*) avulla. Prejudikaattiperustaisessa oikeudessa dynaaminen oikeudellinen systematiikka viittaa siihen, miten kahden eri prejudikaattinormin keskinäiset suhteet ovat määritettävissä.

9.2. Vallitsevasta kriittiseen ja staattisesta dynaamiseen systeemiajatteluun

Toteutettavissa oleva oikeudellinen systematiikka on kiinteästi sidoksissa tutkijan omaksumaan lainopilliseen *tulkintamatriisiin*, sillä eri tulkintamatriisit tekevät mahdolliseksi tai suorastaan välttämättömäksi varsin eriasteisen oikeudellisen systematiikan. Ääripäinä ovat yhtäältä vahvasti systeeminen käsitelainoppi, jonka käsitys oikeudellisesta systematiikasta oli täydellisesti suljettu ja staattinen, sekä toisaalta oikeusperiaatteiden punnintamalli ja pragmaattinen instrumentalismi eli *reella överbäganden* -juridiikka, joiden käsitys oikeudellisesta systematiikasta on avoin ja dynaaminen. Käsitelainopin ja analyttisen oikeustieteen käsitys oikeudellisesta systeemistä oli siis *staattinen* eli suljettu ja ennalta määritettävissä ja vakioitavissa oleva, kun taas varsinainen vaihtoehtoinen lainoppi sekä erilaiset kriittisen oikeusopin myöhemmät muunnelmat, kuten sosiaalinen siviilioikeus, naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus, oikeusperiaatteiden punnintamalli ja kriittinen oikeuspositivismi, samoin kuin *reella överbäganden* -juridiikka ja oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi sekä perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi mahdollistavat vain *dynaamisen* eli tapaus- ja tilannekohtaisesti määrittävän oikeudellisen systematiikan toteuttamisen.

Käsitelainopin idea oikeudesta oli vahvasti oikeudellisen systeemiajattelun määräämä. Oikeudelliset peruskäsitteet olivat käsitelainopin mukaan oikeudellisen systeeminrakennuksen kulmakiviä, joihin tieto oikeuden tulkinnallisesta merkityssisällöstä oli tiivistynyt. Vasta kun määrätyn oikeudellisen ilmiön, kuten jakamattoman kuolinpesän tai avoimen yhtiön, suhteellinen sijainti oikeudellisten peruskäsitteiden verkostossa oli määritetty, voitiin tehdä sanotun oikeudellisen ilmiön tulkintaa koskevia päätelmiä, eikä oikeudellista tulkintaa voinut toteuttaa irrallaan esikysymyksenä määritettävästä oikeuskäsitteiden systematiikasta. Niinpä esimerkiksi A. R. Heikosen 1930-luvun esittämät vahvasti käsitelainopilliset olemuspohdinnat – onko jakamaton kuolinpesä juridinen henkilö, onko jakamaton kuolinpesä yhtiö, onko jakamaton kuolinpesä esine, onko peril-

listen oikeus jäämistöön saamisoikeutta, onko perintöosuus sama kuin jäämistössä olevien esineiden ja oikeuksien osuuksien summa, ja ovatko perintöosuus ja itse perillisuus identtisiä?⁶⁴ – onkin nähtävä yrityksinä paikantaa kuolinpesäkäsitteen systeemin sijainti oikeudellisten peruskäsitteiden verkossa. Tämä antoi käsitelainopin systeemiloogisille olemuspohdinnolle vahvasti metafyyssispekulatiivisen luonteen, jota oikeuskäsitteiden tarkoitussidonnaisuutta korostaneen analyttisen oikeustieteen sekä oikeuden yhteiskunnallisia vaikutuksia painottaneen *reella överbäganden* -juridiikan oli myöhemmin helppo kritisoida.

Analyttinen oikeustiede on korostanut oikeudellisessa systeeminmuodostuksessa hyödynnettävien käsitteiden, kuten Simo Zittingin analysoiman omistusoikeuskäsitteen, *tarkoitussidonnaisuutta*, mutta myös analyttinen koulukunta oli sidottu lainsäätäjän alun perin omaksumaan oikeudelliseen systematiikkaan. Vaikka analyttinen koulu kritisoi voimakkaasti edeltäjänsä metafyyssisiä substanssionologian sitoumuksia, sen käsitys voimassa olevasta oikeudesta oli edelleen vahvasti käsitesidonnainen ja staattisen systeemikäsitteilyn mukainen. Oikeudellisen systematiikan avaintermi oli *oikeusasema* lainsäätäjän vahvistamien, henkilösuhdekäsitteiksi ymmärrettyjen erityisten oikeuksien ja velvollisuuksien yhteisnimityksenä. Omistajan oikeusasema⁶⁵ tai kuolinpesän osakkaan oikeusasema⁶⁶ määriteltiin nyt ilman, että olisi ollut tarpeen vedota metafyyssiin olemuspohdintoihin tai ideaaliseen kuolinpesäkonstruktion, mutta oikeuden perusta oli yhä keskeisesti systeeminen. Lainsäätäjän alun perin omaksuma systeemin jäsenyys, joka liitti oikeuden ”sanat” ja ”asiat” määrättyllä tavalla yhteen, tuli edelleen hyväksyä lainopillisen systeeminrakennuksen annettuna kiintopisteinä, ja vain oikeudellisen tulkinnan ja systematisoinnin idealistis-metafyyssistä reunaehdoista luovuttiin.

Vasta 1970-luvun vaihtoehtoinen lainoppi sekä myöhemmät kriittisen oikeusopin suuntaukset – kuten hyvinvointivaltioideologiaan kiinnittyvä *sosiaalinen siviilioikeus*, feminististä tai yleisemmin tasa-arvoideologiaa toteuttava *naisoikeus*- ja *oikeudellinen tasa-arvotutkimus*, yhteisöllisen kohtuuseriaatteen ja tilannekohtaisen sopimustasapainon ensisijaisuutta painottava, Juha Pöyhösen tavoin ymmärretty *oikeuseriaatteiden punnintamalli*, oikeuden taloudellisten tulkintaperusteiden varaan rakentuva 1990-luvun jälkipuoliskon ja 2000-luvun *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi* sekä lainoppia koskevien kriittisten pai-

⁶⁴ Heikonen, *Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa silmälläpitäen erikoisesti perillisen omistusoikeussuhteita*, I, s. 122–160, 161–214 ja 215–236 sekä sama, *Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa silmälläpitäen erikoisesti perillisen omistusoikeussuhteita*, II, s. 155–172, 173–181 ja 181–187.

⁶⁵ Zitting, *Omistajanvaihdoksesta silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia*, *passim*; sama, ”Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista, I–II”, *passim*.

⁶⁶ Aarnio, *Perillisen oikeusasemasta*, *passim*.

notustensa osalta myös Kaarlo Tuorin *kriittinen oikeuspositivismi* – ovat irtautuneet käsitelainopin ja analyttisen oikeustieteen lainsäädäntökeskeisestä oikeusajattelusta. Yhteistä niille kaikille on lainopin vallitsevan doktriinin *institutionaalisen tuomarireferenssin* hylkääminen sekä oikeuden tulkinnan ja systematisoinnin sekä oikeusperiaatteiden arvosidonnaisen punninnan kiinnittäminen eri tavoin määriteltyyn normatiivis-kriittiseen yhteiskuntaideologiaan esimerkiksi marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntakäsityksen, etusijaistetun sopimusoikeudellisen kohtuuden, yleistetyn heikomman sopijapuolen suojelun, naisten tai jonkin muun yhteiskuntaryhmän tietoisien suosivan erityiskohtelun tai taloudellisen kustannustehokkuuden edistämisen merkityksessä.

Vaihtoehtoinen lainoppi on korostanut oikeudellisen tulkinnan ja systematisoinnin tarve- ja tavoiterationaalisuutta, perustaen oikeuden tulkinnan ja systematisoinnin avoimen marxilaisiin tai vasemmistolaisiin yhteiskuntaideologisiin premisseihin lainsäätäjän, tuomarien ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymien normatiivisten lähtökohtien sijaan. Kun oikeus nyt nähtiin vaihtoehtoisen lainopin kirjoituksissa yhteiskunnallisena mahdollisuutena ja muutospotentialina toteutuneen ja toteutettavissa olevan yhteiskunnallisen tosiasian sijaan, myös idea yhdestä ainoasta oikeudellisesta tulkinta- ja systematisointitavasta hylättiin. Ajatus oikeuden vaihtoehtoista tulkinta- ja systematisointimalleista, jonka teoreettiset lähtökohdat olivat yhtäältä poliittisesti tiedostavien italialaistuomareiden yhteiskunnallisessa itseymmärryksessä (ital.: *uso alternativo del diritto*) ja toisaalta marxilaisittain ymmärretyssä oikeuden ja yhteiskunnan monitasomallissa, omaksuttiin myös myöhemmissä kriittisen oikeusopin muunnelmissa. Voimassa olevan oikeuden säännöt voitiin systematisoida ja niitä voitiin tulkita sekä oikeusperiaatteita voitiin punnita tavalla, joka toteutti parhaiten lainopin tutkijan itsensä tai määrätyn opillisen suuntauksen – eikä siis tuomioistuinten ja muiden viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien – sisäistämiä oikeudellisia ja yleisemmin yhteiskuntaideologisia arvoja ja tavoitteita. Sosiaalisessa siviilioikeudessa tämä on tarkoittanut oikeudellisen systematiikan rakentamista heikomman sopijapuolen suojelua tarkoittavien yksittäisten säännösten varaan. Naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus on pyrkinyt naisten yhteiskunnallisen aseman parantamiseen oikeudellisen tulkinnan ja – tätä vähäisemmässä määrin – systematisoinnin avulla. Oikeusperiaatteiden punnintamalliin perustuva oikeusajattelu on muun muassa esittänyt sopimusoikeudellisen kohtuuden nostamista sopimusoikeuden johtavaksi periaatteeksi.

Vaihtoehtoinen, kriittinen tai avoimen *poliittinen* oikeusoppi rikkoo lainopin vallitsevan doktriinin oikeudellista systematisointia ja tulkintaa sekä oikeusperiaatteiden arvosidonnaista punnintaa koskevat metodiopilliset sitoumukset tulkitsemalla lainsäätäjän asettamaa ja oikeuskirjallisuudessa vakiintunutta pääsääntö/poikkeus -luokitusta radikaalisti totutusta poikkeavalla tavalla. Helin on kiteyttä-

nyt osuvasti kriittisen oikeusopin tavanomaisesta tai vallitsevasta lainopista poikkeavan systematisointipyrkimyksen:⁶⁷

”... vaihtoehtoinen lainoppi pyrkii saamaan aikaan kopernikaanisen kumouksen oikeuden kulttuuritasolla. Kumouksen eräänä seurauksena on pääsääntöjen muuttuminen poikkeuksiksi ja poikkeuksien pääsäännöiksi. Tämä mahdollistaa analogiapäätelmät sellaisista periaatteista, jotka perinteisen doktriinin mukaan ovat poikkeuksia, ja vastakohtaispäätelmät periaatteista, joita tavallisesti pidetään pääsääntöinä.”

Perusteluna kriittisen oikeusopin totutusta poikkeavalle systematisoinnille ja tulkinnalle on esitetty oikeudellisen ajattelun *muutosdynamiiikkaa* sekä pyrkimystä yhteiskunnan tulevan kehityksen ennakoimiseen oikeuden tulkinnassa. Toisaalta, vaihtoehtoisen, kriittisen tai poliittisen oikeusopin toteuttamisessa tulkinta- ja systematisointisuosituksissa on sittenkin kyse lainsäädännöllisistä poikkeuksista ja lainsäätäjän tietoisesti omaksuman systematiikan sivuuttamisesta oikeuden tulkinnassa, eivätkä kriittisen tutkijanideologian omaksuneet tutkijat ole aina edes itse vieneet kriittistä päättelyä sen loogiseen päätökseen asti. *The lure of the mainstream*: vallitseva lainopin doktriini houkuttaa sen tarjoaman institutionaalisen legitimaation ja tulkintakannanottojen otaksuttavasti helpomman hyväksyttävyyden vuoksi, vaikka tutkijan teoreettiset lähtökohdat olisivatkin marxilaisessa oikeus- ja yhteiskuntafilosofiassa.

Esimerkiksi Kaarlo Tuorin kaksiosaisen väitöskirjatutkimuksen *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta* ensimmäinen nide perustelee Sakari Hännisen marxilaiseen yhteiskuntafilosofiaan ja Georg Lukács -luentaan perustuen ajatuksen oikeuden ja yhteiskunnan monitasomallista,⁶⁸ mutta teoksen toisessa niteessä marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia saa yhtä kaikki väistyä perinteisemmän lainopillisen tarkastelun tieltä:⁶⁹

”Komitealaitosta koskevia positiivisoikeudellisia ongelmia eritellessäni tukeudun totunnaiseen lainopilliseen argumentointitapaan ja -aineistoon, painottaen tosin ehkä tavallista enemmän reaaliargumentteja; vaihtoehtoista lainoppia tutkimukseni ei ainakaan pääosiltaan ole. Vaikka en kaikissa yhteyksis-

⁶⁷ Helin, ”Monet on metodit”, s. 311. – Helin puhuu tekstikatkelmassa Thomas Wilhelmssonin edustamasta sosiaalisesta siviilioikeudesta, mutta tekstikatkelman ajatuksen voi yleistää koskemaan kriittistä oikeusoppia yleisemminkin.

⁶⁸ Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 1. Julkisoikeudellinen tutkimus komiteatyypisten elinten asemasta Suomen valtio-organisaatiossa. 1. nide. Teoreettinen ja historiallinen tausta, etenkin s. 70–77.

⁶⁹ Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 2. Julkisoikeudellinen tutkimus komiteatyypisten elinten asemasta Suomen valtio-organisaatiossa. 2. nide. Positiivisoikeudelliset tarkastelut, s. 24. Vrt. sama, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. VII.

sä ole samaa mieltä ns. vallitsevan doktriinin kanssa, pysyttäydyn kantojani perustellessani totunnaisten lainopillisten diskurssisääntöjen rajoittamalla alueella.”

Käsitys toteutettavissa olevasta oikeudellisesta systematiikasta on muuttunut myös toisessa merkityksessä. Käsitelainopin ja analyttisen koulun idea staattisesta, ennalta vakioitavissa olevasta ja suljetusta sääntökeskeisestä oikeudellisesta systematiikasta on saanut väistyä avoimen, *dynaamisen*, tilannesidonnaisen ja periaatekeskeisen systeemikäsityksen tieltä oikeusperiaatteiden punnintamallin ja periaatekeskeisen oikeudellisen argumentaation varaan rakentuvien kriittisen oikeuspositivismin, perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin sekä sosiaalisen siviilioikeuden ja ainakin jossain määrin myös naisoikeustutkimuksen kirjoituksissa. Oikeudellinen systematiikka on sanottujen tulkintamatriisien hyväksymien tieteenteoreettisten premissien vallitessa määritettävissä vain *tilannesidonnaisesti* eli suhteessa tuomioistuimen tai muun lainsoveltajan antamaan yksittäiseen soveltamisratkaisuun, jossa eri oikeusperiaatteiden painoarvot on suhteutettu sekä toisiinsa että määrättyyn yksittäiseen faktakonstellatioon. Lähestymistavan liittymät dynaamiseen eli tilannesidonnaiseen ja systeemisesti avoimeen oikeuslähteoppiin ovat ilmeiset. Dynaamisessa oikeuslähteopissa yksittäisen oikeuslähteen tai siitä johdetun oikeudellisen ratkaisuperusteen oikeuslähteopillinen ratkaisuarvo on periaatteessa vain tapauskohtaisesti määritettävissä.

10. OIKEUSPERIAATTEIDEN PUNNINTA

10.1. Yhteiskunnallisten arvojen rakenteistuminen ja formalisoituminen

Oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet ovat eriasteisesti *rakenteistuneita* ja *formalisoituja* oikeudellisia ratkaisuperusteita eli oikeudellisia argumentteja, jotka saavat (eriaasteista) merkitystä tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavina tai sitovina tekijöinä. Arvo- ja/tai tavoitesidonnaiset oikeusperiaatteet noudattavat varsin erilaista oikeudellista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa kuin formaalit oikeussäännöt. Voimassa olevat oikeussäännöt ovat käsitteellisesti irtautuneet ja itsenäistyneet niistä yhteiskunnallisista arvoista ja/tai tavoitteista, joiden perusteella ne alun perin saatettiin voimaan. Oikeussäännöt ovat identifioitavissa niiden muodollisen syntyvän perusteella, minkä vuoksi Hartin formaali oikeuden tunnistamissääntö (engl.: *rule of recognition*) soveltuu niiden tunnistamiseen: ”se, mitä (Suomen) valtiopäiville kokoontunut eduskunta säätää, on voi-

massa olevaa oikeutta.”⁷⁰ Yksittäistä oikeussääntöä tulkittaessa ei – ainakaan pääsääntöisesti – ole tarpeen viitata sen alkuperäiseen synty- ja justifikaatiope- rustaan niiden yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoitenäkökohtien merkityksessä, joita silmällä pitäen kyseinen säädös alun perin saatettiin voimaan.⁷¹ Oikeus- säännöt ovat, filosofi Ludwig Wittgensteinin osuvaa metaforaa lainatakseni, kuin ratakiskot, joita voi joko seurata tai olla seuraamatta mutta joita ei voi seurata ”enemmän-tai-vähemmän” putoamatta ratakiskoilta. Oikeussäännöt toteuttavat toisin sanoen *joko/tai* -tyyppistä eli binääristä kaksiarvologiikkaa: oikeussääntö joko soveltuu käsillä olevaan tapaukseen tai se ei siihen sovellu, eikä kolmatta vaihtoehtoa ole.

Oikeusperiaatteet puolestaan soveltuvat tiettyyn tapaukseen vain *enemmän-tai-vähemmän*. Ne ovat määritelmällisesti kietoutuneet yhteen erilaisten yhteis- kunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden kanssa, eikä yksittäisen oikeus- periaatteen oikeudellista ratkaisuarvoa ole mahdollista määrittää irrallaan niistä yhteiskunnallisista arvo- ja/tai tavoitenäkökohdista, joita sen avulla pyritään to- teuttamaan. Yksittäisen oikeusperiaatteen tilannesidonnaisen oikeudellisen rat- kaisuarvon määrittämiseksi sen ilmentämiä yhteiskunnallisia arvo- ja/tai tavoite- näkökohtia tulee *punnita* käsillä olevan oikeustapauksen ainutkertaisessa rat- kaisukontekstissa, ja sanotut näkökohdat tulee *tasapainottaa* muiden asiaanvai- kuttavien oikeusperiaatteiden vastaavien yhteiskunnallisten tausta-arvojen ja ta- voitteiden kanssa (engl.: *weighing and balancing*).

Yksittäisen oikeusperiaatteen oikeudellinen ratkaisuarvo tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkinnan osana on lähtökohtaisesti tilannesidonnainen ja systeemisesti ei-vakioitavissa oleva: oikeusperiaatteiden keskinäisiä suhteita ei ole mahdollista ennalta tai edes jälkikäteen systeemisesti vakioda ilman, että oikeusperiaatteet tulevat samalla muunnetuiksi formaaleiksi, yhteiskunnallisista taustapremisseistään irtautuneiksi ratkaisuperusteiksi eli oikeussäännöiksi, joi- den velvoittavuus on palautettavissa niiden muodolliseen syntytapaan Hartin oikeuden tunnistamissäännön ja Kelsenin perusnormin tarkoittamalla tavalla. Tuomioistuinkäytännössä syntyneiden oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien osalta senkaltaista formalisoitumiskehitystä on myös tapahtunut.

Oikeussääntöjä heikommin formaalien oikeusperiaatteiden ja muiden ratkai- sustandardien jäsentämässä oikeudessa vaikuttaa kaksi muutostendenssiä, jotka toimivat yhtäläisesti kahteen suuntaan ja jotka lähentävät institutionaalisia oi- keusperiaatteita yhtäältä formaaleihin oikeussääntöihin sekä toisaalta subjektisi- donnaisiin arvoihin: yhtäältä subjektisidonnaisten yhteiskunnallisten arvojen *ra-*

⁷⁰ Hartin esimerkki Englannin oikeuden tunnistamissäännöstä oli: ”what the Queen in Parliament enacts is law”. Hart, *The Concept of Law*, s. 108.

⁷¹ Oikeudellisen tulkinnan ennakoitavissa olevien yhteiskunnallisten vaikutusten ottaminen reaali- sina argumentteina huomioon oikeussääntöjen tulkinnassa on tähän poikkeus.

kenteistuminen oikeudellisiksi ratkaisustandardeiksi, jotka saavat vähintään jonkinasteista tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista harkintaa ohjaavaa vaikutusta, ja toisaalta vallitsevan tuomarinideologian osana vaikuttavien oikeusperiaatteiden ja muiden ei-formaalien ratkaisustandardien *formalisoituminen* eli muuntuminen yhä enemmän säännönkaltaisiksi oikeudellisiksi ratkaisuperusteiksi, joiden oikeudellinen ratkaisuarvo on ennalta vakioitavissa varsinaisen oikeudellisen systematisoinnin tarkoittamassa merkityksessä.

Rakenteistuminen viittaa oikeudellisen ratkaisuperusteen nauttimaan institutionaaliseen tukeen ja yhteisölliseen hyväksyntään yhteiskunnan erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa käytännöissä, kuten lainsäädännössä ja lainvalmistelussa, oikeuskäytännössä, sopimuskäytännöissä sekä yleisesti vallitsevaa yhteiskuntamoraalia jäsentävissä käytännöissä. Vahvasti Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneet oikeudelliset ratkaisuperusteet, joiden synty tapa saattaa liittyä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamiin yksittäisiin linjaratkaisuihin, voivat saada suomalaisen tuomarin ratkaisuharkinnassa jopa kansallisen perustuslain säännökset onnistuneesti sivuuttavan ratkaisuperusteen aseman.

Formalisoituminen viittaa oikeudellisen ratkaisuperusteen itsenäisyyteen oikeudellisena ratkaisuarvargumenttina suhteessa sen taustalla vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin.⁷² Formalisoinnissa on kyse ratkaisuperusteen erilaisista muutosidonnaisista ja aineellisesta sisällöstä riippumattomista määreistä etenkin *konstitutiivisen* eli *validiteettiformalismin* merkityksessä, joka liittyy oikeusnormin muodolliseen syntytapaan ja voimassaoloon; *systemisen* formalismin merkityksessä, joka määrittää sen oikeudellisen ratkaisuarvon systeemistä vakioitavuutta; oikeudellista päätöksentekoa ohjaavaan *sitovuuteen* eli *ratkaisuarvoon* liittyvän formalismin (engl.: *mandatory formality*) merkityksessä; *rakenteellisen* tai normiloogisen formalismin eli oikeussääntöjen joko/tai -tyyppisen sekä oikeusperiaatteiden enemmän-tai-vähemmän -tyyppisen ratkaisulogiikan merkityksessä; sekä *metodisen* eli oikeussääntöjen tulkinnaan ja oikeusperiaatteiden arvosidonnaiseen punnintaan liittyvän formalismin tai argumentatiivisen avoimuuden merkityksessä.

Käytännössä yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden rakenteistuminen ja formalisoituminen liittyvät usein yhteen: vahvaa institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja muut ratkaisustandardit saattavat vähitellen muuntua säännönkaltaisiksi ratkaisuarvargumenteiksi, kun ne täsmentyvät tuomioistuinten ja muiden viranomaisten ratkaisukäytännössä, ja samalla niiden institutionaalinen tuki yhteiskunnassa vahvistuu. Esimerkiksi eräät

⁷² Vrt. tämän teoksen luku 2.13. ”Oikeuden rakenteellinen aksiologia: formaalit oikeussäännöt, institutionaaliset oikeusperiaatteet ja subjektisidonnaiset arvot”.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevät oikeusohjeet, kuten yhteisöoikeuden etusija suhteessa kansallisiin säädöksiin tai rikosjutun syytetyn oikeus todistajan henkilökohtaiseen kuulemiseen osana ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan takaamaa oikeudenmukaista oikeudenkäyntimenettelyä, ovat vähitellen saaneet säännönkaltaisia systeemisiä ominaisuuksia sekä säännönkaltaista ehdotonta velvoittavuutta oikeusperiaatteiden enemmän-tai-vähemmän -tyyppisen sovellettavuuden ja systeemisen ei-vakioitavuuden sijaan, kun ne ovat täsmentyneet yleiseurooppalaisessa oikeuskäytännössä ja myös Suomen tuomioistuin- ja viranomaiskäytännössä. Oikeusperiaatteet saavat vahvemmin systeemisen oikeudellisen argumentin luonteen myös silloin, kun ne lukeutuvat lainopilliseen tulkintamatriisiin, jonka tieteenteoreettiset premissit tunnustavat senkaltaisen vähintään heikosti systeemisen jäsenyyksen olemassaolon. Näin on asia esimerkiksi perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin osalta suhteessa perustuslain hyväksymään perusoikeusjärjestelmään. Lisäksi oikeuslähteen tai yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen taustalla vaikuttava *institutionaalinen oikeuttamisperuste* vaikuttaa sen oikeudelliseen ratkaisuarvoon.

Rakenteistumisessa ja formalisoitumisessa on tavallaan kyse vain näkökulmasta: oikeudellisen ratkaisuperusteen formalistisuus pitää ajatuksellisenä lähtökohtana yhteiskunnallisesta arvo- ja/tai tavoiteperustastaan irtautuneita oikeussääntöjä, kun taas oikeuslähteen tai oikeudellisen ratkaisuperusteen rakenteistuminen viittaa pikemminkin oikeusperiaatteisiin ja vastaaviin oikeudellisiin ratkaisustandardeihin.

Oikeudellisten ratkaisuperusteiden rakenteistumis- ja formalisoitumistendenssit voivat toteutua myös käänteisesti. Aiemmin riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttinut oikeusperiaate saattaa menettää asemansa kollektiivisessa tuomarinideologiassa tuomarien ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavana ratkaisuperusteenä. Syynä voi olla yhteiskunnallisten arvostusten muutos tai oikeusperiaatteen ilmentämien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoitenäkökohtien käyminen jostain muusta syystä epätarkoituksenmukaisiksi. Tällöin on kyse oikeusperiaatteen *destrukturoidumiskehityksestä*, jonka ääripisteenä on sen palautuminen subjekti-sidonnaiseksi arvoksi vailla institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää, jolloin sen asema tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkinnassa rinnastuu enintään reaaliseen argumenttiin. Toisaalta, vähintään rajoitetusti oikeussäännön kaltaisia eli sääntöformaaleja ominaisuuksia saavuttanut oikeusperiaate saattaa ne myös menettää, jos kyseisen oikeudellisen ratkaisustandardin vakiintuneet normatiiviset premissit ja institutionaaliset reunaehdot onnistutaan tehokkaalla tavalla riitauttamaan. Tällöin vähintään heikosti sääntöformaaleja ominaisuuksia saanut oikeudellinen ratkaisustandardi palautetaan jälleen sen taustalla vaikuttavien arvo- ja/tai tavoitenäkökohtien yhteyteen yksittäisessä soveltamisti-

lanteessa. On kyse oikeudellisen ratkaisuperusteen *deformalisoitumiskehityksestä*, jonka ääripisteenä on sen palautuminen reaaliseksi argumentiksi vailla oikeussäännön vahvasti tai oikeusperiaatteen edes heikosti formaalia luonnetta.

Oikeudellisten ratkaisuperusteiden *rakenteistuminen* Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan sekä *formalisoituminen* eli suhteellinen itsenäistyminen niiden taustalla vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvo- ja tavoiteperusteisiin nähden vaikuttaa tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan sekä lainopin tutkijan oikeudelliseen argumentaatioon siltä osin kuin tavoitteena on voimassa olevan oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön selvittäminen analyttis-deskriptiivisen tutkijanideologian tarkoittamalla tavalla. Erilaisten oikeudellisten ratkaisuperusteiden lisääntyvä rakenteistuminen ja formalisoituminen merkitsee sitä, että tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellinen harkinta muuttuu entistä sidotummaksi, ja samalla institutionaaliseen tuomarireferenssiin sitoutuneen lainopin tutkijan tutkimuksellinen liikkumavara vastaavasti kaventuu. Toisaalta, oikeudellisten ratkaisuperusteiden *destrukturoidumis-* tai *deformalisoitumiskehitys* on yhtä lailla mahdollinen vaihtoehto, jolloin tuomarin oikeudellinen harkinta muuttuu vähemmän sidotuksi ja institutionaaliseen tuomarireferenssiin sitoutuneen lainopin tutkijan tutkimuksellinen liikkumavara vastaavasti kasvaa.

10.2. Oikeusperiaatteiden punninta suhteessa lainopin tulkintamatriiseihin

Oikeudellinen *punninta* tarkoittaa yksittäisen Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneen eli eriasteista mutta oikeudellisesti riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivan oikeusperiaatteen tai muun vastaavan oikeudellisen ratkaisustandardin oikeudellisen *ratkaisuarvon* määrittämistä sekä suhteuttamista eli keskinäistä tasapainottamista muiden asiaanvaikuttavien oikeusperiaatteiden ja ratkaisustandardien ilmentämiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin (engl.: *weighing and balancing*). Lainopin tutkijan sisäistämä oikeudellinen tulkintamatriisi määrittää yhtenäisen *punnintakehyksen*, joka ohjaa oikeusperiaatteiden punnintamenettelyä joko puhtaasti tilannesidonnaisen ja systeemisesti ei-vakioidun tai, vaihtoehtoisesti, vähintään heikosti systeemisesti jäsenytyneen punninnan keinoin.

Perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi toteuttaa vähintään heikosti systeemistä oikeudellista jäsenystä. Siinä voimassa olevan oikeuden tulkinta palautetaan aina viime kädessä vallitsevaan eli voimassa olevan perustuslain joko selväsanaisesti hyväksymään tai vähintäänkin hiljaisesti edellyttämään perusoikeusjärjestelmään. Osana perusoikeuskeskeistä laintulkintaoppia oikeusperiaatteet nähdään tilannesidonnaisina oikeudellisina argumentteina, joiden punninnan tulee noudattaa vallitsevan perusoikeusjärjestelmän vähintään heikosti vakioimia yh-

teiskunnallisia arvoja ja tavoitteita. Eri sukupolvien perusoikeudet noudattavat samalla varsin erilaista sääntelylogiikkaa: ensimmäisen sukupolven yksilölliset vapausoikeudet, toisen sukupolven TSS + O -oikeudet eli taloudelliset, sosiaaliset, sivistykselliset ja juridiset eli oikeudelliset oikeudet sekä kolmannen sukupolven aidosti kollektiiviset perusoikeudet, kuten oikeus kestäväan kehitykseen, oikeus omaehtoiseen kulttuuriin tai aiemmin syrjityn yhteiskuntaryhmän kollektiivinen oikeus suosivaan erityiskohteluun, noudattavat kukin varsin erilaisia horisontaalisia sidosperiaatteita.⁷³ Vallitsevalla perusoikeusjärjestelmällä on vähintään heikosti oikeusperiaatteiden suhteellista ratkaisuarvoa systeemisesti jäsentävä vaikutus: se asettaa heikon etusijajärjestyksen eri perusoikeuksien välille tai ainakin rajaa määritetyt tyyppitilanteet oikeudellisen ratkaisuharkinnan ulkopuolelle. On jokseenkin mahdoton kuvitella tilannetta, jossa yhteisöllis-kulttuurinen oikeus kestäväan kehitykseen ja omaehtoiseen kulttuuriin tai jonkin yhteiskuntaryhmän kollektiivinen oikeus positiiviseen suosivaan erityiskohteluun voisi syrjäyttää yksittäisen kansalaisen hengen tai terveyden suojan. Perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi käsittää näin joukon vähintään heikosti velvoittavia *prima facie* -etusijanormeja, joiden avulla oikeudellista punnintaa voidaan systeemisesti jäsentää.

Myös *oikeusperiaatteiden punnintamalli* saattaa sisältää vähintään heikosti oikeudellista ratkaisua ennalta jäsentäviä eli heikosti systeemisiä elementtejä. Juha Pöyhösen väitöskirjassaan *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* esittämä sopimusoikeudellisen kohtuusperiaatteen suhteellinen etusija tahtoperiaatteeseen ja luottamusperiaatteeseen nähden toteuttaa sanotunlaista heikosti systeemistä oikeusperiaatteiden jäsenystä: oikeustoimilain 36 §:n tarkoittamassa yksittäisen sopimuksen tai sopimusehdon kohtuullistamisharkinnassa kohtuusperiaatteen enimmäispainoarvo on Pöyhösen mukaan kaksinkertainen muihin sopimusoikeuden periaatteisiin eli tahtoperiaatteeseen, luottamusperiaatteeseen ja heikomman hyvittämisen periaatteeseen verrattuna. Siihen, mihin kohtuusperiaatteen suhteessa enintään kaksinkertainen painoarvo perustuu, Pöyhönen ei vastaa muutoin kuin kehäpäätelmän omaisella viittauksella oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön sopimusmalliin, jossa kohtuusperiaatteella on sanotulla tavalla keskeinen sija. Jos Pöyhösen oikeusperiaatteisiin ja yhteisölliseen kohtuuteen sidotun argumentaation hyväksyy, se tarjoaa tutkijalle vähintään heikosti systeemisen lähtökohdan vastaisten oikeudellisten punnintasuositusten esittämiseksi.⁷⁴ Toisaalta, jos tutkija on sitoutunut sopimusoikeudelliseen tahtomalliin tai luottamusmalliin Pöyhösen itsensä kannattaman kohtuusperustaisen ja aineellista sopimustasapainoa korostavan lähestymistavan sijaan, tällöin

⁷³ Perustelen kantani lähemmin luvussa 9.6. ”Perusoikeusjärjestelmän sisäinen logiikka”.

⁷⁴ Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 312.

tulee tietenkin antaa etusija sopijapuolten alkuperäiselle tahdonmuodostukselle tai vilpittömän mielen suojalle kohtuusperustaisten argumenttien ja tilannesidonnaisen sopimustasapainon sijaan, ja periaatteiden punninnan heikosti systeminen painopiste muuttuu vastaavasti.

Sanotunlainen oikeusperiaatteiden heikosti systeminen jäsenitys ei kuitenkaan ole välttämätön, vaan oikeusperiaatteiden punnintamalli on mahdollista toteuttaa puhtaasti tilannesidonnaisen harkinnan rakenteellisten osatekijöiden analyysin keinoin. Esimerkiksi Jaakko Jonkan syyttäjän syyteharkintaa jäsentävä oikeusperiaatteiden punnintamalli ei pyri edes heikosti systemiseen jäsenykseen, vaan kyse on aidosti tilannesidonnaisesta harkinnasta, jossa yhtäältä rikosten valtiollinen selvittämisintressi ja toisaalta rikoksesta epäillyn oikeusturvaintressi on suhteutettava toisiinsa.⁷⁵ Myös *kriittinen oikeuspositivismi* toteuttaa vähintään heikosti systemistä oikeusperiaatteiden jäsenystä, jos ja kun oikeusperiaatteet mielletään siinä Ronald Dworkinin myöhäistuotannon tarkoittamalla tavalla. Dworkinin mukaan tuomarın tai oikeuden tutkijan tehtävänä on rekonstruoida oikeudellisten säädösten ja aiempien tuomioistuinratkaisujen perusteella paras mahdollinen oikeudellinen kokonaisteoria, jonka avulla *oikeudellista eheyttä* eli oikeusperiaatteiden keskinäistä koherenssia (engl.: *law as integrity*) ilmentävä mutta samalla aidosti tilannesidonnainen oikeudellinen systemaatiikka on mahdollista toteuttaa.⁷⁶

Myös *sosiaalinen siviilioikeus, naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus* sekä *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi* eli oikeuden taloudellisiin vaikutuksiin painottuva *reella överbälganden* -juridiikka sallivat oikeusperiaatesidonnaisen oikeudellisen argumentaation. Niiden osalta vähintään heikosti systeminen oikeudellinen jäsenitys on mahdollinen, kun oikeudellisen tarkastelun ajatuksellinen kiintopiste on ensin vakioitu vähintään heikosti priorisoidun sopimusoikeudellisen heikomman suojelun periaatteen, naisten yhteiskunnallisten erityisintressien suojelun tai taloudellisen kustannustehokkuuden toteuttamisen suhteellisen etusijan merkityksessä. Toisaalta, jos sovellettava tulkintamatriisi ei salli lainkaan oikeusperiaatteiden tai muiden oikeussääntöjä heikommin formaalien perusteiden käyttämistä oikeudellisena ratkaisuargumenttina, niin kuin asia on ainakin käsiteläinopin ja pääsääntöisesti myös analyttisen oikeustieteen alaisuudessa, kysymys oikeusperiaatesidonnaisen argumentaation rakenteistumisesta ja/tai formalisoitumisesta ei voi sekään aktualisoitua.

⁷⁵ Jonkka, *Syytekynnys*, s. 248 *et seq.*

⁷⁶ Tuori viittaa Dworkiniin mutta hyödyntää tämän varhaisempaa ja systemisessä katsannossa heikommin jäsentynyttä *Taking Rights Seriously* -teosta. Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 200–202. Vrt. myös Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 96–97.

11. YHTEENVETO OIKEUDELLISESTA ARGUMENTAATIOTEORIASTA

Oikeudellinen *tulkinta* tarkoittaa tulkinnallisen merkityksen antamista institutionaalisista ja ei-institutionaalisista oikeuslähteistä johdetuille oikeussäännöille. Oikeussäännöille on ominaista määritelmällinen *sääntöformalismi*: yksittäisen oikeussäännön muodollinen voimassaolo ja tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö on – ainakin lähtökohtaisesti – arvioitavissa formaalin oikeuden tunnistamissäännön ja vallitsevan oikeudellisen metodiopin argumentaatiosääntöjen tarkoittamalla tavalla, irrotettuna kyseisen oikeussäännön aineellisesta synty- ja justifikaatioperustasta erilaisten lainsäädännön taustalla vaikuttavien tai ainakin vaikuttaneiden yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoitenäkökohtien merkityksessä.

Oikeusperiaatteita ja vastaavia oikeussääntöjä heikommin formaaleja oikeudellisia ratkaisustandardeja ei ole mahdollista tunnistaa eikä niiden oikeudellista ratkaisuarvoa ole mahdollista määrittää irrallaan niiden aineellisesta synty- ja oikeuttamisperustasta niiden ilmentämien yhteiskunnallisten arvojen ja/tai tavoitteiden merkityksessä. Oikeusperiaatteissa on toisin sanoen tiiviisti yhteinkietoutuneina joukko yhtäältä muodollis-juridisia sekä toisaalta yhteiskunnallisiin arvoihin tai tavoitteisiin liittyviä näkökohtia. Sen vuoksi yksittäisen oikeusperiaatteen tilannesidonnaisen ratkaisuarvon määrittämiseksi sitä tulee *punnita* ja *tasapainottaa* (engl.: *weigh and balance*) vasten sen itsensä sekä kaikkien muiden tapauksessa asiaanvaikuttavien oikeusperiaatteiden ilmentämiä yhteiskunnallisia arvoja ja/tai tavoitteita, jotka yksittäistä oikeussääntöä tulkittaessa – ainakin pääsääntöisesti ja lähtökohtaisesti – rajautuvat oikeudellisen tulkintaprosessin ulkopuolelle. Tosin se tosiasia, että tulkinnan ennakoitavissa oleville yhteiskunnallisille vaikutuksille annetaan eräänlaisen viimekätisen kontrollikriteerin merkitystä myös oikeussääntöjen tulkinnassa, avaa niiden tulkintaa myös arvo- ja/tai tavoiterationaaliselle argumentaatiolle.

Oikeudellinen *systematisointi* tarkoittaa voimassa olevan oikeuden sääntöjen keskinäisten suhteiden määrittämistä oikeudellisten pääsääntö/poikkeus-luokitusten eli oikeudellisten dogmien (ja konstruktioiden) sekä sääntöjen keskinäisen konfliktinratkaisun merkityksessä. Oikeusperiaatteita ei ole mahdollista systematisoida samassa mielessä kuin oikeussääntöjä, koska niissä on kyse aidosti tilannesidonnaisista oikeudellisista ratkaisuarvargumenteista, joiden ratkaisuarvo ei ole systeemisesti vakioitavissa. Tosin liittyneenä vähintään heikosti systeemisesti jäsentyneeseen lainopin tulkintamatriisiin, kuten osana perusoikeuskeskeistä laintulkintamallia tai Juha Pöyhösen ehdottamalla tavalla yleistetyn sopimusoikeudellisen kohtuuden varaan rakentuvaa oikeusperiaatteiden punnintamallia, myös oikeusperiaatteiden punnintamenettely saattaa saada vähintään heikosti systeemisen luonteen. Oikeudellinen systematiikka on *staattinen* eli suljettu ja vakioitu, jos oikeuslähteiden ja niistä johdettujen oikeudellis-

ten ratkaisuperusteiden keskinäissuhteet ovat ennalta määritettävissä ja systeemisesti vakioitavissa formaalien konfliktinratkaisunormien sekä, tätä yleisemmällä tasolla, oikeudellisten dogmien ja konstruktoiden avulla, jolloin on kyse oikeussääntöjen keskinäisistä suhteista. Oikeudellinen systematiikka on *dynaaminen* eli avoin, ”kelluva” ja tilannesidonnainen, jos oikeuslähteiden ja niistä johdettujen oikeudellisten ratkaisuperusteiden keskinäiset suhteet eivät ole ennalta tai edes jälkikäteisesti vakioitavissa oikeudellisten konfliktinratkaisunormien sekä oikeudellisten dogmien ja konstruktoiden avulla, jolloin on kyse oikeusperiaatteiden ja vastaavien muiden ratkaisustandardien tilannesidonnaisesta arviosta.

Prejudikaattinormien systeeminen jäsenitys on kiinteästi sidoksissa sovellettavaan prejudikaatti-ideologiaan. Oikeudelliseen eheyteen (engl.: *law as integrity*) pyrkivä prejudikaatti-ideologia on vahvimmin systeeminen vaihtoehto, kun taas esimerkiksi taaksepäin katsova oikeudellinen eksegeesi, prejudikaatin mieltäminen esimerkinomaiseksi malliratkaisuksi tai lainsäädäntöä jäljittelevä prejudikaatti-ideologia ovat suhteessa heikommin systeemisesti jäsenyneitä.

Tulkintakehys on se osa omaksuttua oikeudellista *tulkintamatriisia*,⁷⁷ joka määrittää oikeudellisen tulkinnan rajat sekä sen avulla tavoiteltavat oikeudelliset ja/tai yhteiskunnalliset päämäärät. Oikeusperiaatteiden ja muiden sääntöjä heikommin formaalien oikeudellisten vastaavien ratkaisustandardien osalta sovellettava *punnintakehys* täyttää vastaavan tehtävän. Jos tutkija on omaksunut *analyttisen oikeustieteen* lähestymistavan oikeuteen, tavoitteena on lainsäätäjän omaksuman oikeudellisen systematiikan jatkaminen teknisen oikeusasema-analyysin ja suhdekäsitteiksi ymmärrettyjen oikeuskäsitteiden avulla, jolloin etenkin säädöksen kielellinen muoto, oikeudenalakohtainen systematiikka sekä lainsäädännön tarkoitus saavat keskeistä merkitystä. Jos pyritään heikomman sopijapuolen intressien suojaamiseen *sosiaalisen siviilioikeuden* tarkoittamalla tavalla, säädöksen kielellistä ilmiasua, oikeudenalakohtaista systematiikkaa, lainsäätäjän selväsanaisesti ilmaisemia tavoitteita ja oikeuskäytännössä vakiintunutta tulkintaa luetaan sanottua tulkinnallista lähtökohtaa vasten. Jos tutkija on omaksunut *perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin*, lainsäädännön kielellistä muotoa, perusoikeusystematiikkaa, lainsäätäjän tarkoitusta, oikeuskäytännössä vakiintunutta tulkintaa sekä voimassa olevan oikeuden taustalla vaikuttavaa oikeudellista kokonaisteoriaa on syytä tulkita vallitsevan perusoikeusjärjestelmän ilmentämiä oikeudellisesti rakenteistuneita arvovalintoja vasten. Jos tutkija on sitoutunut *naisioikeus-* tai *oikeudellisen tasa-arvotutkimuksen* premisseihin, oikeuslähteitä tulee tulkita tavalla, joka tukee sanotunlaista oikeus- ja yhteiskuntaideologista

⁷⁷ Käsitellen lainopin tulkintamatriiseja lähemmin luvussa 8, ”Lainopin tulkintamatriisit”.

lähtökohtaa, ja niin edelleen. Sovellettu oikeudellinen tulkintamatriisi lukitsee näin oikeudellisen *tulkinta-* ja/tai *punnintakehyksen*, jota vasten oikeussääntöjen tulkinta ja systematisointi sekä oikeusperiaatteiden punninta ja keskinäinen tasapainottaminen (engl.: *weighing and balancing*) käyvät mahdollisiksi.

6. Oikeustieteen tieteenkuva

1. MODERNIN OIKEUDEN TIETOMUOTO (*épistémè*)

1.1. Tieteenkuvan sitoumukset: Thomas S. Kuhn ja Aulis Aarnio

Olen edellä perustellut väitteen, jonka mukaan moderni oikeus on, Thomas Morawetzin osuvaa luonnehdintaa lainatakseni, *radikaalisti tulkinnanvarainen yhteiskunnallinen käytäntö* (engl.: *deliberative practice*),¹ jonka *episteeminen, käsitteellinen, konstitutiivinen ja metodinen identiteetti* on vain heikosti jäsentynyt ja aina avoin uusille tulkinnoille. Niinpä oikeustieteen tutkimuskohteen eli voimassa olevan oikeuden määrittely, oikeustieteen tieteenkuvan määreet sekä oikeudellisen sääntelyn ja päätöksenteon avulla yhteiskunnassa tavoiteltavat asiatilat ovat aina sanottuun yhteiskunnalliseen käytäntöön eli oikeudelliseen argumentaatioon osallistuvien tutkijoiden riitautettavissa, kriittisesti arvioitavissa ja uudelleen määritettävissä. Etenkin lainoppi on alan keskeiskirjallisuuden valossa *metodisesti ohut ja episteemisesti epävarma* tieteenala, joka jakautuu lukuisiin tutkimuksellisiin suuntauksiin tai koulukuntiin keskeisten tieteenteoreettisten ja etenkin metodiopillisten sitoumustensa eroavuuksien perusteella.

Oikeuteen ei myöskään ole, filosofi Thomas Nagelin termin, *näkökulmaa ei-mistään*:² oikeustieteen *tieteenkuva* eli lainopin *tulkintamatriisi* määrittelee ja rajaa sen, miten lainopin tutkimuskohde eli *voimassa oleva oikeuden* tietynhetkinen, institutionaalisista ja ei-institutionaalista oikeuslähteistä johdettu *tulkinnallinen merkityssisältö* on: (a) tahdonvaltaisesti *konstituoitavissa* eli luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa ja kumottavissa oikeudellisten *konstituutiosääntöjen* tarkoittamalla tavalla, (b) *kohteellistettavissa* eli tietopillisesti *identifioitavissa* ja erotettavissa kaikesta, mikä ei ole oikeutta, esimerkiksi moraalin, uskonnon tai vallitsevan tapaetiketin käyttäytymisnormien merkityksessä, oikeuden *tunnistamissäännön* eli vallitsevan *institutionaalisen oikeuslähteopin* tarkoittamalla tavalla, (c) *käsitteellistettävissä* oikeuden loogislingvististen *artikulaatiosääntöjen* tarkoittamalla tavalla sekä (d) tulkinnallisesti *määritettävissä* oikeussääntöjen tulkintaa ja systematisointia sekä oikeusperiaatteiden punnintaa ohjaavien *argumentaatiosääntöjen* tarkoittamalla tavalla. Tässä tutkimuksessa tieteenteoreettiseksi referenssiksi on valittu *analyttinen oikeusrealismi* ja *institutionaalinen oikeuspositivismi* sekä luvussa 9, ”Oikeudellisen metodiopin fragmentteja”, Jacques Derridan *filosofiseen dekonstruktioon* perus-

¹ Morawetz, ”Epistemology of Judging. Wittgenstein and Deliberative Practices”, s. 19–23.

² Vrt. Nagel, *The View from Nowhere*.

tuva oikeudellisten tekstien *kriittinen lähiluku*. Tämä tieteenteoreettinen valinta perustelee siis näkökulman, josta oikeutta tarkastellaan.

Lainopin tieteenteoreettisten sitoumusten vuoksi sen tuottamat oikeudelliset *validiteetti-* tai *tulkintalauseet* eivät ole rinnastettavissa matematiikan tai formaalin logiikan lauseisiin, joiden (tautologinen) totuus tai epätotuus on johdettavissa suoraan sovellettavien käsitelmääritelmien ja päättelysääntöjen yhdistelmästä ilman, että olisi tarpeen viitata empiirisessä todellisuudessa vallitseviin ilmiöihin tai asiantiloihin.³ Analyyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin tutkimuksellisten premissien alaisuudessa oikeutta koskevien väitelauseiden episteemisenä ja metodisena kiintopisteenä on vallitsevan eli tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämän *tuomarinideologian* käsittämät oikeuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian premissit. Lainopin tuottamat *oikeuslauseet* eli voimassa olevan oikeuden sääntöjen tulkintaa ja systematisointia sekä periaatteiden punnintaa ja keskinäistä tasapainottamista koskevat lauseet ovat sen vuoksi vain enemmän tai vähemmän *likiarvoisia, todennäköisiä* tai *totuudenkaltaisia* (engl.: *truthlikeness*; lat.: *verisimilitude*) väitteitä voimassa olevan oikeuden tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä.

Tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämä oikeuden tunnistamissääntö sekä niiden hyödyntämien oikeudellisten argumentaatiomallien kokonaisuus asettavat lainopin tutkijalle tutkimuksellisen *referenssin* eli viitekohdan, johon hänen tulee suhteuttaa käsityksensä voimassa olevan oikeuden tulkinnasta siitä riippumatta, onko kyse vallitsevan lainopin analyttis-deskriptiivisestä vaike vaihtoehdoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin normatiivis-kriittisestä näkökulmasta oikeuteen. Edellinen tarkastelee oikeutta *yhteiskunnallisena tosiasiana* eli toteutuneiden ja myös toteutettavissa olevien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien merkityksessä. Se vastaa kysymykseen, *mitä oikeus on*, kun asiaa tarkastellaan tehokasta oikeussuojaa nauttivien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien näkökulmasta. Jälkimmäinen tarkastelee oikeutta *yhteiskunnallisena ideaalina* eli parasta mahdollista mutta samalla tosiasialliselta toteutettavuudeltaan ainakin toistaiseksi vain enemmän tai vähemmän epätodennäköistä tulkintaa oikeudesta. Se vastaa kysymykseen, *mitä oikeuden pitäisi olla*, kun sitä tarkastellaan tutkijan itsensä sisäistämän ja samalla vallitsevasta tuomarinideologiasta poikkeavan oikeus- ja yhteiskuntaideologian premissien valossa. *Institutionaalinen tuomarireferenssi* eli tuomioistuinten ja muiden viranomaisten kollektiivisesti hyväksymä institutionaalinen oikeus-

³ Käsitelainopin idea oikeudellisen systematiikan oikeudellista tulkintaa tehokkaasti rajaavasta tehtävästä rinnastuu sanotunlaiseen formaaliin päättelyyn sikäli kuin käsitesystematiikan avulla on mahdollista lukita yksi ainoa oikea ratkaisu oikeudelliseen ongelmaan.

lähdeoppi ja oikeudellinen argumentaatioteoria on toisin sanoen vakioitu tutkimuksellinen referenssi lainopin vallitsevan doktriinin oikeudellisille *tulkintakananotoille*, kun taas vaihtoehtoiselle, kriittiselle tai avoimen poliittiselle lainopille se on kriittinen vastapooli, jota vasten se laatii omat – ja vallitsevasta tuomarinideologiasta tietoisesti poikkeavat – *tulkintasuositukset* voimassa olevan oikeuden ideaalisesta tai parhaasta mahdollisesta tulkinnasta.

Lainopin metodisen ohuuden ja episteemisen epävarmuuden vuoksi sen tietenteoreettiset sitoumukset rajaavat vain joukon semanttisesti *mahdollisia* tulkintoja voimassa olevan oikeuden tulkinnallisesta merkityssisällöstä eli joukon tulkintavaihtoehtoja, joiden joukosta yksittäinen tutkija tekee omat aksiologiset ja yhteiskuntaideologiset valintansa. Se, miten tutkija painottaa eri oikeuslähteitä ja millaisia oikeudellisia argumentaatiomalleja hän yksittäiseen oikeudelliseen ongelmaan soveltaa, on seurausta hänen sisäistämästään oikeustieteen *tieteenkuvasta*⁴ eli, lainopin tutkimuksellisessa kontekstissa, oikeudellisesta *tulkintamatriisista*.

Termi *tulkintamatriisi* on johdettu Thomas S. Kuhnin (1922–1996) tieteensoologiasta, jolla on ollut keskeinen vaikutus moderniin tietenteoriaan 1960-luvulta lähtien. Kuhnin keskeinen läpimurtoteos on *The Structure of Scientific Revolutions*. Sen ensimmäisessä, vuoden 1962 laitoksessa Kuhn otti käyttöön termin *tieteellinen paradigma* (engl.: *paradigm*), viitaten tietyn tieteenalan tutkijoita yhdistäviin sääntöihin ja standardeihin, jotka tarjoavat yksittäiselle tutkijalle hyväksyttävän tutkimuksenteon mallin.⁵ Kuhn sai vastaansa varsin kärkevää kritiikkiä terminologisesta epätäsmällisyydestä. Esimerkiksi Margaret Masterman huomatti, että Kuhn käyttää termiä ”paradigma” sanotussa teoksessa ainakin 21 eri merkityksessä, jotka voidaan hänen mukaansa koota kolmen yläkäsitteen alaisuuteen: (1) *metafyysiset* paradigmmat eli *metaparadigmat* viittaavat tieteellis-filosofisten uskomusten kokonaisuuteen, (2) *sosiologiset* paradigmmat tarkoittavat yleisesti hyväksytyjä ja esimerkinomaisia tieteellisiä saavutuksia, ja (3) *konstruktiiviset* paradigmmat viittaavat konkreettisiin tutkimuksiin tutkijan työvälineinä tai alan oppikirjojen esittelemänä tapoina tehdä menestyksellisesti tieteellistä tutkimusta.⁶

Jälkisanoissaan *The Structure of Scientific Revolutions* -teoksen toiseen, vuoden 1970 laitokseen Kuhn luopui tieteellisen paradigman käsitteestä ja otti käyttöön termin *tieteenalakohtainen matriisi* (engl.: *disciplinary matrix*).⁷ Tieteenalakohtainen matriisi käsittää Kuhnin mukaan seuraavat osatekijät:

⁴ Termistä *tieteenkuva* ja sen kuhnilaisesta tulkinnasta oikeustieteen kontekstissa, Helin, *Lainoppi ja metafyysiikka*, s. 7–10.

⁵ Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, s. 10–11.

⁶ Masterman, ”The Nature of a Paradigm”, s. 61–69.

⁷ Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, s. 181–187.

- a) *symboliset yleistyks* eli teorian formalisoitavissa olevat osatekijät, kuten $E = mc^2$ tai $f = ms$,
- b) tutkimuskohdetta mallintavat sitoumukset eli *ontologis-heuristiset mallit*, kuten ajatus kaasumolekyyleistä satunnaisliikettä toteuttavina elastisina biljardipalloina tai erilaiset atomitasoa pienempien aineen osien mallit,
- c) *yhteiset arvot*, kuten käsitys tutkimuskohdetta koskevien ennusteiden hyväksyttävän virhemarginaalin suuruudesta, ja
- d) *eksemplaarit* eli esimerkinomaiset malliratkaisut, jotka lähinnä vastaavat Kuhnin aiemmin käyttämää termiä *paradigma*.

Kuhn korosti kirjansa toisessa laitoksessa *hiljaisen tekijän tiedon* ja malliopimisen sekä *eksemplaarien* eli esimerkinomaisten tutkimuksellisten malliratkaisujen merkitystä tieteenalakohtaisen matriisin siirtymisessä tutkijapolvelta toiselle.⁸ Hän perusti oman teoriansa luonnontieteiden tieteensosiologiaan ja luonnontieteellisen tiedeyhteisön muutosdynamiikkaan, eikä teorian soveltuvuus erilaisiin ihmis- ja sosiaalitieteisiin sanotun termin laajassa merkityksessä ole täysin ongelmaton. Kuhnin tieteensosiologian peruskäsitteet, kuten *tieteellinen anomalia*, *tieteellinen vallankumous* eli tutkimuksellinen *paradigmanvaihdos* ja tieteellisen teorian *selityskyky*, on toisin sanoen tarkoitettu alun perin erilaisten empiiristen luonnontieteiden (engl.: *science*) analysointiin, eivätkä ne sovellu sellaisenaan oikeuden tulkinta-, ihmis-, kulttuuri- ja yhteiskuntatieteelliseen analyysiin tai oikeusfilosofiaan. Etenkin lainoppi voimassa olevan oikeuden sääntöjen tulkintaan ja systematisointiin sekä oikeusperiaatteiden punnintaan keskittyvänä tieteenalana on kuhnilaisen tieteensosiologian näkökulmasta pulmallinen: mitä Kuhnin tieteenteorian keskeiskäsitteet, kuten tieteenalakohtaisen matriisin alakohdat tai tieteellinen anomalia, tieteellinen selityskyky ja tieteellinen vallankumous, voivat tarkoittaa lainopin teksti-, tulkinta- ja merkityssidonnaisessa kontekstissa?

Erilaisten *symbolisten yleistysten* ja formalisoitavissa olevien tieteellisten lakien (= Kuhnin kohta a) osuus on lainopissa vähäinen, koska kyse ei ole logiikan tai matematiikan kaltaisesta formaalia päättelyä noudattavasta tieteenalasta. Erilaisia ontologisia tai muita *heuristisia malleja* (= Kuhnin kohta b) on toki käytössä myös oikeustieteessä Hans Kelsenin ja A.J. Merklin oikeusnormipyramidista⁹ Kaarlo Tuorin ja Sakari Hännisen oikeuden ja yhteiskunnan marxilaiseen moni-

⁸ Kuhn, mts. 187–191. – Ks. myös tämän teoksen luku 9.4. ”Reflektoitua teoreettista tietoa vai hiljaista tekijän tietoa?”, missä Kuhnin tieteenalakohtaisen matriisin malliratkaisu-ulottuvuutta on tarkemmin käsitelty. – Kuhn ei käsittele teoksessaan lainkaan tieteen ulkoisten tekijöiden eli etenkin tutkimusrahoituksen jakoon liittyvien yhteiskunnallisten ratkaisujen ja valintojen merkitystä tieteenalakohtaiseen dynamiikkaan. Käytännössä tutkimusrahoituksen allokoinnilla voi kuitenkin olla keskeinen merkitys sille, säilyttääkö vallitseva normaalitiede asemansa vai onnistuuko jokin sen tutkimuksellisista vaihtoehtoista riitauttamaan sen.

⁹ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, s. 228–282.

tasomalliin,¹⁰ Thomas Wilhelmssonin EY-oikeuden vieteriukkoteoriaan¹¹ sekä oman väitöskirjani päättävään luistelumetaforaan, joka rinnasti oikeustieteen tekstien episteemiset ja metodiset halkeamat kevätjään petolliseen haurauteen.¹²

Oikeus on *radikaalisti tulkinnanvarainen yhteiskunnallinen käytäntö* (engl.: *deliberative practice*). Oikeustieteen, ja etenkin lainopin, metodinen ohuus ja episteeminen epävarmuus saavat aikaan sen, ettei yksimielisyyttä oikeustieteen tieteenkuvan keskeismääreistä ole välttämättä tiedeyhteisössä saavutettavissa. Lainopin tulkintamatriiseja yhdistää vain väljä sitoutuminen tutkimuskohteen määritelmälliseen *oikeudellisuuteen*, oikeuden *institutionaaliseen perustaan* sekä lainopin *tieteenkuvan* premisseihin eli (a) *institutionaalisiin oikeuslähteisiin*, joista velvoittavat oikeussäännöt sekä riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja muut ratkaisustandardit ovat johdettavissa, (b) oikeuden loogis-lingvistisiin *artikulaatiosääntöihin*, jotka määrittävät oikeudellisten ilmiöiden käsitteellistämistä, (c) oikeuden institutionaalisen ontologian *konstituutiosääntöihin*, jotka kiinnittävät oikeuden lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden viranomaisten institutionaalisiin puhetekoihin, sekä (d) oikeudellisen metodologian *argumentaatiosääntöihin*, jotka rajaavat oikeudellisen tulkinnan, systematisoinnin ja punninnan menetelmälliset reunaehdot. Lainopin tieteenkuvaa määrittäville tekijöille annetut tulkinnat vaihtelevat tulkintamatriiseittain. Yhteisiä, koko tiedeyhteisöä yhdistäviä tutkimuksellisia *arvoja* (= Kuhnin kohta c) voi olla vaikea löytää, kun perustavaa yksimielisyyttä edes oikeustieteen varsinaisen tutkimuskohteen määrittelystä ei tiedeyhteisössä vallitse. Sitä vastoin tutkimuksellisen mallioppimisen eli *eksemplaarien* (= Kuhnin kohta d) merkitys on ollut lainopissa keskeinen, mutta käsitykseni mukaan kyse ei ole varsinaisesta tieteenkuvan määreestä vaan tieteenkuvan osatekijöiden tulkinnasta *hiljaisen tekijän tiedon* tarjoamaa tutkimuksellista taustaa vasten reflektoidun, teoreettisen ja yleisen tiedon tason sijaan, jota Kuhnin tieteenalakohdittaisen matriisin kohdat (a) – (c) täsmentävät.¹³

Aulis Aarnio on jäsentänyt lainopin tieteenkuvaa Thomas S. Kuhnin teoriaan viitaten neljän elementin avulla:¹⁴

- a) oletus lainopillisen *tulkinnan kohteesta*: oikeussäännöt ovat valtaa pitävän suvereenin antamia eivätkä ne tarvitse pätevyytensä perustaksi oikeuden ulkopuolisia elementtejä,
- b) *oikeuslähdeopilliset sitoumukset*: mihin oikeuslähteisiin tutkijan pitää ja mihin hän saa vedota,

¹⁰ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, passim.

¹¹ Wilhelmsson, ”Vieteriukkoteoria EY-oikeudesta”, s. 357–374; sama, ”Jack-in-the-Box Theory of European Community Law”, s. 177–193.

¹² Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 38–39, 266–267.

¹³ Palaan kysymykseen luvussa 9.4. ”Reflektoitua teoreettista tietoa vai hiljaista tekijän tietoa?”.

¹⁴ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 58–61.

- c) *metodiset säännöt ja periaatteet*: oikeuslähteiden käyttösäännöt, ja
- d) *arvojen ja arvostusten* rooli oikeudellisessa päättelyssä.

Aarnion kohdat (a) ja (b) eli oletus lainopillisen tulkinnan kohteesta ja oikeuslähteopilliset sitoumukset vastaavat tämän teoksen termin oikeuden institutionaalisen ontologian *konstituutiosääntöjä* sekä oikeuden *tunnistamissääntöä* tuomareiden ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän oikeuslähteopin merkityksessä. Lainopin soveltamat metodisäännöt eli Aarnion kohta (c) vastaa oman jaotteluni lainopin argumentaationsääntöjä eli oikeudellisia tulkinta-, systematisointi- ja punnintasääntöjä. Arvot ja arvostukset eli Aarnion kohta (d) ovat omassa mallissani mukana vain piilevinä eli siinä määrin kuin niillä on vaikutusta siihen, miten voimassa olevan oikeuden säännöt ja periaatteet ovat identifioitavissa oikeuden tunnistamissäännön (= Hart) tai vallitsevan tuomarinideologian (= Ross) avulla, miten ne ovat kielellisesti käsitteellistettävissä institutionaalisen puhunnan kohteeksi oikeuden loogis-lingvististen artikulaatiosääntöjen avulla, miten ne ovat konstituoitavissa lainsäätäjän ja tuomioistuinten toteuttamien institutionaalisten puhetekojen avulla sekä miten niiden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö on määritettävissä oikeudellisten argumentaationsääntöjen avulla.

Lisäksi tutkijan sisäistämät oikeutta koskevat arvo-, arvostus- ja preferenssinäkökohdat eli oikeudellinen *aksiologia* on piilevänä osana lainopin tieteenteoriaa siinä merkityksessä, että valinta yksittäisten tulkintamatriisien välillä tehdään otaksuttavasti tutkijan omaksumien arvo- ja yhteiskuntaideologisten näkökohtien perusteella, kun eri tulkintamatriisit arvottavat ja painottavat eri osatekijöitä eri tavoin. Ehkä voi myös sanoa, että arvot ja arvostukset ovat piilevästi sisäänrakennettuina oikeudellisissa käsitteissä esimerkiksi luottamuksensuojan tarkoittaman vaihdannan intressin tai sopimusoikeudellisen kohtuuden tarkoittaman aineellisen sopimustasapainon merkityksessä.

Oikeuden *konstitutiiviset* voimaantulo-, transformaatio-, täytäntöönpano- ja derogaatiosäännöt sekä oikeuden ja oikeudellisten ilmiöiden käsitteellistämistä määrittävät *artikulaatiosäännöt* on erotettu omaksi ryhmäkseen, koska moderni oikeus on analyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin tarkoittamalla tavalla käsitteellisesti sidoksissa määrättyjen oikeudellisesti toimivaltaisten yhteiskunnallisten toimijoiden, kuten lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten, *institutionaalisiin puhetekoihin*. Tältä osin Aarnion rationaalisen hyväksyttävyyden idean varaan rakentuva oikeustieteen tieteenteoria poikkeaa omasta käsityksestäni, jossa yhtäältä oikeusrealistiset ja toisaalta institutionaaliset tekijät ovat keskeisellä sijalla. Oikeuden ja oikeudellisten ilmiöiden käsitteellistämiseen liittyvät seikat määrittävät yhtä kaikki lainopin tulkintamatriiseja. Etenkin sosiaalinen siviilioikeus sekä naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus ovat kritisoineet perinteistä analyttistä

oikeustiedettä käsitteellisestä vinoutuneisuudesta: abstraktit oikeudelliset käsitteet, kuten velallinen/velkoja tai työntekijä/työnantaja -käsitteidikotomiat, eivät tavoita oikeuden sosiaalista elementtiä ja heikomman sopijapuolen erityissuojan tarvetta (= sosiaalinen siviilioikeus) eivätkä oikeuden käsitteet ole neutraaleja suhteessa yhteiskunnalliseen ja oikeudelliseen sukupuolieroon tai erilaisten yhteiskunnallisten vähemmistöjen oikeudellisiin kysymyksiin (= naisoikeus ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus).

Käyttämäni Foucault'n *ihmistieteiden tiedonarkeologiasta* lainattu terminologia – eli oikeuden *äärellisyyden analytiikka*, oikeuden *institutionaalisen positiiviteetin* eli sen puheteko- ja instituutiosidonnaisen toteutettavuuden ja/tai todellistettavuuden vastinparina, samoin kuin oikeuden *historiallinen a priori* eli oikeudellinen *tietomuoto* (ransk.: *épistémè*) – poikkeavat Aarnion analyttisen argumentaatioteorian taustaoletuksista, samoin kuin omassa teoriassani oikeustieteen tieteenkuvan keskeiset liittymät Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin *institutionaaliseen oikeusteoriaan* (engl.: *an institutional theory of law*) sekä John L. Austinin ja John Searlen *institutionaalisten puhetekojen* teoriaan (engl.: *speech-act theory*). Aarnio soveltaa sen sijaan Chaïm Perelmanin universaaliauditorion ideaa, Robert Alexyn oikeudellisia diskurssisääntöjä, Jürgen Habermasin ideaalista puhetilannetta (saks.: *ideale Sprechsituation*), John Rawlsin ajatusta tietämättömyyden verhon (engl.: *veil of ignorance*) takana tapahtuvasta yhteiskunnallisesta päätöksenteosta sekä Aleksander Peczenikin kehrittelemää kolmiportaista oikeuslähdeopin mallia luodakseen yhtenäisen teorian modernista oikeudesta.¹⁵

1.2. Oikeuden äärellisyyden analytiikka ja institutionaalinen positiiviteetti

Määrittelen oikeustieteen *tieteenkuvan* seuraavien osatekijöiden avulla:

- A. Oikeuden äärellisyyden analytiikka: oikeuden sanat ja asiat eli oikeuden käsitteellinen ja episteeminen identiteetti
 - a) Oikeudellinen *epistemologia*: oikeuden tunnistamissäännön käsitteelliset institutionaalisen oikeuslähdeopin sitoumukset.
 - b) Oikeudellinen *logiikka* ja *lingvistiikka* eli oikeuden kielen *looginen syntaksi* ja *semantiikka*: oikeuden kielellistä käsitteellistettävyyttä ohjaavat loogis-lingvistiset artikulaatiosäännöt.
- B. Oikeuden *institutionaalinen positiiviteetti*: oikeuden velvoittava muoto ja tulkinnallinen merkityssisältö
 - c) Oikeudellinen *ontologia*: oikeus tahdonvaltaisesti eli oikeudellisten konstituutiosääntöjen tarkoittamalla tavalla luotavissa, muutettavissa

¹⁵ Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 188–215, 221–229; sama, *Reason and Authority*, s. 209–214, 227–228.

sa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa ja kumottavissa olevana ilmiönä.

- d) Oikeudellinen *metodologia*: oikeudelliset argumentaatio säännöt eli oikeussääntöjen tulkinta- ja systematisointisäännöt sekä oikeusperiaatteiden punnintanormit.

Oikeuden *äärellisyyden analytiikka* määrittää oikeuden *episteemistä ja käsitteellistä identiteettiä* eli sitä, miten oikeuden ”sanat” ja ”asiat” eli oikeudelliset käsittekatégoriat ja oikeudelliset ilmiöt liittyvät yhteen tiettyinä ajankohtana määrättyssä oikeusyhteisössä ja oikeuskulttuurissa. Oikeus on *kohteellistettavissa* ja *käsitteellistettävissä* vain tavalla, jonka kyseinen oikeusyhteisö kykenee tunnistamaan mielekkääksi tavaksi identifioida oikeus ja oikeudelliset ilmiöt oikeudellisen puhunnan kohteeksi, erotettuna esimerkiksi moraalin, uskonnon tai tapaetietin käyttäytymisnormeista. Analyttisen oikeuspositivismin, analyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin tieteenteoreettisten premissien alaisuudessa nämä oikeudellisen epistemologian ja oikeudellisen logiikan ja käsitelingvistiikan reunaehdot ovat määritettävissä vain suhteessa oikeuden institutionaaliseen perustaan ja institutionaaliseen tuomarireferenssiin.

Oikeuden *institutionaalinen positiviteetti*¹⁶ eli tahdonvaltainen ”asetettuisuus” (lat.: *ius positivum*) viittaa siihen, miten lainsäätäjän ja tuomioistuinten *institutionaalisten puhetekojen* avulla ”sanoilla voi tehdä asioita”¹⁷ eli saada tietynlaisessa yhteisöllisessä puhetilanteessa aikaan määrättyjä *yhteisöllisiä* vaikutuksia, esimerkiksi laivan kastamisen (”Olkoon nimesi miinalaiva *Pohjanmaa*”), yliopiston tohtoripromootiossa tapahtuvan kunniatohtoriksi nimittämisen tai vaikka pituusmittaamisen viimekätisen referenssin määrittelyn (”Metri olkoon täsmälleen Pariisin perusmetrin pituinen kappale”) merkityksessä tai, vaihtoehtoisesti, *oikeusvaikutuksia* esimerkiksi yleisesti velvoittavan lainsäädännön (”Tätä lakia sovelletaan oikeussuhteisiin, jotka ovat tyyppiä x.”), lainvoimaisen tuomioistuinratkaisun tai muun viranomaispäätöksen merkityksessä (”Tuomitsen syytetyn rikoslain x §:n nojalla varkaudesta kahdeksi vuodeksi vankeuteen.”). Oikeuden institutionaalinen positiviteetti viittaa modernin oikeuden puheteko- ja instituutiosidonnaiseen *toteutettavuuteen* ja *todellistettavuuteen* oikeudellisten konstituutiosääntöjen tarkoittamalla tavalla. Toisaalta, oikeuden tietynhetkisen, institutionaalisten ja ei-institutionaalisten oikeuslähteistä johdettavissa olevan *tulkinnallisen merkityssisällön* määrittäminen oikeudellisen metodiopin käsittämien argumentaatio sääntöjen tarkoittamalla tavalla jäsentää sekin osaltaan mo-

¹⁶ Käytän siis termiä oikeuden institutionaalinen *positiviteetti*. Asiallisesti oikeuden institutionaalinen positiviteetti tarkoittaa siis samaa kuin oikeuden sääntö-, puheteko- ja instituutiosidonnainen asetettuisuus, positiivisuus (lat.: *ius positivum*).

¹⁷ Austin, *How to Do Things with Words*, *passim*.

dernin oikeuden tahdonvaltaista positiviteettia eli sen määritelmällistä sidonnaisuutta yhteisöllisiin ja institutionaalsiin päätöksiin.

Oikeuden *institutionaalinen ontologia* viittaa kolmeen keskenään yhteenkietoutuneeseen yhteiskunnalliseen tosiseikkaan: (a) modernin oikeuden *tahdonvaltaisuuteen*, (b) oikeuden sidonnaisuuteen määrättyjen oikeudellisesti toimivaltaisten *institutionaalisten toimijoiden*, kuten lainsäätäjän sekä tuomioistuinten ja muiden viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien tekemiin päätöksiin, joiden (c) yhteisölliseen puhetilanteeseen liittyvien sääntösidonnaisen, *institutionaalisten puhetekojen* (engl.: *speech acts*) avulla voimassa olevan oikeuden säännöt ovat luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa ja kumottavissa. Lisäksi yksittäisillä oikeussubjekteilla on rajoitettu dispoitinkelpoisuus yksityisoikeudellisten kompetenssinormien osoittamalla tavalla. Myös oikeudellinen epistemologia eli oikeuslähteoppi on vastaavalla tavalla sidoksissa tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten käsitykseen voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden tunnistamishdoista Rossin tuomarinideologian tai Hartin oikeuden tunnistamissäännön tarkoittamalla tavalla.

Oikeustieteen muut tiedonintressiltään ja tutkimusmetodiltaan eriytyneet osalohkot eli oikeuden ihmistieteellinen, kulttuuritieteellinen, yhteiskuntatieteellinen ja oikeusfilosofinen analyysi kiinnittyvät osaltaan oikeustieteen *tieteenkuvan* määreisiin ja oikeuden *institutionaaliseen perustaan* siltä osin kuin on kyse analyyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin tutkimuksellisiin premisseihin sitoutuneesta tutkimuksesta. Jos tutkimuksen tieteenteoreettisena referenssinä on jokin muu oikeuden ja oikeustieteen määrittely, esimerkiksi oikeusfenomenologian, klassisen tai modernin luonnonoikeusfilosofian, oikeusteologian, marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian, feministisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian tai vaikka eksistentialistisen oikeusfilosofian merkityksessä, samanlaista sidosta oikeuden äärellisyyden analytiikan ja institutionaalisen todellisuusrakenteen jäsentämään oikeus- ja yhteiskuntakäsitykseen ei ole.

Esimerkiksi klassinen ja moderni luonnonoikeusfilosofia sekä oikeusteologia nostavat oikeuden ja ehdottoman yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden keskinäisen suhteen oikeuden määrittelyn kannalta ratkaisevaan asemaan. Marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia palauttaa oikeudelliset ilmiöt ajatuksellisesti osaksi yhteiskunnan taloudellisia tuotantosuhteita ja tuotantorakenteita sekä pääoman itseään uusintavia liikelakeja, eikä lainsäätäjän ja tuomioistuinten päätöksille anneta samaa merkitystä kuin analyyttisen oikeuspositivismin, analyyttisen oikeusrealismin tai institutionaalisen oikeusteorian tutkimuksellisten premissien vallitessa. Feministinen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia nostaa oikeudellisesti, filosofisesti ja yhteiskunnallisesti keskeisen sukupuolieron oikeustieteen tutkimukselliseen polttopisteeseen. Vastaavasti eksistentialistinen

oikeusfilosofia tarkastelee oikeutta osana ihmisen eksistenssiä määrittäviä merkitysrakenteita ja ”maailmassa-olemista”, eikä lainsäätäjän ja tuomioistuinten institutionaalisilla puheteoilla ole vastaavaa merkitystä kuin analyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin tutkimuksellisten premissien alaisuudessa.

1.3. Lainopillisen tulkintamatriisin käsite

Lainopin yhteydessä käytän tieteenkuvan rinnalla termiä *tulkintamatriisi*. Lainopillinen tulkintamatriisi voidaan määritellä seuraavasti:

Lainopin *tulkintamatriisi* on yhtenäinen tieteenteoreettinen kehys, jonka avulla oikeuden *äärellisyyden analytiikan* osatekijät eli oikeuden institutionaalisen epistemologian mukainen oikeuden *tunnistamissääntö* ja oikeuden kielellistä käsitteellistettävyyttä määrittävät loogis-lingvistiset oikeuden *artikulaatiosäännöt* (= oikeuden *sanat* ja *asiat*) sekä oikeuden *institutionaalista positivitettä* määrittävät oikeuden *konstituutiosäännöt* eli oikeuden voimaantulo-, transformaatio-, täytäntöönpano- ja derogaatiosäännöt sekä oikeudellista tulkintaa, systematisointia ja punnintaa määrittävät oikeudelliset *argumentaatiosäännöt* (= oikeuden *muoto* ja *sisältö*) suhteutetaan keskenään yhtenäiseksi kokonaisuudeksi eli lainopin tieteenkuvaksi.

Oikeuteen ei ole *näkökulmaa ei-mistään*: ei ole – eikä voi olla – tutkimuksellisesti perusteltua näkökulmaa oikeuteen, joka ei olisi jo sitoutunut määrättyihin oikeuden sääntösidonnaista *ontologiaa*, oikeudellisen tiedon perusteita, lähteitä ja arviointikriteerejä määrittävää oikeuden *epistemologiaa* eli *institutionaalista oikeuslähdeoppia*, hyväksyttävää oikeudellista päättelyä eli oikeussääntöjen tulkintaa ja systematisointia sekä oikeusperiaatteiden punnintaa määrittävää oikeudellista *metodioppia* sekä oikeuden loogista ja kielellistä käsitteellistettävyyttä määrittävää oikeudellista *käsitelingvistiikkaa* koskeviin tieteenteoreettisiin määreisiin ja premissihin, joiden kokonaisuutta kutsuin edellä oikeuden *äärellisyyden analytiikan* ja oikeuden *institutionaalisen positivitteen* yhdistelmäksi eli modernin oikeuden *tietomuodoksi* eli *historialliseksi a prioriksi* (ransk.: *épistémè*). Sama pätee tietenkin mihin tahansa muuhunkin oikeuden tulkintatieteelliseen, ihmistieteelliseen, kulttuuritieteelliseen ja yhteiskuntatieteelliseen tai filosofiseen analyysiin: tutkimus edellyttää määrättyjen *tutkimuskohdetta*, *tiedonintressiä*, *tutkijanideologiaa* ja *tieteenkuvaa* koskevien sitoumusten tekemistä, mutta muiden kuin tässä tutkimuksessa omaksuttujen analyttisten, oikeusrealististen ja institutionaalisten sitoumusten vallitessa oikeustieteen tieteenkuvan määreille annettu tulkinta ymmärrettävästi poikkeaa tässä esitetyistä. Lainopillisen tulkintamatriisin voi määritellä myös seuraavasti:

Lainopillinen *tulkintamatriisi* on tieteenteoreettinen kehys, jonka avulla oikeutta koskevat *ontologiset, epistemologiset, metodologiset* ja *loogis-lingvistiset* sitoumukset eli oikeudelliset *konstituutio-, tunnistamis-, argumentaatio- ja artikulaatiosäännöt* suhteutetaan keskenään yhtenäiseksi kokonaisuudeksi eli lainopin tieteenkuvaksi.

Tulkintamatriisin tieteenteoreettiset muuttujat voidaan tiivistää oikeudellisen *tulkintakehyksen* eli, Alf Rossin ja Hans Kelsenin terminologiaa seuraten, *tulkinta-avaimen* tai *tulkintaskeman* (saks.: *Deutungschema*; tansk.: *tydningsskema*),¹⁸ muotoon, joka asettaa tuomarille tai tutkijalle toiminnallisen ohjeen: tulkitse voimassa olevaa oikeutta siten, että toteutunut tulkinta noudattaa tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän tuomarinideologian oikeuslähdeopillisia ja argumentaatioteoreettisia sitoumuksia sekä teknisen oikeusasema-analyysin ja suhdekäsitteiksi ymmärrettyjen oikeuskäsitteiden tulkinnalle asettamia ehtoja (= *analyyttinen oikeustiede*), vallitsevan eli voimassa olevan perustuslain hyväksymän perusoikeusjärjestelmän takaamat kansalaisten perusoikeudet toteutuvat (= *perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi*), heikomman sopijapuolen erityisintressit tulevat turvatuiksi (= *sosiaalinen siviilioikeus*), naisten tai yleisemmin erilaisten aiemmin syrjittyjen yhteiskuntaryhmien yhteiskunnalliset erityisintressit tulevat turvatuiksi (= *naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus*) tai taloudellinen kustannustehokkuus ja/tai optimaalinen yhteiskunnallinen resurssiallokaatio täyttyy oikeuden tulkinnassa (= *oikeustaloustieteellinen lainoppi*).

Kaksi ensin mainittua tulkintakehystä eli analyyttinen oikeustiede ja perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi toteuttavat lähinnä lainopin vallitsevan doktriinin mukaista *deskriptiivistä* tiedonintressiä. Kuluttajansuojan, tasa-arvolainsäädännön ja yhteisöoikeuden sisämarkkinoiden kaltaisiin oikeuskysymyksiin suhteutettuna sosiaalinen siviilioikeus, naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus sekä oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi voivat rajoitetusti toteuttaa nekin *deskriptiivistä* tiedonintressiä. Yleistettynä, koko voimassa olevan oikeuden tulkinnan ja punninnan käsittävänä tulkintamatriisina ne yhtä kaikki toteuttavat eri tavoin määriteltä *kriittistä* tiedonintressiä vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin tarkoittamalla tavalla.

Oikeusperiaatteiden ja vastaavien muiden oikeudellisten ratkaisustandardien arvosidonnainen painoarvopunninta on metodisesti oikeussääntöjen tulkintaa ja systematisointia heikommin jäsentynyt, mutta myös oikeusperiaatteiden avulla tavoiteltavat yhteiskunnalliset asiantilat on mahdollista tiivistää oikeudellisen *punnintakehyksen* muotoon: punnitse ja tasapainota (engl.: *weigh and balance*) riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttavia oikeusperi-

¹⁸ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 41; Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 3 et seq.

aatteita keskenään esimerkiksi siten, että voimassa olevan perustuslain ilmentämä perusoikeusjärjestelmä ja sen taustalla vaikuttavat oikeusperiaatteet tulevat mahdollisimman hyvin huomioon otetuiksi (= *perusoikeuskeskeinen lainoppi*), heikomman sopijapuolen intressit tulevat turvatuiksi (= *sosiaalinen siviilioikeus*), naisten tai yleisemmin erilaisten aiemmin syrjittyjen yhteiskuntaryhmien yhteiskunnalliset erityisintressit tulevat mahdollisimman hyvin turvatuiksi (= *naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus*), tilannekohtainen sopimustasapaino ja yhteisölliset kohtuuserusteet tulevat mahdollisimman hyvin huomioon otetuiksi (= Juha Pöyhösen *oikeudenmukaista yhteisöllistä käytäntöä toteuttava sopimusmalli*), oikeuden ennakoitavissa olevat taloudelliset vaikutukset tulevat mahdollisimman hyvin huomioon otetuiksi (= *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi*) tai yleisesti riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ilmentämät yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet tulevat oikeudenkäytössä mahdollisimman hyvin huomioon otetuiksi tai optimoiduiksi (= *oikeusperiaatteiden punnintamalli*).

Lainopin tuottamat oikeuslauseet eli voimassa olevan oikeuden tietynhetkistä tulkinnallista merkityssisältöä koskevat systematisointi-, tulkinta- ja punnintalauseet sijoittuvat oikeuden sääntösidonnaisen ontologian, oikeuden institutionaalisen epistemologian, oikeudellisen metodiopin argumentaationsääntöjen sekä mielekästä oikeudellista puhuntaa ohjaavien oikeuden loogis-lingvististen artikulaationsääntöjen rajaamaan nelikenttään – ja täysin siitä riippumatta, onko yksittäinen tutkija lainkaan tietoinen senkaltaisten tieteenteoreettisten sitoumusten olemassaolosta vaiko ei. On vieläpä varsin tavallista, että lainopin harjoittaja tyytyy sokeasti seuraamaan tiedeyhteisössä omaksuttua tutkimuksellista mallia tai esikuvaa ilman omakohtaista teoreettista itsereflektiota. Voidaan puhua *hiljaisesta tekijän tiedosta* eli, tieteensosiologi Thomas S. Kuhnin termein, tutkimuksellisesta *mallioppimisesta*, *normaalitieteestä* ja *eksemplaareista* eli määrätyn tieteenalan *malliratkaisujen* seuraamisesta.¹⁹ Tutkija, joka on tietoinen lainoppia määrittävistä tieteenteoreettisista lainalaisuuksista, pystyy kuitenkin todennäköisesti perustelevaan esittämänsä tulkinta-, systematisointi- ja punnintakannanotot paremmin kuin tehtävänsä pragmaattisemmin suhtautuva tutkija, jolle tieteenteoreettinen ja oikeusteoreettinen itsereflektio on jäänyt vieraaksi. Teoria-kielteisen lainopin tai muun teoreettiseen reflektioon torjuvasti suhtautuvan oikeustieteen vaarana on tutkimuksellinen epäyhteensopivuus, jos ja kun lainopin tieteenkuvan osatekijöitä yhdistetään keskenään sattumanvaraisella tavalla. Näin tapahtuu esimerkiksi silloin, jos määritelmällisesti tilannesidonnaiset oikeusperiaatteet tai vastaavat ratkaisustandardit koetetaan vakioida kiinteän oikeudelli-

¹⁹ Ks. luku 9.4. ”Reflektoitua teoreettista tietoa vai hiljaista tekijän tietoa?”.

sen systematiikan osaksi²⁰ tai jos oikeustaloustieteellinen kustannustehokkuusajattelu ulotetaan täysimääräisenä aina kansalaisten perusoikeuksien ja sosiaaliturvan keskeiskysymysten määrittelyyn asti.

Yhtenäistä oikeuden konstituutio-, tunnistamis-, argumentaatio- ja artikulaatiosääntöjen kokonaisuutta, jonka avulla yksittäiset oikeussäännöt ovat: (a) luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa sekä kumottavissa oikeuden *konstituutiosääntöjen* avulla, (b) identifioitavissa oikeuden *tunnistamissäännön* eli vallitsevan institutionaalisen oikeuslähdeopin avulla, (c) käsitteellistettävissä oikeuden loogis-lingvististen *artikulaatiosääntöjen* avulla sekä (d) tulkinnallisesti määritettävissä oikeudellisen metodin *argumentaatiosääntöjen* avulla, voi kutsua lainopin *tulkintamatriisiksi*.

Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneiden eli riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien osalta lainopillisen tulkintamatriisin määritelmää on väljennettävä sanotunlaisten ratkaisuperusteiden edellyttämällä tavalla.

Lainopin tulkintamatriisit vastaavat siis lainopin erilaisia suuntauksia tai koulukuntia.

1.4. Tulkintalainoppi, teoreettinen lainoppi, oikeusteoria, oikeusfilosofia ja lingvistinen filosofia suhteessa oikeustieteen tieteenkuvaan

Oikeustieteen eri osa-alueet *tulkintalainopin*, *teoreettisen lainopin*, *oikeusteorian* ja *oikeusfilosofian* sekä – ei muodollisesti oikeustieteen alaan kuuluen mutta sitä filosofian suuntaan rajaten – *lingvistisen filosofian* merkityksessä voi kytkeä oikeustieteen tieteenkuvan keskeisten sitoumusten ja määreiden eli oikeuden *äärellisyyden analytiikan* (= oikeuden tunnistamissääntö ja oikeudelliset artikulaatiosäännöt) ja oikeuden *institutionaalisen positiviteetin* (= oikeuden konstituutiosäännöt sekä oikeudelliset argumentaatiosäännöt) yhteyteen seuraavan sivun kaavion muodossa:

²⁰ Vrt. luku 9.3. ”Sopimusmalliajattelun piilevät premissit”.

Kaavio 8: Oikeustieteen tieteenkuvan osatekijät

LINGVISTINEN FILOSOFIA

Institutionaaliset faktat,
sääntöidönmaisiet puheteot
(engl.: *speech-act theory*)

OIKEUDELLISET INSTITUUTIT

LOGIIKKA + LINGVISTIikka

(i) *Oikeuden artikulaatioäännöt*:
oikeudelliset käsittekatgoriat +
oikeuden loogis-lingvistiset määreet
Kielellisesti käsitteellistettävissä
oleva oikeus (= **L-rationaalisuus**)

OIKEUDEN ONTOLOGIA

Oikeuden konstitutiiosäännöt:
(a) voimaansaattamissäännöt
(b) transformatiiosäännöt
(c) täytäntöönpanosäännöt
(d) derogaatiiosäännöt
*Tahdonvaltaisesti luotavissa,
muutettavissa, toteutettavissa
ja kumottavissa oleva oikeus*

SOLLEN

Ensimmäisen velvoitesäännöt
($p \rightarrow Sq$)

OIKEUDEN METODOLOGIA

Oikeudelliset argumentaatioäännöt:
(f) systematisointinormit
(g) tulkintanormit
+ (h) punnintanormit
*Tulkinnallisesti määritettävissä oleva
oikeus (= **D-rationaalisuus**)*

**Oikeuden institutio-
naalinen positiviteetti**
= **oikeuden muoto ja
sisältö eli oikeuden
toteutettavuus ja/tai
todellistettavuus**
= **oikeuden ontinen ja
metodinen konstituutio**

OIKEUSTEORIA/

OIKEUSFILOSOFIA

Oikeuden idea tai käsite.
oikeuden voimassaolo- ja
oikeuttamisperusteet, tms.
OIKEUDEN VALIDITEETTI

TULKINTALAINOPPI

Oikeuden tulkinnallinen merkityssisältö:
oikeus toteutuneena ja toteutettavissa
olevana yhteiskunnallisena tosiasiana
tai oikeus yhteiskunnallisena ideaalina
OIKEUDELLISET MERKITYKSET

Oikeuden äärellisyyden analytiikka
= **oikeuden ”sanat” (eli oikeudelliset
käsittekatgoriat) ja oikeuden ”asiat”**
(eli oikeudelliset ilmiöt) = **oikeuden
episteminen ja käsitteellinen identi-
teetti**

OIKEUSTIETEEN TIETEENTEORIA:
ONTOLOGISET, EPISTEMOLOGISET,
METODOLOGISET & LOOGIS-
LINGVISTISET SITOUMUKSET:
*oikeuden konstituio-, tunnistamis-,
argumentaatio- ja artikulaatioäännöt*

Nelikenttä esittää modernin oikeuden *tietomuodon* eli *historiallisen a priorin* (ransk.: *épistémè*) osatekijät: vertikaaliakselilla oikeuden *sanat* ja *asiat* yhteenliittävän *äärellisyyden analytiikan* eli oikeuden institutionaalisen tunnistamissäännön mukaan *identifioitavissa* olevan oikeuden sekä loogis-syntaktisten ja semanttisten artikulaatiosääntöjen mukaan *käsitteellistettävissä* olevan oikeuden, sekä horisontaaliakselilla oikeuden formaalin muodon ja aineellisen merkityssisällön yhteenliittävän oikeuden *institutionaalisen positivitteen* eli institutionaalisen *toteutettavuuden* ja *todellistettavuuden* sekä tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittämisen oikeudellisten *konstituutio-* ja *argumentaatiosääntöjen* tarkoittamalla tavalla. Kaavion pystyakseli esittää oikeudellisen tietomuodon *analyttiset* ominaispiirteet, kun taas kaavion vaaka-akseli esittää sen *positivistiset* ja *institutionaaliset* piirteet. Lainsäätäjät, tuomioistuimet ja muut institutionaaliset toimijat vastaavat oikeuden konstitutiivisen ontologian toteuttamisesta, kun taas oikeudellisen argumentaatioteorian metodisäännöt on osoitettu oikeustieteen tutkijoille. Oikeuden konstituutio-, tunnistamis-, argumentaatio- ja artikulaatiosääntöjen sekä niiden avulla toteutettujen oikeusnormien kokonaisuutta voi kutsua myös (modernin) oikeuden edellytetyksi *todellisuusrakenteeksi*.

Kaavio voidaan esittää myös seuraavasti yksinkertaistetussa muodossa:

Kaavio 9: Oikeustieteen tieteenkuvan osatekijät yksinkertaistetussa muodossa

LINGVISTINEN FILOSOFIA	LOGIIKKA & LINGVISTIIKKA <i>Artikulaatiosäännöt:</i> L-rationaalisuus	TEOREETTINEN LAINOPPI
ONTOLOGIA <i>Konstituutiosäännöt:</i> oikeuden puheteko- ja instituutiosidonnaisuus	<i>SOLLEN</i> ($p \rightarrow Sq$)	METODOLOGIA <i>Argumentaatiosäännöt:</i> D-rationaalisuus
OIKEUSTEORIA/ OIKEUSFILOSOFIA	EPISTEMOLOGIA <i>Tunnistamissääntö:</i> institutionaalinen oikeuslähdeoppi	TULKINTALAINOPPI

Neliön keskiössä on velvoittava *oikeussääntö* yhtäältä oikeussubjektien keskinäisiä oikeuksia ja velvollisuuksia, toisaalta näiden ja julkisen vallan välisiä oikeussuhteita normatiivisesti sääntelevänä oikeustosisaikasto – oikeusseuraamus-relaationa, missä p merkitsee määrättyä *oikeustosisaikastoa*, q määrättyä *oikeusseuraamusta*, nuolisymboli ” $\rightarrow$ ” loogista implikaatiota osoittavaa *jos – niin* -relaatiota ja *deonttinen operaattori* S oikeudellista pitämistä ($S = Sollen$) eli tuomarille tai muulle lainsoveltajalle asetettua oikeudellista velvollisuutta

saattaa määrätty oikeusseuraamus voimaan, jos säännön osoittamat tosiseikat ovat jutussa todistettavasti käsillä. Keskeistä on siis oikeudellinen *velvoittavuus*, johon saksankielen termi *Sollen* (engl.: *Ought*) viittaa.

Oikeudellisen ontologian *konstituutiosäännöt* käsittävät oikeudellisen *itse-konstituution* eli oikeuden itse itseään määrittelevän institutionaalisen ontologian säännöt, jotka määrittävät, miten yhtäältä ensiasteen velvoitesäännöt ja toisaalta metatason konstituutiosäännöt ovat luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa sekä kumottavissa. Tuloksena on voimassa olevien oikeudellisten velvoitesääntöjen sekä toimivalta- eli kelpoisuussääntöjen kokonaisuus. Sanotut konstituutiosäännöt vastaavat Hartin oikeusteorian kahta sääntöluokkaa: *rules of change* ja *rules of adjudication*.

Oikeuden *institutionaalisen epistemologian* eli oikeuden tieto-opin *tunnistamissääntö* käsittää viittauksen tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymään oikeuslähdeoppiin näitä eriasteisesti sitovien, velvoittavien tai ohjaavien institutionaalisten ja ei-institutionaalisten oikeudellisten ratkaisuperusteiden merkityksessä. Hyväksyvä tai torjuva suhtautuminen *institutionaaliseen tuomarireferenssiin* jakaa lainopin tutkimuksen yhtäältä vallitsevaan doktriiniin, joka hyväksyy tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämän oikeuslähde- ja laintulkintaopin lainopin vakioiduksi tutkimukselliseksi referenssiksi, ja toisaalta eri tavoin määriteltyyn vaihtoehtoiseen, kriittiseen tai avoimen poliittiseen lainoppiin, jonka oikeuslähdeopilliset ja argumentaatioteoreettiset premissit poikkeavat tuomioistuinten ja muiden lainsoveltajien vastaavista sitoumuksista. Oikeuden tunnistamissääntö viittaa luonnollisesti H.L.A. Hartin oikeusteorian vastaavaan keskeiskäsitteeseen (engl.: *rule of recognition*). Oikeuden konstituutiosäännöt ja oikeuden tunnistamissääntö määrittävät yhteisesti muun muassa oikeudellista *validiteettia* eli oikeusnormin muodollis-juridista voimassaoloa.

Oikeudelliset *argumentaatiosäännöt* käsittävät kolme oikeudellisten meta-sääntöjen luokkaa:

- (a) oikeudelliset *systematisointinormit* oikeussääntöjen keskinäisten kollisio-tilanteiden ratkaisemiseksi²¹ ja oikeudellisten pääsääntö/poikkeus -luokitusten määrittämiseksi omaksutun tulkintamatriisin edellyttämällä tavalla,²²

²¹ Esimerkiksi: *lex superior derogat legi inferiori* eli normihierarkkisesti ylemmänasteinen sääntö syrjäyttää alemman; *lex specialis derogat legi generali* eli erityissääntö syrjäyttää yleissäännön.

²² Esimerkiksi: sopimusoikeudessa tahdonautonomia on pääsääntö ja sopimusvapautteen tehdyt rajoitukset ovat siihen tehtyjä poikkeuksia, jos on omaksuttu sopimusoikeudellinen tahtomalli. Jos on sitä vastoin omaksuttu Juha Pöyhösen kannattama kohtuusperiaatetta ja sopimustasapainoa korostava oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön malli, niin silloin sopimusehdon aineellinen kohtuullisuus on tahdonautonomian sijasta avainasemassa sopimuksen pätevyyttä ja sen aineellista sisältöä arvioitaessa.

- (b) oikeudelliset *tulkintanormit* oikeussääntöjen tyyppitapauksellisen eli määrättyyn oikeustositseikastoon kohdennetun tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi,²³ ja
- (c) oikeudelliset *punnintanormit* oikeusperiaatteiden arvosidonnaisten tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi.²⁴

Oikeuden argumentaationsäännöt ovat oikeudellisen argumentaatioteorian *D-rationaalisuutta* eli *diskursiivista* rationaalisuutta määrittäviä kriteereitä.

Oikeudellisen lingvistiikan *artikulaatiosäännöt* viittaavat oikeudellista diskurssia määrittäviin loogis-lingvistisiin eli *loogis-syntaktisiin* ja *semanttisiin* lauseopin sääntöihin, jotka määrittävät sen, miten oikeudelliset ilmiöt ovat kielellisesti käsitteellistettävissä myös muun kieli- ja oikeusyhteisön ymmärtämään muotoon. Oikeudelliset artikulaatiosäännöt ovat toisin sanoen joukko oikeudellista puhuntaa ohjaavia *syntagmaattisia* ja *paradigmaattisia* sääntöjä, joiden osoittamalla tavalla (modernista) oikeudesta on mahdollista esittää predikatiivisia *oikeus on ... (jotain määrättyä)* -tyyppisiä väitelauseita. Artikulaatiosääntöjen *syntagmaattiset* elementit liittyvät oikeudellisen puhunnan narratiiviseen, kielen elementtejä kerronnallisesti ja sarjallisesti yhdistelevään ulottuvuuteen, kun taas *paradigmaattiset* elementit liittyvät kielen vaihtoehtoisten rakenteellisten elementtien valintaan ja toisten elementtien poissuljentaan. Oikeudellinen käsitesystematiikka noudattaa *L-rationaalisuutta* oikeudellista puhuntaa määrittävien loogisten ja lingvististen metasääntöjen merkityksessä.²⁵ Oikeudellista puhuntaa ohjaavat artikulaatiosäännöt sekä oikeudellista tulkintaa rajaavat argumentaationsäännöt määrittävät yhteisesti oikeudellista rationaliteettia loogis-lingvistisen L-rationaalisuuden sekä diskursiivisen D-rationaalisuuden yhteenliittymän merkityksessä.

Oikeuden *konstituutio*-, *tunnistamis*-, *argumentaatio*- ja *artikulaatiosäännöt* ovat *metatason* eli toisen asteen sääntöjä, joiden *semanttisena referenssinä* ovat yhtäältä ensiasteen oikeussäännöt sekä toisaalta – ja tältä osin itseensä viittaavasti – sanotut metatason konstituutio-, tunnistamis-, argumentaatio- ja artikulaatiosäännöt. Yhtenäisellä tavalla jäsennetyt oikeuden konstituutio-, tunnistamis-, argumentaatio- ja artikulaatiosäännöt muodostavat lainopin *tieteenkuvan* eli oikeu-

²³ Esimerkiksi: sopimusta on tulkittava sen sanamuodon mukaisesti sekä *in dubio contra stipulatorem* -periaatteen mukaisesti. Samoin: Euroopan yhteisöoikeudellista oikeusnormistoa on tulkittava sen soveltamisalueella yhtenäistulkinnan periaatteen mukaisesti.

²⁴ Esimerkiksi: sopimuksen kohtuullisuutta arvioitaessa sisällöllinen kohtuusperiaate ja tilannekohtaisesti arvioitavissa oleva sopimustasapainon idea saavat – ainakin Juha Pöyhösen tulkinnan mukaan – etusijan suhteessa sopimus oikeuden tahtoperiaatteeseen, luottamuksensuojan periaatteeseen sekä heikomman sopijapuolen suojelun periaatteeseen.

²⁵ *L-rationaalisuuden* käsitteestä, Peczenik, *On Law and Reason*, s. 56: "Logical rationality (in brief L-rationality) of a conclusion means that it 1) follows logically of a set of premises that are 2) logically consistent and linguistically correct." Vrt. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, s. 189.

den äärellisyyden analytiikan ja institutionaalisen positiviteetin keskeismääreet. Eri tavoin yhteenliittyneinä nuo oikeustieteen tieteenkuvan määreet vastaavat tulkintalainopin, teoreettisen lainopin, lingvistisen filosofian sekä oikeusteorian ja oikeusfilosofian tutkimuskohteen ja tiedonintressin määrittelystä.

a) *Teoreettinen lainoppi* tuottaa oikeudellisen käsitesystematiikan, jossa yhdistyvät oikeudellisten artikulaatiosääntöjen määrittämä oikeuden looginen ja lingvistinen identiteetti sekä oikeudellisten argumentaatiosääntöjen käsittämät oikeussääntöjen systematisointinormit ja oikeusperiaatteiden ja vastaavien ratkaisustandardien enintään heikosti systeemisesti punnintanormit, jotka määrittävät oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden keskinäisiä suhteita. Teoreettisessa lainopissa yhdistyvät toisin sanoen oikeuden loogis-lingvistinen eli *L-rationaalisuus* sekä oikeuden aineellisen perusteltavuuden edellyttämä *diskursiivinen* eli *D-rationaalisuus*. Teoreettinen lainoppi vastaa näiden kahdentyyppisten rationaalisuusehtojen yhteenlivomisesta oikeuden yleisten oppien eli oikeussääntöihin sovellettavien oikeudellisten konfliktinratkaisunormien sekä oikeudellisten dogmien ja konstruktioiden tarkoittamalla tavalla sekä toisaalta oikeusperiaatteisiin sovellettavien punnintanormien, niiden taustalla vaikuttavien yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden sekä vallitsevan oikeudellisen ja yhteiskunnallisen arvoteorian tarkoittamalla tavalla.

Oikeudelliset konfliktinratkaisunormit voivat olla kahdenlaisia. *Systematisointinormit* viittaavat *lex superior derogat legi inferiori, lex posterior derogat legi priori* ja *lex specialis derogat legi generali* -tyyppisiin oikeussääntöjen keskinäisten normikonfliktien ratkaisunormeihin, kun taas oikeudelliset *punnintanormit* viittaavat oikeusperiaatteiden keskinäiseen tasapainottamiseen sekä arvoja/tai tavoitesidonnaiseen painoarvopunnintaan (engl.: *weighing and balancing*). Oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden välinen normikonflikti on lisäksi aina muunnettavissa Ronald Dworkinin tarkoittamalla tavalla kahden tai useamman oikeussäännön taustalla vaikuttavan oikeusperiaatteen kollisioksi, jolloin oikeusperiaatteiden keskinäissuhteita määrittävät punnintanormit siis soveltuvat tilanteeseen.²⁶ Tarkkaan ottaen vain ne oikeudelliset systematisointinormit, jotka määrittävät voimassa olevien oikeussääntöjen keskinäisiä suhteita, voivat olla osa varsinaista oikeudellista käsitesystematiikkaa, sillä oikeusperiaatteita tai yksittäisiä prejudikaattinormeja ei ole mahdollista lukita kiinteään ja ennalta (tai edes jälkikäteen) vakioitavissa ja määritettävissä olevan oikeudellisen systematiikan muotoon. Oikeusperiaatteet muodostavat enintään avoimen, dynaamisen tai ”kelluvan” oikeudellisen systematiikan, jolloin niiden keskinäiset painoarvot ovat vain tapaus- ja tilannekohtaisesti määritettävissä, jollei oikeusperiaatteiden arvosidonnaista punnintaa ole vähintään heikosti systeemisesti etusijaistettu ja ennalta vakioitu esimerkiksi perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin tai Juha Pöy-

²⁶ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 77–78: ”The court weighs two sets of principles in deciding whether to maintain the rule ...”.

hösen sopimusoikeuden yhteisölliselle kohtuusperiaatteelle antaman systeemis-
sen etusijan tavoin. Vastaavalla tavalla yksittäisten prejudikaattinormien keski-
näiset suhteet ovat lähtökohtaisesti määritettävissä vain suhteessa yksittäiseen
oikeudelliseen ratkaisutilanteeseen, jollei prejudikaattiperustaista oikeutta tulki-
ta vasten vähintäänkin heikosti systeemistä kehikkoa, jollaisen esimerkiksi
Dworkinin ajatus parhaasta eli koherenteimmasta mahdollisesta oikeudellisesta
kokonaisteoriasta ja oikeudellisesta eheydestä (engl.: *law as integrity*) myös
prejudikaattien jäsenyykseen tarjoaa.

Oikeusjärjestys on voimassa olevien oikeussääntöjen sekä riittävää institutio-
naalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden koko-
naisuus. Oikeusjärjestelmä on yhteisöllisten oikeuden artikulaatiosääntöjen sekä
oikeudellisten systematisointinormien mukaan käsitteellistetty ja systemisesti
vakioitu voimassa olevien oikeussääntöjen *staattinen* ja suljettu kokonaisuus.²⁷
Heikommassa merkityksessä oikeudellinen systematisointi tai systematiikka voi
viitata myös institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oi-
keusperiaatteiden tietynhetkiseen kokonaisuuteen, jolloin toteutettu oikeudelli-
nen systematiikka on *dynaaminen* eli systemisesti ”kelluva” ja avoin yhteiskun-
nallisille arvoille tai tavoitteille. Oikeusjärjestelmä viittaa toisin sanoen voimas-
sa olevan oikeuden käsittämien oikeusnormien eli yhtäältä oikeussääntöjen ja
toisaalta oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien koko-
naisuuteen, jossa mahdolliset normikonfliktit on joko ennalta ratkaistu tai aina-
kin ennalta ratkaistavissa formaalien oikeudellisten konfliktinratkaisusääntöjen
sekä sisällöllisten oikeudellisten dogmien ja konstruktioiden avulla (= formaalit
oikeussäännöt) tai jossa normikonfliktit, joissa myös oikeusperiaatteet ovat osal-
lisina, ovat tilannekohtaisesti ratkaistavissa oikeudellisten punnintanormien
avulla (= oikeusperiaatteet ja muut ratkaisustandardit) tai prejudikaattiperustai-
sen oikeuden systeemisten kolliisionormien avulla sovellettavan prejudikaatti-
ideologian systeemisten määreiden avulla (= prejudikaattinormit). Teoreettisen
lainopin alaan kuuluvat siten termin laajassa merkityksessä myös oikeudellisten
pääsääntö/poikkeussääntö -luokitusten määrittäminen Juha Pöyhösen sopimus-
oikeuden teorian oikeudellisten *dogmien* ja *konstruktioiden* merkityksessä sekä
vastaavat systemiset elementit oikeusperiaatteiden ja muiden ratkaisustandar-
dien sekä prejudikaattinormien keskinäissuhteiden osalta.²⁸

b) *Tulkintalainoppi* tuottaa voimassa olevaa oikeutta koskevia tulkintalauseita
eli perusteltuja oikeudellisia tulkintakannanottoja, joissa yhdistyvät yhtäältä oi-
keuden institutionaalisen epistemologian eli *institutionaalisen oikeuslähdeopin*
mukainen käsitys lainopin tutkimuskohteesta voimassa olevien oikeussääntöjen

²⁷ Oikeusjärjestyksen ja oikeusjärjestelmän käsitteistä, vrt. Brusiin, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*, s. 37: ”Oikeusjärjestys viittaa vakiintuisiin valtasuhteisiin, oikeusjärjestelmä teoreetti-
seen ajatteluun, jonka kohteena on oikeus.” (Kursivoinnit Brusiinin.)

²⁸ Ks. luku 9.3. ”Sopimusmalliajattelun piilevät premissit”.

sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja vastaavien ratkaisustandardien kokonaisuutena sekä toisaalta se *tulkinnallinen merkityssisältö*, joka oikeudellisten ratkaisuperusteiden kokonaisuudelle on annettavissa. Vaikka termi ”tulkinta” on täsmällisesti puhuen virheellinen oikeusperiaatteiden ja muiden varsinaisia oikeussääntöjä heikommin formaalien oikeudellisten ratkaisustandardien yhteydessä, myös oikeusperiaatteiden arvosidonnainen punninta voidaan lukea tulkintalainopin eli tulkintajuridikan tehtävänmäärittelyn alaan. Näin toteutettu oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden kohdennettu merkityssisältö noudattaa *D-rationaalisuutta* oikeussääntöjen *tulkintaa* sekä oikeusperiaatteiden *punnintaa* ohjaavien oikeudellisten argumentaationsääntöjen merkityksessä.²⁹

Oikeussääntöjä *tulkitaan* eli niille annetaan kohdennettu tulkinnallinen merkityssisältö pitäen lähtökohtana esimerkiksi yksittäisen oikeudellisen säädöksen kielellis-semanttisia näkökohtia, lainsäätäjän alkuperäisiin yhteiskunnallisiin tavoitteisiin liittyviä näkökohtia, oikeuskäytännössä vakiintunutta tulkintaa, tulkinnan ennakoitavissa olevia taloudellisia tai muita yhteiskunnallisia vaikutuksia sekä muita tuomioistuinten ja muiden lainsoveltajien kollektiivisesti soveltaman oikeudellisen tulkintaopin käsittämiä tulkintaperusteita. Oikeussääntöjen *formaalisuus* oikeudellisina ratkaisuperusteina tarkoittaa sitä, että niiden validiteetti eli muodollinen voimassaolo samoin kuin niiden taustalla vaikuttavat institutionaaliset oikeuttamisperusteet ovat irtautuneet niistä yhteiskunnallisista arvoja/tai tavoiteperusteista, joiden perusteella sanottu säädös alun perin saatettiin voimaan.

Oikeusperiaatteita ja vastaavia oikeudellisia ratkaisustandardeja on välttämättöntä *punnita* niiden ilmentämien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden valossa (engl.: *weighing and balancing*),³⁰ koska oikeusperiaatteissa on joukko yhtäältä muodollis-juridisia sekä toisaalta yhteiskunnalliseen arvo- tai tavoiteperustaan liittyviä näkökohtia tiiviisti yhteenkietoutuneina, eikä oikeusperiaatteen kohdennettua tulkinnallista merkityssisältöä ole edes teoriassa mahdollista määrittää irrallaan sen ilmentämistä yhteiskunnallisista arvoista ja/tai tavoitteista. Tutkijan omaksuma oikeudellinen tulkintamatriisi ja sen rajaama punnintakehys jäsentää oikeusperiaatteiden punnintaa. Keskeistä voi tällöin olla esimerkiksi vallitsevan eli voimassa olevan perustuslain omaksuman perusoikeusjärjestelmän vaikutus yhtäältä perusoikeuksia ilmentävien ja toisaalta

²⁹ *D-rationaalisuuden* käsitteestä, Peczenik, *On Law and Reason*, s. 57: ”Discursive rationality (in brief D-rationality) of a conclusion means that it would not be refuted in a *perfect discourse*.” Myös Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, s. 187–206; Aarnio, *The Rational As Reasonable*, s. 190.

³⁰ Englanninkielen termi *weighing* viittaa punnintaan, *balancing* puolestaan yksittäisten oikeusperiaatteiden yhteensovittamiseen tai tasapainottamiseen muiden oikeusperiaatteiden kanssa yksittäisessä soveltamistilanteessa. Vakiintunut suomen kielen termi ”punninta” ei kykene ylläpitämään sanottua oikeusperiaatteiden soveltamisen kaksijakoista tehtävää.

muunlaisten oikeusperiaatteiden arvosidonnaiseen punnintaan. Toisaalta Juha Pöyhösen tavoin jäsennetty sopimusoikeuden malli, joka perustuu yhteisölliselle kohtuusperiaatteelle annettuun vähintään heikosti systeemiseen etusijaan, johtaa sekin sanotunlaisen etusijajärjestyksen toteuttamiseen sopimusoikeudellisten oikeusperiaatteiden punnintatilanteessa.

Lopputulemana sekä oikeussäntöjen tulkinnassa että oikeusperiaatteiden punninnassa on *deiktinen*, määrättyyn oikeustosiseikastoon *kohdennettu* tulkinta- tai punnintakannanotto: ”suhteutettuna tosiseikastoon *f*, voimassa olevaa oikeutta on perusteltua tulkita (tai: punnita) tavalla *q*”. Tulkintalainoppi on siis voimassa olevan oikeuden tietynhetkisen, institutionaalista ja ei-institutionaalista oikeuslähteistä johdettavissa olevan *tulkinnallisen merkityssisällön* analyysiiä.

Lainsäätäjän ja tuomioistuinten sekä muiden lakia soveltavien viranomaisten oikeudellinen tiedonintressi eli vallitseva tuomarideologia lukitsee myös lainopin institutionaalisen oikeuslähteopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian tutkimuksellisen referenssin eli vakioidun kiintopisteen, johon oikeudelliset tulkinta- ja punnintakannanotot on suhteutettava, jos tutkijan tarkoituksena on esittää perusteltu tulkinta siitä, *mitä oikeus on*, eli mikä on voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen, institutionaalista ja ei-institutionaalista oikeuslähteistä oikeudellisen metodiopin sääntöjen avulla johdettavissa oleva tulkinnallinen merkityssisältö. Institutionaalinen tuomarireferenssi on tutkimuksellinen kiintopiste, johon myös vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin esittämät oikeudelliset tulkinta- ja punnintasuositukset on suhteutettava, kun arvioitavana on se, *mitä oikeuden pitäisi olla*, eli oikeuden ideaalinen tai paras mahdollinen tulkinta, kun oikeutta arvioidaan esimerkiksi klassisen tai modernin luonnonoikeusfilosofian tahi marxilaisen tai feministisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian kriteerien valossa.

c) *Lingvistinen filosofia* on tuottanut (muun muassa) Elizabeth Anscomben, John L. Austinin ja John Searlen ajatuksiin palautuvan idean oikeussäännöistä ja oikeudellisista instituutioista *institutionaalisina faktoina*, joissa yhdistyvät oikeuden sääntösidonnaisen ja *autopoieettisen* eli itse itseään tuottavan, uusintavan, määrittelevän ja legitimoivan ontologian mukaiset oikeusnormin voimaantulo-, transformaatio-, täytäntöönpano- ja derogaatiosäännöt sekä oikeuden loogis-lingvististä käsitteellistämistä ohjaavat oikeuden loogisen syntaksin ja käsitsemantiikan artikulaatiosäännöt.

Oikeudellisen puhunnan artikulaatiosäännöt määrittävät sen, miten oikeudellisista ilmiöistä on mahdollista esittää ei-idiosynkraattisella tavalla väitteitä, jotka yhtäältä tulevat määrättyssä kieliyhteisössä ymmärretyksi³¹ ja joilla toisaalta

³¹ Vrt. Foucault, *L'ordre du discours, passim*. – Väite, jonka mukaan oikeus on suvereenin vallanpitäjän sanktiouhalla vahvennettu määräys tulee kieliyhteisössä ymmärretyksi siitä riippumatta, onko puhuja sitoutunut oikeuspositivistiseen, luonnonoikeudelliseen, oikeusfenomenologiseen tai

on määrättyjen lainsäätäjän ja tuomioistuinten puhetekojä koskevien institutionaalisten ja mentaalisten reunaehtojen täyttyessä päteviä oikeusvaikutuksia yksittäisille kansalaisille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien perustamisen (= oikeudelliset voimaantulosäännöt), sisällöllisen muuttamisen (= oikeudelliset transformaationsäännöt), yksittäistapauksellisen oikeusvaikutusten toteuttamisen (= oikeudelliset täytäntöönpanosäännöt) tai kumoamisen (= oikeudelliset derogaationsäännöt) merkityksessä. Institutionaalisten oikeudellisten toimijoiden eli lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten sekä, määrädellytysten täyttyessä, yksittäisten oikeussubjektien oikeudellisilla puhe-teoilla on toisin sanoen *perlokutionaarisia* eli oikeutta pätevällä tavalla muotoavia vaikutuksia yleisten oikeudellisten säädösten, oikeudellisesti täytäntöönpan-tavissa olevien tuomioistuinratkaisujen ja muiden viranomaispäätösten sekä te-hokasta oikeussuojaa todennäköisesti saavien yksityisoikeudellisten määräämis-toimien ja yksityisoikeudellisten välitystuomioistuinten antamien ratkaisujen oi-keudellisen velvoittavuuden merkityksessä. Tältä osin voi puhua oikeuden ja oikeudellisen puhunnan *perlokutionaarisen lauseopin* institutionaalisista ja mentaalisista soveltamishdoista.³² Lingvistinen filosofia vastaa oikeudellisesti merkityksellisten *instituutionaalisten faktojen* yleisten konstitutiivisten reunaeh-tojen määrittelystä.

d) Kysymys *oikeusteorian* ja *oikeusfilosofian* tutkimuskohteen ja tiedonintres-sin määrittelystä on itsessään vahvasti filosofinen kysymys, johon annettava vas-taus riippuu keskeisesti tutkijan omaksumista yleisistä filosofisista ja tieteenteo-reettisista sitoumuksista. Itse näen asian siten, että jaottelu oikeusteoriaan ja oikeusfilosofiaan perustuu tutkijan tai tutkimussuuntauksen omaksumaan oi-keus- ja filosofiakäsitukseen yhtäältä *analyttisen oikeusteorian* ja toisaalta ei-analyttisen eli, asian hieman epätarkasti ilmaisten, *kontinentaalisen oikeusfilo-sofian* eli fenomenologisen, hermeneuttisen, marxilaisen, luonnonoikeusfilosofi-sen, eksistentialistisen tai esimerkiksi feministisen oikeus- ja yhteiskuntafiloso-fian merkityksessä.³³ Niinpä oikeusteorian ja oikeusfilosofian tiedonintressi kat-

oikeusteologiseen oikeuskäsitukseen. Sitä vastoin Lewis Carrollin *Liisa*-kirjan *nonsense*-runo, jonka mukaan: ”’Twas brillig, and the slithy toves/Did gyre and gimble in the wabe:/All mimby were the borogoves,/And the mome raths outgrabe. – Beware the Jabberwock, my son!’”, ei välttä-mättä tule ymmärretyksi (edes) englantia puhuvassa kieliyhteisössä, vaikka runon looginen syn-taksi ja ainakin osa sen käsitesemantiikasta onkin englanninkielen lauseopin mukainen. Samoin Carl Schmittin myöhäistuotannon päätelmät saksankielen ”alkutermien”, kuten termin *Raum*, fo-neettisesta analyysistä, ovat syntaktisesti riidattomia, vaikka väitteiden merkitysisältö ei lukijalle täysin avautuisikaan. Schmitt, ”Raum und Rom – Zur Phonetik des Wortes Raum”; Minkinen, *Thinking without Desire*, s. 61. Vrt. myös Sevón, ”Käsi ja käsite”, *passim*.

³² Puhetekojen *misfire* ja *abuse* -tyyppisiä tilanteita, joissa institutionaalisen puheteon yhteisöllinen vaikutus raukeaa institutionaalisten tai ulkoisesti havaittavissa olevien mentaalisten puutteiden vuoksi, käsitellen lähemmin luvussa 6.3.1. ”Oikeutta muotoavat institutionaaliset puheet”.

³³ Jako analyttiseen oikeusteoriaan ja ei-analyttiseen eli kontinentaaliseen oikeusfilosofiaan on karkea ja yksinkertaistava. Olen käsitellyt aihetta perusteellisemmin edellä luvussa 3, ”Mitä oikeustiede on?”.

taa muun muassa oikeuden käsitteen, idean tai olemuksen, oikeuden yleisten voimassaolo- eli validiteettiehtojen (lat.: *auctoritas*) sekä oikeuden institutionaalisten oikeuttamisperusteiden määrittelyn.

Analyyttisen oikeusteorian eli analyyttisen oikeuspositivismin, analyyttisen oikeusrealismin tai institutionaalisen oikeuspositivismin hyväksymien tutkimuksellisten premissien alaisuudessa oikeuden määritelmä voi käsittää viittauksen transsendentaalis-loogisen perusnormikonstruktion (saks.: *Grundnorm*) avulla johdettujen muodollisesti pätevien oikeusnormien hierarkkiseen kokonaisuuteen (Hans Kelsen), tuomarikunnan ja muiden lakia soveltavien viranomaisten kollektiivisesti sisäistämän oikeuden tunnistamissäännön (engl.: *rule of recognition*) avulla identifioitavissa olevien ensiasteen oikeudellisten velvoitesääntöjen sekä toisen asteen oikeudellisten muuttamis- ja täytäntöönpanosääntöjen sekä oikeuden tunnistamissäännön itsensä muodostamaan kokonaisuuteen (H.L.A. Hart) tai vallitsevan tuomarinideologian avulla identifioitavissa olevien oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden sekä muiden oikeudellisten ratkaisustandardien kokonaisuuteen (Alf Ross), joiden synty, muutokset, täytäntöönpano ja kumoaminen ovat sidoksissa lainsäätäjän ja tuomioistuinten institutionaalisiiin puhetekoihin (Neil McCormick & Ota Weinberger).

Kontinentaalinen eli *mannermainen oikeusfilosofia* määrittelee oikeuden esimerkiksi suhteessa ehdottomaan yhteisölliseen tai uskonnolliseen oikeudenmukaisuuteen (= luonnonoikeusfilosofia; oikeusteologia), yhteiskunnan taloudellisiin tuotantosuhteisiin ja tuotantorakenteisiin sekä transsendentaalisubjektiksi ymmärretyn pääoman itseään uusintaviin liikelakeihin (= marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia), filosofisesti ja yhteiskunnallisesti merkitykselliseen sukupuolieroon ja sukupuolisidonnaiseen yhteiskunnalliseen eriarvoisuuteen (= feministinen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia) tai ihmisen perustavaan eksistenssiin ja ”maailmaan-heitettynä-olemiseen” (= eksistentialistinen oikeusfilosofia). Tässä teoksessa tutkimukselliseksi lähtökohdaksi on siis valittu yhtäältä analyyttisen oikeusrealismin ja toisaalta institutionaalinen oikeuspositivismi, jotka molemmat kuuluvat edellä olevassa jaotuksessa (analyyttisen) oikeusteorian alaan.

e) *Oikeustieteen tieteenteoria*, joka on muodollisesti osa oikeusteoriaa tai oikeusfilosofiaa, tutkijan filosofisista sitoumuksista riippuen, käsittää oikeustieteen *tieteenkuvan* eli, lainopin kontekstissa, oikeudellisen *tulkintamatriisin* eri osatekijät oikeuden institutionaalisen ontologian konstituutiosääntöjen, institutionaalisen oikeuslähdeopin, oikeudellisen metodiopin argumentaatio- ja artikulaatio- ja artikulaatiosääntöjen merkityksessä. Oikeuden *konstituutio*-, *tunnistamis*-, *argumentaatio*- ja *artikulaatiosäännöt* rajaavat ja määrittävät sen, mitä modernista oikeudesta on ylipäättään mahdollista tietää ja sanoa esimerkiksi analyyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin tutkimuksellisen premissien vallitessa. Kyse on oikeuden *metatason* säännöistä eli säännöistä, joiden semanttisena kohdereferenssinä ovat yhtäältä

ensiasteen oikeudelliset velvoitesäännöt sekä toisaalta sanotut oikeuden metatason säännöt. Oikeuden metatason säännöt rinnastuvat Hartin oikeusteorian toisen asteen oikeussääntöihin (engl.: *secondary rules of change, adjudication & recognition*), mutta Hartin oikeusteorian käsittämien oikeuden muuttamista ja täytäntöönpanoa koskevien sääntöjen sekä oikeuden tunnistamissäännön rinnalle on nyt asetettu myös oikeudellisen metodiopin argumentaationsäännöt sekä oikeuden loogis-lingvistiset artikulaationsäännöt, joita Hart ei ainakaan selväsanaisesti käsittele. Oikeuden konstituutiosääntöjä on lisäksi täsmennetty ja osin laajennettu siten, että ne käsittävät nyt selväsanaisesti oikeuden voimaantulo-, transformaatio-, täytäntöönpano- ja derogaationsäännöt Hartin oikeuden muuttamista ja täytäntöönpanoa koskevien sääntöjen sijasta (engl.: *secondary rules of change & adjudication*).

Hartin oikeusteoriaan sisältyy lingvistinen teoria lainsäätäjän ja tuomioistuinten tavallisesti hyödyntämän *luonnollisen kielen* eli *arkikielen filosofian* mukaisesta käsitesemantiikasta. Kielen käsitteillä on Hartin mukaan yhtäältä merkitykseltään vakiintunut ydinalue (engl.: *core of certainty*), toisaalta vahvasti tulkinnanvarainen reunavyöhyke (engl.: *penumbra of doubt*), jolla useat erilaiset tulkinnat ovat mahdollisia.³⁴ Thomas Morawetzia mukaillen voi todeta, että oikeuden käsite – eli oikeus *radikaalisti tulkinnanvaraisena yhteiskunnallisena käytäntönä* – sijoittuu kokonaisuudessaan Hartin kaksijakoisen käsitesemantiikan vahvasti tulkinnanvaraiselle reunavyöhykkeelle.³⁵ Oikeuden tulkintaan liittyvät kysymykset Hart sivuuttaa lyhytsanaisesti, koska on hänen mukaansa vain kyse sanotun semanttisen teorian soveltamisesta oikeudelliseen kontekstiin, ja oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit rajautuvat kokonaan Hartin positivistisen oikeuskäsityksen ulkopuolelle. Lisäksi oikeussääntöjen vahvasti tulkinnanvaraisella reunavyöhykkeellä tuomarin harkintavalta rinnastuu Hartin mukaan lainsäätäjän vapaaseen eli vain voimassa olevan perustuslain sääntöjen rajoittamaan harkintaan.³⁶

Varsinaisen oikeudellisen tulkintateorian ja etenkin tulkinnan yhteisöllisten määreiden puuttuminen Hartin oikeusteoriasta ei ole jäänyt hänen kriitikoiltaan huomaamatta. Amerikkalainen luonnonoikeusfilosofi Lon L. Fuller on pitänyt Hartin semanttista tulkintakäsitystä riittämättömänä, sillä se ei ota huomioon oikeuden jo määritelmällisesti tavoitteellista ja yhteisöllistä luonnetta. Samoin Ronald Dworkin on kritisoinut Hartin oikeusteoriaa oikeuden tulkinnallisen elementin sivuuttamisesta. Dworkinin mukaan tuomioistuimet soveltavat kiperissä ratkaisutilanteissa (engl.: *hard cases*) eli Hartin termein sääntöjen semanttiselle reunavyöhykkeelle sijoituviissa tulkintatilanteissa myös institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttavia oikeusperi-

³⁴ Hart, *The Concept of Law*, s. 123–124.

³⁵ Morawetz, ”Epistemology of Judging. Wittgenstein and Deliberative Practices”, *passim*.

³⁶ Hart, *The Concept of Law*, s. 121–132 ja 200–201.

aatteita ja muita vastaavia ratkaisustandardeja, eikä tuomarin ratkaisuharkinta ole sen vuoksi rinnastettavissa lainsäätäjän verraten vapaaseen eli vain voimassa olevan perustuslain rajoittamaan harkintaan. Hart vastasi Dworkinin kritiikkiin *The Concept of Law* -teoksen postuumisti julkaistun toisen laitoksen julkisanoissa.³⁷

Oikeusfilosofia ja/tai oikeusteoria vastaavat muun muassa myös oikeussääntö/oikeusperiaate -jaottelun toiminnallisten kriteerien täsmentämisestä. *Formaalit oikeussäännöt* ovat itsenäisiä oikeudellisia ratkaisuperusteita, jotka ovat määritelmällisesti irtautuneet alkuperäisestä synty- ja justifikaatioperustastaan niiden yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoitenäkökohtien merkityksessä, joiden perusteella ne alun perin saatettiin voimaan. Yksittäisen oikeussäännön validiteetin sekä oikeudellisen ratkaisuarvon tunnistamiseksi viittaus vallitsevaan tuomarin-ideologiaan tai tuomarikunnan kollektiivisesti sisäistämään oikeuden tunnistamissääntöön on riittävä, eikä sääntöä ole tarpeen palauttaa sen taustalla edelleen vaikuttaviin tai ainakin sen voimaantulohetkellä vaikuttaneisiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin sen oikeudellisen validiteetin tai kohdennetun tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi. *Institutionaaliset oikeusperiaatteet* ja vastaavat muut oikeudelliset ratkaisustandardit ovat erottamattomasti kietoutuneet yhteen niiden ilmentämien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden kanssa, joten ne ovat oikeussääntöjä heikommin formaaleja sekä heikommin formalisoitavissa olevia oikeudellisia ratkaisuargenteja. Yhtä kaikki, ne nauttivat riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää yhteiskunnassa eli ne ovat *rakenteistuneet* Suomen oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan*, mikä perustelee niiden merkityksen osana tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa. Sitä vastoin *subjektisidonnaiset arvot* ovat vain kantajalleen ominaisia, yhteiskunnallisiin asiantiloihin kohdentuvia yksilöllisiä preferenssejä, vailla oikeusperiaatteiden institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää. Koska oikeus on määritelmällisesti yhteisöllinen eli yliyksilöllinen ilmiö, vain institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivilla oikeusperiaatteilla, samoin kuin tietenkin myös muodollisin perustein voimassa olevilla oikeussäännöillä, voi olla *oikeudellisen* ratkaisuperusteen asema, kun taas subjektisidonnaiset arvot rajautuvat jo määritelmällisesti yhteisöllisen, ei-idiosynkraattisen sekä vähintäänkin heikosti rakenteistuneen ja formalisoidun oikeuskäsitteen ulkopuolelle.³⁸

³⁷ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 22–45; Fuller, *The Morality of Law*, s. 193, 237–238, missä Fuller moittii analyttisen oikeuspositivismin edustajia oikeuden yhteisöllisten ja vuorovai-kutteisten piirteiden sivuuttamisesta. Hart, *The Concept of Law* (1994), s. 238–276 ja etenkin s. 244–268.

³⁸ Vrt. Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 48–49: ”Det er i det foregående talt snart om ’dommeren’, snart om ’domstolene’. Forudsætningen for, at man kan operere med begrebet ’dansk ret’ som et for det hele retssamfund fælles, identisk system er, at de individuelt forskellige dommere besjæles af

MacCormickin ja Ota Weinbergerin *institutionaalisen oikeusteorian* mukaan oikeudellinen instituutio koostuu kolmenlaisista säännöistä:³⁹ (a) *institutiiviset* eli oikeudellisen instituution perustamis- eli voimaansaattamissäännöt (engl.: *institutive rules*), (b) *konsekventialistiset* eli oikeudellisen instituution käsittämiä oikeusseuraamuksia koskevat säännöt (engl.: *consequential rules*) sekä (c) *kumoavat* eli oikeudellisen instituution lakkauttamista koskevat säännöt (engl.: *terminative rules*). MacCormick, jolta sanottu terminologia on peräisin, ei – toisin kuin Hart tai allekirjoittanut – tee tässä eroa oikeudellisen instituution käsittämien *ensiasteen* oikeussääntöjen ja *metatason* eli toisen asteen oikeussääntöjen välillä, vaan molemmat ovat MacCormickin esityksessä rinnakkain, siis yhtäältä kansalaisten oikeuksia ja velvollisuuksia määrittelevät *ensiasteen konsekventialistiset* säännöt sekä toisaalta tietyn oikeudellisen instituution metatason tarkastelun alaan kuuluvat *voimaansaattamis-* ja *kumoamissäännöt*, joiden kohderefereenssinä on *ensiasteen* oikeussääntöjen tarkoittamien määrättyjen, oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien luominen tai kumoaminen.

Oikeudellinen instituutio voidaan nähdäkseni määritellä laajemmin viidenlaisten sääntöjen tai, oikeammin, sääntöryvästen kokonaisuutena:

- (1) oikeuden *konstituutiosäännöt* oikeusnormien synty-, transformaatio-, täytäntöönpano- ja derogaatiosääntöjen merkityksessä, joista oikeuden synty- ja derogaatiosäännöt vastaavat MacCormickin vastaavia sääntöjä (engl.: *institutive rules & terminative rules*),
- (2) oikeuden *tunnistamissääntö* eli institutionaalisen oikeuslähdeopin sitoumukset, joiden avulla voimassa olevan oikeuden säännöt ovat tunnistettavissa ja erotettavissa kaikesta, mikä ei ole oikeutta, esimerkiksi moraalien tai uskonnon käyttäytymisnormien merkityksessä, vastaten Hartin oikeuden tunnistamissääntöä (engl.: *rule of recognition*),
- (3) oikeudelliset *argumentaatiosäännöt* oikeussääntöjen tulkinta- ja systematisointinormien sekä oikeusperiaatteiden punnintanormien merkityksessä, jotka määrittävät oikeuden diskursiivista eli *D-rationaalisuutta*,
- (4) oikeudelliset *artikulaatiosäännöt* eli oikeuden käsitteellistämistä sääntelevät loogisen syntaksin ja semantiikan säännöt, jotka määrittävät oikeuden loogis-lingvististä eli *L-rationaalisuutta*, sekä

en fælles, overindividuel ideologi, og at det derfor kommer ud på et, om man refererer til 'dommeren' eller til 'domstolene'. Retten er et socialt, d.v.s. overindividuelt fænomen. I det omfang, den enkelte dommer motiveres af særegen ideosynkrasi, henregnes denne ikke til 'dansk ret' – selv om den naturligvis ligefuldt er en faktor der må tages i betragtning af den der er interesseret i at forudkalkulere en konkret retsafgørelse.” Vrt. myös Duncan Kennedyn kolmijaottelu (*judge as constrained activist – difference-splitting judge – bipolar judge*, millä hän viittaa tuomarin tietoiseen yhteiskuntapoliittiseen strategiaavalintaan suhteessa voimassa olevaan oikeuteen ja sen mahdollistamiin ideologisiin valintoihin. Kennedy, *A Critique of Adjudication*, s. 180–186.

³⁹ MacCormick & Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, s. 52–53.

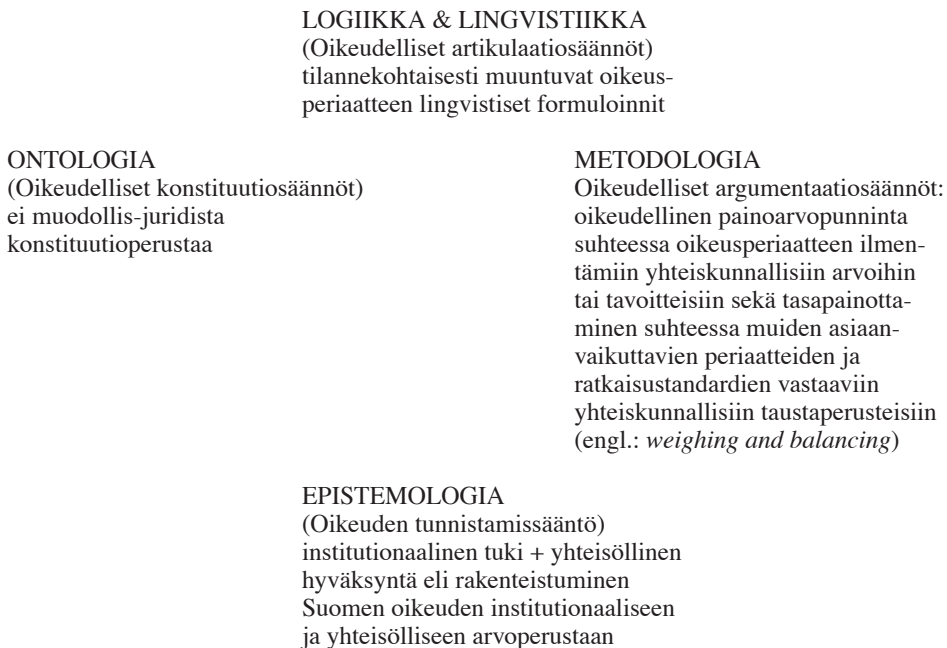
- (5) ensiasteen oikeudelliset *velvoitesäännöt*, jotka vastaavat MacCormickin jaottelun *konsekventialistisia* sääntöjä (engl.: *consequential rules*) ja joiden semanttisena referenssinä eli kohdesisältönä on määrättyjen oikeus-tositseikkojen ja määrättyjen oikeusseuraamusten normatiivinen pitämis-suhde.

Kohdat (1) – (4) ovat metatason sääntöjä, joiden semanttisena kohdereferenssinä on kohdan (5) tarkoittamat ensiasteen velvoitesäännöt sekä itseensä viittaa-vasti myös sanotut metatason säännöt.

Edellä oikeustieteen tieteenkuvan osatekijät esittänyt kaavio perustuu *sääntö-keskeiseen* oikeuskäsitykseen. Poikkeuksena tähän on vain oikeudellisen metodiopin argumentaatio-sääntöihin mukaan otettu kohta (h) eli oikeusperiaatteiden punnintanormit, jotka kuuluvat oikeusperiaatekeskeiseen oikeuskäsitykseen. Punnintanormit on otettu mukaan sanottuun kaavioon didaktisista syistä eli niiden suuren käytännön merkityksen vuoksi.

Oikeusperiaatteiden täysimääräinen sisällyttäminen sanottuun kaavioon edellyttäisi varsin radikaaleja muutoksia: (a) oikeuden *konstituutiosääntöihin*, koska oikeusperiaatteet, toisin kuin oikeussäännöt, eivät ole institutionaalisten toimijoiden tahdonvaltaisten päätösten avulla luotavissa, muutettavissa tai kumottavissa, olkoonkin, että ne oikeussääntöjen tavoin ovat pantavissa yksittäistapauksessa täytäntöön tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tekemillä päätöksillä, (b) institutionaaliseen *oikeuslähdeoppiin*, koska oikeusperiaatteet, toisin kuin oikeussäännöt, eivät ole tunnistettavissa Hartin formaalin oikeuden tunnistamis-säännön avulla, (c) oikeudelliseen *metodioppiin*, koska oikeusperiaatteiden, toisin kuin oikeussääntöjen, tapauskohtainen ratkaisuarvo ei ole määritettävissä yleistettävissä olevan oikeudellisen metodiopin sääntöjen avulla, vaan se edellyttää viittausta oikeusperiaatteiden ilmentämien yhteiskunnallisten arvojen ja/tai tavoitteiden tilannesidonnaiseen punnintaan (engl.: *weighing and balancing*), joka voi olla vain rajoitetusti systeemisesti vakioitavissa vähintään heikosti systeemisten oikeusperiaatekeskeisten tulkintamatriisien kohdalla, sekä (d) oikeuden kielelliseen *käsitteellistettävyyteen*, koska oikeusperiaatteet, toisin kuin oikeussäännöt, eivät ole lukittavissa yksiselitteisen kielellisen ilmiasun muotoon, vaan niiden kielellinen muoto saattaa merkittävästikin vaihdella yksittäisestä tapauksesta toiseen. Oikeudelliset konstituutio-, tunnistamis- sekä artikulaatio-säännöt siis eivät sovellu – ainakaan samassa merkityksessä kuin varsinaisten oikeussääntöjen kohdalla – oikeusperiaatteiden ja vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien tahdonvaltaiseen muuttamiseen, identifioimiseen ja kielelliseen käsitteellistämiseen, mistä syystä sanotut oikeustieteen tieteenkuvan määreet on laitettu seuraavan sivun kaaviossa sulkeisiin.

Kaavio 10: Oikeustieteen tieteenkuvan määreet oikeusperiaatteisiin suhteutettuna



Oikeudellisen *aksiologian* tarkastelemat yksittäisen oikeuden tutkijan arvo-teoreettiset ja yhteiskuntaideologiset premissit ohjaavat ja rajaavat tämän valin-toja oikeuden konstitutiivisten, oikeuslähdeopillisten, metodiopillisten ja ling-vistis-semanttisten sitoumusten kesken, jotka oikeudelliset *tulkintamatriisit* ko-koavat yhtenäisen tieteenteoreettisen kokonaisteorian alle.

1.5. Oikeuden ontologia, epistemologia, metodologia sekä logiikka ja lingvistiikka

Ontologia on filosofian osa-alue, joka tutkii sitä, *mitä on* (olemassa) eli mistä maailma tai todellisuus koostuu. Oikeuden ontologia pohtii sitä, mitä oikeus on. Mikä on oikeuden intuitiivis-apriorinen ja itseannettu olemus sekä suhde ehdot-tomaan yhteisölliseen tai uskonnolliseen oikeudenmukaisuuteen, jos oikeutta tarkastelee *oikeusfenomenologian*, *luonnonoikeusfilosofian* tai *oikeusteologian* näkökulmasta? Mitä oikeus *yhteiskunnallisena tosiasiana* eli tosiasiallisesti to-teutuneiden ja myös tulevaisuudessa todennäköisesti toteutettavissa olevien, oi-keussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena on, jos asiaa tarkastelee *analyttisen oikeusrealismin* näkökulmasta? Mikä on voimassa olevan oikeuden suhde lainsäätäjän ja tuomioistuinten sääntösidonnai-

siin institutionaalsiin puhetekoihin, jos oikeutta tarkastelee *institutionaalisen oikeuspositivismin* hyväksymistä lähtökohdista? Modernin, tahdonvaltaisen oikeuden ontologia on sidoksissa määrättyihin institutionaalsiin oikeudellisiin toimijoihin ja näiden *institutionaalsiin puhetekoihin*: oikeus on luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa sekä kumottavissa vain lainsäätäjän ja tuomioistuinten tai, yksityisoikeudellista disponointikelpoisuutta määrittävien edellytysten täyttyessä, yksittäisten oikeudellisesti toimivaltaisten oikeussubjektien sääntösidonnaisten puhetekojen avulla. Taustalla on yhtäältä Elizabeth Anscomben, John L. Austinin ja John Searlen institutionaalisten tosiasioiden (engl.: *institutional facts*) ja sääntösidonnaisten puhetekojen teorian (engl.: *speech-act theory*) keskeisidea yhteisöllisen ja oikeudellisen todellisuuden konstituoimisesta institutionaalisten puhetekojen avulla sekä toisaalta itävaltalaisfilosofi Karl Popperin ajatus fysikaalisen *maailma 1*:n sekä mentaalisen-tajunnallisen *maailma 2*:n ilmiöistä irtautuneen *maailma 3*:n käsittämistä yhteisölliskulttuurisista olioista tai entiteeteistä, joihin myös voimassa olevan oikeuden normit ja oikeudelliset instituutiot osaltaan lukeutuvat.

Epistemologia eli tieto-oppi tutkii inhimillisen tiedon yleisiä perusteita, lähteitä ja kriteereitä. Modernin oikeuden epistemologia on edellä kerrotulla tavalla sidoksissa *institutionaaliseen oikeuslähdeoppiin*: voimassa olevan oikeuden säännöt ovat tunnistettavissa velvoittaviksi oikeussäännöiksi ja erotettavissa kaikesta, mikä ei ole oikeutta, vain vallitsevan, tuomarien ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämän oikeuden *tunnistamissäännön* (H.L.A. Hart) tai vallitsevan *tuomarinideologian* (Alf Ross) avulla.⁴⁰ Oikeudellista merkitystä saavien oikeusperiaatteiden ja vastaavien muiden ratkaisustandardien tunnistaminen on kuitenkin pulmallista, sillä oikeuden tunnistamissäännön käsittämät formaalit, oikeusnormin muodolliseen syntytapaan liittyvät kriteerit eivät sovellu institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien, yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoitesidonnaisten näkökohtien kanssa jo määritelmällisesti yhteenkietoutuneiden oikeusperiaatteiden tunnistamiseen. Yksittäisen oikeusperiaatteen tai muun oikeussääntöä heikommin formaalin ratkaisustandardin merkitys tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa on siten pääteltävissä vain sen yhteiskunnassa nauttiman *institutionaalisen tuen* ja *yhteisöllisen hyväksynnän* eli sen oikeudellisen ja yhteisöllisen *rakenteistumisen* perusteella. Jos tässä teoksessa omaksutut analyttisen, oikeusrealistisen ja institutionaalisen oikeusteorian mukaiset premissit sivuutetaan jonkin muun tutkimuksellisen vaihtoehdon hyväksi, myös asiaanvaikuttavat oikeudelliset ratkaisupe-

⁴⁰ Lainopin institutionaalisesta tietoteoriasta, Niemi, *Päämäärien valtakunta. Konventionalistinen analyysi lainopillisen tiedon edellytyksistä ja oikeusjärjestelmän perusteista, passim*, ja etenkin s. 235–356.

rusteet ovat silloin tunnistettavissa jonkin muun keskeiskriteerin kuin tuomarikunnan kollektiivisesti hyväksymän tuomarinideologian avulla. Oikeusfenomenologian, luonnonoikeusfilosofian tai oikeusteologian tutkimuksissa tämä tarkoittaisi viittausta yhteisölliseen ja/tai uskonnolliseen oikeudenmukaisuuskriteeriin tai oikeuden aprioriseen, itseannettuun olemukseen oikeus/ei-oikeus -differentiaation erottelukriteerinä.

Metodologia eli *metodioppi* käsittää tietyllä tieteenalalla sovelletut ”yleistetyt ja systemaattisesti formuloitavissa olevat menettelytavat, joiden avulla tiedettä on menestyksellisesti harjoitettu”.⁴¹ Oikeudellinen metodologia käsittää oikeustieteen tutkijoiden hyödyntämät oikeudelliset päättely- eli argumentaatio säännöt, jotka ohjaavat, määrittävät ja rajaavat oikeussääntöjen tulkintaa ja systematisointia sekä oikeusperiaatteiden keskinäistä punnintaa ja keskinäistä yhteensovittamista (engl.: *weighing and balancing*). Analyttis-deskriptiivisen tutkijanideologian omaksunut lainoppi hyväksyy tuomioistuinten ja muiden instituutioiden lainsoveltajien soveltamat oikeudelliset argumentaatiomallit myös lainopin metodiopilliseksi referenssiksi. Vaihtoehtoinen, kriittinen tai avoimen poliittinen lainoppi on metodisesti lainopin vallitsevaa doktriinia vähemmän sidottu, koska se voi etsiä oikeudellisen tulkinnan, systematisoinnin ja punninnan menetelmälliset lähtökohdat vallitsevan tuomarinideologian käsittämien oikeudellisten argumentaatiomallien ulkopuolelta, tutkijan itsensä sisäistämien oikeudellisen tai yhteiskuntaideologisen kasantokannan edellyttämien päättelymallien merkityksessä.

Oikeuden loogis-lingvistiset *artikulaatio säännöt* käsittävät oikeudellista puhuntaa ohjaavat loogis-syntaktiset ja semanttiset artikulaatio säännöt, jotka tekevät mahdolliseksi yhtäältä oikeudellisten ilmiöiden käsitteellistämisen oikeudellisten käsittekkategorioiden avulla, joita ovat esimerkiksi omistusoikeus, avioliitto, osakeyhtiö, valtiopäiville kokoontunut (Suomen) eduskunta tai Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 234 artiklan mukainen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle tehty ennakkoratkaisupyyntö, sekä toisaalta voimassa olevaa oikeutta koskevien predikoivien väitelauseiden esittämisen, tyyliin: ”oikeus on ... (jotain määrättyä)”. Ilman syntagmaattisten ja paradigmaattisten artikulaatio sääntöjen antamaa tukea modernin oikeuden ilmiöt eivät olisi käsitteellistettävissä ja ilmaistavissa muille oikeusyhteisön jäsenille.

Institutionaaliseen tuomarireferenssiin sidottu oikeuden tutkija on kiinteämin sidoksissa tuomioistuinten ja institutionaalisten lainsoveltajien käsitykseen oikeuden loogis-lingvistikista sitoumuksista, kun taas vaihtoehtoinen, kriittinen

⁴¹ Gutting, ”Scientific Methodology”, s. 423: ”Generally, ’scientific methodology’ denotes whatever generalized and systematically formulable procedures may be behind the successful pursuit of science.” – Käsittelen tieteellisen metodin vähimmäiskriteereitä lähemmin luvussa 7, ”Tieteellinen metodi”.

tai avoimen poliittinen lainoppi on myös tässä suhteessa vapaampi. Yksi kriittisen oikeusopin tutkimuksellisista lähtökohdista on ollut juuri tutkimuksellisen etäisyyden ottaminen lainopin vallitsevan doktriinin omaksumiin semanttis-käsitteellisiin konventioihin, jotka väitetysti eivät tee oikeutta heikomman sopijapuolen tai naisten yhteiskunnallisille erityisintresseille. Sillä, onko voimassa olevan oikeudellisen sääntelyn ja lainopillisen analyysin kohteena abstraktilla tavalla ilmaistu ”velallinen” ja ”velkoja”, niin kuin analyttinen oikeustiede asian mieltää, vaiko ”velallinen, jolla on rajalliset varat”, ”työtön velallinen”, ”velallinen, jolla on suppea ammattikokemus ja koulutus” tai ”pienyrittäjä, jolla on rajoitettu taloudellinen kantokyky”,⁴² niin kuin sosiaalinen siviilioikeus asian hahmottaa, on ratkaiseva merkitys oikeuden tulkinnallista merkityssisältöä määrittäessä. Samoin naisoikeustutkimuksen esittämä kritiikki, jonka mukaan perinteinen oikeustiede joko täydellisesti sivuuttaa ei-oikeudellisina osan kysymyksistä, jotka naiset pitävät itse oikeudellisesti merkityksellisinä, tai ainakaan ei anna niille asiaankuuluvaa oikeudellista merkitystä, korostaa oikeuden lingvistis-semanttisen elementin merkitystä oikeudellista tulkintaa rajaavana esikysymyksenä. Tulkitsijan käytettävissä oleva oikeudellinen käsitteistö rajaa oikeuden ylipäättään mahdollisia tulkintavaihtoehtoja.

Oikeuden *ontologia* voidaan siis määritellä oikeuden *konstituutiosääntöjen* avulla luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa ja kumottavissa olevien oikeussääntöjen sekä – jos ankan oikeuspositivistisesta oikeuden määrittelystä luovutaan väljemmän oikeuskäsityksen hyväksi, niin kuin tässä tutkimuksessa on tehty – myös Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneiden eli eriasteista mutta oikeudellisesti riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien kokonaisuudeksi. Laajempi ontologian määrittely käsittäisi asianmukaisesti voimaansaatettujen oikeussääntöjen ohella myös sanottujen konstituutiosääntöjen itsensä muodostaman kokonaisuuden eli oikeussääntöjen perustamis-, transformaatio-, täytäntöönpano- ja derogaatiosäännöt. Lisäksi oikeuden tunnistamisessa hyödynnetty tunnistamissääntö, oikeuden käsitteellistämässä hyödynnetyt oikeuden loogis-lingvistiset artikulaatiosäännöt sekä oikeudellisen metodiopin päättelysäännöt kuuluvat laajasti määritellyn oikeudellisen ontologian alaan. Niinpä oikeuden ontologia, joka ahtaasti määriteltynä käsitti vain oikeuden konstituutiosääntöjen avulla perustetut velvoittavat oikeussäännöt (sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet), laajenee näin käsittämään oikeuden äärellisyyden analytiikan ja oikeuden institutionaalisen toteutettavuuden eri osatekijöiden eli oikeuden *epistemeisen ja käsitteellisen identi-*

⁴² Wilhelmsson, *Social civilrät*, s. 139; Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 274.

teen sekä ontin ja metodisen konstituutorakenteen edellyttämät sääntö- ja instituutiosidonnaiset osatekijät.

Vastaava päättely soveltuu luonnollisesti myös muihin oikeuden tieteenkuvan osatekijöihin. Oikeuden *institutionaalinen epistemologia* eli *tieto-oppi* käsittää oikeuden *tunnistamissäännön* eli vallitsevan (tai kriittisen) institutionaalisen oikeuslähteopin säännöt, joiden avulla oikeus on tunnistettavissa ja erotettavissa kaikesta, mikä ei ole oikeutta, esimerkiksi moraalin, uskonnon tai tapaetikin käyttäytymisnormien merkityksessä, jolloin episteeminen *oikeus/ei-oikeus-differentiaatio* käy vasta mahdolliseksi. Laajemmin ymmärrettynä oikeuden tietoppi käsittää myös tunnistamissäännön itsensä identifioimisen mahdollisesti useiden keskenään kilpailevien ehdokkaiden joukosta, joten sääntö olisi tältä osin oletettava myös itseensä viittaavaksi, jollei käytössä ole $n + 1$ -tason tunnistamissääntöä n -tason tunnistamissäännön tunnistamiseksi.⁴³ Lisäksi oikeuden artikulaatiosäännöt, konstituutiosäännöt ja metodisäännöt on nekin ennen niiden soveltamista kyettävä asianmukaisesti tunnistamaan, joten laajasti ymmärrettynä oikeuden epistemologia käsittää varsinaisten oikeussääntöjen tunnistamisen ohella viittauksen myös oikeuden kielellistä käsitteellistämistä, ontista konstituutiota sekä oikeudellista metodioppia määrittäviin sääntöihin.

Oikeuden *logis-lingvivistiset* sitoumukset eli mielekästä oikeudellisista puhuntaa ohjaavat *artikulaatiosäännöt* vastaavat kieli- ja oikeusyhteisön hyödyntämistä *logis-syntaktisista* ja *semanttisista* säännöistä, joiden avulla oikeudelliset ilmiöt ovat kielellisesti käsitteellistettävissä ja alistettavissa yleisen ”oikeus on ... (jotain määrättyä)” -predikaattirelaation alaisuuteen. Luonnollisesti myös oikeuden artikulaatiosäännöt tulee voida käsitteellistää eli artikuloida kieliyhteisössä yleisesti käytetyn kielen avulla, jolloin artikulaatiosääntöjä täytyy voida soveltaa myös sanottuihin sääntöihin itseensä. Samoin oikeuden episteeminen tunnistamissääntö, oikeuden ontiset konstituutiosäännöt ja oikeudellisen metodiopin argumentaatiosäännöt tulee nekin voida kielellisesti käsitteellistää, joten artikulaatiosäännöt laajenevat käsittämään myös oikeuden tunnistamista, tahdonvaltaista konstituutiota sekä oikeudellista argumentaatiota koskevat meta-säännöt.

Oikeuden *metodologia* eli *metodioppi* käsittää oikeudelliset *argumentaatio-säännöt* eli yhtäältä oikeussääntöjen sekä toisaalta institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden samoin kuin oikeussääntöihin tai oikeusperiaatteisiin rinnastuvien prejudikaattinormien tulkinta-, systematisointi- ja punnintasäännöt. Varsinaisten velvoittavien oikeussääntöjen ohella myös oikeudellisen metodiopin säännöt edellyttävät luonnollisesti tulkintaa ja systeemistä yhteensovittamista, joten metodiopin säännötkin edellyttävät jon-

⁴³ Oikeuden tunnistamissäännön itsensä tunnistamisesta, Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 221–231.

kinlaisen (metatason) metodologian olemassaoloa. Laajimmillaan metodiopin sääntöjä tulee voida soveltaa myös oikeuden identifioimista määrittävän tunnistamissäännön, oikeuden käsitteellistämistä määrittävien artikulaatiosääntöjen sekä oikeuden perustamis-, muuttamis-, täytäntöönpano- ja kumoamissääntöjen tulkintaan, jolloin metodiopin ala laajenee vastaavasti.

Oikeuden *ontologia*, *epistemologia*, *metodologia* sekä *logiikka* ja *lingvistiikka* voidaan toisin sanoen pitää analyttisesti erillään, jolloin oikeuden *äärellisyyden analytiikan* ja oikeuden *institutionaalisen positiviteetin* eli instituutiosidonnaisen *toteutettavuuden* ja *todellistettavuuden* kuhunkin osatekijään sovelletaan tieteenkuvan episteemisten, käsitteellisten, konstitutiivisten ja metodisten määreiden suppeaa määrittelyä. Tällöin oikeuden ontologia määritellään voimassa olevien oikeussääntöjen sekä mahdollisesti oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien merkityksessä ilman, että oikeussääntöjen luomista, muuttamista, täytäntöönpanoa tai kumoamista koskevia konstitutiivisia ehtoja liitettäisiin osaksi oikeuden todellisuusrakennetta. Oikeuden epistemologia viittaa tällöin vain oikeuden tunnistamissäännön avulla tunnistettavissa oleviin oikeussääntöihin sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttiviin oikeusperiaatteisiin. Oikeuden metodioppi käsittää vain oikeuden tulkinta-, systematisointi- ja punnintasäännöt, ja oikeuden loogis-lingvistinen elementti viittaa vain erityisiin oikeudellisiin artikulaatiosääntöihin, joita mielekäs puhe velvoittavista oikeussäännöistä ja institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivista oikeusperiaatteista edellyttää. Toisaalta, oikeudellisen analyysin metatasolla eli arvioitaessa esimerkiksi, miten oikeuden tunnistamissääntö, oikeuden artikulaatiosäännöt, oikeuden konstituutiosäännöt sekä oikeudelliset metodisäännöt ovat tieto-opillisesti tunnistettavissa, tai arvioitaessa, miten oikeuden tunnistamissääntöä, oikeudellisia konstituutiosääntöjä, oikeuden loogis-lingvistisiä artikulaatiosääntöjä tai oikeudellisen metodiopin tulkinta-, systematisointi- ja punnintasääntöjä tulee tulkita, kaikki neljä oikeuden *äärellisyyden analytiikan* ja oikeuden *institutionaalisen positiviteetin* osatekijää ovat yhtäläisesti mukana tutkimuksen edellytteinä premisseinä.

Oikeustieteen tieteenkuvaa tarkasteltaessa tulee lisäksi erottaa toisistaan yhtäältä tieteenkuvan käsittämät filosofiset tutkimusalat sekä toisaalta tieteenkuvan eri osatekijöitä luonnehtivat määreet. *Ontologinen* viittaa todellisuuden perimmäiseen rakenteeseen eli siihen, mitä tai miten jotain on (olemassa) siinä merkityksessä kuin kysymystä on pohdittu tieteellisen tai filosofisen ontologian piirissä. Oikeudellinen ontologia viittaa siten oikeuden institutionaaliseen ja puhetekosidonnaiseen todellisuusrakenteeseen lainsäätäjän ja tuomioistuinten oikeutta luovien institutionaalisten puhetekojen merkityksessä. *Onttinen*,⁴⁴ *onttis-konsti-*

⁴⁴ Martin Heideggerin *Sein und Zeit* eli *Oleminen ja aika* -teoksen kääntäjä Reijo Kupiainen käyttää muotoa ”ontinen” (saks.: *ontisch*). Äänteellisesti kahdella t:llä kirjoitettu *onttinen* vaikuttaa kuitenkin idiomaattisemmalta. Vrt. Heidegger, *Oleminen ja aika*, ”Sanasto”, s. dxx.

tutiivinen tai *konstitutiivinen* viittaa olevaan tai todellisuuteen liitettyihin määreisiin, siis esimerkiksi oikeuden konstitutiivisiin määreisiin voimassa olevien oikeussääntöjen sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden merkityksessä. *Epistemologinen* tarkoittaa filosofian tieto-opin eli tietoteorian systemaattisten kriteerien mukaan jäsennettyä tietoa maailmasta, kun taas *episteeminen* viittaa yleisesti kognitiiviseen, tiedolliseen tai inhimillistä tietoa koskevaan. Oikeudellinen epistemologia viittaa vallitsevan tai kriittisen institutionaalisen oikeuslähdeopin kriteereihin, joiden avulla oikeus/ei-oikeus -differentiaatio on toteutettavissa, sekä systemaattiseen käsitykseen oikeudellisen tiedon lähteistä, perusteista ja arviointikriteereistä, kun taas episteeminen viittaa yleisesti tuomarin tai lainopin tutkijan toiminnalliseen ja praktiiseen tietoon oikeudesta.

Metodologinen viittaa systemaattiseen ja tieteellisessä katsannossa perusteltuun metodioppiin, kun taas *metodinen* tarkoittaa yleisesti esimerkiksi oikeudellista metodia tai menetelmää koskevaa, ilman tieteellisen ja filosofisen metodologian edellyttämää käsitteellistä ja tieteenteoreettista kehystä. *Lingvistinen* tai *loogis-lingvistinen* viittaa oikeuden loogis-syntaktisiin ja semanttisiin määreisiin siinä muodossa kuin filosofinen logiikka ja yleinen lingvistiikka niitä tarkastelevat oikeuden ”loogisen kieliopin” ja kielen semanttisen referentiaalisuuden eli kielen ulkoiseen todellisuuteen viittaavuuden sekä semanttisen avoimuuden tai suljettuisuuden merkityksessä. *Käsitteellinen* tai *semanttis-käsitteellinen* viittaa oikeuden ja yhteisössä käytetyn kielen määreisiin, esimerkiksi suhteessa yhtäältä luonnollisen kielen ja juridisen erityiskielen ominaisuuksiin sekä yksittäisen oikeussäännön tulkinnallisiin vaihtoehtoihin tai ”mahdollisten maailmojen semantiikkaan”

Oikeuden ontologiset, epistemologiset, metodologiset sekä loogis-lingvistiset osatekijät liittyvät yhteen oikeustieteen tieteenkuvan eli oikeuden äärellisyyden analytiikan ja institutionaalisen positiviteetin tieteenteoreettisina keskeismääreinä, kun taas oikeuden ontologiset tai konstitutiiviset, episteemiset, metodiset ja semanttis-käsitteelliset määreet viittaavat oikeustieteen tieteenkuvan osatekijöiden operatiiviseen luonnehdintaan ja käytännön sovellutuksiin lainopissa.

2. KOHTEELLISTETTAVISSA JA KÄSITTEELLISTETTÄVISSÄ OLEVA OIKEUS: OIKEUDEN EPISTEMOLOGISET JA LOOGIS-LINGVISTISET MÄÄREET

2.1. Oikeus/ei-oikeus -differentiaatio ja oikeudelliset käsitekategoriat

Oikeuden *äärellisyyden analytiikka* eli oikeuden *kohteellistettavuus* ja *käsitteellistettävyy*s ovat seurausta oikeudellisen epistemologian tunnistamissäännöstä sekä oikeudellista puhuntaa (eli oikeudellista diskurssia) ohjaavista loogis-lingvistististä artikulaatiosäännöistä. Ne rajaavat ja määrittävät oikeuden *episteemistä* ja *käsitteellistä identiteettiä* suhteessa ”ei-oikeuteen” eli kaikkeen, mikä vallitsevan oikeudellisen *tietomuodon* eli *historiallisen a priorin* (ransk.: *épistémè*) mukaan ei ole oikeutta tai luokiteltavissa oikeude(l)liseksi esimerkiksi yhteiskuntamoraalin, uskonnon tai tapaetikein käsittämien ilmiöiden merkityksessä. Voimassa oleva oikeus on tunnistettavissa viittaamalla *institutionaaliseen oikeuslähdeoppiin* eli oikeuden institutionaalisen epistemologian osatekijöihin, jotka tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat ovat kollektiivisesti sisäistäneet *oikeus/ei-oikeus -differentiaation* operatiivisiksi erottelukriteereiksi. Ilman oikeuden tunnistamissäännön kaltaista kriteeriä oikeuden episteeminen *identifioitavuus* ja eriytettävyy kaikesta, mikä ei ole oikeutta esimerkiksi moraalien, uskonnon, tapaetikein tai estetiikan käyttäytymisnormien ja arviointikriteerien merkityksessä, ei olisi mahdollinen.

Toisaalta, oikeudelle on ominaista se, että se on ilmaistavissa oikeusyhteisössä yleisesti käytetyn kielen avulla loogis-lingvistisen eli L-rationaalisuuden tarkoittamalla tavalla.⁴⁵ Oikeuden *käsitteellistettävyy*s viittaa oikeudellisen puhunnan *syntagmaattisiin* ja *paradigmaattisiin* artikulaatiosääntöihin, joiden tarkoittamalla tavalla yhteisölliset ilmiöt ovat kielellisesti ”haltuunotettavissa” ja käsitteellistettävissä nimenomaan oikeudellisiksi ilmiöiksi, esimerkiksi maanvuokrasopimuksen, testamentin, avioehdon, osakeyhtiön, valtiopäiville kokoontuneen (Suomen) eduskunnan tai Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 234 artiklan mukaisen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle tehdyn ennakkoratkaisupyynnön merkityksessä. Siihen, kenellä on oikeus tuottaa oikeusvaikutuksia saavaa eli oikeussubjektien oikeuksien ja velvollisuuksien tietynhetkistä tilaa muuttavaa *institutionaalista puhetta* oikeudesta, vastaavat puolestaan oikeuden konstituutio-, tunnistamis- ja argumentaatiosäännöt.⁴⁶

⁴⁵ Oikeuden lingvistisen elementin merkitystä on korostanut myös filosofi G.H. von Wright: ”It is an essential feature of norms that they should be expressible in language, in what I propose to call norm-formulations.” von Wright, ”Is and Ought”, s. 370.

⁴⁶ Institutionaalisen puhunnan säännöistä, Foucault, *L'ordre du discours. Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970*.

Oikeuden käsitteellistettävyyden *syntagmaattiset* elementit liittyvät oikeudellisen puhunnan *narratiiviseen*, kielen rakenteellisia elementtejä kerronnallisesti eli sarjallisesti yhdistelevään ulottuvuuteen ”a ja b” -merkityksessä, missä muutajat a ja b ovat mitä tahansa kielen rakenteellisia ainesosia yksittäisistä tavuista tai termeistä lauseen osiin ja kokonaisiin lauseisiin. Oikeuden käsitteellistettävyyden *paradigmaattiset* elementit liittyvät oikeudellisen puhunnan *vaihtoehtoisten* rakenteellisten elementtien valintaan ja poissuljentaan ”a tai b” -merkityksessä. Oikeuden syntagmaattisten ja paradigmaattisten artikulaatiosääntöjen avulla oikeudelliset ilmiöt on mahdollista saattaa yleisen ”oikeus on ... (jotain määrättyä)” -predikaattirelaation alaisuuteen, jolloin käy mahdolliseksi esittää lauseopillisesti oikein muodostettuja ja sisällöllisesti muunneltavissa olevia nomini + attribuuhti -muotoisia väitteitä (voimassa olevasta) oikeudesta. Oikeuden käsitteellistettävyys, erilaisten laatumääreiden liittäminen oikeuteen sekä oikeudellisen metodiopin tuottamat tulkinnot oikeuden tietynhetkisestä merkityssisällöstä rajaavat oikeuden ”semanttisesti mahdollisen maailman” oikeuden yleisen *merkitysavaruu*den eli *merkityssfäärin* merkityksessä.

Oikeuden on lisäksi oltava *kohteellistettavissa* ja *käsitteellistettävissä* tavalla, jonka vallitseva oikeudellinen *tietomuoto* (ransk.: *épistémè*) eli yhteisöllis-kulttuurisesti hyväksytty käsitys ”sanojen” ja ”asioiden” keskinäisestä suhteesta kykenee tunnistamaan mielekkääksi tavaksi puhua oikeudesta ja oikeudellisista ilmiöistä. Niinpä modernin oikeuden kohteellistaminen ja käsitteellistäminen – eli *kohteellistava käsitteellistäminen* tai *käsitteellistävä kohteellistaminen* – viittaamalla esimerkiksi planeettojen ja muiden taivaankappaleiden tietynhetkiseen sijaintiin taivaankaarella, Helsingin kaupungin sisäisen raitiovaunuliikenteen aikatauluihin sekä raitiovaunujen suhteelliseen sijaintiin tietyllä hetkellä,⁴⁷ Yhdysvaltain *Nasdaq*-teknopörssin satunnaisiin ja äkkiarvaamattomiin heilahteluihin tai oikeuden oraakkeleiden uskonnolliseen ilmoitukseen *messiaanisesta oikeudesta*, joka on aina ”kätkeyty ja saavuttamaton”,⁴⁸ ”ikuisesti tuleva”,⁴⁹ ”ei-mitään”,⁵⁰ ”se mikä on oikein Jumalan edessä”⁵¹ tai ”sateenkaaren tuolla puolen”,⁵² ei vastaa modernille länsimaiselle tietomuodolle ominaista tapaa jäsentää oikeudelliset ilmiöt osana yhteiskunnan *institutionaalista perustaa*, missä lainsäätäjän

⁴⁷ Taikauskoa ja erilaisia huuhaa-uskomuksia ansiokkaasti vastustavasta *Skepsis*-yhdistyksestä tunnettu suomalainen matemaatikko Nils Mustelin on kehittänyt oivaltavan parodisen version astrologiasta *sporalogian* nimellä. Siinä ihmiskohtaloita tulkitaan ja ennustetaan Helsingin kaupungin sisäisen raitiovaunuliikenteen aikataulujen sekä raitiovaunujen suhteellisten liikkeiden avulla, rinnastuen siis astrologian tieteellisessä katsannossa ilmeisen perusteettomaan ajatukseen tähtien liikkeiden ja keskinäisen sijainnin vaikutuksesta ihmismieliin ja tuleviin ihmiskohtaloihin.

⁴⁸ Hirvonen, ”After the Law”, s. 233.

⁴⁹ Hirvonen, *Oikeuden käynti*, s. 484–485.

⁵⁰ Hirvonen, mts. 484: ”*Dikē* ei ole mitään.”

⁵¹ Minkkinen, *Thinking without Desire*, s. 168.

⁵² Sivenius, ”The Law and the Rainbow”, s. 239–244.

ja tuomioistuinten tekemille päätöksille on annettu voimassa olevaa oikeutta pätevällä tavalla konstituiva ja määrittelevä tehtävä. Moderni oikeus ei myöskään ole, amerikkalaistuomari Oliver Wendell Holmesin sanoin, mikään ”taivaalla leijuva henkiolento” (engl.: *a brooding omnipresence in the sky*),⁵³ joka loputtomiin väistäisi inhimillisen tiedon luokittelupyrkimyksiä,⁵⁴ vaan on kyse ilmiöstä, jolla on riittävä pysyvyys ja omaehtoinen *käsitteellinen identiteetti*, jotta se on myös tutkimuksellisesti ”haltuunotettavissa” ja kohteellistettavissa oikeudellisen analyysin tutkimuskohteeksi. Toisaalta, oikeuden viimekätiset premisit, kuten Kelsenin transsendentaalis-looginen perusnormi tai Hartin oikeusteorian edellyttämä oikeuden tunnistamissääntö, eivät ole luokiteltavissa niiden itsensä avaaman, rajaaman ja muilta ilmiöitä sulkeman, määrätynlaiset ”sanat ja asiat” yhteenliittävän tiedollisen järjestelmän itsensä mahdollistamien käsitekategorioiden avulla.⁵⁵

Modernin oikeuden lähtökohtaiseen tahdonvaltaisuuteen on kaksi merkittävää poikkeusta: vakiintuneisiin yhteisöllisiin käytäntöihin perustuva *tavanomainen oikeus* sekä Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneet eli eriasteista mutta riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat *oikeusperiaatteet* sekä muut sääntöjä heikommin formaalit oikeudelliset ratkaisustandardit.

Viimeaikaisessa oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että tavanomainen oikeus olisi vain väistytävä, esimoderni jäänne modernin säädännäisen, positiivisen oikeuden aikakaudella.⁵⁶ Digitaalisen informaatioteknologian ja verkottuneen tiedonsiirron sekä erilaisten kansainvälisillä rahoitusmarkkinoilla käytettyjen rahoitus- ja sijoitusinstrumenttien nopea ja pitkälti lainsäädännöstä riippumaton kehitys on kuitenkin lisännyt oikeudenalakohtaisten käytäntöjen tuntemuksen ja

⁵³ ”The common law is not a brooding omnipresence in the sky but the articulate voice of some sovereign or quasi-sovereign that can be identified; although some decisions with which I have disagreed seem to me to have forgotten the fact. It always is the law of some state ...”, O.W. Holmes, Jr., tapauksessa *Southern Pacific Co. v. Jensen*, 244 U.S. 205 (1917), Posner, toim., *The Essential Holmes*, s. 230.

⁵⁴ Vrt. toisin Hirvonen, *Oikeuden käynti*, s. 484–485.

⁵⁵ Perustelen väitteen lähemmin luvussa 9.12. ”Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia?”.

⁵⁶ Vrt. Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 6 sekä 175, missä kirjoittaja kyseenalaistaa tavanomaisen oikeuden itsenäisen aseman oikeuslähteenä. Tuori kuitenkin määrittelee tavanomaisen oikeuden toisin kuin allekirjoittanut: hän tarkoittaa tavanomaisella oikeudella ”ikimuistoisia yhteisöllisiä käytäntöjä”, joihin lakimiesten ammatillisesti eriytnyt eliittikulttuuri ei lukeudu. Tuori, ”Opetuksia ja väärinkäsityksiä”, s. 315. Itse määrittelen tavanomaisen oikeuden laajemmin: myös ajallisesti huomattavasti tuoreemmat yhteisölliset käytännöt voivat saada tavanomaisoikeudellisen aseman tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkinnassa, jos vain on kyse riittävän vakiintuneesta oikeudenalakohtaisesta käytännöstä eikä alalta ole lainsäädäntöä tai oikeuskäytäntöä. Vrt. myös Klami, ”Tapaoikeus”, s. 1135–1137.

siten tavanomaisen oikeuden merkitystä viime aikoina. Kun jo muutaman vuoden ikäinen lainsäädäntö on saattanut jäädä esimerkiksi informaatioteknologian kehityksestä merkittävästi jälkeen eikä lainsäätäjä välttämättä edes pyri monimuotoisen taloudellisen toiminnan kaikenkattavaan sääntelyyn, lainsäädäntöön jää vääjäämättä aukkoja, jotka lainsoveltajan pitää täyttää oikeudenalakohtaisesti yleisesti noudatetun sopimus-, vastuunjako- ja muiden oikeudellisten käytäntöjen tuntemuksella. Riittävän vakiintuneisuuden saavutettuaan senkaltaiset yhteisölliset käytännöt saavat oikeudenkäymiskaaren 1 luvun 11 §:n tarkoittamalla tavalla tavanomaisen oikeuden aseman, jos ne arvioidaan myös sisällöllisesti hyväksyttäväksi.⁵⁷ Sama argumentti soveltuu luonnollisesti mihin tahansa muuhun vakiintuneeseen yhteiskunnalliseen ilmiöön, jota lainsäätäjän ja tuomioistuinten tekemät päätökset eivät riittävällä tavalla oikeudellisesti jäsennä vaan jota sanotun oikeudenalan tavanomaiset yhteisölliset käytännöt keskeisesti määrittelevät.

Niin kuin oikeustieteen metodioppia koskevassa luvussa 7, ”Tieteellinen metodi”, perustelen, modernin oikeuden ilmiöt asianmukaisesti *kohteellistavalle* ja *käsitteellistävälle* tietomuudolle on ominaista muun muassa oikeudellisesti määrittyneen tutkimuskohteen radikaalin epäjatkuvuuden ja epämääräisyyden torjuminen, millä on vaikutus myös sovellettavaan metodioppiin: moderni oikeus ei ole transientti, yksittäisestä soveltamistilanteesta toiseen olemustaan äkillisesti vaihtava ja kaleidoskooppimainen ilmiö, vaan se on oletettava riittävän pysyväksi ja ”kestolliseksi” ilmiöksi, jotta se voidaan alistaa todellisuuden ilmiöitä vallitsevan tietomuodon edellyttämällä tavalla *kohteellistavan* ja *käsitteellistävän* tutkimuksellisen tiedonintressin ja semanttis-käsitteellisen ”haltuunoton” kohteeksi. Sen vuoksi väitteet oikeuden pohjimmiltaan mystisestä, esoteerisesta, messiaanisesta tai ”tuonpuoleisesta” olemuksesta luokiteltaisiin pikemminkin oikeusteologian, vertailevan uskontotieteen, moraalifilosofian, estetiikan, runousopin tai jonkin muun vastaavan tieteenalan piiriin tai, ääritapauksessa, astrologian kaltaisen pseudotieteen alaan oikeudellista tietoa tuottavan sekä oikeuden institutionaaliseen perustaan kiinnittyvän oikeustieteen sijaan. Väitteet oikeuden viime kädessä uskonnollisesta, teologisesta tai jumalallisesta alkuperästä eivät nekään enää vastaa modernin oikeuden tieto-opillista ja käsitteellistä perustaa.⁵⁸ Moderni oikeus on ainakin lähtökohtaisesti eli tavanomaisoikeudelliset yhteisölliset käytännöt sekä oikeusperiaatteet ja muut sääntöjä heikommin formaalit oikeudelliset ratkaisustandardit pois lukien, *tahdonvaltaista*, lainsäätäjän ja tuomioistuinten sääntösidonnaisiin, *institutionaalisiin puhetekoihin* perustuvaa oi-

⁵⁷ Sanotunlaiset yhteisölliset käytännöt päätyvät tosin harvemmin yleisten tuomioistuinten arviomaksi. Tavallisempaa on käyttää välitystuomioistuinlauseketta standardisopimusten osana.

⁵⁸ Vrt. toisin Minkkinen, *Thinking without Desire*, s. 167–171.

keutta, ei enää osa Luojan suurta päämäärähakuista maailmansuunnitelmaa, niin kuin Tuomas Akvinolainen päätteli 1200-luvulla, tai uskonnollisesti määrittynyttä asioiden oikeaa luontoa (saks.: *Natur der Sache*) ja ehdotonta oikeudenmukaisuutta, niin kuin moderni oikeusteologia edelleen asian mieltää.⁵⁹

Oikeuden käsitteellistämistä määrittävät loogis-lingvistiset *artikulaatiosäännöt* ovat koko oikeusyhteisön yhteistä omaisuutta, koska on kyse yhteisöllisen kielen *loogisen syntaksin* ja *käsitesemantiikan* tai, asiaa hieman toisesta näkökulmasta tarkastellen, kielen *syntagmaattisten* ja *paradigmaattisten* sääntöjen muodostamasta kokonaisuudesta oikeudellisessa kontekstissa. Oikeuden artikulaatiosäännöt määrittävät oikeuden ja oikeudellisen analyysin noudattaman loogis-syntaktisen ja semanttisen muotokielen, jonka tarkoittamalla tavalla voimassa olevaa oikeutta koskevat lausumat – siis sekä lainsäätäjän ja tuomioistuinten voimassa olevan oikeuden sääntöjä tehokkaalla tavalla voimaansaattavat, muuttavat, oikeusvaikutuksia toteuttavat ja kumoavat *institutionaaliset puheteot* että lainopin tutkijoiden tuottamat oikeudelliset *tulkinta-*, *systematisointi-* ja *punnintalauseet* voimassa olevan oikeuden tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä – ovat ylipäättään toteutettavissa vasten oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä perustaa.

Pohjoismaiseen oikeus- ja yhteiskuntakäsitykseen on perinteisesti kuulunut ajatus oikeuden yleiskielisyydestä ja semanttisesta ”läpinäkyvyydestä” siinä mielessä, että myös juristitutkintoa suorittamattomat kansalaiset voivat itsekin tiettyynajaan asti saada selville heitä koskevien keskeisimpien oikeussääntöjen ja -periaatteiden sisällön. Tuomioistuinratkaisujen ja ammatillisesti eriytyneen lakimieskunnan käyttämä juridis-tekninen erityiskieli saattaa kuitenkin irtautua muun yhteisön käyttämästä kielestä. Näin 2000-luvulla monimuotoistunut, eurooppalaistunut ja globalisoituvaa oikeus onkin paljolti menettänyt kielellistä läpinäkyvyytään. Etenkin Euroopan yhteisön lainsäädännössä ja oikeuskäytännössä oikeudellisen sääntelyn lisääntyvä teknisyys, kompromissiluonteisuus erilaisten poliittisten tavoitteiden välillä sekä yleinen demokratiavaje ovat etäännyttäneet voimassa olevaa oikeutta ja sen käyttämää kieltä kansalaisten arkisesta elämismaailmasta. Yleisesti oikeudellisen sääntelyn osalohkoilla, joiden liittyvät kansalaisten arkipäiväiseen elämismaailmaan ovat etäiset joko hallinnolli-

⁵⁹ Sitä vastoin kysymys *oikeudenmukaisuudesta* tai ehdottoman oikeudenmukaisesta yhteiskunnasta voi hyvinkin edellyttää uskonnollista tai teologista pohdintaa. Modernille oikeudelle on kuitenkin ominaista voimassa olevaa oikeutta ja oikeudenmukaisuutta tai sisällöllisesti ”parasta mahdollista” oikeutta koskevien arvostelmien erottaminen toinen toisistaan, niin kuin jo John Austin päätteli 1830-luvulla: ”The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it ...”. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 157.

sen sääntelyn kompleksisuuden tai oikeudenalan huomattavan teknisyyden vuoksi, keskeinen oikeudellinen käsitteistö saattaa jäädä muille kuin varsinaisen juristikoulutuksen saaneille vieraaksi.

Vain oikeusyhteisön asianmukaiseksi tunnistaman *kohteellistamisen* ja *käsitteellistämisen* kautta erilaiset oikeudelliset ilmiöt on mahdollista hahmottaa osana yhteistä kieltä ja maailmaa määrätyn oikeudellisen tietomuodon (ransk.: *épistémè*) tarkoittamalla tavalla, ja vain siten niille voidaan osoittaa omaehtoinen, muista todellisuuden olioista, ilmiöistä, entiteeteistä tai tapahtumista erillinen identiteetti. Oikeuden episteemisten ja käsitteellisten edellytysten filosofista analyysiä voi kutsua kokoavasti oikeuden *äärellisyyden analytiikaksi* eli oikeuden *raja-analytiikaksi*, sillä vasta sen jälkeen, kun sanotunlaiset reunaehdot ovat asianmukaisesti täyttyneet, on mahdollista sanoa jotain oikeudesta, joka on jotain määrättyä suhteessa ”ei-oikeuteen” eli oikeutta eri tavoin rajaaviin ilmiöihin, esimerkiksi yhteiskuntamoraalin, politiikan, talouden, tapaetiketin tai uskonnon merkityksessä. Oikeuden loogis-lingvistinen elementti vastaa näin oikeuden loogisen syntaksin ja (käsite)semantiikan sääntöjä, joiden avulla oikeudelliset ilmiöt ovat tuotavissa oikeus- ja kieliyhteisön käyttämän kielen ja sen varaan rakentuvan kommunikaation piiriin. Oikeusyhteisössä yleisesti vallitsevien kielellisten konventioiden laajamittainen rikkominen johtaisi nopeasti informaatiokatkokseen puhujan ja oikeusyhteisön muiden jäsenten välillä, eikä tutkija voi turvautua puhtaasti idiosynkraattisen yksityiskielen ilmauksiin ilman, että kommunikaatioyhteys hänen ja muun oikeusyhteisön välillä katkeaa.

Ludwig Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksen keskeispäätelmän voi hyvin yleistää oikeustieteen yhtä hyvin kuin minkä tahansa muunkin tieteelliseen kontrolloitavuuteen tähtäävän kielellisen käsitteellistämisen säännöksi:⁶⁰

”Minkä ylipäänsä voi sanoa, sen voi sanoa selvästi,
ja mistä ei voi puhua, siitä on vaiettava.”

Selkeästi kirjoitettu on myös selkeästi ajateltu, ja kääntäen.

Oikeuden raja-analytiikkaan kuuluu myös pulmallinen filosofinen kysymys *oikeus/ei-oikeus -differentiaation* edellyttämän viimekätisen erottelukriteerin itsensä luokittelusta *oikeus/ei-oikeus* tai *normi/fakta* -merkityksessä, oli sitten kyse Hans Kelsenin puhtaan oikeusopin transsendentaalis-loogisesta perusnormikonstruktiosta (saks.: *Grundnorm*), H.L.A. Hartin oikeuden viimekätisestä tunnistamissäännöstä (engl.: *ultimate rule of recognition*) tai mistä tahansa muusta oikeuden ja ei-oikeuden viimekätisestä pätevyys-, erottelu- tai rajakritee-

⁶⁰ Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, s. 3.

ristä.⁶¹ Olen toisaalla perustellut käsityksen, jonka mukaan Hartin tunnistamissäännön kaltaista oikeus/ei-oikeus -erottelun käsitteellisesti edellyttämää viimekätistä erottelukriteeriä ei ole mahdollista luokitella samaisen *oikeus/ei-oikeus* tai *normi/fakta* -kahtiajaon avulla, koska sanottu käsitteellinen dikotomia voi toteutua vain sanotun rajakriteerin edellytettynä olemassaoloon viitaten. Oikeus/ei-oikeus -differentiaation viimekätiset premissit ovat toisin sanoen ontologisessa ja epistemologisessa katsannossa *radikaalisti luokittelemattomat* senkaltaisten analyttisten ja oikeuspositivististen premissien vallitessa, joihin muun muassa Kelsen ja Hart olivat sitoutuneet.⁶² Radikaalissa luokittelemattomuudessaan positiivisen oikeuden viimekätiset eli infrastruktuuritason premissit ovat samalla merkittävä – ja ainoa – poikkeus edellä esitettyyn ajatukseen oikeuden loppuun asti vietävissä olevasta *kohteellistavasta käsitteellistämisestä* tai *käsitteellistävistä kohteellistamisesta*.

2.2. Systemistä kontekstiin: olemuskäsitteistä tilannesidonnaisiin käsitteisiin

Oikeudellisen tietomuodon käsitekategoriat ja niihin liitetyt laatumääreet viittaavat siis tapaan, jolla oikeus ja erilaiset oikeudelliset ilmiöt ovat kielellisesti käsitteellistettävissä ja ”haltuunotettavissa” sekä saatettavissa tutkimuksellisen tiedonintressin kohteeksi. Oikeuden käsitteellinen elementti on kuitenkin ajallisesti muuntuva. 1800-luvun lopulla ja 1900-luvun alkupuolella suomalaisessa oikeusajattelussa oli vallalla käsitelainopin hyväksymä ajatus ideaalisista *olemus-* eli *substanssikäsitteistä*, joihin oli tiivistynyt joukko systeemisesti määritettävissä olevia oikeusseuraamuksia. Oikeus miellettiin oikeudellisten peruskäsitteiden staattisena systeeminä. 1940-lukua edeltävänä aikana käsitelainoppi oli vallitseva ja käytännössä yksinomainen lainopillinen tutkimussuuntaus. 1930-luvun käsitelainopin taustaoletuksena oli Markku Helinin seikkaperäisen tutkimuksen mukaan muun muassa ajatus, jonka mukaan oli yksi ainoa oikea tapa käsitteellis-

⁶¹ Olen pohtinut sanottua kysymystä väitöskirjani *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law* luvussa 8, ”The Quest for the Final Premises of Law – I: The Infrastructures of Legal Norm Constitution”, sekä tämän teoksen luvussa 9.12. ”Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava sääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia?”.

⁶² Kelsenin puhtaan oikeusopin puhtaus on metodiopillista puhtautta: ”Wenn sie sich als ’reine’ Lehre vom Recht bezeichnet, so darum, weil sie nur eine auf das Recht gerichtete Erkenntnis sicherstellen und weil sie aus dieser Erkenntnis alles ausscheiden möchte, was nicht zu dem exakt als Rechts bestimmten Gegenstände gehört. Dass heisst: sie will die Rechtswissenschaft von allen ihr fremden Elementen befreien. Das ist ihr methodisches Grundprinzip.” Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 1. Kelsen jatkaa huomauttaen: ”Es scheint eine Selbstverständlichkeit zu sein.”

tää oikeudelliset ilmiöt, sekä oletus, jonka mukaan voimassa olevan oikeuden oikeusseuraamukset eivät liittyneet yksinkertaisiin ja arkisiin tosiseikastoihin, vaan subjektiivisiin oikeuksiin ja muihin lainopillisiin konstruktioihin, joita eri oikeudenalojen yleisissä opeissa oli kehitelty.⁶³

Käsitelainopin oikeuskäsitteiden ankara systeemiologiikka sai väistyä 1950- ja 1960-luvulla analyttisen oikeustieteen *funktionaalisten suhderekäsitteiden* tieltä. Oikeuden funktionaalisilla suhderekäsitteillä ei analyttisen oikeustieteen mukaan ollut lainkaan semanttista referenssiä teknisten oikeustositseikka – oikeusseuraamus -relaatioiden ulkopuolella, vaan ne olivat määritettävissä vain suhteessa toisiin oikeudellisiin käsitteisiin. Esimerkiksi omistusoikeus nähtiin nyt *omistajan oikeusaseman* eri osatekijöiden eli omistajan *oikeudellisen kannevallan, käyttövapauden, disponointikompetenssin* ja määrätynasteisen *dynaamisen suojan* sekä niitä kutakin vastaavien velvollisuuselementtien yhdistelmänä, missä omistusoikeuskäsitteen viimekätisenä referenssinä oli lainsäätäjän toteuttama, oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuus, ei enää määrätyn oikeuskäsitteen ideaalinen tai metafyyinen olemus käsitelainopin tutkimuksellisten sitoumusten merkityksessä. Yhteistä käsitelainopille ja analyttiselle oikeustieteelle oli kuitenkin usko oikeuden systemaattisuuteen eli siihen, että oikeuskäsitteet oli mahdollista vakiodia kiinteän ja staattisen oikeudellisen systeemin muotoon.

Myöhempi oikeudellinen analyysi on riitauttanut käsitelainopin ja analyttisen oikeustieteen ajatuksen kiinteästä oikeudellisesta systematiikasta. *Oikeusperiaatteiden punnintamalli* on tuonut oikeudelliseen analyysiin ajatuksen oikeusperiaatteiden aidosti tilannesidonnaisesta, erilaisten yhteiskunnallisten arvo- ja/ tai tavoiteperusteiden kanssa yhteenkietoutuneesta painoarvopunninnasta (engl.: *weighing and balancing*), jota ei ole mahdollista systeemisesti vakiodia. *Sosiaalinen siviilioikeus* sekä *naisioikeus-* ja *oikeudellinen tasa-arvotutkimus* ovat kritisoineet analyttisen lainopin (ja käsitelainopin) hyödyntämiä abstrakteja oikeuskäsitteitä yhteiskunnan ideologisen vinoutuneisuuden ylläpitämisestä: sosiaalinen siviilioikeus heikomman sopijapuolen intressien puutteellisesta suojaamisesta ja naisioikeustutkimus naisten yhteiskunnallisten erityisintressien ja rakenteellisen eriarvoisuuden sivuuttamisesta. Lainopin vallitsevan doktriinin abstraktien oikeuskäsitteiden tilalle on tarjottu vahvasti *tilanne- ja henkilösidonnaisia* oikeudellis-sosiaalisia käsitteitä, missä oikeussääntöjen kohderyhmän käsityksille omille yhteiskunnallisista tarpeistaan on annettu suurempi painoarvo kuin perinteisissä oikeustieteen kirjoituksissa.

⁶³ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 322. – ”Konstruktioilla” on tässä eri merkitys kuin Juha Pöyhösen ajatuksessa lainopillisista dogmeista ja konstruktioista, joita arvioin lähemmin tämän teoksen luvussa 9.3. ”Sopimusmalliajattelun piilevät premissit”.

Samoin *pragmaattinen instrumentalismi* eli 1940-luvun *reella överbälganden* -juridiikka sekä myöhempi *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi* ovat antaneet keskeistä merkitystä oikeuden ennakoitavissa oleville yhteiskunnallisille ja etenkin taloudellisille vaikutuksille vaihdannan intressin ja taloudellisen kustannustehokkuuden merkityksessä. Samalla ne ovat tuoneet oikeudelliseen analyysiin käsitteitä, joiden semanttinen referenssi on määriteltävissä vain taloudellisesti varsinaisesti oikeudellisten kriteerien sijaan. 2000-luvun *perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi* on sitoutunut vallitsevan eli voimassa olevan perustuslain selväsanaisesti tai vähintään hiljaisesti omaksuman perusoikeusjärjestelmän edellyttämiin oikeusperiaatteisiin oikeudellisin analyysin vain tilannekohtaisesti tai enintään heikosti systeemisesti vakioitavissa olevina kiintopisteinä.⁶⁴ Yhteiskuntatieteen termejä analogisesti soveltaen voi ehkä sanoa, että on tapahtunut tutkimuksellinen siirtymä yhteiskunnallisen *systeemiajattelun* abstrakteista ja yleisistä roolikäsitteistä *etnometodologian* ja sosiaalisen *konstruktionismin* hyödyntämiin kontekstuaaliisiin, tilannesidonnaisiin käsitteisiin, jotka eivät ole vakioitavissa kiinteän ja ennalta määriteltävissä olevan oikeudellisen systematiikan osaksi.

2.3. Oikeuslähdeopin ja oikeudellisten käsitekategorioiden edellytetty yhteisöllisyys

Aleksander Peczenik on huomauttanut, että oikeudellisen argumentaation *oikeudellisuus* edellyttää, että tuomioistuinratkaisun perusteluissa hyödynnetään vallitsevan oikeuslähdeopin käsittämää institutionaalista oikeuslähdeaineistoa. Tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan ratkaisu, jonka normatiivisten premissien joukosta eurooppaoikeudellinen ja kansallinen lainsäädäntö, eurooppaoikeudellinen ja kansallinen prejudikaattiperustainen oikeus ja muu vakiintunut oikeuskäytäntö, sopimusperustainen oikeus, virallinen lainvalmisteluaineisto sekä vakiintuneet tavanomaisoikeudelliset käytännöt täydellisesti puuttuvat, ei täytä lainkaan *oikeudellisen* päätöksenteon vähimmäiskriteerejä. Kyse ei olisi voimassa olevan oikeuden tietynhetkisen merkityssisällön määrittämisestä vaan esimerkiksi moraalifilosofian, oikeusteologian, uskontotieteen, estetiikan tai jonkin muun tieteenalan lausumista, jotka saattavat nekin sivuta oikeudellisia ilmiöitä mutta eivät voimassa olevan oikeuden sääntöjen tulkintaa tai institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden punnintaa. Oikeus on tunnistettavissa voimassa olevaksi oikeudeksi ja erotettavissa kaikesta, mikä ei ole oikeutta, vain oikeuden tunnistamissäännön rajaamien *institutionaalisten oikeuslähteiden* avulla. Oikeuden tunnistamissääntö edellyttää jo

⁶⁴ Pалааn kysymykseen oikeuden käsitteellisen elementin muodonmuutoksista luvussa 8. ”Lainopin tulkintamatriisit”.

käsitteellisesti kollektiivista, yhteisöllistä hyväksyntää: ei voi olla yksityistä, muilta oikeuden soveltajilta ja oikeustieteen tutkijoilta täydellisesti poissuljettua oikeuden tunnistamiskriteeriä.

Alf Rossin mukaan lainopin tehtävänä on laatia ennusteita tulevista tuomioistuintratkaistuista vallitsevan *tuomarinideologian* eli tuomarikunnan ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämän oikeuslähte- ja laintulkintaopin käsittämien ratkaisupremissien avulla, mutta myös tuomarin henkilösidonnaiset, *idiosynkraattiset* ratkaisumotiivit on hänen mukaansa syytä ottaa huomioon sanotunlaisia ennusteita laadittaessa:⁶⁵

”Retten er et socialt, d.v.s. overindividuelst fænomen. I det omfang, den enkelte dommer motiveres af særegen ideosynkrasi, henregnes denne ikke til ’dansk ret’ – selv om den naturligtvis ligefuldt er en faktor der må tages i betragtning af den der er interesseret i at forudkalkulere en konkret retsafgørelse.”

Voimassa olevaa oikeutta koskevissa lainopillisissa ennusteissa oikeuden määritelmällinen yhteisöllisyys ja ylyksilöllisyys kietoutuu toisin sanoen yhteen tuomarin idiosynkraattisten ratkaisumotiivien kanssa. Rossin kanta johtaa siihen, että oikeudellisia ennusteita laativan oikeustieteen tutkimuskohde on laajempi kuin voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden tai tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavien institutionaalisten oikeuslähteiden kokonaisuus, koska myös tuomarin puhtaasti *idiosynkraattiset ratkaisumotiivit*, jotka Rossin mukaan eivät määritelmällisesti kuulu voimassa olevan oikeuden alaan, on yhtä kaikki syytä ottaa huomioon tulevia tuomioistuinratkaisuja koskevia ennusteita laadittaessa.

Oikeuslähteiden ja niistä johdettujen ratkaisuperusteiden on myös oltava kielellisesti ”haltuunotettavissa” ja käsitteellistettävissä eli ilmaistavissa yhteisön käyttämän kielen avulla, jotta tuomioistuin tai muu lainsoveltaja voisi ottaa ne oikeudellisen päätöksenteon perustaksi.⁶⁶ Oikeuden ja oikeudellisten ilmiöiden saattaminen kielellisten käsitekategorioiden ja yleisen ”oikeus on ... (jotain määrittänyt)” -tyyppisen predikaattirelaation alaisuuteen ei voi myöskään perustua lainsäätäjän, tuomarin tai yksittäisen lainopin tutkijan täydellisen idiosynkraattisen ja muilta suljetun yksityiskielen sääntöihin, vaan sovellettavien oikeudellisten käsitekategorioiden ja oikeuden ”mahdollisten maailmojen” semantiikan on oltava myös muille yhteisön jäsenille ilmaistavissa ja kommunikoitavissa. Oikeuden lingvistiset määreet edellyttävät toisin sanoen oikeudellisten artikulaatiosääntöjen vähintäänkin hiljaista yhteisöllistä hyväksyntää kieli- ja oikeusyhteisössä. Pelkkä oikeuden ostensiivinen määrittely viittaamalla esimerkiksi jon-

⁶⁵ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 48–49.

⁶⁶ Näin siis myös akateemikko G.H. von Wright: ”It is an essential feature of norms that they should be expressible in language, in what I propose to call norm-formulations.” von Wright, ”Is and Ought”, s. 370.

kun oikeuden oraakkelin ainutkertaiseen oikeuden ja/tai oikeudenmukaisuuden kokemukseen ei riittäisi kohteellistamaan ja käsitteellistämään modernia oikeutta vallitsevan oikeudellisen tietomuodon edellyttämällä tavalla. Myös oikeuden empiirinen *legitimiteetti* eli tosiasiallinen hyväksyntä määrätyssä oikeusyhteisössä on sidoksissa käytettyyn kieleen: vain yhteisössä yleisesti käytetyn kielen avulla ilmaistua oikeudellista ratkaisua on mahdollista arvioida kriittisesti oikeusyhteisössä vallitsevaa yhteiskuntamoraalia ja oikeuskäsitystä vasten.

3. TAHDONVALTAISESTI MUUTETTAVISSA JA TULKINNALLISESTI MÄÄRITETTÄVISSÄ OLEVA OIKEUS: OIKEUDEN ONTOLOGISET JA METODOLOGISET MÄÄREET

3.1. Oikeutta muotoavat institutionaaliset puheteot

Mikä yhdistää oikeuden sanat ja asiat toisiinsa, ja millainen on modernin oikeuden edellyttämä *todellisuus-* ja *merkitysrakenne*? Oikeuden validiteetti eli voimassaolo sekä sen tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön arvovaltainen määrittäminen ovat sidoksissa *institutionaaliin puhetekoihin*: voimassa olevan oikeuden sääntöjen luominen, muuttaminen, kumoaminen ja niiden autenttisen merkityssisällön määrittäminen yksittäistapauksellisen oikeuden soveltamisen eli oikeusvaikutusten toteuttaminen yhteydessä voivat toteutua vain lainsäätäjän, tuomioistuinten sekä muiden institutionaalisten lainsoveltajien institutionaalisten puhetekojen avulla. Vastaus kysymykseen oikeuden sanojen ja asioiden keskinäisyyhteestä löytyy *Oxfordin koulukunnan* eli *lingvistisen filosofian* eli *arki-kielen filosofian* kehittämästä sääntösidonnaisten *puhetekojen teoriasta* (engl.: *speech-act theory*).

Yhteisössä käytetyllä kielellä on Ludwig Wittgensteinin myöhäisfilosofian⁶⁷ sekä John L. Austinin⁶⁸ ja John Searlen *puhetekojen teorian* mukaan useita muitakin käyttötapoja kuin todellisuutta koskevien, tosi/epätosi -kvaliteetilla varustettujen väitelausoiden esittäminen, joista perinteinen kielifilosofia oli aiemmin ollut yksinomaaisesti kiinnostunut. Institutionaalisten puhetekojen teoria tutkii sitä, miten ”sanoilla voi tehdä asioita” eli miten kielellisillä ilmauksilla voi

⁶⁷ Wittgensteinin myöhäisfilosofia viittaa etenkin hänen teokseensa *Filosofisia tutkimuksia*, joka toimi Oxfordin lingvistisen filosofian eli arkikielen filosofian eli luonnollisen kielen filosofian keskeisenä innoittajana. Muita samaa tematiikkaa jäsentäviä itävaltalaisfilosofin teoksia ovat muun muassa *Sininen ja ruskea kirja. Filosofisten tutkimusten esitutkimuksia (1933–1935)* sekä *Varmuudesta*.

⁶⁸ Oxfordin koulun kielifilosofia John L. Austinia eli J.L. Austinia eli John Langshaw Austinia (1911–1960) ei tule sekoittaa 1800-luvun varhaiseen analyttiseen oikeuspositivistiin John Austiniin (1790–1859).

saada aikaan yhteisöllisiä tai oikeudellisia vaikutuksia määrätyssä yhteisöllisessä puhetilanteessa. Moderni oikeus on – pääsääntöisesti eli *tavanomaisoikeudellisesti* vakiintuneet yhteisölliset käytännöt sekä riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat *oikeusperiaatteet* pois lukien – tahdonvaltainen ilmiö, joka on luotavissa, muutettavissa, pantavissa täytäntöön eli toteutettavissa oikeusvaikutuksiltaan sekä kumottavissa vain määrätyssä yhteisöllisessä puhetilanteessa lausuttujen kielellisten ilmausten eli *institutionaalisten puhetekojen* avulla, mistä monivaiheinen lainsäädäntöprosessi ja tuomiolauselman julistaminen tuomioistuimessa ovat esimerkkeinä. *Filosofisia tutkimuksia* -teoksessa sekä samalta ajalta peräisin olevissa muissa kirjoituksissaan Ludwig Wittgenstein otti käyttöön termin *kielipeli* (engl.: *language-game*), jolla hän viittasi kielen erilaisiin yhteisöllisiin tehtäviin tai käyttötapoihin, joissa kielen sääntösidonnaiset elementit ja erilaiset yhteisölliset käytännöt ovat kietoutuneet yhteen esimerkiksi käskemisen, varoittamisen, rukoilemisen, kertotaulun ääneen laskemisen, arvoitusten esittämisen, lapsen kastamisen tai tuomioistuinratkaisun julistamisen merkityksessä.⁶⁹ Kielen avulla voidaan tehokkaalla tavalla vaikuttaa yhteisöllisen ja oikeudellisen todellisuuden konstituutioon.⁷⁰ John L. Austin kutsui tätä kielen *performatiiviseksi* eli, oikeammin ja täsmällisemmin ilmaistuna, *perlokutionaaliseksi* funktioksi.⁷¹

Papin vihkiseremonian aikana alttarilla kihlaparille lausumat sanat: ”Julistan teidät mieheksi ja vaimoksi”, papin kastetilaisuudessa kastemaljan äärellä lausumat sanat: ”Olkoon nimesi Peppilotta Sikuriina Rullakartiina Kissanminttu Efraimintytär Pitkätossu”, valtiopäiville kokoontuneen Suomen eduskunnan monivaiheisen lainsäädäntömenettelyn tuloksena säätämän lain voimaantuloa ja soveltamisalaa määrittävät lausumat: ”Tätä lakia sovelletaan ... (sen-ja-sen-tyyppiin oikeussuhteisiin)”, sekä tuomarin rikosoikeudenkäynnin yhteydessä lausumat sanat: ”Tuomitsen syytetyn rikoslain nojalla varkaudesta kahdeksi vuodeksi vankeuteen”, ovat kaikki sääntösidonnaisia eli *institutionaalisia puhetekoja* (engl.: *speech-acts*), joiden avulla senkaltaiset sääntösidonnaiset *oikeudelliset instituutiot* kuin avioliitto, sopimus, omistusoikeus, osakeyhtiö, panttioikeus, avioehto, kiinteistörasite, rikoslain mukainen rangaistus, Suomen valtiopäiville kokoontunut eduskunta tai Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 234 artiklan mukainen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle tehty ennakkoratkaisupyyntö ovat oikeudellisesti pätevällä tavalla luotavissa, muutettavissa, oikeusvai-

⁶⁹ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, *passim*.

⁷⁰ Ajatuksella todellisuuden muotoamisesta kielen avulla on puhetekojen teorian ohella ilmeisiä liittymäkohtia paitsi Karl Popperin *maailma 3:n* yhteisöllis-kulttuurisiin entiteetteihin myös *sosiaalisen konstruktionismina* tunnettuun yhteiskuntafilosofian suuntaukseen. Popperin *maailma 3:sta*, esim. Niiniluoto, *Critical Scientific Realism*, s. 23–25; sosiaalisesta konstruktionismista, Berger & Luckmann, *Todellisuuden sosiaalinen rakentuminen. Tiedonsosiologinen tutkielma*.

⁷¹ Austin, *How to Do Things with Words*, s. 94 *et seq.*

kutuksiltaan toteutettavissa sekä voimassaolon lakkauttavalla tavalla kumottavissa.

Papin asianmukaisesti lausuman vihkikaavan jälkeen alttarilla seissyt pariskunta on aviopari aviosäätyyn liittyvine juridisine oikeuksineen ja velvollisuuksineen, jolloin muun muassa aviovarallisuutta koskevat säännökset tulevat heihin sovellettaviksi. Kun lapsi on papin toimesta asianmukaisesti kastettu, hänen saamansa nimi on osa hänen oikeudellista identiteettiään eli hänen henkilöönsä koskevaa oikeutta. Kun valtiopäiville kokoontuneen Suomen eduskunnan valtiosäännön edellyttämällä tavalla säätämä laki on tullut voimaan, tuomioistuimilla ja muilla viranomaisilla on virkaan perustuva velvollisuus soveltaa sitä asianmukaisesti vastaisessa oikeudenkäytössä. Kun tuomarin yksittäistä riita- tai rikosjuttua koskeva päätös on saanut lainvoiman, tuon päätöksen täytäntöönpanosta vastaavilla viranomaisilla on virkaan perustuva velvollisuus panna se tuomiolauselman tarkoittamalla tavalla täytäntöön.

Lainsäätäjällä on valtiosääntöön perustuva oikeudellinen kelpoisuus säätää viranomaisia ja kansalaisia velvoittavat lait, tuomioistuimilla ja muilla institutionaalisilla lainsoveltajilla on oikeus ja myös velvollisuus panna lait yksittäistapauksessa täytäntöön, ja yksittäiset kansalaiset voivat laatia esimerkiksi päteväen vuokrasopimuksen tai testamentin (vain) määrätynlaisten sääntösidonnaisten kielellisten ilmausten avulla. *Oikeudelliset instituutiot* ovat oikeussääntöjen sekä mahdollisesti eli omaksutusta oikeuskäsityksestä riippuen myös institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja niitä vastaavien yhteiskunnallisten tosiasioiden yhdistelmiä, jotka liittyvät asiallisesti yhteen esimerkiksi voimassa olevan perustuslain, omistusoikeuden, avioliiton, sopimuksen, osakeyhtiön, panttioikeuden, testamentin tai valtiopäiville kokoontuneen (Suomen) eduskunnan merkityksessä. Oikeudelliset instituutiot ovat toisin sanoen skotlantilaisen Neil MacCormickin ja itävaltalaisen Ota Weinbergerin institutionaalisen oikeusteorian termein sääntösidonnaisia eli *institutionaalisia tosiasioita*, joiden voimaansaattaminen, sisällölliset muutokset, oikeusvaikutusten toteuttaminen ja kumoaminen ovat sidoksissa yhteisöllisessä puhetilanteessa lausuttuihin kielellisiin ilmauksiin eli lainsäätäjän tai tuomioistuimen *institutionaaliin puhetekoihin*. Vain yhteisöllisten puhetekojen avulla yksittäisten oikeussubjektien oikeudet ja velvollisuudet suhteessa sekä julkiseen valtaan että toisiin oikeussubjekteihin ovat oikeudellisesti konstituoitavissa.

Oikeuden *institutionaalisuus* tarkoittaa sitä, että lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden lakia virkansa puolesta ja virkavastuulla soveltavien viranomaisten eli *institutionaalisten lainsoveltajien* määrämuotoisilla puheteoilla mutta ei yksittäisten oikeussubjektien vastaavilla lausumilla – näiden yksityisoikeudellisen toimivaltansa rajoissa toteuttamat oikeudelliset määräämistoimet, kuten sopimus- tai testamenttikelpoisuuden käyttäminen tai yksityisen välitystuomioistuimen perustaminen pois lukien – on voimassa olevan oikeuden tietynhetkistä

sisältöä tehokkaalla tavalla muotoava eli *perlokutionaarinen* vaikutus. Oikeuden kielisidonnaisuus liittyy tapaan, jota Oxfordin yliopistossa 1950-luvulla Wittgensteinin myöhäisfilosofian vaikutuksesta syntynyt *luonnollisen kielen filosofia* eli *arkikielen filosofia* sekä siihen liittyen John L. Austinin ja John Searlen kehittämä sääntösidonnaisten *puhetekojen teoria* (engl.: *speech-act theory*),⁷² osin *analyttinen hermeneutiikka*⁷³ sekä *analyttinen argumentaatioteoria*⁷⁴ ja *institutionaalinen oikeusteoria* (engl.: *institutional theory of law*)⁷⁵ ovat oikeuden institutionaalisen ja kielisidonnaisen rakenteen osalta analysoineet.

Oikeuden instituutiosidonnaisuus viittaa yhtäältä oikeuden *konstituutiosääntöihin*, joiden tarkoittamalla tavalla voimassa olevan oikeuden säännöt ovat luotavissa, muutettavissa, pantavissa täytäntöön eli toteutettavissa oikeusvaikutuksiltaan sekä kumottavissa, ja toisaalta oikeuden *tunnistamissäännön* osoittamiin institutionaalisen oikeuslähdeopin kriteereihin, joiden avulla oikeus/ei-oikeus-differentiaatio on toteutettavissa. Ilman tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämän tunnistamissäännön vakioimaa oikeuden *institutionaalista kontekstia* ei olisi mahdollista tehdä eroa yhtäältä voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden sekä toisaalta minkä tahansa muunlaisten lausumien, kuten esimerkiksi Shakespearen *Venetsian kauppiaan* näyttämösovituksen vuorosanojen tai jonkin rikollisjärjestön antamien uhkausten, välillä. Jos oikeutta konstituoimaan pyrkivän puheteon edellyttämät institutionaaliset ja/tai ulkoisesti havaittavissa olevat mentaalis-tajunnalliset reunaehdot eivät täyty, on kyse sanotunlaisen puheteon *perlokutionaarisen vaikutuksen* raukeamisesta. John L. Austin on erottanut toisistaan *misfire* ja *abuse* -tyyppiset tilanteet, joissa kummassakin puheteon perlokutionaarinen vaikutus raukeaa.⁷⁶

Misfire viittaa Austinilla *act purported but void* -tyyppiseen tilanteeseen, jossa esimerkiksi teatteriseurueeseen kuuluva näyttelijä lausuu näyttämöllä kirjollisen vihkitoitimituskaavan sanat, ”Julistan teidät mieheksi ja vaimoksi”, tai

⁷² Puhetekojen teorian keskeisteoksiin kuuluvat muun muassa John L. Austinin *How to Do Things with Words* (1962) ja John Searlen *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language* (1969). Sujuva johdatus teemaan on myös Searlen *The Construction of Social Reality*. Ks. myös Helin, ”Kielitekujen teoriasta institutionaaliseen oikeusteoriaan”, *passim*.

⁷³ Analyttistä hermeneutiikkaa edustavat muun muassa Elizabeth Anscomben *Intention* (1957), Peter Winchin *The Idea of a Social Science and Its Relation to Philosophy* (1958), Gilbert Ryleen *The Concept of Mind* (1949), H.L.A. Hartin *The Concept of Law* (1961) sekä Georg Henrik von Wrightin *Explanation and Understanding* (1971).

⁷⁴ Analyttistä argumentaatioteoriaa edustavat muun muassa Neil MacCormickin *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978), Aulis Aarnion *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification* (1987), Robert Alexyn *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Argumentation* (1989) ja Aleksander Peczenikin *On Law and Reason* (1989).

⁷⁵ MacCormick & Weinberger, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism* (1986).

⁷⁶ Austin, *How to Do Things with Words*, s. 14–15, 18 sekä 25–38 (*misfire*) ja 39–52 (*abuses*).

oikeudellisen tuomiolauselman sanat, ”Tuomitsen syytetyn rikoslain nojalla (määrääjäksi) vankeuteen”, virassaan asianmukaisesti toimivan papin tai oikeudenistuntoa johtavan lainoppineen tuomarin sijaan. *Misfire*-tilanteessa puheteon ulkoisten vaikutusten raukeaminen aiheutuu siitä, etteivät puheteon sääntösidonnaiset, *institutionaaliset edellytykset* asianmukaisella tavalla täyty puheteon lausujan henkilöön tai puhetilanteeseen liittyvien seikkojen osalta. On toisin sanoen kyse siitä, kenellä puhujalla ja missä tilanteessa on institutionaalinen oikeus saattaa voimaan, muuttaa, panna täytäntöön tai kumota voimassa olevan oikeuden sääntöjen oikeusvaikutuksia.⁷⁷

Abuse-tyyppinen epäonnistuminen viittaa Austinilla *act professed but hollow*-tilanteeseen eli tietänyttyyppisen puheteon tarkoitukselliseen väärinkäyttöön, jolloin jokin puhujan sisäiseen mielentilaan tai tahdonmuodostukseen liittyvä seikka ei vastaa tietylle puheteolle asetettuja vaatimuksia, mikä tosiseikka on myös ulkoisten kriteerien perusteella havaittavissa. Näin on esimerkiksi tilanteessa, jossa tuomari lausuu syytetylle rikosprosessin yhteydessä: ”Tuomitsen syytetyn – lakia virheellisesti soveltaen – elinkautiseen vankeusrangaistukseen.”⁷⁸ Kyse on puheteon onnistumiselle välttämättömien *mentaalisten edellytysten* puutteellisuudesta, mikä voidaan lisäksi todentaa puhetekoa ulkoisesta näkökulmasta tarkasteltaessa.

Oikeuden *konstituutiosäännöt* määrittävät siis tapaa, jolla oikeuden äärellisyyden analytiikan määrittämät ja rajaamat oikeuden sanat ja asiat *lokalisoituvat* eli paikantuvat ja saavat ajallisen keston eli *kestollistuvat* kielessä ja maailmassa (tai: kieleen ja maailmaan) ja joiden (a) syntyä eli *voimaantuloa*, (b) *transformaatioita* eli sisällöllisiä muutoksia, (c) täytäntöönpanoa eli *oikeusvaikutusten toteuttamista* sekä (d) *kumoamista* määrättyjen institutionaalisten toimijoiden, kuten lainsäätäjän ja tuomioistuinten, institutionaalisia puhetekoja koskevat oikeuden konstituutiosäännöt tarkemmin rajaavat ja määrittävät. Oikeuden konstituutiosääntöjä ovat siis:

- (a) *voimaantulosäännöt*: oikeudellisen instituution synty tai toimivaltainen perustaminen (mukaan lukien Hans Kelsenin transsendentaalis-looginen *perusnormi* oikeuden perustavaksi toimivaltanormiksi tulkittuna),
- (b) *transformaatioisäännöt*: oikeudellisen instituution sisällöllinen muuttaminen,
- (c) *täytäntöönpanosäännöt*: oikeuden *toteutettavuus* ja/tai *todellistettavuus* tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien toimesta, ja
- (d) *derogaatioisäännöt*: oikeudellisen instituution voimassaolon lakkauttava kumoaminen.

⁷⁷ Vrt. Foucault, *L'ordre du discours*, *passim*.

⁷⁸ Vrt. Alexy, ”On Necessary Relations Between Law and Morality”, s. 167, 177–182; Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, s. 64–70.

Hartin oikeusteorian termein on kyse *secondary rules of change & adjudication* -tyyppisistä toisen asteen oikeussäännöistä. Samalla avautuu oikeuden sanojen ja asioiden viimekätisen *metakontekstin* ongelma: mikä on oikeuden transsendentaalis-loogisen perusnormin (Kelsen), oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön (Hart), oikeudellisen argumentaation ylimmän eli viidennen tason oikeuttamisperusteiden (Wróblewski) tai minkä tahansa muun oikeuden viimekätisen metastandardin itsensä perimmäinen *metakonstituutio*? Entä miten oikeuden viimekätisten premissien itsensä perustaminen, systeeminen voimassaolo ja/tai tosiasiallinen toteutettavuus, myöhemmät sisällölliset muutokset sekä kumoaminen, joita oikeudellinen ontologia tarkastelee, samoin kuin sanotun kriteerin itsensä tieto-opillinen tunnistaminen, on mahdollista toteuttaa?

3.2. ”Eräs oikeuden merkittävimpiä ominaisuuksia on näet se, että se sääntelee itse omaa syntyään ja soveltamistaan ...”

Modernin oikeuden keskeisiin tunnuspiirteisiin kuuluu se Hans Kelsenin havaitsema erikoinen ominaisuus, että oikeus määrittelee viime kädessä itse omat synty- ja soveltamisehtonsa:⁷⁹

”Eräs oikeuden merkittävimpiä ominaisuuksia on näet se, että se sääntelee itse omaa syntyään ja soveltamistaan. Yleisten oikeusnormien luominen eli lainsäädäntömenettely on perustuslain sääntelemä, kun taas muodolliset eli prosessilait sääntelevät aineellisen oikeuden soveltamista tuomioistuimissa ja hallintoviranomaisissa. Niinpä tuomioistuinprosessiin kuuluvat oikeutta luovat ja oikeutta soveltavat toimet (joista jälkimmäiset ovat, niin kuin tulemmme

⁷⁹ Kelsen, *Reine Rechtslehre*, s. 73 (käännös allekirjoittaneen): ”Denn es ist eine höchst bedeutsame Eigentümlichkeit des Rechts, dass es seine eigene Erzeugung und Anwendung regelt. Die Erzeugung der generellen Rechtsnormen, das ist das Verfahren der Gesetzgebung, ist durch die Verfassung geregelt, und formale oder Prozessgesetze regeln die Anwendung der materiellen Gesetze durch die Gerichte und Verwaltungsbehörden. Daher die den Rechtsprozess darstellenden Akte der Rechtserzeugung und Rechtsanwendung (die, wie wir gesehen werden, selbst auch Rechtserzeugung ist) für die Rechtserkenntnis nur insofern in Betracht kommen, als sie den Inhalt von Rechtsnormen bilden, durch Rechtsnormen bestimmt sind; so dass auch die dynamische Rechtslehre auf Rechtsnormen gerichtet ist, und zwar auf jene, die die Erzeugung und Anwendung des Rechts regeln.” – Vrt. Kelsen, *Pure Theory of Law*, s. 71: ”For it is a most significant peculiarity of law that it regulates its own creation and application. The creation of general legal norms – the process of legislation – is regulated by the constitution; the formal or procedural statutes regulate the application of the material statutes by the courts and administrative organs. Therefore, the acts of law creation and law application that constitute the legal process are considered by legal cognition only to the extent that they form the content of legal norms – that they are determined by legal norms; hence the dynamic theory of law is also directed towards legal norms, namely towards those that regulate the creation and application of the law.” Vrt. myös Kelsen, *Puhdas oikeusoppi*, s. 79, jonka suomenkielistä käännöstä on tässä muutettu.

"ERÄS OIKEUDEN MERKITTÄVIMPIÄ OMAISUUKSIA ON NÄET SE, ETTÄ SE ...

näkemään, itsekkin oikeutta luovia)⁸⁰ katsotaan oikeudellisiksi vain, jos niiden sisältö on oikeusnormien mukainen eli jos ne ovat oikeusnormien määrittämiä. Niinpä myös dynaamisen oikeusteorian tiedonintressi on kohdentunut niihin oikeusnormeihin, jotka säätelevät oikeuden luomista ja soveltamista."

Oikeus määrittelee Kelsenin tarkoittamalla tavalla itse itsensä, ulkoiset rajansa ja velvoittavuusperustansa: oikeusnormin systeeminen voimassaolo määrittyy aina toisen, siihen nähden hierarkkisesti ylemmänasteisen oikeusnormin sekä viime kädessä voimassa olevan perustuslain ja edellytetyn, transsendentaalisloogisen *perusnormikonstruktion* nojalla. Moderni oikeus on, niin kuin myös Kaarlo Tuori on todennut, "positiivista, nimenomaisilla päätöksillä asetettua ja jatkuvasti muutettavissa olevaa oikeutta".⁸¹ Systeeminen oikeuden validiteetti- eli voimassaolokäsitys on kuitenkin vain yksi oikeusnormin voimassaolokäsitksen vaihtoehtoista.

Puolalainen oikeusfilosofi Jerzy Wróblewski on erottanut toisistaan *systeemi-* eli oikeusnormin muodolliseen syntytapaan liittyvän voimassaolon, *faktisen* eli oikeusnormin tosiasialliseen täytäntöönpanotehokkuuteen perustuvan voimassaolon sekä *aksiologisen* eli arvoperustaisen normin voimassaolon.⁸² Systeeminen voimassaolokäsitys on Wróblewskin mukaan ensisijainen säädännäiseen oikeuteen perustuissa manner-eurooppalaisissa oikeusjärjestyksissä, missä oikeusnormin tosiasialliseen tehokkuuteen tai arvoperustaiseen hyväksyttävyyteen perustuvat näkökohdat tulevat sovellettaviksi vain toissijaisina validiteettikriteereinä.⁸³ Samoin Aulis Aarnion ja Aleksander Peczenikin kolmiportaisessa oikeuslähdehierarkiassa lainsäädäntö on vahvasti velvoittava, oikeuskäytäntö heikosti velvoittava sekä muun muassa moraaliperustaiset yhteiskunnalliset arvo- ja hyväksyttävyyšnäkökohdat (vain) sallittu oikeuslähde.⁸⁴ Oikeuden systeeminen voimassaolo viittaa lähtökohtaisesti oikeuspositivistiseen, tosiasiallinen voi-

⁸⁰ Kelsen viittaa tässä *Reine Rechtslehren* toisen, laajennetun laitoksen sivulta 239 alkavaan tekstijaksoon, missä hän perustelee väitteen, jonka mukaan myös tuomioistuinten ja muiden lainsoveltajien oikeudellinen ratkaisutoiminta asettaa sekin aina velvoittavan oikeusnormin, joka viite on tässä jätetty pois. Teoksen suomentaja Olli Nikkola kääntää Kelsenin sulkeisiin asettaman osion monikollisesti – "jotka itse, kuten saamme nähdä, ovat niin ikään oikeuden luomista" – minkä voi lukea (virheellisesti) viittauksena sekä oikeuden luomis- että soveltamisakteihin tai (oikein) viittauksena vain jälkimmäisiin, sillä Kelsen tarkoittaa viitata tässä vain lainsoveltamiseen. Ajatus on toisin sanoen se, että tuomarin lainsoveltaminen on samalla oikeuden luomista yksittäistapauksellisen ratkaisunormin asettamisen merkityksessä.

⁸¹ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 16. Poikkeuksena modernin oikeuden tahdonvaltaiseen muutettavuuteen ovat tavanomainen oikeus ja oikeusperiaatteet.

⁸² Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, s. 75–85.

⁸³ Wróblewski, mts. 76: "Following my theoretical analyses I treat the concept of systemic validity as basic for statutory law systems. (...) The two remaining concepts of validity, i.e. factual validity and axiological validity in the systems in question are used only exceptionally as corrective to the systemic concept."

⁸⁴ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 220–221.

massaolo tuomioistuinrealistiseen ja aksiologinen eli arvoperustainen voimassa-olo luonnonoikeudelliseen oikeuskäsitykseen.

Systeemisen voimassaolokäsityksen mukaan oikeussääntö on voimassa, jos on saatettu voimaan voimassa olevan perustuslain edellyttämällä tavalla eikä sitä ole kumottu vastaavaa menettelyä noudattaen. Jerzy Wróblewski määrittelee oikeusnormin systeemisen validiteetin seuraavasti:⁸⁵

”According to the concept of systemic validity a rule *R* is valid in legal system *LS* if the following conditions are fulfilled: (a) *R* is enacted according to the rules valid in *LS* and thus has come into force; or (b) *R* is an acknowledged consequence of the rules valid in *LS*; (c) *R* has not been formally repealed (‘derogated’); (d) *R* is not inconsistent with the rules valid in *LS*; (e) if *R* is inconsistent with any rule valid in *LS* then (ea) *R* is not treated as invalid according to the rules about conflict between legal rules or (eb) *R* is interpreted in such way as to eliminate the inconsistency in question.”

Oikeussääntö *R* on toisin sanoen Jerzy Wróblewskin mukaan systeemisesti voimassa, jos: (a) *R* on säädetty oikeusjärjestelmän *LS* käsittämien muiden oikeussääntöjen (eli viime kädessä voimassa olevan perustuslain) edellyttämällä tavalla ja on siten tullut voimaan, (b) *R* on riidattomalla tavalla johdettavissa muista *LS*:ssä voimassa olevista oikeussäännöistä, (c) *R*:ä ei ole muodollisesti asianmukaisella (eli perustuslain edellyttämällä) tavalla kumottu, eikä (d) *R* ole ristiriidassa *LS*:n käsittämien muiden oikeussääntöjen kanssa, ja (e) jos *R* on ristiriidassa jonkin *LS*:ään kuuluvan muodollisesti pätevän säännön kanssa, niin (ea) *R*:ä ei katsota pätemättömäksi oikeussääntöjen konfliktinratkaisunormien mukaan tai (eb) *R*:ä tulkitaan tavalla, joka poistaa kyseisen ristiriidan oikeussääntöjen välillä.

Laajemmin määritellen modernin oikeuden *itsekonstituutio* toteutuu voimassa olevan oikeuden sääntöjen itsensä sääntösidonnaisten: (1) *perustamisen* eli *voimaansaattamisen*, (2) sisällöllisen *muuttamisen*, (3) yksittäistapauksellisen *täytäntöönpanon* eli oikeusvaikutusten toteuttamisen sekä (4) voimassaolon lakkauttavan *kumoamisen* merkityksessä. Oikeutta luovat, muuttavat, täytäntöönpanevat ja lakkauttavat institutionaaliset puheteot voidaan nekin tulkita John L. Austinin ja John Searlen tavoin *konventionaalisten*, sääntösidonnaisten puheteokojen avulla tuotettuina yhteiskunnallisina tosiasioina, joiden analysoimiseen Neil McCormickin ja Ota Weinbergerin *institutionaalinen oikeusteoria* tarjoaa käsitteelliset ja metodiset apuvälineet.

MacCormickin ja Weinbergerin institutionaalisen oikeuspositivismin mukaan oikeudellinen instituutio koostuu kolmenlaisista säännöistä:⁸⁶

⁸⁵ Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, s. 77. ”*R*” viittaa englanninkielen termiin *rule* (= sääntö), ja ”*LS*” termiin *legal system* (= oikeusjärjestelmä).

⁸⁶ MacCormick & Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, s. 52–53.

"ERÄS OIKEUDEN MERKITTÄVIMPIÄ OMAISUUKSIA ON NÄET SE, ETTÄ SE ...

- *institutiiviset* eli oikeudellisen instituution perustamis- tai voimaantulosäännöt (engl.: *institutive rules*),
- *konsekventialistiset* eli oikeudellisen instituution alaan kuuluvia oikeusseuraamuksia koskevat säännöt (engl.: *consequential rules*), ja
- *kumoavat* eli oikeudellisen instituution olemassaolon lakkauttamista koskevat säännöt (engl.: *terminative rules*).

Toisin kuin Hart tai allekirjoittanut, MacCormick ei tee tässä eroa oikeudellisen instituution käsittämien *ensiasteen* oikeussääntöjen ja *metatason* eli toisen asteen oikeussääntöjen välillä, vaan molemmat ovat MacCormickin esityksessä rinta rinnan, siis sekä kansalaisten oikeuksia ja velvollisuuksia määrittelevät *ensiasteen konsekventialistiset* säännöt että sanotun oikeudellisen instituution metatason tarkastelun alaan kuuluvat *perustamis-* ja *kumoamissäännöt*, joiden semanttisena kohdereferenssinä on yhtäältä *ensiasteen* oikeussääntöjen tai niiden käsittämien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien luominen tai kumoaminen, sekä toisaalta metatason perustamissääntöjen itsensä perustaminen ja kumoaminen. Tosin vähän myöhemmin, Hartin oikeusteoriaa koskevassa tekstiosiossa, *ensiasteen* oikeudelliset velvoitesäännöt ja toisen asteen eli metatason oikeudelliset kompetenssisäännöt erotetaan toisistaan.⁸⁷

Oikeussosiologi Niklas Luhmann⁸⁸ ja oikeusteoreetikko Gunther Teubner⁸⁹ ovat analysoineet jo Kelsenin tarkkanäköisesti havaitsemaa oikeuden sääntösidonnaista itsekonstituutiota käsitteen *oikeudellinen autopoiesis* alla.⁹⁰ Autopoi-eettinen oikeusteoria perustelee idean modernista oikeudesta, joka Kelsenin tarkoittamalla tavalla konstituoii, määrittelee, sääntelee sekä legitimoi viime kädessä itse itsensä. Se, mitä oikeus on erotettuna kaikesta "ei-oikeudesta", on määritettävissä vain oikeuden itsensä asettamia tai hyväksymiä kriteereitä, kuten Kelsenin puhtaan oikeusopin transsendentaalis-logista perusnormia, Hartin oikeuden viimekätistä tunnistamissääntöä tai Rossin tuomarinideologiaa, vasten. Oikeussääntöjen voimaansaattaminen, muuttaminen, oikeusvaikutusten toteuttaminen ja kumoaminen ovat seurausta metatason oikeudellisten konstituutiosääntöjen olemassaolosta, eikä lähtökohtaisesti muunlaista oikeuden syntytapaa tunnusteta. Oikeuden arvoteoreettinen kritiikki ja justifikaatio on sekin mahdollinen

⁸⁷ MacCormick & Weinberger, mts. 60–67.

⁸⁸ Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, s. 188 *et seq.*

⁸⁹ Teubner, *Law as an Autopoietic System*, s. 13–46; Teubner, "How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology in Law", *passim*.

⁹⁰ Termi *autopoiesis* on johdettu kreikan kielen sanoista *autos* ja *poiesis*, joista *autos* viittaa itseän ja *poiesis* valmistamiseen. – Oikeuden autopoiesiksen taustafilosofia on yhtäältä Kelsenin *puhtaan oikeusopin* ja toisaalta yleisen *systemiteorian* mukainen. Kyse on siis siitä, miten itse itseään säätelevien organismien teoria voidaan siirtää yhteisölliseen ja oikeudelliseen kontekstiin.

vain oikeuden itsensä tunnustamien kriteerien avulla, jos oikeus määritellään Kelsenin, Luhmannin ja Teubnerin tarkoittamalla tavalla.

Kelsen sulki oikeusnormipyramidin huipun ja rajasi oikeuden eroon kaikesta mikä ei ole oikeutta transsendentaalis-loogisen *perusnormikonstruktion* avulla. Perusnormi on uuskantilaisen tietoteorian edellyttämä ajatuksellinen välttämättömyys, jonka avulla Kelsen perusteli voimassa olevan perustuslain ja sen nojalla voimaan saatettujen alemmanasteisten oikeusnormien velvoittavuuden ilman, että olisi joutunut loogiseen päättelyn kehään (= ”perustuslaki velvoittaa, koska on kyse velvoittavasta perustuslaista”) tai äärettömään regressioon eli loputtomaan takautuvaan päättelyyn (= ”perustuslaki velvoittaa, koska se johtaa velvoittavuutensa sitä ajallisesti edeltävästä, historiallisesti varhaisemmasta perustuslaista”). Luhmannin ja Teubnerin teoria oikeuden autopoiesiksesta hyväksyy Kelsenin idean oikeuden itsekonstituutiosta, mutta samalla se kieltäytyy hyväksymästä mitään transsendentaalis-loogisen perusnormin kaltaista ajatuskonstruktiota oikeuden velvoittavuuden viimekätisenä perustana. Modernin oikeuden velvoittavuus on aina radikaalilla tavalla itseensä viittaavaa, *refleksiivistä* ja *autopoieettista*: oikeus velvoittaa, koska on kyse itse itsensä konstituovasta, määrittelevästä, sääntelevästä, legitimoivasta ja justifioivasta ilmiöstä.⁹¹

Autopoieettinen oikeusteoria hylkää kaikki positiivisen oikeuden ulkopuoliset referenssit tai kiintopisteet, joista oikeuden velvoittavuus olisi johdettavissa tai joihin se olisi ajatuksellisesti palautettavissa, oli sitten kyse skolastisen luonnon-oikeusopin ylläpitämästä erehtymättömästä uskonnollisesta auktoriteetista, ihmisjärjen muuttumattomista lainalaisuuksista johdetuista luonnonoikeuden perimmäisistä aksiomista, marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian tarkoittamista yhteiskunnan taloudellisen perustan lainalaisuuksista tai oikeusfenomenologian tarkoittamista apriorisista eli ”itseannetuista” ajatuksellisista välttämättömyyksistä tai ”asian luonnosta” (saks.: *Natur der Sache*). Oikeudellinen *autopoiesis* toteuttaa samalla Kaarlo Tuorin meillä edustamaa *Frankfurtin koulun* tarkoittamaa *immanentin kritiikin* ohjelmaa, missä tarkastelun kohde, moderni oikeus, tarjoaa itse käsitteelliset, normatiiviset ja metodiset työvälineet oman velvoittavuutensa ja hyväksyttävyytensä arvioimiseksi.⁹²

⁹¹ Vrt. Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 213–214.

⁹² Tuori, ”Ideologikriittistä kriittiseen positivismiin”, s. 324. Vrt. Tuorin modernin oikeuden määrittely merkityksessä ”positiivista, nimenomaisilla päätöksillä asetettua ja jatkuvasti muutettavissa olevaa oikeutta”, Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 16. Tekstikatkelman ironia on siinä, ettei Tuorin kriittisen oikeuspositivismin teoria täytä itse kovinkaan hyvin oikeuspositivistisen oikeusteorian peruskriteeriä voimassa olevan oikeuden (engl.: *law as it is*) ja erilaisten arvosidonnaisten tai luonnonoikeudellisten pohdintojen (engl.: *law as it ought to be*) tarkkarajaisesta erottamisesta toisistaan, niin kuin perustelen lähemmin luvussa 9.5. ”Mistä puhumme, kun puhumme oikeudesta?”.

"ERÄS OIKEUDEN MERKITTÄVIMPIÄ OMAISUUKSIA ON NÄET SE, ETTÄ SE ...

"Kriittisen positivismin ohjelmassa kritiikki on immanenttia, kuten sen oli määrä olla marxilaisväritteisessä ideologikritiikissäkin: kohde itse, oikeus, tarjoaa välineet ja mittapuut omalle kritiikilleen. Kriittisen positivismin ohjelmassa kritiikin immanentti luonne on jotain, mihin sen pakottaa jo positiivisuus modernin oikeuden tunnusmerkkinä. Positiivisena oikeutena moderni oikeus sallii itseään kritikoitavan vain sisältä käsin. Positiivinen oikeus ei tunnusta ulkopuolisen kritiikin oikeudellista relevanssia; tämän havaitsi jo Kelsen."

Modernia oikeutta määrittävät oikeuden tietomuodon sisältämät ontologiset, epistemologiset, metodologiset ja loogis-lingvistiset reunaehdot tekevät mahdolliseksi (ainakin) seuraavanlaisten voimassa olevaa oikeutta koskevien lauseiden esittämisen:

- a) yksittäisten oikeussääntöjen muuttamista, täytäntöönpanoa tai kumoamista koskevien *konstitutiivisten* oikeuslauseiden, joilla on määrättyjen institutionaalisten ja mentaalisten reunaehtojen täytyessä *perlokutionaarisia* vaikutuksia voimassa olevan oikeuden sääntöjen tehokkaan muotoamisen merkityksessä, kuten: "tuomitsen syytetyn rikoslain nojalla varkaudesta (määrääjäksi) vankeuteen",
- b) *oikeuslähdeopillisten* eli vallitsevaan oikeuden tunnistamissääntöön palauttavissa olevien, oikeuden systeemistä voimassaoloa sekä oikeudellisen tiedon kriteereitä ja perusteita koskevien lauseiden, kuten: "se, mitä Suomen valtiopäiville kokoontunut eduskunta (Euroopan yhteisön toimielimille siirrettyin poikkeuksin) säätää, on voimassa olevaa oikeutta", tai "what the Queen in Parliament enacts is law" (Hart) tai: "se, mitä viranomaiset päättävät riita- ja rikosjutuissa, on voimassa olevaa oikeutta" (Llewellyn), ja
- c) oikeussääntöjen keskinäissuhteita eli pääsääntö/poikkeus -jaotteluja määrittävien oikeudellisten *systematisointilauseiden* sekä oikeuden yleistä merkityssfääriä eli semanttisesti mahdollista maailmaa rajaavien ja määrittävien oikeudellisten *tulkintalauseiden* esittämisen.

Oikeuslähdeopin lauseet, jotka määrittävät voimassa olevan oikeuden sääntöjen tunnistamista, ovat tavallisesti sisäänrakennettuna edellytyksenä kaikissa voimassa olevan oikeuden sääntöjen tulkintaa ja systematisointia koskevissa lauseissa. Oikeuslähdeopin vaikutus näkyy siinä, miten oikeussäännöt ylipäättään tunnistetaan tuomarin ratkaisuharkintaa ohjaaviksi ratkaisuperusteiksi. Noudatettuna oikeuslähdeopin sääntöjä ei ole tapana kirjoittaa selväsanaisesti auki osana ehdotettua oikeuden tulkintaa tai systematisointia.⁹³

⁹³ Oikeudelliset tulkinta- ja systematisointilauseet eivät toisin sanoen ala tavanomaisesti johdantoklausuulilla, jonka mukaan: "sääntöä *x*, joka johtaa velvoittavuutensa voimassa olevasta perustuslaista, on perusteltua tulkita tavalla *p*" tai "sääntö *x*, joka johtaa velvoittavuutensa voimassa olevasta perustuslaista, on perusteltua asettaa tulkintaa edeltävästi systeemiseen kontekstiin *q*".

Oikeuden *loogisen kieliopin* yhtäältä syntagmaattiset säännöt kielellisten elementtien tai käsittekkategorioiden sarjallisesta yhteenliittämisestä sekä toisaalta paradigmaattiset säännöt niiden välillä tehtävästä valinnasta ja vaihtoehtoisten elementtien poissuljennasta ovat sisäänrakennettuna kaikessa oikeudellisessa puhunnassa. Siltä osin kuin lainsäädäntöä ja oikeudenkäyttöä sekä yksityisoikeudellisia määräämistöimii koskevat institutionaaliset ja mentaalis-tajunnalliset edellytykset täyttyvät eikä siis ole kyse, John L. Austinin termein, lainsäätäjän tai tuomioistuimen *misfire* tai *abuse* -tyyppisestä institutionaalisen puheteon perlokutionaarisen vaikutuksen raukeamisesta, oikeuden konstitutiivisten lauseiden osalta voidaan puhua myös oikeuden ja oikeudellisen puhunnan *perlokutionaarista lauseopista*.

Oikeusperiaatteet ja muut vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit ovat toinen merkittävä poikkeus modernin oikeuden voimassaolon systeemiseen, oikeuspositivistiseen ja itse itsensä konstituivaan määrittelyyn.⁹⁴ Vallitseva oikeuden tunnistamissääntö määrittää kriteerit, joiden avulla voimassa oleva oikeus on erotettavissa kaikesta, mikä ei ole oikeutta esimerkiksi vallitsevan yhteiskuntamoraalin tai uskonnollisten käyttäytymisnormien merkityksessä. Oikeusperiaatteet eivät ole tunnistettavissa oikeuden tunnistamissäännön kaltaisen formaalin, yksinomaan oikeusnormin muodolliseen syntytapaan kiinnittyvän kriteerin avulla.⁹⁵ Niiden oikeudellinen ratkaisuarvo tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkinnassa on määritettävissä vain niiden nauttiman *institutionaalisen tuen* ja *yhteisöllisen hyväksynnän* eli niiden Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan *rakenteistumisen* perusteella. Oikeusperiaatteet, toisin kuin oikeussäännöt, eivät myöskään ole lainsäätäjän tai tuomioistuinten tahdonvaltaisesti luotavissa, muutettavissa tai kumottavissa.⁹⁶ Oikeusperiaatteet ovat vain heikosti formaaleja oikeusnormeja eli oikeudellisia ratkaisuperusteita, joissa yhtäältä vallitsevan yhteiskuntamoraalin mukaiset arvo- ja/tai tavoiteperusteet sekä toisaalta muodollis-juridiset ratkaisuperusteet ovat kietoutuneet erottamattomasti yhteen. Oikeusperiaatteiden osalta voidaan siis erottaa vielä neljäntenä oikeuslauseiden ryhmänä:

⁹⁴ Tavanomainen oikeus on toinen poikkeus oikeuden tahdonvaltaiseen muutettavuuteen.

⁹⁵ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 44: "I conclude that if we treat principles as law we must reject the positivists' first tenet, that the law of a community is distinguished from other social standards by some test in the form of a master rule."

⁹⁶ Samoin MacCormick & Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, s. 73. MacCormick kiteyttää oikeusperiaatteiden validiteetin ja suhteen oikeudellisiin instituutioihin seuraavasti: "We neither have criteria of validity for legal principles, nor therefore a distinction between valid and invalid principles of law. Certainly, there is a relationship between legal principles and legal rules or institutions; principles express the underlying purposes of detailed rules and specific institutions, in the sense that they are seen as rationalising them in term[s] of consistent[,] coherent and desirable goals. Thus legal principles are the meeting point of rules and values." MacCormick & Weinberger, mts. 73.

- d) oikeusperiaatteiden keskinäisiä suhteita ja arvosidonnaista punnintaa (engl.: *weighing and balancing*) määrittelevät oikeudelliset *punnintalauseet*.

Lisäksi voidaan erottaa tarkastelun metatasolla:

- e) *oikeusteorian* tuottamat lauseet esimerkiksi oikeustieteen tieteenteoriaa (tai tieteenfilosofiaa) jäsentävien lauseiden merkityksessä, joita tämä teos lähemmin tarkastelee.

Oikeudellinen tietomuoto (ransk.: *épistémè*) on oikeutta pätevällä tavalla muotoavien konstitutiivisten oikeuslauseiden (= oikeuden institutionaalinen ontologia), institutionaalista oikeuslähteoppia määrittävien lauseiden (= oikeuden institutionaalinen epistemologia), oikeussääntöjen tulkinta- ja systematisointilauseiden ja oikeusperiaatteiden punnintalauseiden (= oikeudellinen metodioppi) sekä tarkastelun metatasolla myös oikeustieteen tieteenteoriaa (tai tieteenfilosofiaa) jäsentävien lauseiden kokonaisuus. Lisäksi oikeuden käsitteellistettävyyden ja mielekäs puhe oikeudesta edellyttää sitoutumista oikeusyhteisön kollektiivisesti hyväksymiin loogis-lingvistisiin artikulaatiosääntöihin (= oikeudellinen logiikka & lingvistiikka).

3.3. Oikeudelliset argumentaatiosäännöt

Miten voimassa olevan oikeuden sääntöihin ja periaatteisiin liitetyt tulkinnalliset merkitykset syntyvät, muuntuvat sekä lakkaavat olemasta (oikeudellisesti merkityksellisiä)? Moderni oikeus on tulkinnallinen eli *merkityssidonnainen* ilmiö, mistä syystä lainopin tiedonintressi eli kysymys voimassa olevan oikeuden sääntöjen sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien vallitsevasta, ideaalisesta eli parhaasta mahdollisesta, ylipäätään perustellusta tai vain semanttisesti mahdollisesta tulkinnasta on keskeinen, oli sitten kyse institutionaaliseen tuomarireferenssiin eli analyttis-deskriptiiviseen tutkijanideologiaan sitoutuneen lainopin tutkijan tiedonintressistä tai vallitsevaan tuomarinideologiaan kriittistä etäisyysyttä ottavan tutkijan tiedonintressistä. Modernille oikeudelle on yhtä kaikki ominaista *tulkinnallinen määritettävyyden*: voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen, institutionaalisista oikeuslähteistä johdettavissa oleva merkityssisältö on määritettävissä oikeudellisen metodiopin tulkinta-, systematisointi- ja punnintasääntöjen avulla, eikä modernia oikeutta siis luonnehdi *radikaali määrittelemättömyys* tai *radikaali luokittelemattomuus* muutoin kuin sen perimmäisen pätevyys-, raja- tai erottelukriteerin, kuten transsendentaalis-loogisen perusnormin (Kelsen) tai oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön (Hart), pulmallisen ontologian ja epistemologian merkityksessä, jos ja kun hyväksytään analyttisen

oikeuspositivismiin tai analyttisen oikeusrealismin tieteenteoreettiset sitoumukset.⁹⁷

Modernin oikeuden merkitysrakenne on lisäksi *instituutiosidonnainen*: lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien oikeudellisilla puheteoilla on voimassa olevaa oikeutta tehokkaalla tavalla konstituiva eli yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettuja oikeuksia ja velvollisuuksia luova vaikutus, jos – ja vain jos – senkaltaisen sääntösidonnaisen puheteon *perlokutionaarista* vaikutusta määrittävät *institutionaaliset* ja *mentaalis-tajunnalliset* edellytykset asianmukaisesti täyttyvät. Institutionaalista puhetekoa ei toisin sanoen saa rasittaa mikään John L. Austinin analysoimista perlokutionaarisen vaikutuksen raukeamiseen johtavista virheistä sen institutionaalisissa tai puhujan ulkoisesti havaittavissa olevaan mentaaliseen asenteseen liittyvissä tekijöissä. Sitä vastoin yksittäisten oikeussubjektien tai lainopin tutkijoiden esittämällä oikeudellisilla tulkinnoilla, näiden yksityisoikeudelliset disponointitoimet sekä yksityisille välitystuomioistuimille perustettu oikeudellinen päätäntävalta pois lukien, ei ole oikeutta *konstituivaa* eli voimassa olevan oikeuden sisältöä pätevällä tavalla muotoavaa vaikutusta.

Oikeudelliset *argumentaationsäännöt* on niiden metatason oikeudellisten päätelysääntöjen kokonaisuus, joiden avulla voimassa olevan oikeuden institutionaalisista oikeuslähteistä johdettavissa oleva tulkinnallinen merkityssisältö on määritettävissä sekä oikeuden yleisen käsitesystematiikan, normikonfliktien formaalin ratkaisumenettelyn ja oikeudellisten dogmien ja konstruktoiden käsittämien pääsääntö/poikkeussääntö -luokitusten että yksittäistapauksellisesti kohdennettujen tulkinnallisten merkitysten tasolla. Oikeuden *merkitysrakenne* jakaantuu näin kahteen osaan: yhtäältä oikeudellisten *konfliktinratkaisu-* ja *systematisointinormien* avulla tuotettuun yleiseen käsitesystematiikkaan, toisaalta oikeudellisten *tulkintanormien* avulla tuotettuun yleiseen *merkitysavaruuteen* eli *merkityssfääriin*. Toisin kuin formaalit oikeussäännöt, oikeusperiaatteet ja vastaavat ratkaisustandardit ovat vain tilannesidonnaisia tulkinta- tai ratkaisuarargumentteja, joiden punnintaa ja suhteuttamista muihin vastaaviin argumentteihin (engl.: *weighing and balancing*) oikeudellisessa ratkaisutilanteessa oikeudelliset *punnintanormit* määrittävät. Yksittäisen oikeudellisen punninnan lopputulos ei ole yleistettävissä muihin vastaaviin soveltamistilanteisiin, jollei kyse on vähintään heikosti systeemisesti jäsentyneestä oikeusperiaatteiden punninnasta esimerkiksi perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin tai Juha Pöyhösen tavoin yhteisöllisen kohtuusperiaatteen suhteellisen etusijan varaan jäsennetyn sopimusoiden oikeusperiaatteiden merkityksessä.

⁹⁷ Palaan kysymykseen luvussa 9.12. ”Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia?”.

Oikeudelliset *päätely*- eli *argumentaatiosäännöt* käsittävät siis kolmenlaisia sääntöjä tai periaatteita:

- (a) *systematisointinormit*: oikeussääntöjen keskinäinen systeeminen yhteensovittaminen formaalien oikeudellisten konfliktinratkaisunormien sekä pääsääntö/poikkeus -luokitukset lukitsevien oikeudellisten (peruskäsitteiden sekä dogmien ja konstruktoiden avulla,
- (b) *tulkintanormit*: oikeussääntöjen tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittäminen, ja
- (c) *punnintanormit*: oikeusperiaatteiden ja vastaavien ratkaisustandardien arvo- ja/tai tavoitesidonnainen *punninta* sekä *tasapainottaminen* suhteessa toisiin asiaanvaikuttaviin oikeusperiaatteisiin ja niiden yhteiskunnallisiin taustaperusteisiin (engl.: *weighing and balancing*) vallitsevan oikeudellisen ja yhteiskunnallisen arvoteorian valossa.

Oikeudelliset systematisointisäännöt kuuluvat teoreettisen lainopin alaan ja ovat varsin lähellä oikeuden kielellistä käsitteellistettävyyttä määrittäviä loogislingvistisiä artikulaatiosääntöjä. Omaksuttu oikeudellinen käsitesystematiikka lukitsee semanttis-käsitteellisen kehyksen, jota vasten voimassa olevan oikeuden sääntöjen tietynhetkisen merkityssisällön määrittäminen käy mahdolliseksi. Esimerkiksi omistusoikeuskäsitteen mieltäminen senkaltaisten relationaalisten oikeus- ja velvollisuuselementtien yhdistelmänä, jollaisena Simo Zittingin edustama analyttinen oikeustiede on sen mieltänyt, avaa vastaisen oikeudellisen tulkinnan esimerkiksi kysymykselle omistusoikeuden eri osatekijöiden vaihteesta siirtymästä oikeudellisessa disponointitilanteesta, mitä käsitelainopin karkeampi oikeudellinen systematiikka ei kyennyt tyydyttävällä tavalla käsittelemään. Sovellettava tulkintamatriisi lukitsee samalla systeemisen (tulkinta) kehyksen, jonka tarkoittamalla tavalla oikeudelliset pääsääntö/poikkeussääntö-luokitukset ovat yhdenmukaisella tavalla toteutettavissa.

Oikeusperiaatteiden ja vastaavien sääntöjä heikommin formalisoitujen oikeudellisten ratkaisustandardien arvo- ja tilannesidonnaista punnintaa ei ole mahdollista ennalta vakiodia tai systematisoida, vaan on kyse aidosti tilannesidonnaisesta oikeudellisesta harkinnasta, missä sovellettava punnintanormi on pikemminkin periaatteen kuin säännön kaltainen. Oikeusperiaatteiden punninta on samalla sidoksissa myös sovellettavan oikeudellisen *tulkintamatriisin* systeemiin määreisiin, mikä saattaa tehdä vähintään heikosti systeemisen oikeusperiaatteiden jäsennyksen mahdolliseksi, kuten esimerkiksi perusoikeuskeskeisen lain-tulkintaopin alaisuudessa. Sanottu pätee myös prejudikaattiperustaiseen oikeuteen, missä prejudikaattinormin täsmällinen määrittely ja systeeminen konstituutio on sidoksissa sovellettavaan *prejudikaatti-ideologiaan*.

Oikeuden tulkinnalle on ominaista toistuva ja kertautuva ajatuksellinen liike *toteutuneesta mahdolliseen ja mahdollisesta toteutuneeseen*: oikeudellinen tul-

kintaprosessi etenee noudatetun oikeudellisen systematiikan ylipäättään mahdolliseksi tekemistä tulkinnoista tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tosiasiallisesti vahvistamiin tulkintoihin voimassa olevasta oikeudesta ja – käänteisesti – tuomioistuinten ja muiden viranomaisten vahvistamat tulkinnat voimassa olevasta oikeudesta vaikuttavat keskeisesti tapaan, jolla oikeuden yleinen käsitesystematiikka ja oikeudellisten merkitysten sfääri on mahdollista rajata. Oikeuden sääntösidonnoisessa konstituutio- ja merkitysrakenteessa on toisin sanoen kaksi eri tasoa tai ulottuvuutta, joista toinen määrittää oikeuden systeemistä konstituutiota ja yleistä käsitesystematiikkaa sekä toinen yksittäistä oikeudellista soveltamisratkaisua ja yksittäistapauksellisesti kohdennettua oikeuden tulkintaa. Kummankin oikeuttamisperuste on lisäksi ratkaisevasti erilainen, niin kuin esimerkiksi John Rawls on huomauttanut.⁹⁸ Oikeus on toisin sanoen *toteutettavissa* ja *todellistettavissa* yhtäältä lainsäätäjän ja tuomioistuinten toimintaa ohjaavien yleisten oikeuden voimaantulo-, transformatio- ja derogaatiosääntöjen ja niitä vastaavien oikeudellisten käytäntöjen sekä toisaalta oikeudellisten täytäntöönpanosääntöjen ja niitä ilmentävien yksittäisten tuomioistuin- ja viranomaisratkaisujen välisen vuorovaikutuksen tuloksena.

Oikeudelliset systematisointisäännöt käsittävät ensinnäkin joukon oikeudellisen päättelyn eli argumentaation (meta)tason sääntöjä, joiden avulla oikeussääntöjen keskinäiset ristiriitatilanteet on mahdollista ratkaista *formaalien* ratkaisuperusteiden avulla. Näitä ovat esimerkiksi *lex superior derogat legi inferiori* eli normihierarkkisesti ylempi sääntö syrjäyttää alemman säännön, *lex posterior derogat legi priori* eli myöhempi sääntö syrjäyttää aiemman säännön, *lex specialis derogat legi generali* eli erityissääntö syrjäyttää yleissäännön sekä *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* eli myöhempi yleissäännös ei syrjäytä aiempaa erityissäännöstä.⁹⁹ Toisaalta, oikeuden systematisointisäännöt käsittävät myös joukon *sisällöllisiä* kollisionratkaisunormeja, joiden avulla ratkaistaan *pääsääntö/poikkeussääntö* tai *yleissääntö/erityissääntö* -kollisio kahden oikeussäännön välillä, mistä Juha Pöyhönen on käyttänyt termejä lainopillinen *dogmi* ja, tietyissä tilanteissa, lainopillinen *konstruktio*.¹⁰⁰ Lainopillinen dogmi vastaa tieteenteoreettisesti Thomas S. Kuhnin normaalitieteen paradigmaa eli esimerkinomaista *malliratkaisua* määrittäviä tekijöitä, kun taas lainopillinen konstruktio vastaa Kuhnin tieteensosiologiassa tutkimuksellista *anomalialla*:¹⁰¹

⁹⁸ "One must distinguish between justifying a practice as a system of rules to be applied and enforced, and justifying a particular action which falls under these rules." Rawls, "Two Concepts of Rules", s. 3 *et seq.*

⁹⁹ Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 254.

¹⁰⁰ Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 82–87. Ks. myös luku 9.3. "Sopimusmalliajattelun piilevät premissit".

¹⁰¹ Pöyhönen ei kuitenkaan viittaa Thomas S. Kuhnin, vaan tämä on omaa tulkintaani hänen teorianaan ja Kuhnin ajattelun suhteista.

lainopillisen konstruktion avulla vallitseva dogmi ”pelastetaan” tapauksessa, jossa lainopillisen dogmin eli, kuhnilaisittain, normaalitieteen selitys- ja justifikatiovoima on heikko. Esimerkiksi sopimusoikeudellisen tahtoperiaatteen soveltamisalaa on laajennettu hiljaisen tahdon konstruktion avulla käsittämään myös vakiosopimusehdot, joissa toisen sopijapuolen nimenomaista tahdonilmaisua ei välttämättä ole osoitettavissa.¹⁰²

Lainopillinen dogmi on tietyn edellytyksin *formalisoitavissa* eli lukittavissa kiinteän ja ennalta määritettävissä olevan käsitesystematiikan muotoon, mistä on esimerkkinä amerikkalaisen W.N. Hohfeldin, tanskalaisen Alf Rossin ja meillä Simo Zittingin toteuttama omistusoikeuskäsitteen hajottaminen henkilösidon- naisiksi ja relationaalisiksi alakäsitteiksi suojatun omistajanhallinnan, omistajan luovutus- ja muun disponointikelpoisuuden sekä määrätynasteisen ja ajallisesti mahdollisesti muuntuvan dynaamisen suojan merkityksessä. Keskeisenä edellytyksenä formaalin käsitesystematiikan toteuttamiselle on oikeuden mieltäminen oikeussääntöjen, ei oikeusperiaatteiden tai muiden sääntöjä heikommin formaalien oikeudellisten ratkaisustandardien, kokonaisuudeksi. Käsitelainoppi yleistä lainopillisiin dogmeihin perustuvan systeemisen oikeusajattelun koskemaan koko oikeusjärjestelmää, jolloin oikeudenalakohtaisista oikeudellisten peruskäsitteiden systeemistä voitiin johtaa ratkaisu kulloinkin esillä olleisiin oikeudellisiin tulkintaongelmiin. Analyyttisen oikeustieteen oikeussysteemiset tavoitteet olivat suhteessa rajoitetummat ja perustuivat välittömämmin lainsäätäjän tekemiin valintoihin.

Oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit ovat vain heikosti formaaleja ja heikosti formalisoidavissa olevia oikeudellisia ratkaisuarargumentteja, jotka soveltuvat yksittäiseen oikeustapaukseen vain *enemmän-tai-vähemmän*, noudattaen moniarvoista eli *sumeaa logiikkaa* (engl.: *fuzzy logic*) oikeussääntöjen toteuttaman binäärisen kaksiarvologiikan sijaan. Kahden tai useamman eri oikeusperiaatteen vaikuttaessa erisuuntaisesti tuomarin ratkaisuharkintaan ei ole kyse oikeussääntöjen tavoin varsinaisesta normikonfliktista, missä jompikumpi säännöistä tulisi katsoa pätemättömäksi, vaan on kyse yleisemmin normatiivisesta yhteensopimattomuudesta tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa eri suuntiin vievien yhteiskunnallisten arvo- tai tavoiteperusteiden välillä. Oikeusperiaatteiden keskinäisessä kollisiotilanteessa tuomarin tai lainopin tutkijan tulee turvautua asiaanvaikuttavien oikeusperiaatteiden ilmentämien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden *punnintaan* ja keskinäiseen *tasapainottamiseen* (engl.: *weighing and balancing*), jotta hän kykenisi määrittämään kunkin oikeusperiaatteen ratkaisuarvon käsillä olevan oikeustapauksen rajaamassa ainutkertaisessa soveltamiskontekstissa. Lisäksi oikeusperi-

¹⁰² Pöyhönen, mts. 85.

aatteiden painoarvopunnintaa ei voi ennalta tai edes jälkikäteen lukita kiinteään ja vakioitun oikeudellisen käsitesystematiikan tai oikeudellisen ratkaisuarvon sitovan etusijajärjestyksen muotoon, minkä vuoksi Juha Pöyhösen oikeusperiaatedonnainen analyysi oikeustoimilain 36 §:n (17.12.1982/956) tarkoittamasta sopimuksen tai yksittäisen sopimusehdon kohtuullistamisen edellytyksistä ei ollut vakioitavissa staattisen ja kiinteän käsitesystematiikan muotoon.¹⁰³ Tilanne on osin toinen, jos Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneet eli eriasteista mutta oikeudellisesti riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet tai muut ratkaisustandardit alistetaan osaksi vähintään heikosti systeemistä jäsenystä, kuten asia on esimerkiksi perusoikeuskeskeisessä laintulkintaopissa sekä Pöyhösen tavoin yhteisöllisen kohtuusperiaatteen heikon systeemisen etusijan varaan rakentuvassa sopimusoikeuden mallinnuksessa.

Samoin Thomas Wilhelmssonin edustama sosiaalinen siviilioikeus ja sen pyrkimys heikomman sopijapuolen erityisintressien suojaamiseen konkreettisten, tilanne- ja henkilösidonnaisten käsitteiden avulla ei ole vakioitavissa kiinteän oikeudellisen käsitesystematiikan muotoon. Senkaltaisiin aidosti tilanne- ja henkilösidonnaisiin käsitteisiin, kuten ”velallinen, jolla on rajalliset varat”, ”työtön velallinen” tai ”velallinen, jolla on suppea ammattikokemus ja koulutus”¹⁰⁴, perustuva oikeudellinen analyysi ja päätöksenteko ei noudata samanlaista sääntely- ja ratkaisulogiikkaa kuin analyyttisen oikeustieteen perinteinen velkoja/velallinen tai työnantaja/työntekijä -jaottelu. Myöskään naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus, jonka mukaan yleiset ja abstraktit oikeuskäsitteet eivät kohtele naisia ja naisten merkittävänä kokemina yhteiskunnallisia kysymyksiä tasavertaisella tavalla miehiseen vertailukohtaan verrattuna, ei ole vakioitavissa yleisen oikeudellisen systematiikan muotoon, kun tutkimuksessa turvaututaan tilanne- ja henkilösidonnaisiin käsitteisiin sosiaalisen siviilioikeuden tavoin.

3.4. Ontologinen *Sein/Sollen* -dualismi oikeudellisen pitämisen (*Sollen*) ja oikeudellisen voimisen (*Dürfen*) edellytyksenä

Modernin oikeuden *deonttisuus* edellyttää ontologista *Sein/Sollen* -dualismia, missä maailmassa tosiasiassa vallitsevien asiantilojen rinnalle on asetettu joukko oikeudellisesti ja semanttisesti *mahdollisia maailmoja* ensiasteen velvoitesääntöjen edellyttämän oikeudellisen *pitämisen* (saks.: *Sollen*) sekä toisen asteen kelpoisuussääntöjen edellyttämän oikeudellinen *voimisen* (saks.: *Dürfen*) tarkoittamalla tavalla. Oikeussääntö perustaa deonttisen eli *imputaatiorelaation* kahden eri faktakonstellation eli määrätyn oikeustosisekaston ja määrätyn oi-

¹⁰³ Vrt. luku 9.3. ”Sopimusmalliajattelun piilevät premissit”.

¹⁰⁴ Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 274; Wilhelmsson, *Social civilrätt*, s. 139, 221.

keusseuraamuksen välille. Jos on kyse ensiasteen velvoitenormista, tuomarilla ja muulla institutionaalisella lainsoveltajalla on lakiin perustuva velvollisuus langettaa tapauksessa oikeusnormin osoittama oikeusseuraamus eli hänen pitää määrätä jutussa sanottu oikeudellinen seuraamus, jos määrätyt oikeudelliset reunaehdot täyttyvät. Toisaalta, jos on kyse oikeudellisesta kelpoisuusnormista, jonka sisältönä on joko ensiasteen velvoitenormien tai metatason kelpoisuusnormien itsensä perustaminen, muuttaminen, oikeusvaikutusten toteuttaminen tai voimassaolon lakkauttaminen, (lainsäätäjällä tai) tuomarilla on oikeudellinen *kelpoisuus* – mutta ei oikeudellista velvollisuutta – oikeussääntöjen muotoamiseen institutionaalisten puhetekojen avulla.

Deonttisen operaattorin sisältönä voi siis olla oikeudellinen pitäminen (saks.: *Sollen*) tai oikeudellinen voiminen (saks.: *Dürfen*) sen mukaisesti, onko kyse ensiasteen oikeudellisesta velvoitenormista vai toisen asteen oikeudellisesta kelpoisuus- eli toimivaltanormista. Symbolien avulla tämä voidaan ilmaista $p \rightarrow Sq$, missä p on oikeustositseikasto, q oikeusseuraamus, " $\rightarrow$ " loogista jos – niin -implikaatiota osoittava looginen operaattori ja S normatiivista relaatiota eli oikeudellista pitämistä (eli oikeudellista velvollisuutta) tai oikeudellista voimista (eli oikeudellista kelpoisuutta) osoittava deonttinen operaattori.

Oikeudellisen velvollisuuden perustavan *oikeussäännön* osana deonttinen operaattori S osoittaa ehdottoman tai varsinaisen pitämisrelaation olemassaolon: kun oikeussäännössä määritellyt tosiseikat ovat jutussa käsillä, tuomarilla on voimassa olevaan oikeuteen ja tuomarinvirkaan perustuva vahva, ehdoton eli *all things considered* -tyyppinen, kaikki asiaanvaikuttavat näkökohdat huomioon ottavan arvion mukainen velvollisuus langettaa jutussa oikeussäännössä määriteltä oikeusseuraamus. Oikeudellisen velvollisuuden perustavan *oikeusperiaatteen* osana deonttinen operaattori S osoittaa vain heikon, ehdollisen tai väistyvän deonttisen pitämissuhteen olemassaolon: kun oikeusperiaatteen edellyttämät tosiseikat ovat jutussa käsillä, tuomarilla on voimassa olevaan oikeuteen ja tuomarinvirkaan perustuva heikko, väistytävä, ehdollinen eli *prima facie* -tyyppinen¹⁰⁵ velvollisuus antaa tietyn oikeusperiaatteen ilmentämille yhteiskunnallisille arvoja/tai tavoitenäkökohdille merkitystä oikeudellisena ratkaisuperusteena oikeudellisen punnintamenettelyn tarkoittamalla tavalla (engl.: *weighing and balancing*), jollei muita asiaanvaikuttavia oikeusperiaatteita ja niiden ilmentämiä yhteiskunnallisia arvoja tai tavoitteita katsota kyseisessä tapauksessa painoarvoltaan vahvemmiksi.¹⁰⁶

¹⁰⁵ *Prima facie* viittaa tietyn argumentin lähtökohtaiseen, määrättyyn yksilöityyn soveltamiskontekstiin suhteuttamattomaan perusteluarvoon tai -merkitykseen, ja *all things considered* viittaa tietyn argumentin kontekstuaalisesti täysimääräisesti arvoitettuun eli kaikki asiaanvaikuttavat näkökohdat huomioon ottavaan merkitykseen.

¹⁰⁶ Oikeussäännön perustamasta *vahvasta* imputaatiiosuhteesta ja oikeusperiaatteen perustamasta *heikosta* tai *väistyvästä* imputaatiiosuhteesta, Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 42–43. Vrt. myös

Ontologinen *Sein/Sollen* -dualismi merkitsee sitä, että oikeusnormit edellyttävät vallitseviin tosiasioihin nähden *kontrafaktuaalisten* eli (vain) *mahdollisten maailmojen* eksistenssin: oikeussäännöt asettavat todellisuudessa vallitsevien tosiseikkojen rinnalle vaihtoehtoisen asiantilan, joka tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan *pitää* toteuttaa, kun oikeussäännön määrittelemät tosiseikat ovat käsillä, jos on kyse ensiasteen velvoitenormin tarkoittamasta tilanteesta. Vaihtoehtoisesti, oikeussäännöt saattavat antaa institutionaaliselle oikeudelliselle toimijalle – eli lainsäätäjälle, tuomarille tai muulle viranomaiselle tahi yksityisoikeudellista disponointikelpoisuuttaan käyttävälle yksittäiselle oikeussubjektille – oikeudellisen *kelpoisuuden* vallitsevien, voimassa olevien oikeussääntöjen määrittelemien oikeuksien ja velvollisuuksien muuttamiseen, mikäli siis on kyse metatason oikeudellisesta toimivalta- eli konstituutiosäännöstä. Oikeusnormin yhteisöllisesti määriteltäjä todellisuutta muotoava funktio on toisin sanoen välitön tai välillinen sen *deonttisesta modaliteetista* riippuen: velvoitesäännöt (ja oikeudellisia velvollisuuksia määrittävät oikeusperiaatteet) määrittävät oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien aineellista sisältöä, kun taas metatason kelpoisuussäännöt (ja oikeudellista kelpoisuutta määrittävät oikeusperiaatteet) sääntelevät tapaa, jolla oikeussäännöt – siis sekä ensiasteen velvoitesäännöt että metatason konstituutiosäännöt – ovat luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa sekä kumottavissa.¹⁰⁷ Viime kädessä oikeudelliset kelpoisuusnormit rajaavat oikeudellisesti mahdollisten maailmojen rajat eli sen, mikä ylipäättään voi tulla ensiasteen velvoitenormien käsittämien oikeuksien ja velvollisuuksien kohteeksi.

4. Oikeustieteen tieteenkuva ja voimassa olevan oikeuden käsite

Oikeuden *kohteellistettavuus* ja *käsitteellistettävyyys* ovat oikeuden *äärellisyyden analytiikan* rajakoordinaatit, joita vasten oikeuden ”sanat” eli oikeudelliset käsitteet kategoriat ja oikeuden ”asiat” eli oikeudelliset ilmiöt piirtyvät oikeusyhteisös-

Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 26: ”Rather, it [a legal principle] states a reason that argues in one direction, but does not necessitate a particular decision. (...) All that is meant, when we say that a particular principle is a principle of our law, is that the principle is one which officials must take into account, if it is relevant, as a consideration inclining in one direction or another.”

¹⁰⁷ Oikeuden konstituutiosäännöt ovat myös itseensä viittaavia eli refleksiivisiä oikeudellisten kelpoisuussääntöjen itsensä konstituoinen merkityksessä. Siivutan kysymyksen tunnistamissäännön luokittelusta velvoitenormi/kelpoisuusnormi -merkityksessä, koska perustavampi kysymys tunnistamissäännön ontologisesta identiteetistä *velvoittava sääntö/empiirinen säännönmukaisuus* -kahtiajaon merkityksessä on käsitykseni mukaan aidosti ratkeamaton analyttisen oikeusteorian tarjoamin analyysivälinein. Pohdin pulmaa lähemmin luvussa 9.12. ”Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia?”.

sä vallitsevan oikeudellisen *tietomuodon* eli *historiallisen a priorin* (ransk.: *épistémè*) määrittämin ehdoin. Oikeuden *historiallinen a priori* koostuu toisin sanoen oikeudellista tietoa ja oikeudellista puhuntaa edeltävistä episteemisistä ja käsitteellisistä reunaehdoista, joiden tarkoittamalla tavalla oikeuden tieto-opillinen *kohteellistettavuus* ja loogis-lingvistinen *käsitteellistettävyyys* käyvät mahdollisiksi, edellinen *oikeus/ei-oikeus -differentiaation* toteuttamisen merkityksessä ja jälkimmäinen oikeudellisten käsittekkategorioiden perustamisen sekä muista käsitteistä eriyttämisen merkityksessä. Oikeuden *institutionaalinen positiviteetti* eli oikeudellisesti toimivaltaisten institutionaalisten toimijoiden, kuten lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten, sääntösidonnaisiin lausumiin liitetyt yhteisölliset ja oikeudelliset vaikutukset määrittävät sen, miten yhteisöllisessä puhetilanteessa ”sanoilla voi tehdä asioita”¹⁰⁸ eli muovata tehokkaalla tavalla yhteisöllistä todellisuutta, joka koostuu Popperin *maailma 3:n* yhteisöllis-kulttuurisista entiteeteistä eli muun muassa Elizabeth Anscomben, John L. Austinin ja John Searlen tavoin ymmärretyistä sääntösidonnaisista, *institutionaalisista tosiasioista*. Oikeuden institutionaalista positiviteettia rajaavat yhtäältä oikeuden *todellistettavuutta* ja *toteutettavuutta* määrittävät oikeuden konstituutiosäännöt sekä toisaalta oikeuden *tulkinnallista merkityssisältöä* määrittävät oikeudelliset argumentaatioäännöt.

Oikeuden äärellisyyden analytiikkaa ja institutionaalista positiviteettia yhdistää oikeuden *edellytetty oikeudellisuus*, joka on seurausta ensiasteen velvoitesääntöjen edellyttämästä oikeuden *normatiivisuudesta* (saks.: *Sollen*; engl.: *Ought*). Ensiasteen velvoitesäännöt ovat muotoa: ” $p \rightarrow Sq$ ”, missä p on määrätty oikeustosisekasto ja q on sen yhteyteen normatiivisesti liitetty oikeusseuraamus. Implikaationuoli ” $\rightarrow$ ” liittää määrätyn oikeustosisekaston ja määrätyn oikeusseuraamuksen yhteen loogisen *jos – niin* -päätelyrakenteen merkityksessä. Symboli S on *deonttinen operaattori*, joka kvalifioi oikeusnormin käsittämän kahden tosiseikaston välistä normatiivista suhdetta: tuomarin tai muun lainsoveltajan *pitää* langettaa oikeusseuraamus q silloin, kun oikeudellisen velvoitenormin käsittämä oikeustosisekasto p on todistettavasti käsillä. Ensiasteen velvoitesäännöt ja oikeussääntöjä heikommissa merkityksessä myös oikeussubjektien keskinäisiä velvoitteita sääntelevät oikeusperiaatteet ja muut vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit perustelevat deonttisen *imputaatio-* eli *pitämisrelaation* (saks.: *Sollen*) määrätyn oikeustosisekaston ja määrätyn oikeusseuraamuksen välille, jolloin sosiaalista todellisuutta kvalifioidaan oikeudellisesti.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Austin, *How to Do Things with Words*.

¹⁰⁹ Perustelin väitöskirjassani *A Theory of Precedent* Ronald Dworkinin ja Robert S. Summersin oikeusteoriaan nojautuen kannan, jonka mukaan oikeusperiaatteet perustavat vain ehdollisen tai heikon imputaatiorelaation kahden faktakonstellaation eli määrätyn oikeustosisekaston ja määrätyn oikeusseuraamuksen välille, koska sanottua normatiivista eli deonttista suhdetta voidaan aina

Oikeudellisten kelpoisuussääntöjen osana deonttinen operaattori *S* saa oikeudellista *voimista* eli *kelpoisuutta* (saks.: *Dürfen*) tarkoittavan merkityksen: *lainsäätäjällä* on perustuslain nojalla oikeudellinen kelpoisuus luoda, muuttaa ja kumota ensiasteen velvoitesääntöjä yhtä hyvin kuin toisen asteen kelpoisuussääntöjä, yksittäisillä *oikeussubjekteilla* on siviilioikeudellista disponointikelpoisuutta määrittävien sääntöjen tarkoittamalla tavalla oikeudellinen toimivalta muuttaa omia yksityisoikeudellisia oikeussuhteitaan sekä perustaa toimivaltainen yksityisoikeudellinen välitystuomioistuin, jonka antamat ratkaisut sitovat välityssopimukseen osallisia, ja *tuomioistuimilla* ja muilla viranomaisilla on oikeudellinen toimivalta panna voimassa olevan oikeuden säännöt täytäntöön prosessioikeudellisten täytäntöönpanosääntöjen tarkoittamalla tavalla

Oikeuden metatason konstituutiosäännöt vastaavat Hartin oikeusteorian toimivaltasääntöjen (engl.: *power-conferring rules*) kahta luokkaa: oikeuden perustamis-, transformaatio- ja derogaatiosäännöt vastaavat Hartin yhtäältä valtiosääntöoikeudellisia ja toisaalta siviilioikeudellisia oikeuden muuttamissääntöjä (engl.: *rules of change*), kun taas oikeuden täytäntöönpanosäännöt vastaavat Hartin prosessioikeudellisia sääntöjä (engl.: *rules of adjudication*), joiden tarkoittamalla tavalla voimassa olevien oikeussääntöjen oikeusvaikutukset ovat yksittäistapauksellisesti toteutettavissa. Hartin viimekätinen oikeuden tunnistamissääntö (engl.: *ultimate rule of recognition*) vastaa oikeuden tieto-opillista identiteettiä ja oikeus/ei-oikeus -differentiaatiota määrittävää institutionaalisen oikeuslähdeopin sääntöjen kokonaisuutta. Oikeuden argumentaatiosääntöjä eli oikeussääntöjen systematisointi- ja tulkintasääntöjä tai oikeusperiaatteiden punnintasääntöjä Hart ei käsittele *The Concept of Law* -teoksessa muutoin kuin yleisesti luvun VII, ”Formalism and Rule-Scepticism”,¹¹⁰ alla.

Voimassa oleva oikeus on oikeuden *äärellisyyden analytiikan* sekä *institutionaalisen positiviteetin* rajaama ilmiö:

Voimassa oleva oikeus on niiden *oikeussääntöjen* kokonaisuus, jotka (1) on saatettu voimaan ja jotka ovat tahdonvaltaisesti muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa ja kumottavissa oikeuden *konstituutiosääntöjen* eli oikeuden *perustamis*-, *transformaatio*-, *täytäntöönpano*- ja *derogaatiosääntöjen* tarkoittamalla tavalla *lainsäätäjän* sekä *tuomioistuinten* ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien tekemillä päätöksillä,¹¹¹ (2) ovat tunnistettavissa voimassa olevaksi oikeudeksi tuomioistuinten ja muiden viranomaisten eli

yksittäistä oikeusperiaatetta sovellettaessa modifioida viittauksella jonkin muun väliintulevan oikeusperiaatteen ilmentämiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin, joilla katsotaan olevan oikeudellista merkitystä sanotussa ratkaisutilanteessa.

¹¹⁰ Hart, *The Concept of Law*, s. 121–150.

¹¹¹ Lisäksi yksityisoikeudellisten määräämistöimien avulla yksittäiset oikeussubjektit voivat rajoitetusti muuttaa keskinäisiä oikeussuhteitaan yksityisoikeudellisia sopimuksia laatimalla tai alistamalla vastaiset yksityisoikeudelliset riitansa toimivaltaisen välitystuomioistuimen ratkaistavaksi.

institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän oikeuden *tunnistamissäännön* eli vallitsevan oikeuslähdeopin osoittamien kriteerien avulla, (3) ovat kielellisesti käsitteellistettävissä oikeusyhteisön kollektiivisesti hyväksymien loogis-lingvististen *artikulaatiosääntöjen* avulla, ja (4) joiden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö ja keskinäiset suhteet eli mahdolliset oikeusnormikonfliktit ja pääsääntö/poikkeussääntö -luokitukset ovat ratkaistavissa oikeudellisten *tulkinta- ja systematisointisääntöjen* tarkoittamalla tavalla.

Oikeussäännöt voidaan jakaa ensiasteen *velvoitesääntöihin*, jotka perustavat kohteelleen oikeudellisen *velvollisuuden* (saks.: *Sollen*) määrätylaiseen käytäytymiseen, ja toisen asteen *kelpoisuussääntöihin* oikeudellisten *konstituutiosääntöjen* tarkoittamassa merkityksessä, jotka antavat määrätyle institutionaalisille toimijoille, kuten lainsäätäjälle ja tuomioistuimille, oikeudellisen *kelpoisuuden* (saks.: *Dürfen*) ensiasteen velvoitesääntöjen sekä toisen asteen konstituutiosääntöjen voimaansaattamiseen, muuttamiseen, täytäntöönpanoon ja kumoamiseen. Voimassa oleva oikeus on siis ensiasteen oikeudellisten *velvoitesääntöjen* sekä toisen asteen oikeudellisten *konstituutiosääntöjen* muodostama kokonaisuus. Oikeuden institutionaalisen epistemologian *tunnistamissääntö*, oikeudellisen metodologian *argumentaatiosäännöt* sekä oikeudellisen lingvistiikan loogis-syntaktiset ja semanttiset *artikulaatiosäännöt* eivät kuulu voimassa olevaan oikeuteen, vaan ne ovat osa modernin oikeuden *tietomuotoa* eli sen *historiallista a prioria* (ransk.: *épistémè*), joka määrittää voimassa olevan oikeuden kohteellistamista, käsitteellistämistä sekä tulkinnallisen merkityssisällön määrittämistä oikeuden ontittisen konstituution ohella. Oikeuden äärellisyyden analytiikan edellyttämän oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön asema on tosin tässä suhteessa monitulkintainen: onko kyse velvoittavasta oikeussäännöstä vai ko yhteiskunnallisesta tosiasiasta, säännönmukaisuudesta?

Oikeudelliset instituutiot ovat oikeussääntöjen sekä mahdollisesti myös institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja niitä vastaavien yhteiskunnallisten tosiasioiden yhdistelmiä, jotka liittyvät asiallisesti yhteen esimerkiksi perustuslain, osakeyhtiön, omistusoikeuden, avioliiton, maanvuokrasopimuksen, panttioikeuden, testamentin, avioehdon, valtiopäiville kokoontuneen Suomen eduskunnan tai Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 234 artiklan mukaisen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle tehdyn ennakkoratkaisupyyntöön merkityksessä. Oikeudelliset instituutiot ovat Neil McCormickin ja Ota Weinbergerin termin sääntösidonnaisia eli *institutionaalisia tosiasioita*, joiden perustaminen, myöhemmät muutokset, oikeusvaikutusten toteuttaminen ja kumoaminen ovat sidoksissa yhteisöllisessä puhetilanteessa lausuttuihin määrämuotoisiin kielellisiin ilmauksiin eli sääntösidonnaisiin, *institutionaalisiiin puhetekoihin*. Oikeussääntöjen perustava *tahdonvaltaisuus* on modernissa oikeudessa pääsääntö, mihin erilaiset tavanomaisoikeudelliset käytän-

nöt esimerkiksi nopeasti kehittyvän informaatioteknologian tai kansainvälisen sijoitus- ja rahoitustoiminnan alalla ovat merkittävä poikkeus. Oikeusperiaatteet ja muut, vain heikosti formaalit tai formalisoitavissa olevat oikeudelliset ratkaisustandardit on mahdollista liittää oikeussääntöjen rinnalle,¹¹² mutta tällöin oikeudellisen ajattelun lähtökohtaisesti oikeuspositivistisista sitoumuksista joudutaan osin luopumaan sisällöllisten arvo- tai tavoitenäkökohtien hyväksi, madaltaen analyttisten oikeuspositivistien pystyttämää raja-aitaa yhtäältä oikeuden muodollisen voimassaolon (engl.: *law as it is*) ja oikeuden sisällöllisen hyväksytävyyden (engl.: *law as it ought to be*) välillä. Myös edellä esitetty voimassa olevan oikeuden määritelmä sivuuttaa nämä kaksi modernin oikeuden kannalta pulmallista tapausta: *oikeusperiaatteet* ja *tavanomaisen oikeuden*.

Jos myös oikeusperiaatteet ja muut vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit hyväksytään osaksi voimassa olevaa oikeutta, modernin oikeuden määritelmä on syytä täydentää seuraavasti:

Voimassa olevaan oikeuteen kuuluvat myös ne *oikeusperiaatteet* ja vastaavat muut oikeudelliset *ratkaisustandardit*, jotka – toisin kuin formaalit eli alkupe- räisestä synty- ja justifikaatioperustastaan irtautuneet oikeussäännöt – (1) eivät ole lainsäätäjän, tuomioistuimen tai muun yksittäisen oikeudellisen toimijan tahdonvaltaisesti luotavissa, muutettavissa, kumottavissa tai oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa,¹¹³ koska ne ovat *rakenteistuneet* Suomen oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan*, joka ei ole täydellisesti lainsäätäjän tai tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tietynhetkisen määräämisvallan alla, (2) eivät ole tunnistettavissa formaalin oikeuden tunnista- missäännön tai muun vastaavan kriteerin avulla, koska ne ovat määritelmälli- sesti kietoutuneet yhteen määrättyjen yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoitepe- rusteiden kanssa, jolloin niiden oikeudellinen ratkaisuarvo tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa on pääteltävissä vain niiden oikeusyhteisössä nauttiman *institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväk- synnän* perusteella,¹¹⁴ (3) eivät ole vakioitavissa yksiselitteisen loogis-lingvis-

¹¹² Näin on myös tehty eräissä kotimaisen lainopin *tulkintamatriiseissa*, niin kuin luvussa 8, ”Lainopin tulkintamatriisit”, lähemmin perustelen: etenkin *oikeusperiaatteiden punnintamalli* perustuu jo määritelmällisesti oikeusperiaatteiden tilannesidonnaisten harkinnan varaan, mutta oikeusperiaatteita hyödyntävät myös ainakin kriittinen *oikeuspositivismi* ja *perusoikeuskeskeinen lainoppi* sekä mahdollisesti myös *sosiaalinen siviilioikeus* ja *naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutki- mus*.

¹¹³ Oikeussääntö, jos se tapaukseen soveltuu, kykenee Dworkinin mukaan määrittämään yksi- näänkin jutun lopputuloksen, mutta oikeusperiaate on vain argumentti, joka vie ratkaisuharkintaa tiettyyn suuntaan, kykenemättä saattamaan sitä päätökseen: ”A principle like ‘No man may profit from his own wrong’ does not even purport to set out conditions that make its application neces- sary. Rather, it states a reason that argues in one direction, but does not necessitate a particular decision. (...) All that is meant, when we say that a particular principle is a principle of our law, is that the principle is one which officials must take into account, if it is relevant, as a consideration inclining in one direction or another.” Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 26.

¹¹⁴ ”The test of institutional support provides no mechanical or historical or morally neutral basis for establishing one theory of law as the soundest. Indeed, it does not allow even a single lawyer to

tisen normiformuloinnin muotoon, koska ne ilmaisevat ainoastaan yleisen ja tapauskohtaisesti muuntuvan oikeudellisen ratkaisustandardin,¹¹⁵ ja (4) eivät ole lukittavissa kiinteän ja ennalta vakioitavissa olevan oikeudellisen systematiikan muotoon, vaan ne noudattavat dynaamista eli avointa ja vain tilannesidonnaisesti määritettävissä olevaa oikeudellista systematiikkaa, eikä niiden tulkinnallinen merkityssisältö ole määritettävissä yksin muodollis-juridisten tulkintaperusteiden avulla, vaan niiden soveltaminen yksittäiseen tapaukseen edellyttää kaikkien asiaanvaikuttavien oikeusperiaatteiden taustalla vaikuttavien arvo- ja/tai tavoiteperusteiden tilannesidonnaisen painoarvon *punnintaa* ja keskinäistä *tasapainottamista* (engl.: *weighing and balancing*).¹¹⁶

Tavanomainen oikeus rinnastuu oikeusperiaatteisiin (ainakin) kolmessa suhteessa. Ensinnäkin, tavanomainen oikeus ei ole lainsäätäjän ja tuomioistuinten tahdonvaltaisesti päätösten avulla luotavissa, muutettavissa tai kumottavissa, vaan kyse on tietyllä oikeudenalalla vakiintuneesta yhteisöllisestä käytännöstä ilman, että tuon käytännön synty ja oikeudellinen velvoittavuus olisi voimassa olevan oikeuden sääntöjen tavoin kiinnitettävissä määrättyyn oikeudelliseen toimijaan ja tämän yksilöitävissä olevaan oikeudelliseen päätökseen. Toiseksi, Hartin oikeusteorian formaali oikeuden tunnistamissääntö ei sovellu tavanomaisen oikeuden normien tunnistamiseen, olivatpa nämä sitten oikeussääntöjä tai oikeusperiaatteita, vaan tavanomaiselta oikeudelta edellytetään – oikeudellisesti merkityksellisten oikeusperiaatteiden ja vastaavien ratkaisustandardien tavoin – yhteisöllistä hyväksyntää eli kohtuullisuutta, minkä tavanomaisen oikeuden oikeuslähdeopillisen aseman tunnustava voimassa oleva lainsäädäntökin asettaa sen soveltamisen ehdoksi. Kolmanneksi, tavanomaisen oikeuden käsittämät oikeusnormit eivät ole lukittavissa yksiselitteisen kielellisen formuloinnin muotoon, vaan tavanomaisoikeudellisen normin kielellinen ilmiäisy voi merkittävästikin vaihdella yksittäisestä soveltamistilanteesta toiseen. Yhtä kaikki, tavanomainen oikeus voi koostua myös oikeussäännön kaltaisista normeista oikeusperiaatetyyppisten normien ohella.

distinguish a set of legal principles from his broader moral or political principles. (...) these standards [i.e. legal principles] cannot be captured under a fundamental test for law like Hart's rule of recognition." Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 68, 71.

¹¹⁵ "Even those [principles] which look most like rules do not set out legal consequences that follow automatically when the conditions provided are met. We say that our law respects the principle that no man may profit from his own wrong, but we do not mean that the law never permits a man to profit from wrongs he commits. In fact, people often profit, perfectly legally, from their legal wrongs." Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 25. Oikeusperiaatteet rinnastuvat tältä osin prejudikaatiooikeuden keskeiskäsitteeseen *ratio decidendi* eli prejudikaatin myöhempää tuomaria velvoittavaan osioon, jonka täsmällinen sisältö ja kielellinen formulointi saattaa merkittävästikin muuttua soveltamistapauksesta toiseen.

¹¹⁶ "Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. ... that it makes sense to ask how important or how weighty it [a principle] is." Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 26–27.

Samoin *prejudikaattiperustainen* oikeus poikkeaa sääntely- ja ratkaisulogiikaltaan lainsäätäjän asettamista, mahdollisesti täysimääräisesti formaaleista eli synty- ja justifikaatioperustastaan irtautuneista oikeussäännöistä. Yksittäisen ennakkoratkaisun käsittämä prejudikaattinormi eli sen *ratio decidendi* on erotettavissa sen perustelukontekstista eli *obiter dicta* -lausumista sanotussa ratkaisussa vain määrätyn *prejudikaatti-ideologian* määrittelemien, enemmän tai vähemmän tarkkarajaisten kriteerien avulla, vastaten Hartin oikeuden tunnistamissääntöä prejudikaattioikeudellisessa soveltamiskontekstissa.¹¹⁷ Prejudikaattinormin (*ratio decidendi*) kielellinen ilmiö saattaa merkittävästikin vaihdella yksittäisestä tapauksesta toiseen. Samoin prejudikaattioikeudellisessa argumentaatioissa sovellettavat tulkintaperusteet ovat kietoutuneet yhteen sovellettavan prejudikaatti-ideologian käsittämien kriteerien kanssa, eivätkä nämä tavallisesti ole yhtä tarkkarajaisesti määritettävissä kuin säädännäisen oikeuden tulkinnassa sovellettavat tulkintaperusteet.¹¹⁸

Mahdollisia prejudikaatti-ideologioita ovat esimerkiksi myöhemmän lainsoveltajan takautuva päättely ennakkoratkaisun aineellisesta lopputuloksesta sen välttämättömiin tai riittäviin normi- tai faktapremisseihin oikeudellisen eksegeesin merkityksessä; lainsäädäntöä jäljittelevä prejudikaatti-ideologia, missä prejudikaatin asettava tuomioistuin määrittää samalla arvovaltaisesti ja lopullisesti sen, mikä sanotussa ratkaisussa on vastaisuudessa katsottava sen yleisesti velvoittavaksi oikeusohjeeksi; toteutuneiden ennakkoratkaisujen sarjan arvioiminen parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian ja oikeudellisen eheyden valossa (engl.: *law as integrity*) tai prejudikaatin mieltäminen vain esimerkinomaiseksi malliratkaisuksi, jonka soveltamisalaa joko analogisesti lavennetaan tai, vaihtoehtoisesti, kavennetaan oikeudellisen distinktiotekniikan (engl.: *distinguishing*) avulla tapausten joko riittävän tai riittämättömän samankaltaisuuden perusteella.

Ennakkoratkaisujen antamiseen kelpoisten tuomioistuinten ja viranomaisten piiri ei ole samalla tavoin tarkkarajaisesti määritelty kuin säädännäisen oikeuden kohdalla, vaikka Korkeimman oikeuden ja Korkeimman hallinto-oikeuden sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevillä yleisillä oikeusohjeilla onkin tavallisesti suurin ennakkoratkaisuarvo. Prejudikaatteihin perustuva oikeus, toisin kuin muodollisesti velvoittava lainsäädäntö, ei myöskään ole kumottavissa formaalin derogaatiomenettelyn avulla, vaan yksittäisen prejudikaatin ja sen sisältämän yleistettävän oikeus-

¹¹⁷ Prejudikaattioikeuteen sovelletusta oikeuden tunnistamissäännöstä, Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 1–148.

¹¹⁸ Englannin prejudikaattioikeuden tulkinnanvaraisuutta lisäävistä tekijöistä, Hart, *The Concept of Law*, s. 131. Hart viittaa muun muassa myöhemmän lainsoveltajan mahdollisuuteen tulkita yksittäistä prejudikaattia sen alkuperäistä tarkoitusta merkittävästi laajemmin tai suppeammin käsillä olevan uuden oikeustapauksen yhteydessä.

ohjeen asiallinen vanhentuminen tai käyminen muutoin epätarkoituksenmukaisesti on osoitettava muulla tavoin myöhemmän ratkaisun perusteluissa. Tämä lisää prejudikaatiooikeuden systeemistä avoimuutta ja herkkyyttä aidosti tilannesidonnaisille tulkinta- ja ratkaisuperusteille, joiden soveltamisala saattaa – tuomarin tai tutkijan soveltamasta prejudikaatti-ideologiasta riippuen – rajoittua vain käsillä olevaan yksittäiseen oikeustapaukseen.

Yhtä kaikki, myös prejudikaattiperustainen oikeus täyttää ehdon voimassa olevan oikeuden tahdonvaltaisesta luomisesta, sisällöllisestä muuttamisesta, oikeusvaikutusten toteuttamisesta sekä – sanotuvin oikeudellista derogaatiomenetelyä koskevin varauksin – kumoamisesta. Kokoavasti:

Voimassa olevaan oikeuteen kuuluvat myös ne *prejudikaattinormit*, jotka (1) ovat ennakkoratkaisun antamiseen oikeudellisesti toimivaltaisen tuomioistuimen asettamia,¹¹⁹ (2) ovat tunnistettavissa tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavaksi ratkaisuperusteeksi (lat.: *ratio decidendi*) ja erotettavissa ratkaisun myös käsittämästä ei-velvoittavasta perustelukontekstista (lat.: *obiter dicta*) tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän *prejudikaatti-ideologian* avulla, (3) eivät ole vakioitavissa yksiselitteisen loogis-lingvistisen normiformuloinnin muotoon, koska sovellettavan *ratio/dicta* -distinktion käsitteelliset rajat saattavat muuttua yksittäisestä tapauksesta toiseen sovellettavan prejudikaatti-ideologian tarkoittamalla tavalla, ja (4) eivät ole lukittavissa kiinteän ja ennalta vakioitavissa olevan oikeudellisen systematiikan muotoon, vaan ne noudattavat dynaamista eli avointa ja vain tilannesidonnaisesti määritettävissä olevaa oikeudellista systematiikkaa sovellettavan prejudikaatti-ideologian tarkoittamalla tavalla, eikä niiden tulkinnallinen merkityssisältö ole määritettävissä yksin muodollis-juridisten tulkintaperusteiden avulla vaan niiden soveltaminen yksittäiseen tapaukseen edellyttää sovellettavan prejudikaatti-ideologian mukaisten tulkintaperusteiden huomioon ottamista.

Kokoavasti voimassa oleva oikeus voidaan siten määritellä:

Voimassa oleva oikeus koostuu muodollisin perustein velvoittavista *oikeussäännöistä*, Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneista eli eriasteista mutta riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivista *oikeusperiaatteista* ja muista oikeudellisista *ratkaisustandardeista*, vallitsevan prejudikaatti-ideologian avulla johdettavissa olevista *prejudikaattinormeista* sekä muista vallitsevan eli tuomarien ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän *tuomarinideologian* käsittämistä *institutionaalisista oikeuslähteistä*, kuten virallisesta lainvalmisteluaineistosta, tavan-

¹¹⁹ Sanottua kriteeriä tulkitaan Suomen oikeudessa varsin väljästi. Prejudikaattituomioistuinten voivat olla Korkeimman oikeuden ja Korkeimman hallinto-oikeuden sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ohella hovioikeudet sekä yksittäisessä soveltamistilanteessa mahdollisesti muutkin tuomioistuimet.

omaisoikeudellisista käytännöistä tai vallitsevista sopimuskäytännöistä, sekä *ei-institutionaalisista oikeuslähteistä*, kuten lainopillisesta kirjallisuudesta, asianmukaisesti johdetuista oikeudellisista ratkaisuperusteista.

Tavanomainen oikeus on määritelmällisesti sidoksissa määrätyllä oikeudenalalla vakiintuneesti noudatettuihin yhteisöllisiin käytäntöihin, rinnastuen sopiaapuolten hiljaisesti hyväksymiin sopimusoikeudellisiin konstruktioihin. Tavanomaisen oikeuden sekä prejudikaatiooikeuden normit lomittuvat muodollisesti velvoittavien oikeussääntöjen sekä Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneiden oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien yhteyteen osana Suomen voimassa olevaa oikeutta.

Oikeusperiaatteita ja tavanomaista oikeutta koskevin poikkeuksin moderni oikeus määrittää itse omat konstitutiiviset synty- ja soveltamisehtonsa, niin kuin jo Hans Kelsen asian ilmaisi:¹²⁰

”... dass Rechts-Quelle, das ist der Ursprung von Recht, das, woraus Recht hervorgeht, das, was Recht erzeugt, nur Recht sein kann, weil es das Rechts ist, das seine eigene Erzeugung regelt.”

Oikeuden *kohteellistettavuutta* ja *käsitteellistettävyyttä* määrittävä oikeuden *äärellisyyden analytiikka* sekä oikeuden puheteko- ja instituutiosidonnaista *konstituutio-* ja *merkitysrakennetta* määrittävä oikeuden *institutionaalinen positiviteetti* eli lainsäätäjän ja tuomioistuinten tekemiin määrämuotoisiin päätöksiin sidottu oikeuden *toteutettavuus* ja *todellistettavuus* sekä oikeudellisten argumentaatio-sääntöjen määrittämä oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittävyys rajaavat nelikentän, johon tieto modernista oikeudesta sijoittuu. Oikeuden *äärellisyyden analytiikka* määrittää modernia oikeutta koskevan *tietomuodon* eli *historiallisen a priorin* episteemiset ja käsitteelliset rajat eli sen, mitä modernista oikeudesta on ylipäättään mahdollista tietää tai sanoa. Oikeuden *institutionaalinen positiviteetti* määrittää oikeuden sääntösidonnaista ontologiaa oikeudellisten konstituutiosääntöjen tarkoittamalla tavalla sekä oikeudellista metodologiaa oikeudellisten tulkinta-, systematisointi- ja punnintanormien tarkoittamalla tavalla.

Tulkintalainoppi, teoreettinen lainoppi, oikeustieteen tieteenteoria, oikeusteoria/oikeusfilosofia ja *kielifilosofia* sijoittuvat sanottuun nelikenttään tavalla, jota analysoin edellä.

Määrittelin oikeustieteen *tieteenkuvan* seuraavien osatekijöiden avulla:

¹²⁰ Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 260.

- A. *Oikeuden äärellisyyden analytiikka: oikeuden sanat ja asiat eli oikeuden käsitteellinen ja episteeminen identiteetti*
- Oikeudellinen *epistemologia*: oikeuden tunnistamissäännön käsitämät institutionaalisen oikeuslähdeopin sitoumukset.
 - Oikeudellinen *logiikka ja lingvistiikka* eli oikeuden kielen looginen syntaksi ja semantiikka: oikeuden kielellistä käsitteellistettävyyttä ohjaavat loogis-lingvistiset artikulaatiosäännöt.
- B. *Oikeuden institutionaalinen positiviteetti: oikeuden velvoittava muoto ja tulkinnallinen merkityssisältö eli oikeuden ontminen ja metodinen konstituutio*
- Oikeudellinen *ontologia*: oikeus tahdonvaltaisesti eli oikeudellisten konstituutiosääntöjen tarkoittamalla tavalla luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa ja kumottavissa olevana ilmiönä.
 - Oikeudellinen *metodologia*: oikeudelliset argumentaatiosäännöt eli oikeussääntöjen tulkinta- ja systematisointisäännöt sekä oikeusperiaatteiden punnintanormit.

Oikeuden äärellisyyden analytiikka eli oikeutta rajaavat episteemiset ja semanttis-käsitteelliset määreet sekä oikeuden institutionaalinen positiviteetti eli oikeuden konstitutiiviset ja metodiset sitoumukset muodostavat yhdessä modernin oikeuden *tietomuodon* eli *historiallisen a priorin* (ransk.: *épistémè*) ranskalaisfilosofi Michel Foucault'n ihmistieteiden *tiedonarkeologian* merkityksessä. Oikeuden äärellisyyden analytiikkaa ja institutionaalista positiviteettia voi myös kutsua yhteisesti oikeuden (edellytetyksi) *institutionaaliseksi todellisuusrakenteeksi*.

Lainopissa oikeuden *ontologia* (termin suppeassa merkityksessä) viittaa voimassa olevan oikeuden ensiasteen velvoitesääntöihin sekä toisen asteen konstituutiosääntöihin eli niihin oikeudellisiin kompetenssisääntöihin, jotka määrittävät, miten ensiasteen velvoitesäännöt sekä toisen asteen oikeudelliset toimivaltasäännöt ovat luotavissa, muutettavissa, pantavissa oikeusvaikutuksiltaan täytäntöön sekä kumottavissa määrättyjen institutionaalisten toimijoiden, kuten lainsäätäjän ja tuomioistuinten, tekemien päätösten avulla. Lisäksi oikeuden ontologiaan kuuluvat institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja muut oikeudelliset ratkaisustandardit, jotka ovat riittävällä tavalla rakenteistuneet Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan. Lainopin *metodologia* käsittää hyväksyttävän oikeudellisen päättelyn eli oikeudellisen argumentaation säännöt, jotka määrittävät oikeussääntöjen systematisointia ja tulkintaa sekä oikeusperiaatteiden ja muiden ratkaisustandardien arvo- ja/tai tavoitesidonnaista punnintaa ja keskinäistä tasapainottamista (engl.: *weighing and balancing*). Lainopissa oikeudellinen *epistemologia* viittaa vallitsevan (tai kriittisen) oikeuslähdeopin sääntöihin, joiden avulla voimassa oleva oikeus on erotettavissa kaikesta, mikä ei ole oikeutta, esimerkiksi yhteiskunta-

moraalin, uskonnon tai tapaetikin käyttäytymisnormien merkityksessä, H.L.A. Hartin oikeusteorian edellyttämän oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön (engl.: *rule of recognition*) tai Alf Rossin vallitsevan tuomarinodeologian avulla. Oikeuden *loogis-lingvistiset* sitoumukset käsittävät oikeuden kielen loogisen syntaksin ja semantiikan säännöt, joiden avulla oikeudelliset ilmiöt ovat kielellisesti käsitteellistettävissä ja alistettavissa yleisen ”oikeus on ... (jotain määrättyä)” -tyyppisen predikaattirelaation alaisuuteen.

Määrittelin edellä voimassa olevan oikeuden käsitteen Alf Rossin *analyttisen oikeusrealismin* ja Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin *institutionaalisen oikeuspositivismin* tarkoittamalla tavalla.

Voimassa oleva oikeus on *yhteiskunnallinen tosiasia* eli niiden *toteutuneiden* ja tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämän tuomarinodeologian perusteella myös tulevaisuudessa todennäköisesti *toteutettavissa* olevien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuus, jotka ovat johdettavissa oikeuden puheteko- ja instituutiosidonnaisia konstituutiosääntöjä myötäilevän oikeuden *tunnistamissäännön* osoittamista institutionaalisista oikeuslähteistä oikeudellisten *argumentaationsääntöjen* tarkoittamalla tavalla ja jotka ovat kielellisesti käsitteellistettävissä oikeuden *artikulaationsääntöjen* tarkoittamalla tavalla.

Ei siis ole kyse oikeudesta vain saavuttamattomana yhteiskunnallisena *ideaalina* eli senkaltaisten oikeuksien ja velvollisuuksien merkityksessä, jotka (ehkä) toteuttavat tutkijan itsensä sisäistämän yhteiskuntaideologian mukaan ehdotonta yhteiskunnallista tai uskonnollista oikeudenmukaisuutta mutta jotka eivät voi saada *tehokasta oikeussuojaa* tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tosiasialisessa oikeudenkäytössä. Olen ottanut ajatuksellista etäisyyttä myös erilaisiin vaihtoehtoisiin, kriittisiin tai avoimen poliittisen oikeusopin muunnelmiin, jotka korostavat oikeutta yhteiskunnallisena mahdollisuutena tai muutospotentiaalina voimassa olevan oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittämisen sijaan.

Oikeustieteen käsittämistä lukuisista tieteenaloista lainoppi on metodiopillisesti pulmallisin, koska se ei voi tukeutua minkään erityistieteen metodologiaan, toisin kuin oikeushistorian, oikeussosiologian, oikeustaloustieteen tai oikeusfilosofian kaltaiset tutkimusalat. Lainoppi on, niin kuin edellä perustelin, humanistinen *tulkintatiede*, joka on metodiopillisesti rinnastettavissa lähinnä teologiaan ja kirjallisuudentutkimukseen, joita tutkimuskohteen kirjallinen muoto ja tulkinnallinen tiedonintressi yhdistävät.¹²¹ Mutta mitä oikein tarkoitetaan *tieteellisellä metodilla*?

¹²¹ Ks. luku 3.2.1. ”Lainopin suhde humanistisiin tulkintatieteisiin”.

7. Tieteellinen metodi

1. LUONNONOIKEUDEN VÄHIMMÄISSISÄLTÖ JA OIKEUSTIETEEN TEKNISET NORMIT

Tämän tutkimuksen tieteenteoreettisena lähtökohtana on siis Alf Rossin ja H.L.A. Hartin tuomioistuin- ja viranomaiskeskeinen *analyttinen oikeusrealismi* sekä Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin lainsäätäjän ja tuomioistuinten sääntösidonnaisiin, institutionaalsiin puhetekoihin kiinnittynyt *institutionaalinen oikeuspositivismi*, jota ranskalaisfilosofi Jacques Derridan *filosofinen dekonstruktio* saa luvussa 9, ”Oikeudellisen metodiopin fragmentteja”, modifioida. Määrittelin edellä oikeuden *tietomuodon* eli *historiallisen a priorin* (ransk.: *épistème*) oikeuden ”sanat” eli käsitekategoriat ja oikeuden ”asiat” eli oikeudelliset ilmiöt yhdistävän *äärellisyyden analytiikan* sekä lainsäätäjän ja tuomioistuinten institutionaalsiin puhetekoihin kiinnittyvän oikeuden *institutionaalisen positiviteetin* yhdistelmänä, joista jälkimmäinen määrittää oikeuden lainsäätäjän ja tuomioistuinten sääntösidonnaisiin, institutionaalsiin puhetekoihin kiinnittyvää todellisuusrakennetta. Vallitsevaa oikeudellista tietomuotoa määrittää lisäksi joukko ajatuksellisia välttämättömyyksiä tai oikeusajattelun piileviä ennakkoehtoja, jotka analyttinen oikeusrealismi ja institutionaalinen oikeuspositivismi hyväksyvät tutkimuksen annettuna mutta vain aniharvoin julkilausuttuna lähtökoh-
tana.

Vertailukohtana etenkin oikeudellisen metodiopin vähimmäiskriteereille on H.L.A. Hartin ajatus *luonnonoikeuden vähimmäissisällöstä* (engl.: *minimum content of natural law*).¹ Hartin teesi luonnonoikeuden vähimmäissisällöstä rakentuu sen kontingentin mutta yhtä kaikki hänen mukaansa paikkansa pitävän oletuksen varaan, ettei ihmisyhteisö ole mikään ”itsemurhakerho” (engl.: *suicide club*), joka suhtautuisi täydellisen välinpitämättömästi kansalaistensa elossa pysymiseen, vaan kyse on yhteisöllisestä sääntöjärjestyksestä, joka pyrkii lainsäädännön ja oikeudenkäytön avulla turvaamaan ihmisyhteisön elämän jatkumisen edellytykset.² Oikeusjärjestys, joka ei turvaisi kansalaisille edes näiden hengen, terveyden ja henkilökohtaisen koskemattomuuden vähimmäisturvaa sekä jon-

¹ Hart, *The Concept of Law*, s. 189–195. – Sanottuihin kriteereihin viitaten voi puhua myös (termin heikossa mielessä) modernin oikeuden *fenomenologisista* tai *fenomenologis-luonnonoikeudellisista* vähimmäisedellytyksistä. Vrt. Määttä, *Maanomistusoikeus*, s. 182–192.

² Hart, *The Concept of Law*, s. 188.

kinlaista aineellisten rerurssien käytön oikeutta ja pysyvyyttä, ei voisi luottaa näiden *normikonformiteettiin* eli vapaaehtoiseen oikeussääntöjen noudattamiseen minkään muunkaanlaisen oikeudellisen sääntelyn kohdalla. Hartin luonnonoikeuden vähimmäissisällön perustana on siten, G.H. von Wrightin termin, *teknisen normin* perustava kausaalinen vaikutussuhde, ei normatiivinen imputaatio-suhde: jos tahdot saada aikaan tehokkaan oikeusjärjestyksen, toimi lainsäätäjänä (tai tuomarina) siten, että kansalaisten henki, terveys ja fyysinen koskemattomuus sekä ainakin jonkinlainen omaisuudensuoja tulevat turvatuiksi.³

Amerikkalainen luonnonoikeusfilosofi Lon L. Fuller esitti teoksessaan *The Morality of Law* keskeisidean ”oikeuden sisäisestä moraalista” eli ”moraalista, joka tekee oikeuden mahdolliseksi”.⁴ Se käsitti senkaltaisia lainsäätäjälle (ja tuomioistuimille) asetettuja ehtoja kuin (a) vaatimus lakien yleisyydestä, (b) vaatimus lakien promulgoimisesta eli tekemisestä julkisesti tunnetuksi, (c) taannehtivan lainsäädännön kielto, (d) vaatimus lainsäädännön kielellisestä selkeydestä, (e) vaatimus lainsäädännön ristiriidattomuudesta, (f) vaatimus, jonka mukaan lait eivät saa vaatia kansalaisilta asioita, jotka näiden on mahdoton täyttää, (g) vaatimus lakien ainakin jonkinlaisesta ajallisesta pysyvyydestä sekä (h) vaatimus yhdenmukaisuudesta muodollisesti velvoittavan lainsäädännön ja tosiasiallisen viranomaistoiminnan välillä.⁵ Hart kritisoi sarkastiseen tapaan Fullerin oikeuden sisäisen moraalin ideaa, rinnastaen tämän oikeusajattelun keskeisidean myrkyttämisen moraaliiin: ”jos tahdot myrkyttää jonkun, vältä myrkkyjä, jotka saavat uhrin oksentamaan tai joiden muoto, väri tai koko on omiaan herättämään uhrin huomion.”⁶

Kyse ei Hartin mukaan ole lainsäätäjälle tai tuomareille asetetuista moraalin arvosidonnaisista vaatimuksista vaan minkä tahansa *tavoiterationaalisen* inhimillisen toiminnan yleisistä edellytyksistä, mihin kategoriaan myös lainsäädännön ja tuomioistuinten ratkaisutoiminnan tehokkuutta määrittävät yhteiskunnalliset reunaehdot kuuluvat. Fullerin hahmottelema oikeuden sisäinen moraalii yhtä hyvin kuin Hartin luonnonoikeuden vähimmäissisältö voidaan toisin sanoen tulkita joukoksi lainsäätäjälle ja tuomioistuimille osoitettuja *teknisiä normeja*, jotka määrittävät hyvän, onnistuneen ja tehokkaan lainsäädännön ja tuomioistuinten oikeudellisen ratkaisukäytännön tosiasiallisia reunaehtoja. Kyse ei siis ole aidosti luonnonoikeudellisesta ”oikeasta oikeudesta” (saks.: *richtiges Recht*) ehdotto-

³ Hart käyttää Fullerin kahdeksankohtaisesta oikeuden sisäisestä moraalista luonnehdintaa ”principles of good craftsmanship”. Hart, ”Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, s. 347.

⁴ Fuller, *The Morality of Law*, s. 33–94; Hart, ”Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, s. 349–353. – Fullerin lähestymistavan muuntamisesta prejudikaattiperustaisen oikeuden jäsentämiseen, Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 165–175.

⁵ Fuller, *The Morality of Law*, s. 46–91.

⁶ Hart, ”Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, s. 350.

man yhteisöllisen oikeudenmukaisuuden ja/tai uskonnollisen asioiden oikean järjestyksen (saks.: *Natur der Sache*), aristotelisen hyvän elämän politiikan yhteisöllisten vähimmäisedellytysten tai intuitiivis-aprioristen, ”itseannettujen” yhteisöllisten tai uskonnollisten perushyveiden merkityksessä, vaan joukosta teknisiä normeja lainsäätäjälle, tuomioistuimille ja muille lakia soveltaville viranomaisille, joiden noudattaminen vasta takaa oikeusjärjestyksen tehokkaan toimivuuden: ”jos tahdot saada aikaan ylipäättään toimivan oikeusjärjestyksen, sinun tulee lainsäätäjänä tai tuomarina toimia siten, että kansalaisten hengen, terveyden ja omaisuuden vähimmäissuojat tulee turvatuksi.”

Sovellettuna oikeustieteeseen vastaava tekninen normi tai tutkimusta ohjaava ajatuksellinen välttämättömyys saa sisällön: jos tahdot varmistaa tutkimustuloksen oikean *kohdentuvuuden* vallitsevan oikeudellisen tietomuodon (ransk.: *épistémè*) tieteenteoreettisten premissien tarkoittamalla tavalla, toimi tutkijana siten, että oikeudellisen ontologian *Sein/Sollen* -dualismi oikeudellisen *pitämisen* (saks.: *Sollen*) tai oikeudellisen *voimisen* (saks.: *Dürfen*) edellytyksenä, oikeuden institutionaalisen epistemologian edellyttämä oikeuslähdeopin institutionaalisuus, yhteisöllisyys ja oikeudellisuus sekä oikeudellisen lingvistiikan edellyttämä oikeudellisen diskurssin yhteisöllisyys toteutuvat. Kyse on toisin sanoen oikeuden ”vähimmäisontologiaa” sekä institutionaalisen oikeuslähdeopin ja oikeudellisen kielen yhteisöllisyyttä määrittävistä vähimmäisvaatimuksista. Oikeudellisen metodiopin kohdalla on kyse yhtäältä *tutkimuksellista generoivuutta* ja toisaalta *tutkimuksellista kontrolloitavuutta* määrittävistä ajatuksellisista välttämättömyyksistä.

Oikeustieteen tieteenteoriaa voi lähestyä mielekkäästi pohtimalla, mitä oikeuden institutionaalista ontologiaa määrittäviltä oikeudellisilta konstituutiosäännöiltä, oikeuden institutionaalista epistemologiaa määrittävältä oikeuden tunnistamissäännöltä eli sovellettavalta oikeuslähdeopilta, oikeudellista metodioppia määrittäviltä oikeuden tulkinta-, systematisointi- ja punnintasäännöiltä sekä oikeuden loogis-lingvistista käsitteellistettävyyttä määrittäviltä artikulaatiosäännöiltä on *vähintään edellytettävä*, jotta ylipäättään olisi kyse modernista oikeudesta, joka on *kohteellistettavissa* ja *käsitteellistettävissä* oikeuden *äärellisyyden analytiikan* edellyttämällä tavalla ja jolla on oikeuden *institutionaalisen positiiviteetin* edellyttämä *velvoittava muoto* ja *tulkinnallinen merkityssisältö*. Oikeuden puheteko- ja instituutiosidonnaisen konstituution, institutionaalisen oikeuslähdeopin sekä loogis-lingvistisen käsitteellistettävyyden vähimmäismääreitä olen jo edellä käsitellyt. Oikeudellisen metodiopin suhteessa monimuotoisemmat vähimmäiskriteerit ovat vielä arvioimatta.

2. ”KEISARIN UUDET VAATTEET”: LAINOPIN METODINEN HAJAANNUS

Historiantutkija Jorma Kalelan oman tieteenalansa tutkijoista esittämä havainto kuvaa osuvasti myös suomalaisen oikeustieteen tutkijoiden ja professoreiden metodista itseymmärrystä, tosin sillä erotuksella, etteivät nämä – toisin kuin ehkä historiantutkijat – juuri käy metodikeskustelua muiden kuin oman alansa edustajien, jos näidenkään, kanssa:⁷

”Tiedenäkökulman ehdollistama keskustelu on aiheuttanut vääristymiä, joita kuvaavat parhaiten historiantutkijoiden ristiriitaiset tulkinnat omasta työstään. Heillä on itse asiassa kolme samanaikaisesti erilaista itseymmärrystä. Yhden niistä saa selville, kun erittelee heidän tekemiään tutkimuksia, heidän työnsä tuloksia. Toinen tulee esiin, kun kuuntelee historiantutkijoiden puhetta ja erityisesti heidän tapaansa kuvata omaa työtään muiden alojen edustajille. Kolmas itseymmärrys taas välittyy alan menetelmäteoksista. Nämä kolme erilaista tulkintaa historiantutkimuksen luonteesta ovat ristiriidassa. Mitä alan edustaja *käytännössä tekee* ei ole sitä, mitä hän *sanoo tekevänsä* eikä kumpikaan näistä ole sitä, mitä *methodiesitykset edellyttävät* hänen tekevän.”

Oikeustieteessäkään ei ole lupa luottaa siihen, että se, mitä yksittäinen oikeustieteen tutkija sanoo tekevänsä tai mitä alan methodiesitykset edellyttävät hänen tekevän, olisi yhtä sen kanssa, mitä hän käytännössä tekee: oikeustieteen *method in action* eli tosiasiasa sovellettu metodi ei välttämättä ole yhtä kuin selväsanaisesti julkaillu *method in books* eli kirjoittajan itsensä tai toisten juristien esittämät mallit sovellettavasta metodista, amerikkalaisjuristi Roscoe Poundin tunnettua *law in books – law in action* -sanontaa mukaillakseni.⁸

Juha Häyhän toimittama artikkelikokoelma *Minun metodini* paljastaa suomalaisen oikeustieteen metodisen kirjon ja moninaisuuden, sillä se etenee, tutkimuksellista näkökulmaa aina tekstin taitekohdissa vaihtaen, Aulis Aarnion analyttisesta siviililainopista Martti Koskenniemen kansainvälisen oikeuden dekonstruktion ja Kaarlo Tuorin kriittisen oikeuspositivismin kautta Thomas Wilhelmssonin sosiaaliseen siviilioikeuteen. Modernissa, 2000-luvun suomalaisessa oikeusopissa ”monet on metodit”, niin kuin Markku Helin huomautti teosta käsittelevässä kommenttipuheenvuorossaan,⁹ eikä mikään yksittäinen lainopin

⁷ Kalela, *Historiantutkimus ja historia*, s. 15–16 (kursivoinnit Kalelan). – Kalela viittaa myös brittihistorioitsija Theodore Zeldinin toteamukseen, jonka mukaan ”historiantutkijoiden esitykset omasta työstään eivät todennäköisesti ole yhtään sen luotettavampia kuin poliitikkojen kuvaukset omasta politiikastaan”, sekä Norman Stonen arvioon, jonka mukaan on ”yhtäläinen erehdys pyytää historiantutkijaa kuvaamaan omaa työtään kuin pyytää taidemaalariita esitystä hänen esteettisistä näkemyksistään.” Kalela, mts. 15, alav. 1. Tästä en ole oikeustieteen osalta samaa mieltä: sisäistetty tutkijan itseymmärrys on vähintäänkin toivottava ominaisuus oikeuden tutkijalta.

⁸ Pound, ”Law in Books and Law in Action”, s. 12–36.

⁹ Helin, ”Monet on metodit”, s. 310–314.

suuntaus voi enää hallita koko suomalaisen lainopin laajaa kenttää kuhnilaisen normaalitieteen merkityksessä sotaa edeltäneen ajan käsitelainopin tavoin. Samalla *Minun metodini* -kirja paljastaa suomalaisen oikeustieteen metodisen itseyttä ohuuden ja epävarmuuden. Vaikka yhteensä 17 eturivin oikeustieteen professoria esittelee kirjassa oman käsityksensä oikeustieteen metodista,¹⁰ varsinaista lainopin metodin määritelmää ei kirjasta löydy. Sen ensimmäinen ja viimeinen kirjoittaja, Aulis Aarnio ja Thomas Wilhelmsson, selviytyvät testistä parhaiten. Aarnion ja Leena Kartion kirjassa edustama analyyttinen (siviili)oikeustiede perustuu teoreettisen lainopin hyödyntämään oikeudelliseen käsitte-analyysiin sekä käytännöllisen eli tulkintalainopin hyödyntämään oikeudelliseen argumentaatioteoriaan. Lainopin perusmetodi on oikeussääntöjen systematisointia ja tulkintaa (sekä oikeusperiaatteiden punnintaa), mutta oikeudellisen metodin keskeiskysymys – *millaista systematisointia ja millaista tulkintaa?* sekä *millaista punnintaa?* – jää kirjassa enimmäkseen vastausta vaille.

Wilhelmsson perustelee ajatuksen oikeudesta yhteiskunnallisena mahdollisuutena sekä sosiaalisen siviilioikeuden vallitsevaa lainoppia herkemmin oikeuden muutosdynamiikkaa myötäilevänä menetelmänä, jossa lainsäädännössä omaksutusta pääsääntö/poikkeus -suhteesta voidaan tietoisesti poiketa.¹¹ Jukka Kekkosen kirjassa esittelemä idea rakenteellisista selityksistä oikeushistorian apuvälineenä täyttää tieteelliselle tutkimusmetodille asetetut vaatimukset, mutta siinä ei ole kyse metodisesti pulmallisesta lainopista vaan oikeushistoriasta, jonka metodiset työvälineet on lainattu yleisestä historian tutkimuksesta.¹² Hannu T. Klammin päätösteoreettinen lähestymistapa oikeudelliseen näyttöarkintaan on operationalisoitavissa aina matemaattisen sovelluksen muotoon,¹³ mutta nytkään ei ole kyse varsinaisesti lainopin metodista. Tavallaan myös Martti Koskenniemen idea oikeudelliset binäärioppositiot kääntävästä ja purkavasta ”dekonstruktiokoneesta” on vahvasti metodinen työväline, mutta sen soveltamisen jälkeen ei jää jäljelle mitään, minkä voisi alistaa oikeudellisen tulkinnan, systematisoinnin tai punninnan kohteeksi.¹⁴

¹⁰ Kirjan otsikko on samalla ilmeisen harhaanjohtava: koska tieteellinen tutkimusmetodi on välttämättä kollektiivinen eli yhteisösidonnainen ilmiö, niin kuin alla perustelen, ei voi olla tutkimusmetodia, joka olisi vain yhdelle tietylle kirjoittajalle ominainen ”minun metodini”.

¹¹ Vrt. myös Helin, ”Monet on metodit”, s. 311.

¹² Kekkonen, ”Oikeudellisen muutoksen tutkimisesta – minun metodini”.

¹³ Klami, ”Päätösteoria juridisen argumentaation punninnassa”.

¹⁴ Koskenniemi, ”Tyyli metodina”. – Vaikeasti luokiteltavia tekstejä ovat kirjassa esittäneet Tapio Lappi-Seppälä, joka perustelee kriminaalipoliitiikan ensisijaisuutta sekä rikosoikeustieteellisen yhtenäistieteen ideaa saksalaisen *die gesamte Strafrechtswissenschaft* -ideologian mukaisesti (”Rikosoikeustutkimus, kriminaalipoliittinen orientaatio – ja metodi”) sekä Ahti Saarenpää (”Kadonneet systeemit”), joka yhtäältä määrittelee ”juristin perusmetodia” kymmenkohtaisen luettelon avulla oikeuslähdeopista juristin viestintävalmiuksiin, ammattietikkaan ja perustellun epäilyn vaatimukseen, toisaalta painottaa (kadotetun) oikeudellisen systeemiajattelun merkitystä.

Oikeustieteen tai lainopin tutkimusmetodin määrittelyn tai esittelyn sijaan *Minun metodini* -kirja esittelee laveasti tutkijan ainutkertaista oivaltamisen lo-
giikkaa eli tutkimuksellista heuristiikkaa (lat.: *ars inveniendi*, kreikk.: *heuresis*,
engl.: *logic of discovery*),¹⁵ kirjoittajan toteuttamien tutkimusten aineellisia lop-
pupäätelmiä tai tutkimustuloksia,¹⁶ hajanaista omaelämäkerrallista aineistoa
tyyliin ”miten-tutkimukseni-ovat-syntyneet”,¹⁷ tutkijan diskursiivista tajunnan-
virtaa ja käsitteellisiä eli loputonta listaa tutkimuksen taustalla vaikuttaneista
yksittäisistä ideoista tai tutkijoista (engl.: *name-dropping*), tutkimuksellisten
”mantrojen” eli tieteellisten muotitermien toistelua tai sitten sofistikoitua intel-
lektuaalista *skepsistä* oikeustieteen metodista, jota ei (ehkä) koskaan ollutkaan.¹⁸
Kirja toistaa H.C. Andersenin tuttua kertomusta keisarin uusista vaatteista, joi-
den koreutta vaatturit, hoviväki ja kamaripalvelijat kilvan kehuivat, kunnes juh-
laparaatia seurannut lapsukainen lausui lopulta totuuden julki: ”mutta eihän hä-
nellä [keisarilla] ole vaatteita ensinkään.”¹⁹

Minun metodini -teoksen ja muun suomalaisen oikeuskirjallisuuden viesti on-
kin nähdäkseni se, että oikeustutkijan ajatuksellinen työkalupakki (engl.: *intel-
lectual toolbox*) sisältää joukon vain heikosti jäsenyntyneitä, katkelmallisia ja vah-
vasti kohde- ja tilannesidonnaisia ajatuksellisia työvälineitä eli joukon *metodi-
fragmentteja* eli oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita, joiden soveltuvuus
oikeudellisen analyysin työvälineenä pitää arvioida kussakin oikeudellisessa
analyysitilanteessa erikseen. Esimerkiksi seuraavanlaisia ”metodeja”, sanotun
termin heikossa merkityksessä, on siis kannatettu:

- teoreettisen lainopin käsiteanalyttinen menetelmä oikeuskäsitteiden jaka-
miseksi teknisiin osaelementteihinsä sekä käytännöllisen lainopin hyödyn-
tämä laintulkinnan ja oikeudellisen argumentaation teoria (Aulis Aarnio),²⁰

¹⁵ Näin Urpo Kangas Vanajaveden sillalla, Kangas, ”Minun metodini”, s. 93; sekä Kaarlo Tuori
Kulosaaren sillalla, Tuori, ”Ideologiakritiikistä kriittiseen positivismiin”, s. 312–313.

¹⁶ Näin esimerkiksi Hannu Tolonen (”Oikeus ja sen tulkinnat”), Kaarlo Tuori (”Ideologiakritiikis-
tä kriittiseen positivismiin”), Kauko Wikström (”Vero-oikeudellisen tutkimuksen erityispiirteitä”).

¹⁷ Näin esimerkiksi Lars D. Eriksson (”Mina metoder”), Antero Jyränki (”Toiset työt, toiset meto-
dit”), Urpo Kangas (”Minun metodini”), Juha Pöyhönen (”Filosofia – minun metodini?”), Kaarlo
Tuori (”Ideologiakritiikistä kriittiseen positivismiin”).

¹⁸ Näin esimerkiksi Lars D. Eriksson (”Mina metoder”) ja Martti Koskeniemi (”Tyyli metodi-
na”). Samoin Juha Pöyhösen metodinen itsereflektio (”Filosofia – minun metodini?”) päättyy
metodiseen haaveeseen juridiikasta ”filosofisena uneksintana, ilman mitään näkyvästi sovellettua
erityistä menetelmää”, Pöyhönen, ”Filosofia – minun metodini?”, s. 260. Erikssonin huomautus on
osuva muttei yleistettävissä oikeustieteelliseen tutkijayhteisöön kirjoittajan poikkeuksellisen vah-
van oikeusteoria- ja metodisuuntautuneisuuden osalta: ”För att vara sanningsenlig har jag aldrig
haft en Metod. Det oaktat har metodproblemen alltid varit de problem som intresserat mig mest
och som upptagit den största delen av min yrkesverksamhet.” Eriksson, ”Mina metoder”, s. 57.

¹⁹ Andersen, ”Keisarin uudet vaatteet”, s. 84; Siltala, ”Keisarin vanhat ja uudet vaatteet”, s. 80–82.

²⁰ Aarnio, ”Oikeussäännösten systematisointi ja tulkinta”, s. 35–57.

- rikosoikeustutkimuksen avoin metodinen synkretismi (Eero Backman),²¹
- metodinen pluralismi ja/tai skepsismi 1960-luvun marxilaisesta oikeus- ja yhteiskuntateoriasta 1990-luvun oikeuden polysentriaan ja ”dekonstruktio-nismiin” (Lars D. Eriksson),²²
- skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvan ja sen suomalaisen siviilioi-keustieteen tieteenkuvassa aikaansaamien vaikutusten analyysi (Markku Helin),²³
- metodinen moninaisuus (Antero Jyränki),²⁴
- lainopin perinteisen oppiainesystematiikan sivuuttaminen yhteiskunnalli-
sesti määräytyneen oikeudellisen ongelmakeskeisyyden tieltä (Urpo Kan-
gas),²⁵
- Simo Zittingin hahmotteleman analyttisen lähestymistavan soveltaminen
esineoikeuteen (Leena Kartio),²⁶
- oikeushistorian rakenteelliset sosiaaliset selitysmallit (Jukka Kekkonen),²⁷
- teesinomainen ohjelmanjulistus poliittisesta oikeustieteestä sekä lainsäätä-
jän, tuomarien ja muiden viranomaisten käyttäytymisen selittämisestä
(Antti Kivivuori),²⁸
- päätösteoreettinen finalismi eli tavoiterationaalisuus oikeudelliseen päätök-
sentekoon sovellettuna²⁹ tai matemaattisen päätösteorian käyttö näyttöhar-
kinnan ja oikeudellisen argumentaation metodisena apuvälineenä (Hannu
T. Klami),³⁰
- oikeuden käsitteelliset dikotomiat mekaanisesti hajottava ”dekonstruktio-
kone”³¹ tai oikeudellisen diskurssin opilliset ja kielelliset konventiot radi-
kaalisti kyseenalaistava ”tyyli metodina” -lähestymistapa (Marti Kosken-
niemi),³²
- rikosoikeustutkimuksen metodinen synkretismi ja kriminaalipoliittinen
orientaatio (Tapio Lappi-Seppälä),³³
- oikeustieteen diskursiivinen ja metodinen avoimuus yhteiskuntafilosofialle
sekä postmodernin lumo (Kevät Nousiainen),³⁴

²¹ Backman, *Oikeustiede yhteiskuntatieteenä. Tutkimuksia oikeustieteen luonteesta erityisesti ri-
kosoikeuden kannalta*.

²² Eriksson, ”Mina metoder”, s. 57–73.

²³ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen
vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960*; sama, ”Immateriaalioi-
keuksien kohteesta”, s. 645–664. Vrt. myös Helin, ”Monet on metodit”, s. 310–314.

²⁴ Jyränki, ”Toiset työt, toiset metodit”, s. 74–89.

²⁵ Kangas, ”Minun metodini”, s. 90–109.

²⁶ Kartio, ”Esineoikeuden esine tutkimuspöydällä”, s. 110–130.

²⁷ Kekkonen, ”Oikeudellisen muutoksen tutkimisesta – minun metodini”, s. 131–150.

²⁸ Kivivuori, *Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys, I. Rikoslainsäädäntö 1809–1875*,
s. 26.

²⁹ Klami, *Finalistinen oikeusteoria. Tutkimus oikeudellisen päätöksenteon ja oikeusnormipropo-
sitioiden tavoitteellisesta justifiointista ja kontrollista*.

³⁰ Klami, ”Päätösteoria juridisen argumentaation punninnassa”, s. 151–172.

³¹ Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*.

³² Koskenniemi, ”Tyyli metodina”, s. 173–188.

³³ Lappi-Seppälä, ”Rikosoikeustutkimus, kriminaalipoliittinen orientaatio – ja metodi”, s. 189–
218.

³⁴ Nousiainen, ”Metodin? Esitys?”, s. 219–244.

- oikeusperiaatteiden tapauskohtaisen painoarvon punnintamalli³⁵ tai oikeuden suhteuttaminen ei-oikeuteen tieteen, moraalin/politiikan, talouden tai taiteen merkityksessä, metodisena haaveena idea juridiikasta ”filosofisena uneksintana” (Juha Pöyhönen),³⁶
- lakimiehen perusmetodin *topoi*-luettelo oikeuslähdeopista oikeustieteen tuntemukseen, yleisiin oppeihin, ammattietiikkaan ja viestintävalmiuksiin (Ahti Saarenpää),³⁷
- oikeus arvojen, normien ja faktojen kolmiyhteisenä kokonaisuutena hermeneuttisen objektivaation ja Tuorin monitasomallin tarkoittamalla tavalla (Hannu Tolonen),³⁸
- oikeustieteen ammatillinen ja informaatioisidonnaisuus (Juha Tolonen),³⁹
- marxilaisittain Sakari Hännisen tarkoittamalla tavalla yhteiskunnan eriytyneen subjektirakenteen ja tietoisuusmuotojen varaan rakentuva oikeuden monitasomalli⁴⁰ tai Max Weberin, Jürgen Habermasin, Michel Foucault’n, François Ewaldin, Fernand Braudelin, Pierre Bourdieun, Sakari Hännisen, Ronald Dworkinin sekä John L. Austinin ja John Searlen tarkoittamalla tavalla tulkittu oikeuden ja yhteiskunnan rakenteellinen monitasomalli kriittisen oikeuspositivismin merkityksessä (Kaarlo Tuori),⁴¹ ja
- oikeus yhteiskunnallisena mahdollisuutena sekä sosiaalisen siviilioikeuden heikomman sopijapuolen suojaamiseksi toteutettu, oikeudelliset pääsäännöt ja poikkeukset keskenään kääntävä ajatuksellinen operaatio (Thomas Wilhelmsson).⁴²

Tutkimuksellisen pluralismin eli moniarvoisuuden tai monimuotoisuuden hyväksyminen ja metodisen monismin tai universalismin torjuminen on vähintäänkin *metodiopillista realismia* 2000-luvun suomalaisessa oikeustieteessä, jota 1900-luvun alkupuolen käsitelainoppi ei enää dominoi, eikä tätä tutkimuksellista pluralismia vahvempaa metodisen instrumentalismin vaatimusta voi ainakaan lainopin ajatuksellisille työvälineille kaiketi asettaakaan. On kyse tutkimuksellisesta perusteltavuudesta metodiopin teoreettisena lähtökohtana. Varsinaista oikeustieteen saati lainopin metodin määritelmää *Minun metodini* -kirjasta ei löydy, jollei Aulis Aarnion esittämää yleistä ”systematisointia ja tulkintaa” -luonnehdintaa katsota sellaiseksi, ja lainopin metodiopin keskeiskysymys – *millaista systematisointia ja millaista tulkintaa?* sekä *millaista oikeusperiaatteiden punnintaa?* – jää yhä vastausta vaille. Entä mikä voisi olla lainopin metodin määritelmä, joka täyttäisi myös yleisen tieteenteorian asettamat vaatimukset?

³⁵ Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*.

³⁶ Pöyhönen, ”Filosofia – minun metodini?”, s. 245–260.

³⁷ Saarenpää, ”Kadonneet systeemit”, s. 261–278.

³⁸ Tolonen, ”Oikeus ja sen tulkinnat”, s. 279–297.

³⁹ Tolonen, ”Oikeustiede tieteenä”, s. 298–310.

⁴⁰ Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 1, s. 74–77.

⁴¹ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*; sama, ”Ideologiakriittistä kriittiseen positivismiin”, s. 311–329.

⁴² Wilhelmsson, ”Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat”, s. 339–358.

3. TIEETEELLISEN METODIN MÄÄRITELMÄ

Tieteellisen metodin määritelmää on perusteltua lähestyä käänteisesti eli arvioimalla, mikä ei täytä tieteellisen metodin kriteereitä. Tieteellisen logiikan kehittäjä Charles S. Peirce hylkäsi tieteellisen metodiopin piiristä ensinnäkin *itsepäisyyden menetelmän* (engl.: *method of tenacity*), jonka mukaan tutkijan tulee pitäytyä alkuperäisissä uskomuksissaan ja sulkea silmänsä kaikelta niistä horjuttavalta todistusaineistolta. Toisaalta, *auktoriteettiin perustuva menetelmä* (engl.: *method of authority*) ei Peircen mukaan täytä tieteellisen menetelmän vähimmäisehtoja, sillä ei ole mitään takeita uskonnollisen tai minkään muunkaan auktoriteetin erehtymättömyydestä. Kolmanneksi, Peirce hylkäsi Descartes'in edustaman *a priori* -menetelmän (engl.: *a priori method*), joka perustuu ihmisen oletettuun kykyyn saavuttaa ehdottoman varmaa tietoa oman järkensä avulla. Descartesin mukaan lause *cogito, ergo sum* ("ajattelen, siis olen") on ehdottoman varmasti tosi, koska lauseen puhuja ei voi samaan aikaan mielekkäällä tavalla epäillä omaa olemassaoloaan. Peircen mukaan filosofisen metafysiikan edistymättömyys ja sen ongelmien ratkeamattomuus on osoituksena aprioris-intuiitiivisen menetelmän heikkouksista. Lisäksi monet aikanaan apriorisina ja itsestään selvinä pidetyt totuudet ovat myöhemmin osoittautuneet virheellisiksi.⁴³ Tieteelliseen menetelmään liittyy Peircen mukaan välttämättä *julkisen perusteltavuuden* ja *itsensäkorjaavuuden* elementti.⁴⁴

Tieteellinen metodi on saatettu määritellä yleisesti viittaamalla "mihin tahansa systemaattiseen ja yleistettävissä olevaan tapaan tehdä menestyksellisesti tiedettä."⁴⁵ Tieteeseen ei ole "näkökulmaa ei-mistään" eli tieteenteoreettisilta sitoumuksiltaan täydellisen avointa *tabula rasa* -lähtötilannetta, vaan tieteen ja tieteellisen metodin määritelmä on aina teoriasidonnainen eli sidoksissa tiettyyn tieteenteorian tai tieteenfilosofian käsitykseen. Niinpä myös edellä esitetyn määrittelyn viittaus tieteellisen menetelmän "menestyksellisyyteen" (engl.: *successful pursuit of science*) sisältää vähintään heikon viittauksen pragmatistiseen tieteenfilosofiaan, joka korostaa käsitysten ja teorioiden toimivuutta niiden totuudellisuuden edellytyksenä.⁴⁶

⁴³ Niiniluoto viittaa tältä osin muun muassa joukko-opin väitteeseen, jonka mukaan "kokonaisuus on aitoa osansa suurempi".

⁴⁴ Näin kokoavasti Niiniluoto, *Johdatus tieteenfilosofiaan. Käsitteen- ja teorianmuodostus*, s. 81–85. Ks. myös Peirce, *Johdatus tieteen logiikkaan ja muita kirjoituksia*, s. 137–150. – Erialaisten tieteellisessä katsannossa epäkelvojen menetelmien joukko on tietenkin rajoittamaton.

⁴⁵ "Generally, 'scientific methodology' denotes whatever generalized and systematically formulable procedures may be behind the successful pursuit of science." Gutting, "Scientific Methodology", s. 423.

⁴⁶ Charles S. Peirce oli yksi pragmatistisen filosofian perustajista, mutta metodin menestyksellisyys tai, kuhnilaittain ilmaisten, sen ongelmanratkaisukyky on ehkä yleisemminkin tieteellistä metodia määrittävä piirre.

Peircen mukaan tieteellinen metodi on *objektiivinen*, jos:⁴⁷

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

Peircen tieteellisen objektiivisuuden kriteerit soveltuvat tietyin varauksin myös oikeustieteeseen ja lainoppiin sen osana, jos ja kun se määrittää Alf Rossin edustaman analyttisen oikeusrealismin tavoin kiinnittämällä oikeuden ja oikeustieteen konstitutiiviset, episteemiset, käsitteelliset ja metodiset määreet oikeuden *institutionaaliseen perustaan* tuomarien ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämän *tuomarinideologian* merkityksessä. Tutkimuskohteen, voimassa olevan oikeuden, ominaisuudet eivät ole yksittäisen tutkijan tahdonvaltaisesti määrättävissä, niin kuin Peircen kohta (a) edellyttää. Oikeus institutionaalisisena tosiasiana on tosin sidoksissa lainsäätäjän ja tuomioistuinten institutionaalisiin puhetekoihin, ja lainoppi humanistisena tulkintatieteenä on sidoksissa oikeudellisen tiedon määritelmälliseen epävarmuuteen ja, enintään, totuudenkaltaisuuteen. Peircen tieteellisen metodin objektiivisuutta määrittävä toinen vaatimus eli kohta (b) tutkijan ja tutkimuskohteen vuorovaikutuksesta täytyy, kun oikeus määrittää yhteiskunnallisena tosiasiana, osana yhteiskunnan institutionaalista perustaa, eikä esimerkiksi *transsendenttina* tai *messiaanisena* oikeutena, joka olisi ”kätetty ja saavuttamaton”,⁴⁸ ”ikuisesti tuleva”,⁴⁹ ”ei-mitään”,⁵⁰ ”se mikä on oikein Jumalan edessä”^{50a} tai ”sateenkaaren tuolla puolen”.⁵¹

Peircen kolmas metodiopin vaatimus eli kohta (c), jonka mukaan tiede ei voi perustua perustelemattomien dogmien,⁵² uskon, ilmestyksen, auktoriteetin tai ilmestyksen varaan, soveltuu nähdäkseni sekin oikeustieteeseen. Arvioin kysymystä lähemmin tutkimuksellisen kontrolloitavuuden vähimmäiskriteerien yhteydessä, koska perustelematon auktoriteetti-usko ja dogmaattisuus tuntuu olevan

⁴⁷ Niiniluoto, *Johdatus tieteenfilosofiaan. Käsitteen- ja teorianmuodostus*, s. 83.

⁴⁸ Hirvonen, ”After the Law”, s. 233.

⁴⁹ Hirvonen, *Oikeuden käynti*, s. 484–485.

⁵⁰ Hirvonen, mts. 484.

^{50a} Minkkinen, *Thinking without Desire*, s. 168 (lainaten Erik Wolfia).

⁵¹ Sivenius, ”The Law and the Rainbow”, s. 239–244.

⁵² Termi ”dogmi” voi toisaalta viitata lainopillisen systematiikan vakioituun kiintopisteeseen dogmi/konstruktio -jaottelun merkityksessä, niin kuin Pöyhösellä sopimusmallin idean yhteydessä.

juuri lainopin ongelmana. Tulkintani mukaan tieteellisen metodiopin kaksi puolta eli tutkimuksellinen generoitavuus ja tutkimuksellinen kontrolloitavuus asettavat tieteellisen metodologian vähimmäiskriteerit, joiden tulee täyttyä, jotta olisi ylipäättään kyse tieteellisestä metodista. Tiedon kokemuksellisuus tulee tulkita lainopissa niiden institutionaalisten ja ideologisten muuttujien valossa, jotka määrittävät oikeuden ja oikeustieteen keskeisiä episteemisiä, käsitteellisiä ja metodisia kriteereitä. Lopuksi, vaatimus tuotetun oikeudellisen tiedon totuudellisuudesta ja tutkijayhteisön yksimielisyydestä on asetettava vasten kaiken lainopillisen tiedon perustavaa tulkinnanvaraisuutta ja enintään totuudenkaltaisuutta (engl.: *truthlikeness*; lat.: *verisimilitude*). Tutkimuksellinen yksimielisyys eli Peircen kohta (d) on oikeustieteessä mahdollinen, joskaan ei kovin usein toteutuva.

Tieteellisen metodin osaelementit liittyvät yhtäältä tutkijan *oivaltamisen logiikkaan* (engl.: *logic of discovery*) ja toisaalta tiedeyhteisösidonnaiseen *perustelemisen logiikkaan* (engl.: *logic of justification*).⁵³ Jaottelun esitti ensimmäisenä Hans Reichenbach vuonna 1938 teoksessaan *Experience and Prediction*.⁵⁴ Nähdäkseni tieteellinen metodi voidaan määritellä välittävänä tekijänä, joka perustelee ajatuksellisen siirtymän tutkijan ainutkertaisesta ja idiosynkraattisesta oivaltamisen logiikasta tiedeyhteisösidonnaiseen, yleistettävissä ja toistettavissa olevaan perustelemisen logiikkaan, ja kääntäen. Oivaltamisen logiikalle ja perustelemisen logiikalle annettu painoarvo vaihtelee tieteenaloittain, mutta tieteellisen metodin yleinen määritelmä, joka soveltuu yhtä hyvin oikeuden tulkintatieteeseen, ihmistieteelliseen, kulttuuritieteelliseen, yhteiskuntatieteelliseen ja oikeusfilosofiseen analyysiin kuin mihin tahansa muuhun tieteeseen, on nähdäkseni seuraava:

Tieteellinen metodi on niiden päättelysääntöjen kokonaisuus, joiden avulla on mahdollista toteuttaa ajallisesti kertautuva ja tutkimuksellista varianssia tuotava siirtymä tutkijan ainutkertaisesta ja yksilöllisestä *oivaltamisen logiikasta* (engl.: *logic of discovery*) tiedeyhteisösidonnaiseen, yleistettävissä ja toistettavissa olevaan *perustelemisen logiikkaan* (engl.: *logic of justification*), ja kääntäen.

Keskeistä on ajatuksellinen vuorottelu yhtäältä idiosynkraattisen, ainutkertaisen ja puhtaasti tutkijakohtaisen *oivaltamisen logiikan* sekä toisaalta yleistettävissä ja toistettavissa olevan, tiedeyhteisösidonnaisen *perustelemisen logiikan* välillä. Oivaltamisen ja perustelemisen logiikan (engl.: *logic of discovery & justification*) sijaan voi puhua myös oivaltamisen ja keksimisen asiayhteydestä tai kontekstista (engl.: *context of discovery & justification*). Tämä mahdollistaa

⁵³ Vrt. Ruse, "Scientific Methodology", s. 813.

⁵⁴ Raunio, *Positivismi ja ihmistiede*, s. 25.

sekä tutkimuksellisen generoitavuuden että tutkimuksellisen perusteltavuuden saavuttamisen.

Tieteellinen metodi on välittävä tekijä tutkimuksen kahden keskeisen osatekijän, oivaltamisen logiikan ja perustelemisen logiikan, välillä.⁵⁵ Prosessi etenee yhtäläisesti ja ajallisesti kertaautuen kumpaankin suuntaan. Metodin on tuotettava uutta tietoa tukemalla tutkijan luovaa, intuitiivista ja sen vuoksi tietyissä rajoissa täydellisen ennustamatonta ja jopa irrationaalista oivaltamisen logiikkaa.⁵⁶ Samalla saavutettujen tutkimustulosten on saatava tiedeyhteisön hyväksyntä perustelemisen logiikan oikeuttamis- eli justifikaatiosääntöjen alaisuudessa, jotta ylipäätään olisi kyse tieteellisestä tuloksesta. Oivaltamisen logiikan uutta luovan elementin on toisin sanoen oltava käännettävissä ajatuksellisen toistettavuuden ja kontrolloitavuuden tiedeyhteisösidonnaiselle kielelle, ja perustelemisen logiikan yhteisöllisen elementin on vastaavasti oltava muunnettavissa uusia ideoita ja oivalluksia generoivaksi tutkijan ajattelun apuvälineeksi.

Tieteelliseen metodiin liittyy idea tutkimusprosessin toistettavuudesta eli ajallisesta *kertaautumisesta* sekä tutkimuksen kahden ajatuksellisen kääntöpisteen, tutkijan yksilöllisen oivaltamisen logiikan ja tiedeyhteisösidonnaisen perustelemisen logiikan, välillä tapahtuvan ajatuksellisen liikkeen tuottamasta tutkimuksellisesta muuntelusta eli varianssista. Tieteellisen metodin hyödyntäminen ei voi jäädä vain yhden yksittäisen käyttökerran varaan, jolloin olisi kyse kielletyksi katsotun ”kertakäyttömetsodin” ilmentämästä radikaalista ajallisesta epäjatkuvuudesta ja täydellisestä tutkimuksellisesta ennakoimattomuudesta. Toisaalta, tutkimusmetodin myöhempi soveltaminen ei saa merkitä varhaisemman tutkimuksellisen mallin tai esikuvan identtistä toisintoa, vaan vähintäänkin tutkimuskohteen määrittelyn tai rajauksen tulee olla erilainen aiempaan tapaukseen verrattuna. Vaihtuviin tutkimuskohteisiin sovellettuna tieteen metodiopin säännöt tuottavat alati uutta tietoa maailmasta ja tavasta, jolla oikeuden tai jonkin muun inhimillisen elämänalueen sanat ja asiat ovat asettuneet suhteessa toisiinsa. Samalla muuttuva ja lisääntyvä tieto maailmasta saattaa vaikuttaa käänteisesti myös sovelletun tutkimusmetodin määrittelyyn. Metodisäännöt ovat *generatiivisia*, mikä viittaa niiden tehtävään eräänlaisena tieteen *generatiivisena kielioppina* eli joukkona metatason päättelysääntöjä, joiden avulla voidaan johtaa aina uusia tutkimuskohdetta sekä refleksiivisellä metatasolla myös tutkimusmetodia itseään koskevia päätelmiä.

⁵⁵ Metodioppi eli *metodologia* on oppi tieteellisestä metodista.

⁵⁶ Oivaltamisen logiikan mahdollisen irrationaalisuuden vuoksi termi ”logiikka” soveltuu tähän varsin huonosti. Termi on kuitenkin alalla vakiintunut. Yleisesti, Popper, *The Logic of Scientific Discovery, passim*. Teoksen vuonna 1934 julkaistu saksankielinen alkuteos oli *Logik der Forschung* eli tutkimuksen(teon) logiikka. Vrt. myös Hintikka, *Inquiry as Inquiry. A Logic of Scientific Discovery, passim*.

Arkhimedeen hydrostaatiikan lain oivallukseen liitetty keksijän *heureka!*-huudahdus sekä todennäköisesti fiktiivinen tarina Newtonista, puusta pudonneesta omenasta ja painovoimalain keksimisestä kuvaavat molemmat tutkijan ainutkertaista oivaltamisen hetkeä. Kaarlo Tuori ja Urpo Kangas ovat kuvanneet vastaavaa tutkijan oivaltamisen tai keksimisen logiikkaa *Minun metodini* -teoksessa. Kriittisen positivismiin loppusanat syntyivät Tuorin mukaan Kulosaaren siltaa vastatuuleen pyörällä polkiessa, sopivan kriittisen mielentilan vallitessa:⁵⁷

”Tunnustan velkani frankfurtilaisille väitöskirjan päättävässä viimeisessä kommentissa, jonka synnyn muistan väitöskirjani jaksoista kaikkein parhaiten. Puskin polkupyörälläni vastatuuleen Kulosaaren siltaa tuotuneena kehuvan kritiikkittömästä esittelystä, jonka eräs tuolloin neljä kertaa viikossa ilmestynyt päivälehti oli julkaissut neuvostoliittolaisesta Frankfurtin koulun kriittisen teorian kritiikistä. Ennen Kulosaarta väitöskirjani päätöskappaleet olivat hahmottuneet sana sanalta mielessäni, viimeistä lausetta ja sen jälkeistä väli-merkkiä (Mene ja tiedä.) myöten.”

Kangas kuvaa runollisen seesteisesti ongelmakeskeisen lainopin syntyhetkiä Vanajaveden sillalla:⁵⁸

”Juna saapui Hämeenlinnan asemalle puolenyön jälkeen. Ulkona oli pakkasta yli 25 astetta ja öinen taivas kaartui kirkkaana kaupungin ylle. Vanhojen puutalojen savupiipuista nousivat savupylväät tähtiä tavoitellen suoraan ylöspäin. Asemalta kasarmille kävellessäni pysähdyin Vanajaveden sillalle ihailemaan öistä kauneutta. Ja juuri sillä hetkellä oivalsin, millä tavalla tulisin väitöskirjani kirjoittamaan ...”

Tutkijan oivaltamisen logiikka voi hyvin olla täydellisen idiosynkraattista ja muilta suljettua päättelyä, mitä tiedeyhteisösidonnainen perustelemisen logiikka ei voi olla. Matemaattisen peliteorian kehittäjä John F. Nash palkittiin vuonna 1994 taloustieteen Nobelilla hänen varhaisista, jo 1950-luvun matemaattisen peliteorian oivalluksistaan.⁵⁹ Nash sairastui 1950-luvun lopulla skitsofreniaan, josta hän parantui vähitellen vasta 1990-luvun alussa. Nashin kuvaus omasta ajattelustaan havainnollistaa hyvin tutkijan idiosynkraattisen oivaltamisen logiikan ja tiedeyhteisösidonnaisen perustelemisen logiikan peruseroa. Kun Nashilta kysyttiin vuonna 1959, miten hän matemaattiselle analyysille, rationaaliselle järjenkäytölle ja logiikalle omistautuneena tutkijana saattoi uskoa siihen, että

⁵⁷ Poliittisesti punaisen eli vasemmistolaisen Hakaniemen ja porvarillisen, virkasäätyisen Kruunuhaan yhdistävä Pitkäsilta olisi ollut oikeus- ja kulttuurihistoriallisesti perustelluin paikka Tuorin oikeusteoreettiselle oivallukselle, joka yhdisti vaihtoehtoisen ja perinteisen lainopin ideoita keskenään. Vrt. Tuori, ”Ideologikritiikistä kriittiseen positivismiin”, s. 312–313.

⁵⁸ Kangas, ”Minun metodini”, s. 93.

⁵⁹ Taloustieteen nobel-palkintoja jaettiin tuolloin kaikkiaan kolme. Nashin ohella sen saivat peliteoreetikot John C. Harsanyi ja Reinhard Selten.

ulkoavaruuden oliot lähettivät hänelle koodattuja viestejä ja olivat yrittäneet väärtä hänet pelastamaan maapallon, Nash vastasi tynyesti:⁶⁰

”Because the ideas I had about supernatural beings came to me the same way that my mathematical ideas did. So I took them seriously.”

Ideoiden tai oivallusten syntyprosessi oli Nashin subjektiivis-intuiitiivisesta näkökulmasta täsmälleen sama, oli sitten kyse matemaattisen peliteorian keskeis-ideoista tai ulkoavaruuden olioiden lähettämisestä koodatuista viesteistä, joita hän etsi sanomalehtien sivuilta. Nash hylkäsi tarjouksen matematiikan professuurista Chigagon yliopistossa, ”koska hänen oli määrä ryhtyä etelänapamantereen keisariksi”, ja uskoi, että *Life*-lehden kanteen painettu paavi Johannes (John) XXIII:n kuva esitti ilmeisistä ulkoisen yhdennäköisyyden puutteista huolimatta todellisuudessa häntä, koska John oli hänen oikea nimensä, toisin kuin paavin Johannes, joka liittyi tämän paavilliseen virkaan, ja lisäksi luku 23 oli Nashin oma suosikki alkulukujen joukossa.⁶¹ Nash osoitti pitkällisen sairautensa aikana mieltymystä numerologiaan ja täytti Princetonin yliopiston matematiikan laitoksen liitutauluja kaavoilla, joissa oli sekaisin korkean tason matematiikkaa ja mieltä vailla olevia numerologisia kehitelmiä.⁶² Ilman muunnettavuutta tiedeyhteisösidonnaisen perustelemisen logiikan kielelle Nashin ”oivallukset” ulkoavaruuden olioiden hänelle lähettämisestä koodatuista viesteistä, *Life*-lehden kansikuvan kätkeytyistä merkityksistä tai numerologian salatuista ”totuuksista” rajautuvat vääjäämättä julkisesti kontrolloitavissa olevan tieteen ulkopuolelle, kun taas matemaattisen peliteorian perusteoreemat ovat myös toisten tutkijoiden kriittisesti arvioitavissa tiedeyhteisön kollektiivisesti hyväksymien kriteerien valossa.

Tiedeyhteisön näkökulmasta tutkimusmetodin ja sen avulla saavutettujen tutkimustulosten julkinen perusteltavuus saa suuremman painoarvon kuin tutkijasi-donnainen, idiosynkraattinen oivaltamisen logiikka, jota ilman tiede ei kuitenkaan kykenisi lainkaan uudistumaan ja tuottamaan uutta tietoa tavasta, jolla ”sanat” ja ”asiat” ovat liittyneet maailmassa yhteen. Entä mitkä ovat tieteen metodin kahden osatekijän eli tutkijan ainutkertaisen oivaltamisen logiikan ja tiedeyhteisösidonnaisen perustelemisen logiikan vähimmäiskriteerit? Mikä kelpaa tutkimukselliseksi oivallukseksi ja mikä tieteelliseksi perusteluksi? Tutkijan ainutkertainen oivaltamisen logiikka kiertyy kysymykseksi *tutkimuksellisesta gene-roitavuudesta* eli tutkimuksellisen tiedonlisän tuottamisesta, kun taas tiedeyh-

⁶⁰ Nasar, *A Beautiful Mind*, s. 11. Vrt. myös Didion, ”Varieties of Madness”, s. 18–20.

⁶¹ Nasar, mts. 244.

⁶² Nash tunnettiin 1970-luvulla Princetonin yliopistossa ”Fine Hallin [matematiikan laitoksen] haamuna” (engl.: *Phantom of the Fine Hall*) ja ”Firestonen [kirjaston] hulluna nerona” (engl.: *the mad genius of Firestone*). Nasar, mts. 332–339.

teisösidonnainen perustelemisen logiikka jäsentyy *tutkimuksellisen kontrolloitavuuden* keskeiskriteerien varaan.

4. TIETEELLISEN METODIN VÄHIMMÄISKRITEERIT

4.1. Tutkijan oivaltamisen logiikka: tutkimuksellinen generoitavuus

Oivaltamisen logiikka (lat.: *ars inveniendi*, kreikk.: *heuresis*, engl.: *logic of discovery*) on usein luokiteltu alaksi, jota ei ole mahdollista lukita ennalta määrättyjen sääntöjen muottiin. Toisaalta Charles S. Peircen *abduktiivinen logiikka* samoin kuin Jaakko Hintikan *interrogatiivinen logiikka* ovat kunnianhimoisia yrityksiä senkaltaisen päättelyn rakenteen mallintamiseksi. Abduktiivinen logiikka on *päättelyä parhaaseen mahdolliseen selitykseen* tai hypoteesiin (engl.: *an inference to the best explanation*).⁶³ Interrogatiivisessa logiikassa on puolestaan sallittua esittää lisäkysymyksiä, joiden avulla saadaan lisäpremissiä varsinaisen johtopäätöksen tekemistä varten.⁶⁴

”Miksi koira ei haukkunut?” kysyi abduktiivisen logiikan asiantuntija Sherlock Holmes apulaiseltaan tohtori Watsonilta ja vastasi saman tien itse esittämänsä kysymykseen: ”Yksinkertaista, rakas Watson: koska se tuns i öisen kulkijan.” Syyllinen oli toisin sanoen henkilö, jonka hevostalleja vartioinut vahtikoira oli tuntenut. Abduktiivinen logiikka on ”taaksepäin” suuntautuvaa päättelyä, jossa haetaan toistaiseksi tuntematonta päätelmän faktapremissiä tai hypoteesia, jonka avulla tapahtunut voidaan parhaiten selittää. Kyse on Holmesilla nimenomaan abduktiivisesta logiikasta, ei deduktiivisesta logiikasta, jossa molemmat päättelyn premissiästä ovat jo tunnettuja.

Oivaltamisen logiikka käsittää kaksi tutkimukselliseen *generoitavuuteen* eli tutkimuksellisen *tiedonlisan* tuottamiseen liittyvää vähimmäisvaatimusta.

a) Trivialiteettikielto: tutkimuksellinen merkityksellisyys

Trivialiteettikielto viittaa kieltoon tuottaa metodin avulla tutkimustuloksia, jotka ovat triviaaleja eli täydellisen itsestään selviä jo ennen kyseisen tutkimuksen toteuttamista. On toisin sanoen kyse erilaisista ”nollatutkimuksista”, joiden tutkimuksellisen kontribuution arvo on olematon. Niinpä tutkimus, jonka mukaan seitsenkerroksisen talon ylimmän kerroksen asukkaat käyttävät useammin hissiä kuin saman talon katutasossa asuvat ihmiset, loukkaisi tutkimuksellista kieltoa

⁶³ Abduktiivisesta logiikasta, Peirce, *Johdatus tieteen logikkaan ja muita kirjoituksia*, s. 240–241 sekä, samaan teokseen sisältyen, Bertilsson & Christiansen, ”Jälkisanat”, s. 469–471.

⁶⁴ Hintikka, *Inquiry as Inquiry. A Logic of Scientific Discovery*, *passim*.

esittää täydellisen triviaaleja tosiseikkoja tieteellisinä tutkimustuloksina. Vastavasti oikeustieteessä tutkimuksellista trivialiteettikieltoa loukkaisi keskeisenä tutkimustuloksena esitetty väite, että Suomi on perustuslaillinen tasavalta ja että valtiopäiville kokoontunut eduskunta säätää maassa muodollisesti velvoittavia lakeja. Tieteellisen tutkimuksen tuottamalla tuloksilla tulee toisin sanoen olla vähintään jonkinlaista tutkimuksellista merkityksellisyyttä, eikä kyse saa olla vain itsestäänselvyyksien toistelusta.

Se, mikä on tutkimuksellisesti triviaalia ja mikä ei, on ajallisesti muuntuva asia. Tähtitieteellinen tutkimus, jonka keskeispäätelmänä olisi väite, jonka mukaan maa kiertää aurinkoa eikä suinkaan päinvastoin, loukkaisi näin 2000-luvulla esitettyä tutkimuksellista trivialiteettikieltoa, koska planeettajärjestelmämme aurinkokeskisyyys on ollut yleisesti tunnettu ja tunnustettu tosiasia jo vuosisatojen ajan. Sitä vastoin puolalaisen tähtitieteilijän Nikolaus Kopernikuksen 1500-luvulla esittämänä samainen väite oli kaukana triviaalista, ja se oli itse asiassa jyrkästi ristiriidassa tuon ajan uskonnollisen maailmankuvan kanssa, niin kuin puheissaan ja kirjoituksissaan varomattomat tähtitieteilijät Giordano Bruno ja Galileo Galilei saivat karvaasti kokea.⁶⁵ Myös oikeustieteessä tuttuuden ja tunnettuisuuden kriteerit muuttuvat ajallisesti. Niinpä esimerkiksi Euroopan yhteisöoikeuden ja Euroopan ihmisoikeusnormiston perusteet kuuluvat nykyisin juristitutkinnon perusoppimäärään ja oikeusoppineiden ammatilliseen itseymmärrykseen, eikä kyse ole enää senkaltaisesta ”eksoottisesta” ja oudosta oikeusnormistosta kuin ehkä vielä 1970- ja 1980-luvun suomalaisessa oikeustieteessä.

b) Identtisyyskielto eli identtisen toiston kielto: tutkimuksellinen omaehtoisuus
Identtisyyskielto eli identtisen toiston kielto tarkoittaa, että tieteellisen tutkimuksen tavoitteena on tuottaa uutta tietoa tutkimuksen kohteena olevasta ilmiöstä. Sen toistaminen, minkä joku on jo ehtinyt oikeudesta sanoa tai kirjoittaa, ei täytä vaatimusta tieteellisestä itsenäisyydestä ja tutkimuksellisen tiedonlisän tuottamisesta. H.L.A. Hartin ja Lon L. Fullerin oikeusteoriasta esittämän metodiohjeen voi yleistää kaikkeen tutkimukseen: ”... a book on legal theory ought not to be merely ’a book from which one learns what other books contain’.”⁶⁶ Tekstiskannerin tai kopiokoneen avulla kokoon kyhätyt kirjoitukset, joissa vain toistetaan tutkimukselliseksi esikuvaksi nostetun kirjoituksen keskeisväitteitä, loukkaisivat tutkimuksellisen epäitsenäisyyden eli identtisen toiston kieltoa. Albert Einsteinin kehittämä yleinen ja erityinen suhteellisuusteoria on tunnetusti malliesi-

⁶⁵ Giordano Bruno poltettiin kerettiläisenä roviolla Campo dei Fiorin torilla Roomassa vuonna 1600. Galileo Galilei (1564–1642) joutui inkvisition uhkaamana kieltämään oppinsa, jonka mukaan maa pyörii akselinsa ympäri ja kiertää aurinkoa, mutisten samalla väitetyksi itsekseen: ”E pur si muove.” (”Se pyörii sittenkin.”)

⁶⁶ Hart, *The Concept of Law*, s. VI; Fuller, *The Morality of Law*, s. 95.

merkki huipputason matemaattisesta luonnontieteestä, jonka tutkimuksellinen perusteltavuus on nykytiedon valossa jokseenkin ongelmaton. Jos nyt joku Einsteinista täydellisen tietämätön matemaatikko tai fyysikko esittäisi täysin saman teorian omissa nimissään, häntä pidettäisiin joko kelvottomana huijarina tai traagisena nerona, joka on käyttänyt lahjansa hyödyttömällä tavalla, kun ei ole Einsteinin teoriaa syystä tai toisesta tuntenut.

Trivialiteettikielto ja identtisen toiston kieltö ovat ainoat tutkijan oivaltamisen logiikan rajoitukset. Oivaltamisen *irrationaalisuutta* ei sinänsä ole kielletty, niin kuin John F. Nashin matemaattisen peliteorian oivallusten ja ulkoavaruuden olioiden hänelle lähettämien viestien syntyvän rinnastus osoittaa: henkilökohmainen oivaltamisen prosessi oli Nashin itsensä mukaan kummassakin samanlainen, mutta vain toinen ”oivalluksista” täyttää tiedeyhteisösidonnaisen kontrolloitavuuden kriteerit. Samoin Ludwig Wittgensteinin ajatus kielipeleistä syntyi hänen katsolessaan jalkapallo-ottelua.⁶⁷ Tutkijan ainutkertainen oivaltamisen logiikka voi olla vaikka miten irrationaalista, intuitiivista ja ennakoimattonta tahansa, kunhan se vain on käännettävissä tiedeyhteisösidonnaisen perustelemisen logiikan kielelle. Sitä vastoin täydellisen triviaalien tai aiempien tutkimusten kanssa täysin identtisten tulosten esittely ei täytä tutkimuksellisen oivaltamisen vähimmäiskriteerejä, vaikka tutkimuksellisen perusteltavuuden kriteerit täyttyisivätkin: ruutia, pyörää tai analyyttistä oikeuspositivismia ei kannata keksiä uudelleen, tai ainakaan senkaltainen oivallus ei enää täyttäisi tutkimuksellisen innovatiivisuuden vähimmäisvaatimuksia.

4.2. Tiedeyhteisösidonnainen perustelemisen logiikka: tutkimuksellinen kontrolloitavuus

Tieteellisen metodiopin tiedeyhteisösidonnaisen perusteltavuuden tehtävänä on varmistaa saavutettujen tutkimustulosten julkinen koeteltavuus, joten tältä osin metodiopin viimekätisenä kriteerinä on *tutkimuksellinen kontrolloitavuus*. Ajatus on sama kuin Hartin luonnonoikeuden vähimmäissisällössä (engl.: *minimum content of natural law*) lainsäätäjää ja tuomioistuimia ohjaaviksi teknisiksi normeiksi tulkittuna: jos (tutkijana) tahdot, että saavuttamasi tutkimustulokset täyttävät tutkimuksellisen kontrolloitavuuden kriteerit, niin silloin soveltamasi metodiopin tulee täyttää vähintään seuraavat kriteerit eli tekniset tai ajatukselliset välttämättömyydet.

a) *Idiosynkraattisen yksityisметodin kieltö: yhteisöllinen hyväksyntä*
Moderni oikeus on jo määritelmällisesti yhteisöllinen eli kollektiivinen ilmiö. Se

⁶⁷ Malcolm, *Ludwig Wittgenstein. Muistelmia*, s. 85.

on yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen, *toteutuneiden* ja vallitsevan tuomarinodeologian perusteella myös vastaisuudessa *toteutettavissa* olevien oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuus. Kyse ei (enää) ole ihmisen ja Jumalan välisestä suhteesta, niin kuin keskiajalla Tuomas Akvinolaisen skolastisessa luonnonoikeusopissa. Moderni oikeus ei ole myöskään palautettavissa todellisuuden ilmiöihin itseensä yhteisöllisen asioiden oikean ja luonnollisen järjestyksen (saks.: *Natur der Sache*) merkityksessä, eikä se ole johdettavissa ihmisluonnon muuttumattomista periaatteista, niin kuin yhtäältä antiikin klassisessa luonnonoikeusopissa ja toisaalta uuden ajan rationalistisessa luonnonoikeusopissa katsottiin. Moderni oikeus on keskeisesti tahdonvaltaista oikeutta, joka on luotavissa, muutettavissa, toteutettavissa oikeusvaikutuksiltaan eli pantavissa täytäntöön sekä kumottavissa määrättyjen institutionaalisten toimijoiden, kuten lainsäätäjän ja tuomioistuinten, tekemien määrämuotoisten päätösten eli *institutionaalisten puhetekojen* avulla.⁶⁸ Oikeustieteen metodiopin tulee osaltaan tunnus-taa sanottu yhteiskunnallinen tosiasia.

Moderni oikeus on määritelmällisesti *yhteisöllinen* eli *kollektiivinen* ilmiö. Yksittäinen oikeussääntö on tunnistettavissa voimassa olevaksi oikeussäännöksi vain tuomioistuinten ja muiden viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämän oikeuden tunnistamissäännön (engl.: *rule of recognition*) tai vallitsevan tuomarinodeologian (tansk.: *den normative ideologi der besjæler dommeren*)⁶⁹ käsittämien episteemisten ja metodisten kriteerien avulla. Tanskalainen Alf Ross luonnehti oikeuden kollektiivista, yliyksilöllistä luonnetta seuraavaan tapaan:⁷⁰

”Retten er et socialt, d.v.s. overindividuelte fænomen. I det omfang, den enkelte dommer motiveres af særegen ideosynkrasi, henregnes denne ikke til ‘dansk ret’ – selv om den naturligvis ligefuldt er en faktor der må tages i betragtning af den der er interesseret i at forudkalkulere en konkret retsafgørelse.”

Oikeus rinnastuu tältä osin luonnollisen kielen kollektiiviseen, yliyksilölliseen luonteeseen. Vallitsevan oikeuden tunnistamissäännön tai tuomarinodeologian yhteisöllinen luonne tarkoittaa samalla sitä, ettei yksittäisellä tutkijalla voi olla täydellisen idiosynkraattista, radikaalisti tuomarien ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien sekä muun juristikunnan ammatillisesta itseymmärryksestä poikkeavaa käsitystä voimassa olevan oikeuden identifioitavuuden ehdoista il-

⁶⁸ Tavanomaisoikeudelliset yhteisölliset käytännöt ja institutionaaliset oikeusperiaatteet muodostavat poikkeuksen modernin oikeuden tahdonvaltaiseen konstituoitavuuteen.

⁶⁹ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56.

⁷⁰ Ross, mts. 48–49. – Ross määrittelee ”tuomioistuimen” laajasti, käsittäen paitsi varsinaiset tuomioistuimet myös muut viranomaiset, jotka vastaavat lakien soveltamisesta ja täytäntöönpanosta. Ross, mts. 48, alav. 1. Itse käyttämäni termi, *institutionaaliset lainsoveltajat*, on soveltamisalaltaan vastaavanlainen.

man, että hänen tulkintakannanottonsa rajautuvat oikeudellisen diskurssin ulkopuolelle, esimerkiksi uskonnolliseksi tai runolliseksi puheeksi oikeudesta vailla liittyviä oikeuden yhteiskunnalliseen perustaan. Tutkimuksellisen idiosynkraattisuuden ja ei-yleistettävyyden poissulkevaa sääntöä voi kutsua oikeustieteen tutkijan puhtaasti idiosynkraattisen yksityismetodin kielloksi, ja sellaisena se on Ludwig Wittgensteinin yksityiskielen olemassaolon kieltävän filosofisen argumentin rinnakkaisilmiö. Oikeus on määritelmällisesti sosiaalinen, yliyksilöllinen ilmiö, eivätkä tuomarin puhtaasti idiosynkraattiset ratkaisumotiivit ole osa voimassa olevaa oikeutta, vaikka ne Rossin mukaan pitää ottaa oikeustieteessä huomioon tulevia tuomioistuinratkaisuja koskevia ennusteita laadittaessa.⁷¹

Tieteellinen tutkimus on määrättyssä suhteessa sekä alan tutkimustraditioon että tutkimuksen yleisiin tieteenteoreettisiin määreisiin: oikeuteen ei ole eikä voi olla *näkökulmaa ei-mistään* täydellisen teoria- ja traditiovapaan tutkimuksellisen näkökulman merkityksessä. Tutkimuksellista traditiota ei voi sivuuttaa ilman, että tutkimuksen tieteellinen merkityksellisyys samalla kielletään. Tutkimuksellisen kontrolloitavuuden näkökulmasta arvioituna oikeustieteen metodiopilta ja sen avulla saavutetuilta tuloksilta on voitava edellyttää, ei tiedeyhteisön yksimielistä konsensusta, mutta ainakin jonkinasteista yhteisöllistä hyväksyntää. Viime kädessä tiedeyhteisö arvioi sen, mikä metodinen *credo* kelpuutetaan yhteiseen tieteelliseen työkalupakkiin ja mikä saa jäädä jonkun yksittäisen tutkijan idiosynkraattiseksi uskonkappaleeksi. Antti Kivivuoren *poliittisen oikeustieteen* 1970-luvun alussa esittämä ankara vaatimus lainopin perinteisen tehtävänasettelun hylkäämisestä ja sen korvaamisesta lainsäätäjän, tuomarien ja muiden viranomaisten käyttäytymisen ja käyttäytymismotiivien selittämisellä olisi laajamittaisesti toteutuessaan lakkauttanut modernin lainopin tutkimuksellisen tiedonintressin keskiajan glossaattoreiden ja kommentaattoreiden alulle paneman tekstin tulkintaopin merkityksessä.⁷²

”Omasta puolestani en pysty antamaan Suomen oikeustieteen perinteelliselle kysymykselle – mikä on Suomen voimassa olevan oikeuden kanta tietyssä kysymyksessä? – mielekkään tieteellisen tehtävänasettelun arvoa. Voimme tutkia lainsäätäjän käyttäytymistä, voimme tutkia tuomioistuinten käyttäytymistä, voimme tutkia lakien ja tuomioiden vaikutusta kansalaisten käyttäytymiseen, ja voimme suunnitella käyttäytymisen sääntelyä, mutta juuri muuta emme sitten voikaan. Tutkimustuloksia ei käy millään keinolla laskeminen

⁷¹ Teoksen englanninkielisen käännöslaitoksen mukaan tuomarin ratkaisuharkintaan vaikuttavat ei-oikeudelliset, idiosynkraattiset tekijät ”must be considered by anyone interested in forecasting a concrete legal decision”. Ross, *On Law and Justice*, s. 36. Tanskankielisen alkuperäislaitoksen mukaan senkaltaiset tekijät ”må tages i betragtning”. Termin sanakirjamerkityksen mukaan tämä voi tarkoittaa, että ei-oikeudelliset tekijät joko *täytyy* tai ne *voidaan* ottaa huomioon oikeudellisia ennusteita laadittaessa. Ross, *On ret og retfærdighed*, s. 49.

⁷² Kivivuori, *Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys, I*, s. 26.

yhteen. Tai ehkä olisi parempi sanoa, ettei ole oikeustieteen tehtävä julistaa yli tutkimustulostensa meneviä käyttäytymisneuvoja. Lakitekstin lausetta, komitean virkettä ja tuomioistuimen argumenttia ei voi millään rationaalisella tavalla laskea yhteen ja saada tulokseksi jotakin määrää Suomen voimassa olevaa oikeutta. Voimme vain selittää ja tehdä ymmärrettäväksi lainlaatin tai komitean jäsenen tai tuomarin käyttäytymisen.”

Kivivuoren jyrkkä vaatimus ei kuitenkaan saanut lainopillisen tiedeyhteisön hyväksyntää ja on siten jäänyt varsin lähelle tässä torjuttua tutkijan idiosynkraattista yksityismetodia.⁷³

Esitettyjen oikeudellisten tulkintakannanottojen perustaminen Suomen oikeusjärjestykselle täysin vieraan oikeus- tai yhteiskuntaideologian, kuten marxilaisen, stalinistisen tai fasistisen oikeus- ja yhteiskuntakäsityksen varaan loukkaisi tutkijan idiosynkraattisen yksityismetodin kieltoa puuttuvan yhteisöllisen hyväksynnän ja institutionaalisen tuen perusteella.⁷⁴ Samoin lainopin vallitsevalle doktriinille täysin käänteinen laintulkinta- ja systematisointioppi, jonka mukaan lainsäädännön ja tuomioistuinkäytännön selväsanaisia poikkeuksia tulee lukea johdonmukaisesti oikeudellisina pääsääntöinä,⁷⁵ on metodiopillisesti pulmallinen, jollei muu tiedeyhteisö tue senkaltaista oikeuden tulkinta- ja systematisointimallia. Myös puhe oikeuden *kvasiloogisista* tai *kvasi-etymologisista* käsitteellisistä johdannaisista tai (esimerkiksi) saksankielen alkutermien (saks.: *Urwort*), kuten sanan *Raum*, foneettisen analyysin perusteella tehtävistä päätelmistä on varsin vaikeasti sovitettavissa yhteen tutkimuksellisen kontrolloitavuuden vähimmäisvaatimusten kanssa.⁷⁶

⁷³ 60-vuotispäivähaastattelussaan Antti Kivivuori huomautti: ”Oikeustiede on poliittinen vaikuttaja. Ei pidä mennä fraasien taakse, että oikeuden päätös olisi Suomen voimassa olevan oikeuden kanta, jos kyseessä on eri vaihtoehdoista valittu lain tulkinta.” Haastattelijan tulkinnan mukaan useimmat oikeusoppineet ovat eri mieltä Kivivuoren perin ihmiskeskeisistä teeseistä, mihin Kivivuori oli haastattelussa vastannut luonnehtimalla itseään ”yksinajattelijaksi”. Luonnehdinta ei ole kaukana yllä esitetystä. ”Radikaali pysyy periaatteissaan – Antti Kivivuori 60-vuotias”, Helsingin Sanomat 14.1.2000. Kivivuoren radikaali metodinen näkökulma Häyhän toimittamasta *Minun metodini* -teoksesta valitettavasti puuttuu. Kivivuori otti myös käyttöön termin *poliittinen oikeustiede*, johon edellinen lainauskin osaltaan viittaa. Kivivuori, *Politische Rechtswissenschaft*, *passim*.

⁷⁴ Poliittisella 1970-luvulla tilannetta täytyi ehkä arvioida toisin, koska marxilainen vaihtoehtoinen lainoppi nautti tuolloin ainakin yliopistotutkijoiden keskuudessa suurempaa kannatusta kuin nykyisin, joskaan Suomen oikeusjärjestyksen ideologiset premissit eivät rakentuneet marxilaisten näkökohtien varaan silloinkaan.

⁷⁵ Vrt. Helin, ”Monet on metodit”, s. 311.

⁷⁶ Minkkinen, *Thinking without Desire*, s. 61. – Minkkisen tekstisitaatti (”The *R* forms ... but our *Raum* is a world filled with the tension of the different elements.”) on hänen käännöksensä Carl Schmittin kirjoituksesta ”Raum und Rom – Zur Phonetik des Wortes Raum”, s. 492–493: ”Das *R* bildet vielmehr den aktiven Ansatz, und *M* ist ein am Horizont sich zusammenfügendes, in den Horizont übergehendes Ende. *Raum* ist also kein geschlossener Kreis und kein Bezirk, sondern eine *Welt*, und diese Welt ist kein leerer Raum und ist auch nicht in einem leeren Raum, sondern unser Raum ist eine mit der Spannung verschiedener Elemente erfüllte Welt.”

”*Raum* is a fundamental German word, an *Urwort*. A phonetic analysis reveals that the diphthong ’*au*’ represents the first and the last vowels of the German alphabet, the alpha and the omega, the beginning and the end. But beginning does not enfold in end: ’The *R* forms (...) the active adjunct, and *M* is an end coming together at the horizon, surpassing the horizon. *Raum* is, then, not a closed circle nor a domain but a *world*, and this world is not an empty space, nor is it *in* an empty space, but our *Raum* is a world filled with the tension of the different elements.’”

Tekstikatkelma on kuin parodinen toisinto Michel Foucault’n *Les Mots et les choses* -teoksen johdannosta, jolla tämän teoksen aloitin ja jossa ranskalaisfilosofi siis pohti argentiinalaisen kirjailijan Jorge Luis Borgesin innoittamana sitä, mikä oikein yhdistää sanat ja asiat toisiinsa. Nyt foucault’lainen *äärellisyyden analytiikka* on saanut vaihtua saksankielen alkutermien (saks.: *Urwort*), *Raum* ja *Meer* foneettisesta analyysistä tehtäviin päätelmiin.⁷⁷ Samalla tekstikatkelma havainnollistaa hyvin tutkimuksellisen kontrolloitavuuden ongelmaa: mistä tiedämme, että todellisuus on rakentunut Schmittin ja Minkkisen tarkoittamalla tavalla?

Schmitt huomauttaa, että *Raum* ja *Rom* ovat yksi ja sama sana, ”Ich bin sicher, dass *Raum* und *Rom* dasselbe Wort ist.”⁷⁸ Hän jatkaa foneettista analyysia vertaamalla saksan kielen sanojen *Raum* (= tila) ja *Meer* (= meri) foneettista ilmiä: ”... MEER hat die umgekehrte Stellung der Liquiden *M* und *R* und infolge des Vokales *E* keine volle, sondern eine leere Mitte”.⁷⁹ *Raum* on lisäksi Schmittin mukaan häviämätön (saks.: *unzerstörbar*) ja monitulkintainen suhteessa termiin *Zeit* (= aika). Niinpä *Raum/Zeit* -vastakohtaisuus on voitu mieltää joko niin, että *Raum* viittaa helvettiin ja *Zeit* paratiisiin tai, päinvastoin, että *Raum* viittaa paratiisiin ja *Zeit* helvettiin.⁸⁰ On vaikea nähdä, miksi Schmittin lähinnä moderniin käsiterunouteen rinnastuvat foneettiset spekulatiot tulisi hyväksyä oikeuden filosofisen analyysin teoreettiseksi perustaksi.

Entä mitä tarkoittaa oikeuden eri tasoille sijoittuvien ilmiöiden välillä vallitseva ”olemus-ilmiö -kategorioiden ilmentämä ’ekspressiivinen’ yhteys” Kaarlo Tuorin varhaisessa, perusteiltaan marxilaisessa oikeuden monitasomallissa?^{80a}

b) Mielivaltaisen tai sattumanvaraisen oraakkelimetodin kielto: rationaalinen perusteltavuus

Oikeustiede ei voi perustua yksittäisen tutkijan tai tuomarin ulkoisesti kontrolloimattomaan intuition (engl.: *hunch*),⁸¹ tutkijan tai tuomarin perustelemattomaan ja oraakkelimaiseen ilmoitukseen voimassa olevan oikeuden sisällöstä

⁷⁷ Vrt. myös luku 9.9. ”Kielen ja maailman rajat, I: ’*Oikeus, joka on kuin sementtiä ...*’.”

⁷⁸ Schmitt, ”*Raum und Rom – Zur Phonetik des Wortes Raum*”, s. 491.

⁷⁹ Schmitt, mts. 493.

⁸⁰ Schmitt, mts. 493–494.

^{80a} Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 1, s. 74.

⁸¹ Vrt. Hutcheson, ”The Judgment Intuitive: The Function of the ’Hunch’ in Judicial Decision”, s. 274–288.

(engl.: *oracles of the law*), sattumanvaraiseen ja täysin ennakoimattomaan lantitheittideologiaan (engl.: *coin-tossing rationality*) tahki tutkijan tai tuomarin täydellisen rajoittamattomaan harkinta- tai mielivaltaan, mitä H.L.A. Hart kutsui termillä *the game of scorer's discretion*, viitaten peliin, jota pelattaisiin pelin tuomarin vaikeasti ennakoitavan harkinta- tai mielivallan mukaan pelaajia ja tuomaria yhtäläisesti ja ennakkollisesti velvoittavien sääntöjen sijaan.⁸² Oikeustieteen metodilta, yhtä hyvin kuin sen avulla saaduilta tuloksilta, on edellytettävä *rationaalista perusteltavuutta*. Oikeustieteen metodi – yhtä vähän kuin sen kohde, voimassa oleva oikeus – ei voi myöskään olla tarkoituksellisen epämääräinen, hämära tai mystifioitu, tyyliin ”taivaalla leijuva henkiolento” (engl.: *a brooding omnipresence in the sky*), amerikkalaistuomari Oliver Wendell Holmesin eräässä toisessa yhteydessä käyttämää sanontaa lainatakseni.⁸³ Samasta syystä esimerkiksi erilaiset raudankannon kaltaiset jumalantuomiot eli ordaaliat tai Max Weberin analysoima *khadi*-oikeudenkäyttö eivät sovellu modernin oikeuden ja oikeustieteen metodiseksi perustaksi.

Vanhemmassa oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa tavalliset ”on katsottava” -tyyppiset *näennäispäätelmät* ovat tässä katsannossa ongelmallisia,⁸⁴ samoin kuin kvasiloogiset tai kvasi-etymologiset käsitteistä päättelemiset ja muut vastaavat ajatusoperaatiot. Esimerkkinä ”on katsottava” -päätelmästä on auktoriteettiperustelu, jota Brynolf Honkasalo käytti rikosoikeuden oppikirjassaan:⁸⁵

”Niihin perusteluihin, joita eriävien mielipiteiden tueksi on tuotu, ei tässä voida puuttua, vaan ohjeeksi on otettava se kanta, jolta lainsäätäjämme on katsottava lähteneen. Niin hyvin kosketellun 3 luv. 6 ja 7 §:n kuin julkisoikeudellista hätävarjelua koskevan saman luvun 8 §:n sanamuoto puhuu ratkaisevasti sen seikan puolesta, että lainsäätäjämme on omaksunut ensiksi mainitun käsityskannan mainittujen lainkohtain säännöstelemään hätävarjelu-oikeuteen nähden.”

Honkasalo kiistää Serlachiuksen ja Alasen käsityksen rikosoikeudellisen hätävarjeluun edellyttämästä intressipunninnasta, välittämättä edes toistaa näiden esittämiä perusteluja ja viitaten oman kantansa tueksi vain lain sanamuotoon sekä

⁸² Hart, *The Concept of Law*, s. 138–141. – Toisaalta, jalkapallotuomarilla ei ole velvollisuutta perustella tekemiään ratkaisuja millään tavoin. Esimerkiksi maalin hylkääminen tai pelaajan poistaminen kentältä punaisen kortin nostamisen keinoin eivät edellytä tuomarilta minkäänlaisia perusteluja, mikä antaa mahdollisuuden myös tuomarin mielivaltaisiin ratkaisuihin.

⁸³ ”The common law is not a brooding omnipresence in the sky but the articulate voice of some sovereign or quasi-sovereign that can be identified; although some decisions with which I have disagreed seem to me to have forgotten the fact. It always is the law of some state ...”. Holmes, ”Southern Pacific Co. v. Jensen”, 244 U.S. 205 (1917), *Posner*, toim., *The Essential Holmes*, s. 230.

⁸⁴ ”On katsottava” -argumentaation kritiikistä, Makkonen, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, s. 125, 128–128, 211.

⁸⁵ Honkasalo, *Suomen rikosoikeus. Yleiset opit: Ensimmäinen osa*, s. 153.

omaan lainopilliseen auktoriteettiinsa. Kun kiperässä tulkintatapauksessa säädöksen sanamuoto on jo osoittautunut pulmalliseksi, ei siihen voi tehokkaalla tavalla vedota syyllistymättä samalla loogisessa katsannossa kiellettyyn kehäpäätelmään. On siten ilmeistä, ettei Honkasalon päättely täytä rationaalisen perusteltavuuden vaatimusta. Samoin oikeudellisen päätöksenteon osatekijöiden kvantifiointi eli numeeristaminen ja erilaisten matemaattisten todennäköisyyksimallien soveltaminen oikeudelliseen harkintaan ovat tutkimuksellisen kontrollin ulkopuolella siltä osin kuin päättelyn premissit on johdettu tuomarin tai tutkijan puhtaasti subjektiivisista uskomuksista ulkoisesti todennettavien tosiseikkojen sijaan.

c) Radikaalin metodisen epäjatkuvuuden kielto: ajallinen jatkuvuus ja tutkimuksellinen ennakoitavuus

Oikeustiede ei voi perustua täysin kasuistiseen metodiopilliseen ”kertakäyttö-ideologiaan”, missä kutakin oikeudellista ongelmaa varten kehitetään oma, vain tuohon tapaukseen soveltuva analyysimenetelmä, joka kuluu tai pyyhkiytyy pois sitä kerran käytettäessä (engl.: *a self-effacing method of reading the law*), tai joka ainakin muuntuu siinä määrin tapauksesta toiseen, ettei minkäänlaisesta tutkimuksellisesta jatkuvuudesta voi puhua. Tieteelliseltä metodilta on voitava edellyttää, ei täydellistä ajallista muuntumattomuutta, mutta ainakin jonkinlaista ennakoitavuutta ja jatkuvuutta yhdestä oikeudellisesta ongelmanratkaisu- tai puhe-tilanteesta toiseen. Ajallisesti vakioimattomat tai epävakaaat metodiset instrumentit ovat ongelmallisia tieteellisen metodiopin edellyttämän tutkimuksellisen kontrolloitavuuden näkökulmasta, ja ajatus oikeusperiaatteiden puhtaasti tilannesidonnoisesta ja systeemisesti ei-vakioitavissa olevasta painoarvopunninnasta on varsin lähellä tässä torjuttua metodin radikaalia epäjatkuvuutta. Miten tutkimustulosten kontrolloitavuus ja yleisemmin kansalaisten oikeusturva voidaan taata, jos periaatepunninnan puhtaasti tapauskohtaista lopputulosta ei ole mahdollista mitenkään ennakoita ja kontrolloida?

Moderni oikeus ei ole radikaalin transientti tai epäjatkuva ilmiö, joka sääntelisi kansalaisten yhteiskuntasuhteita vain hetkittäin ja ajallisesti katkonaisella tavalla, esimerkiksi määrätyn oikeusjutun tuomiolauselman julistamishetkeen rajoittuen, vaan oikeutta luonnehtii ainakin tietynasteinen pysyvyys tai kestoisuus yhteiskunnallisia oikeussuhteita ylläpitävänä elementtinä. Toisaalta, moderni oikeus ei ole taaksepäin katsova tai puhtaasti historiallinen ilmiö, jonka eksistentssi rajoittuisi vaikka vain ajatuksellisen yhteiskuntasopimuksen laitimishetkeen, jolloin juristien tehtävänä olisi mahdollistaa paluu tuohon luonnontilaiseen paratiisiin, eikä se myöskään ole eskatologinen ja vain tulevaisuuteen katsova ilmiö, jonka kohdereferenssinä olisi esimerkiksi uskonnollisesti määrittyneen viimeisen tuomion tai täydellisen yhteisöllisen oikeudenmukaisuuden toteutumisen hetki. Oikeus ei siis ole radikaalilla tavalla epäjatkuva ilmiö, vaan se on

ajallisessa katsannossa riittävän pysyvä ilmiö alistuakseen tieto-opillisen *koh-teellistamisen* ja kielellisen *käsitteellistämisen* kohteeksi.

Radikaalin oikeudellisen epäjätkuvuuden torjuminen ei tarkoita, etteivätkö tiettyyn oikeusjärjestykseen kuuluvat oikeusnormit olisi periaatteessa kaikkikin tahdonvaltaisesti muutettavissa tai kumottavissa, kunhan vain voimassa olevan perustuslain vahvistamaa lainsäädäntömenettelyä asianmukaisesti noudatetaan. Modernin oikeuden tahdonvaltainen konstituoitavuus (engl.: *malleability*) on samanlaista kuin tieteellisen kokonaisteorian tai kokonaisen maailmankuvan muuttaminen. Siinä on kyse, filosofi Otto Neurathin osuvaa tieteenfilosofian metaforaa lainatakseni, pikemminkin *laivan korjaamisesta avomerellä* kuin koko tieteellisen ajattelujärjestelmän täydellisestä purkamisesta ja alusta pitäen uudelleen rakentamisesta.⁸⁶ Täydellisen avointa *tabula rasa* -tilannetta ei voi olla oikeudessa yhtä vähän kuin (oikeus)tieteessäkään, vaan omaksutun yhteisöl-lis-kulttuurisen maailmankuvan perusteet sekä omaksutut tieteenteoreettiset si-toumukset rajoittavat aina myös yksittäisen tieteenfilosofin mahdollisia valinto-ja.⁸⁷ Samalla oikeustieteen metodiopin säännöt muistuttavat filosofi Ludwig Wittgensteinin ideaa pelistä, jonka konstitutiivisia sääntöjä saatetaan muuttaa – ja usein myös muutetaan – pelin eli oikeudellisen argumentaatioprosessin aika-na.⁸⁸

d) Metodisen anarkismin kielto: riittävä täsmentyneisyys

Tieteenfilosofi Paul Feyerabendin ehdottama metodinen anarkismi, missä tie-teellisen metodin rajoja ei ole lainkaan ennalta määritelty vaan (miltei) mikä tahansa kelpaa tieteen metodiksi (engl.: *anything goes*), ei täytä tieteellisen kont-rolloitavuuden vaatimusta, vaan tieteelliseltä metodilta on voitava edellyttää vä-hintäänkin jonkinasteista ennakkollista täsmentyneisyyttä tai määräytyneisyyt-tä.⁸⁹ Metodi, jonka täydellisen avoimena sisältönä olisi ”se, mitä tutkijat kulloin-kin tekevät (tai sanovat tekevänsä)”, ei ole riittävän täsmällinen kelvataksen

⁸⁶ Neurath, ”Protokollalauseet”, s. 96: ”*Ei ole olemassa mitään keinoa jolla tieteen lähtökohdaksi voitaisiin ottaa lopullisesti todennetut puhtaat protokollalauseet.* Ei ole olemassa mitään *tabula rasaa*. Olemme kuin merimiehet, joiden on korjattava laivansa avomerellä, vailla mahdollisuutta purkaa se telakalla ja koota se uudelleen parhaista osista. Ainoastaan metafysiikka voi huoletta kadota jäljettömiin. Epätasällisiä ’sanarykelmiä’ on aina jollakin tavalla laivan rakenneosina. Jos epätasällisyys vähenee tiettyssä kohdassa, saattaa se hyvinkin lisääntyä jossakin toisessa kohdas-sa.” (Kursivoinnit Neurathin.) – Protokollalauseet viittavat loogisen positivismiin kirjoituksissa välittömiin havaintolauseisiin. Vrt. myös Morawetz, ”Law as Experience: The Internal Aspect of Law”, s. 212–214.

⁸⁷ Vrt. Wittgenstein, *Varmuudesta, passim*; von Wright, Wittgenstein varmuudesta”, *passim*; ks. myös tämän teoksen luku 9.11. ”Metrin pituudesta”.

⁸⁸ Vrt. Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, § 83 (s. 75). Alkuteos *Philosophische Untersuchun-gen* ilmestyi postuumisti eli Wittgensteinin kuoleman jälkeen vuonna 1953.

⁸⁹ Feyerabend, *Against Method, passim*.

tieteellisen metodiopin perustaksi. Oikeustieteellisen ja etenkin lainopillisen tutkimuksen metodit ja metodiopin säännöt ovat kuitenkin tieteenteoreettisessa katsannossa siinä määrin heikosti jäsentyneitä, että on viisainta puhua vain *metodiopin fragmenteista* eli *metodifragmenteista* yleistettävissä olevien metodisten työvälineiden sijaan. Useat Juha Häyhän toimittaman *Minun metodini* -kirjan teksteistä eivät nähdäkseni täytä muuta kuin väljän *anything goes* -kriteerin.

e) Metodisen nihilismin kieltö: metodin eksistenssi

Oikeudellinen ”metodioppi”, joka täydellisesti kieltää oikeudellisen metodin eksistenssin tai sen tieteenfilosofisen oikeutuksen, ei ymmärrettävästi täytä tieteelliselle metodiopille asetettuja vaatimuksia: jos ei ole metodia, ei voi olla metodioppiakaan. Metodinen nihilismi tai äärimmäinen metodinen skepsis on metodisen anarkismin käänteisilmio: edellisessä mikään ei täytä metodille asetettuja vaatimuksia, kun taas jälkimmäisessä (miltei) mikä tahansa kelpaa oikeustieteen metodiksi Paul Feyerabendin tarkoittamalla tavalla. Lähellä metodista nihilismia on näkemys, joka täydellisesti kieltää oikeudellisen oppitradition merkityksen tai oikeutuksen asiallisesti vanhentuneena, virheellisenä tai muutoin tutkimuksellisesti merkityksettömänä. Oikeuteen ei ole *näkökulmaa ei-mistäään*, eikä oikeustieteellinen tutkimus, yhtä vähän kuin mikään muukaan tieteellinen tutkimus, voi alkaa mistään ajatuksellisesta ”nollapisteestä” tai *tabula rasa* -tilanteesta, missä yksittäinen tutkija voisi määritellä soveltamansa käsitteistön ja niiden väliset suhteet, tutkimuskohdetta määrittävät konstituutiosäännöt, institutionaaliset tai muut oikeuslähteet, oikeudellisen metodiopin päättelysäännöt tai muut tutkimukselliset arviointikriteerit vallitsevasta oppitraditiosta välittämättä tai siitä täysin irrallaan. Tutkimus on aina määrättyssä suhteessa oppitraditioon joko sen uusintamisen tai riitauttamisen merkityksessä.

Käsitys, joka kieltää *oikeuden* itsenäisen eksistenssin, kieltää samalla oikeustieteellisen metodin oikeutuksen: jos ei ole kohdetta, ei voi olla sitä tutkivaa metodiakaan. Jos tutkija palauttaa oikeudelliset ongelmat täydellisesti esimerkiksi poliittisiksi kysymyksiksi Yhdysvaltain *Critical Legal Studies* -liikkeen tavoin, ei voi olla myöskään oikeudellista metodioppia, joka tuota ineksisistenttiä oikeutta tutkisi.⁹⁰ CLS-liikkeen kanta on samalla lähellä suomalaisen 1970-luvun oikeustieteen vahvaa metodista reduktionismia Antti Kivivuoren käyttäytymistieteellisen, Esko Riepuhan oikeussosiologisen tai Antero Jyrängin politologisen tutkimustavan merkityksessä. Onnistuessaan heidän kannattamansa teesi lainopin muuttamisesta empiiriseksi yhteiskuntatieteeksi olisi merkinnyt lainopin tulkinnallisen tiedonintressin ja metodin lakkauttamista.

⁹⁰ Vrt. Unger, *False Necessity*, s. 1: ”*False Necessity* (...) carries to extremes the thesis that everything in society is politics, mere politics, and then draws out of this seemingly negativistic and paradoxical idea a detailed understanding of social life.”

Martti Koskenniemen *Minun metodini* -kirjassa esittämä käsitys oikeustieteen metodista on mielenkiintoisella tavalla kaksitulkintainen. Hänen tutkimuksellisen itserefleksionsa ”Tyyli metodina”⁹¹ voi lukea joko suorasukaisen metodisen nihilismin *credona* tai, mikä lieene oikeampi tulkinta, viittauksena oikeudellisen argumentaation kulloisestakin kontekstista johdettavien yhteisöllisten ja kulttuuristen *konventioiden* merkitykseen: kansainvälisen tuomioistuimen edellyttämä muodollis-juridinen tyyli on varsin erilainen kuin se, minkä akateeminen yliopistoyhteisö jäsenilleen sallii esimerkiksi *Critical Legal Studies* -henkisen oikeudellisen dekonstruktion merkityksessä. Vaikka Koskenniemi toteaa, miten metodi ”tyylinä kirjoittaa tai puhua” on juristiyhteisöä koossapitävä ja juristien ammatillista identiteettiä rakentava tekijä,⁹² sanotunlainen ”metodioppi” ei täytä ainakaan oikeudellisen argumentaation yleistettävyydelle asetettavia vaatimuksia, joita Chaim Perelman on uusretoriikan kirjoituksissaan jäsentänyt.⁹³ Samoin oikeudellisen metodiopin keskeiskysymys eli se, *millaista oikeussääntöjen systematisointia ja tulkintaa sekä millaista oikeusperiaatteiden punnintaa*, jää nytkin vaille vastausta. Toisaalta Koskenniemi hyödyntää *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument* -teoksessaan amerikkalaisen *Critical Legal Studies* -liikkeen mukaista käsitystä dekonstruktiosta erilaiset käsitteelliset binäärioppositiot kääntävänä ajatuksellisena operaationa, mikä tutkimuksellinen lähestymistapa, vaikka pyrkiikin osoittamaan oikeudelliset käsitte-kategoriat riittämättömiksi oikeudelliselle ratkaisun teolle, on varsin kaukana *metodiopillisesta* nihilismistä.⁹⁴

f) Totaalireduktion kielto eli immanentin, täydellisen kohdereduktiivisen ja käsitteellistä identiteettiä vailla olevan metodin kielto: käsitteellinen identiteetti ja identifioitavuus

Tutkijan ajatukselliset työvälineet, jotka ovat onttilta, episteemiseltä, metodiselta tai käsitteelliseltä statukseltaan niin heikkoja, ettei niitä voi käsitteellisesti

⁹¹ Koskenniemi, ”Tyyli metodina”, s. 173–188. – Lars D. Erikssonin kanta on myös kiinnostavalla tavalla kaksitulkintainen, Eriksson, ”Mina metoder”, s. 56: ”För att vara sanningsenlig har jag aldrig haft en Metod. Det oaktat har metodproblemen alltid varit de problem som intresserat mig mest och som upptagit den största delen av min yrkesverksamhet.” – Erikssonin pohdinta lieene tulkittavissa pikemminkin osoituksena oikeustieteen metodisen ohuuden tai epävarmuuden tiedostamisesta kuin varsinaisesta metodiopillisesta nihilismistä.

⁹² Koskenniemi, ”Tyyli metodina”, s. 185.

⁹³ Perelman & Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'Argumentation. La nouvelle Rhétorique*.

⁹⁴ Binäärioppositiot systemaattisesti kääntävä metodinen tulkinta dekonstruktiosta on samalla varsin kaukana manner-Euroopassa omaksutusta filosofisemmin määritellystä dekonstruktiosta. Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 22–29; Minkinen, *Thinking without Desire*, s. 1–2; Gasché, *The Tain of the Mirror*, s. 2–3. Vrt. myös Derridan oma arvio: ”Deconstruction is not a method and cannot be transformed into one.” Derrida, ”Letter to A Japanese Friend”, s. 3.

lainkaan erottaa tutkimuskohteesta eli metodin kohdereferenssistä vaan ovat siihen täydellisesti yksi – yhteen palautettavissa, eivät täytä tutkimuksellisen kontrolloitavuuden vaatimusta puuttuvan käsitteellisen identiteetin vuoksi. Tilanne on analoginen H.L.A. Hartin oikeuden tunnistamissäännön (engl.: *rule of recognition*) itsensä ontologisen ja epistemologisen statuksen määrittelyn kanssa. Käsitteellisen kahtiajaon *normi/fakta*, *sääntö/säännönmukaisuus* tai *oikeudellinen pätevyys/tosiasiallinen tehokkuus* edellyttämä viimekätinen kriteeri, kuten Hartin tunnistamissääntö, ei voi itse olla pätevä (oikeus)sääntö, niin kuin Hart itsekin myönsi,⁹⁵ koska tällöin joutuisimme olettamaan jo ennalta tunnetuksi sen, mikä sanotun kriteerin avulla vasta johdetaan oikeus/ei-oikeus differentiaation perustamisen merkityksessä. Mutta jos oikeuden viimekätistä tunnistamissääntöä ei voi tunnistaa muutoin kuin viittaamalla *ex post facto* tuomioistuinten ja muiden viranomaisten väitetysti yhdenmukaiseen voimassa olevien oikeussääntöjen tai yleisemmin velvoittavien oikeuslähteiden tunnistamiskäytäntöön,⁹⁶ on kyse loogisen päättelyn kehästä, joka muistuttaa läheisesti argentiinalaisen kirjailijan Jorge Luis Borgesin novellin ”Del rigor en la ciencia” keisarillisten kartanpiirtäjien kohtaamaa pulmaa tieteellisen kuvauksen tarkkuudesta.⁹⁷

”... kartanpiirtämisen taito saavutti tuossa keisarikunnassa sellaisen täydellisyys, että yksittäisen maakunnan kartta peitti kokonaisen kaupungin sekä keisarikunnan kartta kokonaisen maakunnan. Ajan myötä näitä suunnattomia karttoja alettiin pitää riittämättöminä, joten kartografiset kollegiot valmistsivat lopulta kartan, joka oli saman kokoinen kuin keisarikunta ja vastasi sitä täydellisesti ...”

⁹⁵ ”We only need the word ‘validity’, and commonly only use it, to answer questions which arise *within* a system of rules where the status of a rule as a member of the system depends on its satisfying certain criteria provided by the rule of recognition. No such question can arise as to the validity of the very rule of recognition which provides the criteria; *it can neither be valid nor invalid but is simply accepted* as appropriate for use in this way.” Hart, *The Concept of Law*, s. 105–106 (jälkimmäinen kursivointi lisätty).

⁹⁶ Hart, *The Concept of Law*, s. 245 (alav. s. 97).

⁹⁷ Borges, ”Del rigor en la ciencia”, s. 143: ”... En aquel Imperio, el Arte de la Cartografía logró tal Perfección que el mapa de una sola Provincia ocupaba toda una Ciudad, y el mapa del Imperio, toda una Provincia. Con el tiempo, esos Mapas Desmesurados no satisficieron y los Colegios de Cartógrafos levantaron un Mapa del Imperio, que tenía el tamaño del Imperio y coincidía puntualmente con él.” (Käännös on allekirjoittaneen.) – Vrt. Borges, ”On Exactitude in Science”, s. 131: ”In that Empire, the craft of Cartography attained such Perfection that the Map of a Single province covered the space of an entire City, and the Map of the Empire itself an entire Province. In the course of Time, these Extensive maps were found somehow wanting, and so the College of Cartographers evolved A Map of the Empire that was of the same Scale as the Empire and that coincided with it point for point.”

Aivan kuten Borgesin fiktiivisten kartanpiirtäjien tieteellisen eksaktiuden hui-pentuma eli kartta, joka oli täysin identtinen kuvauskohteensa eli keisarikunnan topografian kanssa, oikeuden tunnistamissääntö, jota ei voi käsitteellisesti erot-taa sen *kohdereferenssistä*, on vailla omaehtoista käsitteellistä identiteettiä ja sulautuu yhteen vallitsevan tuomioistuinkäytännön kanssa. Sama pätee mihin tahansa oikeudellisen analyysin metodiseen työvälineeseen, jota ei voi käsitteel-lisesti erottaa sen kohdereferenssistä eli voimassa olevasta oikeudesta, vallitse-vasta oikeuskäytännöstä tai oikeudellisesta argumentaatiosta.

g) Äärimmäisen kompleksisen tutkimusmetodin kielto: tutkimuksellinen yleiskat-sauksellisuus ja "haltuunotettavuus"

Tutkimusmetodi, jonka systemaattinen esittely täyttäisi kokonaisia kirjastoja ja jonka tutkimuksellinen haltuunotto edellyttäisi vuosikymmenien tai kokonaisen ihmisiän kestävän perehtymisen, ei ymmärrettävästi täytä tutkimuksellisen kont-rolloitavuuden vaatimusta.⁹⁸ Oikeustieteen tutkimusmetodilta tai -metodeilta on voitava edellyttää ainakin jonkinlaista *yleiskatsauksellisuutta*, tutkimuksellista *haltuunotettavuutta* tai, termin heikossa merkityksessä, *operationalisoitavuutta*, jotta se olisi tutkimuksellisesti kontrolloitavissa.

Metodiopin vähimmäisvaatimukset käsittävät siis (ainakin) seitsemän tutki-muksellisen kontrolloitavuuden vaatimuksesta johdettua kriteeriä:

- (a) *idiosynkraattisen yksityismetodin kielto: yhteisöllinen hyväksyntä,*
- (b) *mielivaltaisen tai sattumanvaraisen oraakkelimetodin kielto: rationaali-nen perusteltavuus,*
- (c) *metodisen epäjatkuvuuden kielto: ajallinen jatkuvuus ja tutkimuksellinen ennakoitavuus,*
- (d) *metodisen anarkismin kielto: riittävä täsmentyneisyys,*
- (e) *metodisen nihilismin kielto: metodin edellytetty eksistenssi,*
- (f) *metodisen totaalireduktion eli immanentin, täydellisen reduktiivisen ja kä-sitteellistä identiteettiä vailla olevan metodin kielto: metodin käsitteelli-nen identiteetti, ja*
- (g) *äärimmäisen kompleksisen tutkimusmetodin kielto: tutkimuksellinen mää-ritettävyyys, "haltuunotettavuus".*

Kyse on siinä merkityksessä heikosta metodikriteerien joukosta, että ne eivät varsinaisesti määrittele tutkimusmetodin positiivista sisältöä vaan ainoastaan käänteisesti rajaavat tietynlaiset ilmiöt tieteen ulkopuolelle: (a) tutkijan puhtaasti idiosynkraattisen ja ei-yleistettävissä olevan yksityismetodin, (b) mielivaltaisen

⁹⁸ Toisin voi olla asian laita esimerkiksi zen-buddhistisen filosofian tai yleisemmin elämänfiloso-fian tahi uskonnon ymmärtämisessä, jonka käsittämiseen ihmisikä voi hyvinkin olla liian lyhyt.

tai satunnaisen oraakkeli- tai lantinheittometodin, joka ei ole mitenkään rationaalisesti perusteltavissa, (c) metodisen kertakäyttöideologian tai muun metodin radikaalin ajallisen epäjatkuvuuden, (d) *anything goes* -tyyppisen metodiopillisen anarkismin (à la Paul Feyerabend), (e) metodisen nihilismin, (f) metodisen totaalireduktion eli metodin yksi – yhteen -palautettavuuden sen tutkimukselliseen kohdereferenssiin sekä (g) äärimmäisen kompleksisen, tutkimuksellisesti ei-haltuunotettavissa olevan metodin. Sanotunlaisten metodisääntöjen painopiste on toisin sanoen sillä, mitä yhteisöllisesti kontrolloitavissa oleva tutkimusmetodi ei voi olla, metodin varsinaisen sisällöllisen määrittelyn sijaan. Kyse ei myöskään ole oikeustieteen metodiopin intuitiivis-apriorisesta määrittelystä, mikä loukkaisi nyt puheena olevien sääntöjen itsensä perustelemaa ideaa vastaan, vaan ainoastaan *tekniseksi normiksi* käsitetyn tutkimuksellisen kontrolloitavuuden ideasta johdetusta sääntöjoukosta. Puhe metodin käsitteellisistä vähimmäiskriteereistä tulee ymmärtää sanotussa merkityksessä, ei esimerkiksi viittauksena oikeusfenomenologian tarkoittamiin intuitiivis-apriorisiin totuuksiin tai oikeuden käsitteellisiin välttämättömyyksiin.

Edellytetty *yhteisöllisyys* eli kollektiivisuus yhdistää oikeuden ontologian konstituutiosääntöjä, oikeudellisen tieto-opin tunnistamissääntöä, oikeudellisen metodiopin tulkintasääntöjä sekä oikeudellisen lingvistiikan loogis-syntaktisia ja semanttisia artikulaatiosääntöjä. Tiedeyhteisö viime kädessä päättää, mikä hyväksytään (oikeus)tieteeksi ja mikä rajataan tieteen ulkopuolelle irratiionaalisena taikauskona, mystiikkana tai muuna ei-tieteenä. Myös tieteellinen muutos on syvällisesti tiedeyhteisösidonnainen ilmiö. Tutkijan idiosynkraattisen yksityismetodin tai muutoin ei-kontrolloitavissa olevan metodin kielto ei tarkoita tutkimuksellisen *status quon* tai vallitsevan oikeudellisen tietomuodon jähmettämistä kaiken vastaisen tutkimuksen staattiseksi ja muuttumattomaksi malliksi, vaan ainoastaan sitä, että uudenlaisen tieteellisen metodin hyväksyminen tai hylkääminen tapahtuu aina vasta tietyn ajallisen viiveen jälkeen ja tiedeyhteisön (enimmäkseen hiljaisesti) itselleen asettamia arviointikriteerejä soveltaen. Rajapinta tutkijan idiosynkraattisen yksityismetodin ja yhteisöllisen hyväksynnän saaneen tieteellisen metodin välillä saattaa myös olla liukuva ja ajallisesti muuntuva. Tiede rakentuu aina olemassa olevan tradition varaan, ja usein yksittäisillä tutkimuksellisilla oivalluksilla on joukko ajallisia edeltäjiä varhaisemmalla ajalla. Esimerkiksi Galilein tieteellistä empirismää edelsi joukko Roger Baconin kaltaisia myöhäiskeskiajan varhaisempiristejä tai esiempiristejä. Se, mikä alkoi eräänlaisena harhaoppina vallitsevan, vahvasti auktoriteettisidonnaisen ja tekstilähtöisen tieteen katveessa myöhäiskeskiajalla, sai tieteellisen tunnustuksen vasta vähitellen uudella ajalla.

Galilein yhteydessä voi tietenkin puhua kuhnilaisittain *tieteellisestä vallankumouksesta* tai, Michel Foucault'n tiedonarkeologian terminologiaa käyttäen, länsimaista ajattelua jäsentävän *historiallisen a priorin* eli yhteisöllis-kulttuurisesti

määräytyneiden tieto-opillisten ja lingvistic-käsitteellisten ennakkoehto-
jen äkilisistä *katkoksesta* tai *murtumasta* (ransk.: *rupture*). Luonnontieteistä johdetun
kuhnilaisen ajattelutavan soveltaminen teksti-, merkitys- ja tulkintasidonnaiseen
lainoppiin on yhtä kaikki pulmallista: *analyttisen oikeusrealismin* ja *institutio-
naalisen oikeuspositivismin* tieteenteoreettisten premissien vallitessa lainopin
tuottamat oikeudelliset tulkinta- ja systematisointilauseet sekä oikeusperiaattei-
den punnintalauseet viittaavat oikeuteen *toteutuneiden* sekä vallitsevan tuoma-
rinideologian eli tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien
kollektiivisesti omaksuman oikeuslähdeopin ja oikeudellisten argumentaatio-
mallien kokonaisuuden valossa myös tulevaisuudessa todennäköisesti *toteutetta-
vissa* olevien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja vel-
vollisuuksien kokonaisuutena. Lainoppia rasittaa tutkimuksellinen hajanaisuus,
mitä sen tutkimuskohdetta, tiedonintressiä ja metodioppia koskeva syvälinen
erimielisyys osaltaan ilmentää.

Oikeus on *radikaalisti tulkinnanvarainen yhteiskunnallinen käytäntö*, jossa
tulkinnat tuon yhteiskunnallisen käytännön tarkemmasta määrittelystä sekä siitä
tehtävät tutkimukselliset päätelmät vaihtelevat merkittävästi tutkijakohtaisesti.
Tutkimuskohteen ohella lainopin muistakaan tieteenteoreettista sidonnaisuus-
ta ei vallitse tiedeyhteisössä yksimielisyyttä, vaan suomalainen lainoppi hajoaa
lukuisten toistensa kanssa kilpailevien *tulkintamatriisien* kirjoksi, niin kuin pe-
rustelen lähemmin luvussa 8, ”Lainopin tulkintamatriisit”. Vallitsevan tieteenala-
kohtaisen (tulkinta)matriisin identiteetin heikkouden vuoksi myöskään tieteelli-
sen anomalian, tieteellisen edistyksen, tieteellisen vallankumouksen ja tutki-
muksellisen paradigmanmuutokset käsitteet eivät sellaisenaan sovellu lain-
oppiin.

Lainopin tuottamien tutkimustulosten kontrolloitavuudessa on siten kyse ar-
viosta, jonka taustalla vaikuttavat yhtäältä *tieteellisen metodin yleiset vähim-
mäiskriteerit* tutkimuksellisesta trivialiteettikiellosta ja idiosynkraattisen yksi-
tyismetodin kiellosta äärimmäisen kompleksisen tutkimusmetodin kieltoon sekä
metodin totaalisen kohdereduktion kieltoon, toisaalta lainopin *tieteenkuvan ylei-
set määreet* tutkimuksen ontologisten, epistemologisten, metodologisten ja loo-
gis-lingvististen sitoumusten merkityksessä. Lainopin tieteenteoreettiset sitou-
mukset ovat tiivistettävissä sovellettavan oikeudellisen *tulkintakehyksen* tai, oi-
keusperiaatteiden osalta, *punnintakehyksen* ideaan, jolloin ehdotettua oikeus-
sääntöjen tulkintaa tai oikeusperiaatteiden punnintaa arvioidaan käyttäen vertai-
lukohtana esimerkiksi institutionaalisten lainsoveltajien ratkaisukäytännössä to-
siasiallisesti toteutunutta ja myös vastaisuudessa toteutettavissa olevaa oikeutta
sekä teknistä oikeusasema-analyysiä (= analyttinen oikeustiede), parasta eli
koherenteinta mahdollista oikeudellista kokonaisteoriaa ja oikeudellista eheyttä
Ronald Dworkinin oikeusperiaatekeskeisen oikeusteorian merkityksessä (= oi-
keusperiaatteiden punnintamalli), heikomman sopijapuolen suojaintressiä (= so-

siaalinen siviilioikeus), yhteiskunnallista tasa-arvoa sekä naisten tai jonkin muun yhteiskuntaryhmän erityisintressien toteuttamista (= naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvo) tai vallitsevan perusoikeusjärjestelmän käsittämien perusoikeuksien suojan toteutumista (= perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi).

Vaikka lainoppi on metodisesti ohut ja heikosti jäsentynyt tieteenala, täydellisen arvoneutraali ”monet on metodit” -tyyppinen *metodinen synkretismi* ei vastaa oikeustieteellisen tiedeyhteisön käsitystä oikeuden eri analyysimenetelmien keskinäisestä paremmuudesta. Eri tulkintamatriisit arvottavat erilaisia yhteiskunnallisia näkökohtia eri tavoin, ja nämä arvostuksenvaraiset määreet päätyvät osaksi oikeussääntöjen tulkintaa ja systematisointia sekä oikeusperiaatteiden punnintaa omaksutun tulkintakehyksen eli lainopillisen tulkintamatriisin hyväksymien tieteenteoreettisten sitoumusten tarkoittamalla tavalla. Tutkimuksellisen kontrolloitavuuden näkökulmasta arvioiden oikeudellisen analyysin eri työvälineiden keskinäinen paremmuus määräytyy niiden suhteellisen *ongelmanratkaisukyvyyn* ja tutkimuksellisen *muuntuvuuden* perusteella: ratkaisevaa on määrätyn oikeudellisen *metodifragmentin* avulla saavutettujen tai saavutettavissa olevien tutkimustulosten hyväksyntä oikeustieteellisessä tiedeyhteisössä sekä sen yleistettävissä oleva, yksittäisen analyysikontekstin ylittävä soveltuvuus useamman kuin yhden(laisen) oikeudellisen ongelman jäsentämiseen.

Väite, jonka mukaan oikeuteen ei ole *näkökulmaa ei-mistään*, pätee tietenkin myös nyt käsillä olevaan tutkimukseen: tässä luonnostellut oikeustieteellisen metodiopin vähimmäiskriteerit ovat lähempänä englantilaisen ja pohjoismaisen *analyttisen filosofian* sekä osin ranskalaisen *filosofisen dekonstruktion* metodisia lähtökohtia kuin manner-eurooppalaisen *fenomenologian*, *hermeneutiikan*, *marxilaisen* oikeus- ja yhteiskuntafilosofian, *feministisen* oikeus- ja yhteiskuntafilosofian, filosofisen *eksistentiaalismin* tai aristotelis-uustomistisen *luonnon-oikeusfilosofian* perusnäkemymiä. Jos tieteenfilosofinen lähtökohta olisi valittu toisin, myös oikeudellisen metodiopin säännöt ja niiden edellyttämät ajatukselliset välttämättömyydet olisivat ymmärrettävästi varsin erilaiset.

4.3. Yhteenveto oivaltamisen logiikan ja perustelemisen logiikan vähimmäiskriteereistä

Kokoavasti tutkijan oivaltamisen logiikka ja tutkimuksellisen generoitavuuden kriteerit sekä tiedeyhteisösidonnainen perustelemisen logiikka ja tutkimuksellisen kontrolloitavuuden kriteerit voidaan esittää seuraavasti:

Tutkimuksellinen generoitavuus:

Trivialiteettikielto:

tutkimuksellinen merkityksellisyys

Identtisyyskielto:

tutkimuksellinen omaehtoisuus

Tutkimuksellinen kontrolloitavuus:

Idiosynkraattisen yksityismetodin kielto:

yhteisöllinen hyväksyntä

Radikaalin ajallisen epäjatkuvuuden kielto:

ajallinen jatkuvuus, ennakoitavuus

Sattumanvaraisen oraakkelimetodin kielto:

rationaalinen perusteltavuus

Methodisen anarkismin kielto:

riittävä täsmentyneisyys

Methodisen nihilismin kielto:

metodin edellytetty eksistenssi

Metodin totaalisen kohdereduktion kielto:

tutkimuksellinen identiteetti

Äärimmäisen kompleksisen metodin kielto:

tutkimuksellinen määritettävyyys

= Oivaltamisen logiikka
(engl.: *logic of discovery*)

= Perustelemisen logiikka
(engl.: *logic of justification*)

Tutkimuksellista *generoitavuutta* eli tutkimuksellisen tiedonlisan tuottamista määrittävät yhtäältä tutkimuksellinen *trivialiteettikielto*, joka kieltää tutkijaa esittämästä täydellisen merkityksettömiä tai itsestäänselviä tutkimustuloksia tieteenä kontribuutiona, ja toisaalta *identtisyyskielto* eli *identtisen toiston kielto*, joka kieltää täydellisen epäitsenäisen tutkimuksellisen jäljittelyn. Sitä vastoin esimerkiksi täydellisen *irrationaalista* oivaltamisen metodia tutkimuksellisen generoitavuuden vaatimus ei sinänsä kiellä, kunhan siten saavutetut tutkimustulokset vain ovat käännettävissä tiedeyhteisösidonnaisen perusteltavuuden ja toistettavuuden kielelle.

Tutkimuksellista *kontrolloitavuutta* määrittävät (a) *yksityismetodin kielto*, joka kieltää puhtaasti idiosynkraattisen yksityismetodin oikeutuksen ja edellyttää sovellettavalta tutkimusmetodilta yhteisöllistä hyväksyntää ja sen suhteuttamista sekä tieteenalakohtaiseen traditioon että yleisiin tieteenteoreettisiin kriteereihin, (b) *radikaalin epäjatkuvuuden kielto*, joka kieltää tutkimusmetodin täy-

dellisen ennakoimattomuuden eli ”kertakäyttömetodin” oikeutuksen, (c) *sattumanvaraisen oraakkelimetodin kielto*, joka kieltää rationaalisen perusteltavuuden ulottumattomissa olevat tutkimusmenetelmät, (d) *metodisen anarkismin kielto*, joka kieltää täydellisen täsmentämättömän tai epämääräisen tutkimusmetodin tieteenteoreettisen oikeutuksen, (e) *metodisen nihilismin kielto*, joka kieltää senkaltaisen väitteen tieteenteoreettisen oikeutuksen, jonka mukaan tieteellistä tutkimusta voisi tehdä ilman minkäänlaista metodologiaa,⁹⁹ (f) *äärimmäisen kompleksisen metodin kielto*, joka kieltää ei-määritettävissä olevan tutkimusmetodin oikeutuksen, sekä (g) *metodisen totaalireduktion kielto*, joka kieltää metodin täydellisen redusoitavuuden sen kohdereferenssiin eli varsinaiseen tutkimuskohteeseen.

Tutkimuksellisen generoitavuuden vähimmäiskriteerit määrittävät tutkijan ainutkertaista *oivaltamisen logiikkaa*, ja tutkimuksellisen kontrolloitavuuden vähimmäiskriteerit määrittävät tiedeyhteisösidonnaista *perustelemisen logiikkaa*. Yhdessä ne määrittävät ajatukselliset koordinaatit, joiden varaan tieteellinen metodologia jäsenyy. Ilman tutkijan ainutkertaista oivaltamisen logiikkaa ja tutkimuksellista generoitavuutta tiede jähmettyisi paikoilleen, kerran kanonisoitujen ja lopullisten totuuksien toistamiseksi. Toisaalta, ilman tiedeyhteisösidonnaista perustelemisen logiikkaa ja tutkimuksellista kontrolloitavuutta tiede jäisi yksittäisten tutkijoiden solipsistiseksi ja hermeettiseksi yksityisajatteluksi, ilman mahdollisuutta kommunikoida saavutettuja tuloksia muille tiedeyhteisön jäsenille.

5. LAINOPIN METODI

5.1. Tradition merkitys

Tutkijan oivaltamisen logiikan ja tiedeyhteisösidonnaisen perustelemisen logiikan keskinäinen suhde voi vaihdella – ja se myös vaihtelee – tieteenaloittain. Humanistisissa tulkintatieteissä ja etenkin institutionaalsiin oikeuslähteisiin ja niistä johdettavissa oleviin oikeudellisiin tulkinta- ja ratkaisuperusteisiin sidottussa lainopissa traditiosidonnaisen perustelemisen logiikan painoarvo on suurempi kuin oikeuden ihmis- tai yhteiskuntatieteellisessä analyysissä, joka arvioi oikeutta ja oikeudellisia ilmiöitä yhtäältä ihmismielen mentaalis-tajunnallisten tai alitajuntaa jäsentävien lainalaisuuksien sekä toisaalta yhteiskunnallisten vaikutusten ja vaikutussuhteiden valossa. Lainoppi on oppineiden *reunahuomautusten taitoa* eli lakitekstin ja muiden kirjallisessa muodossa annettujen oikeusläh-

⁹⁹ Koska ei – *per definitionem* – voi olla tieteellistä tutkimusta ilman tutkimusmetodia, ei tutkimusmetodin olemassaoloa voi kieltää kieltämättä samalla koko tutkimuksen tieteenteoreettista oikeutusta.

teiden muodostaman *kohdetekstin* sekä sitä tulkitsevan ja systematisoivan *kommentaaritekstin* kokonaisuus, jonka tutkimuksellisenä esikuvana on keskiajan glossaattorien, kommentaattorien ja dekretalistien eli kanonistien tutkimukselliset käytännöt. Kyse on siis kahden tekstin muodostamasta kokonaisuudesta, jossa lainopillinen kommentaariteksti tulkitsee, selittää ja yhtenäistää kohdetekstiä eli tulkinnan kohteena olevaa lakitekstiä ja muuta institutionaalista oikeuslähdeaineistoa.

Meillä Markku Helin on voimakkaasti korostanut oikeuden ”esoteeristen” konstitutiivisten sääntöjen vahvistamisen ja tradition ylläpitämisen merkitystä lainopissa:¹⁰⁰

”Kun alakohtaiseen eliittiin on lunastettu pääsy, lainoppinut voi suorittaa varsinaisen elämäntyönsä. Tehtävänä on huolehtiminen oman alansa tradition säilymisestä ja kehittämisestä. Tutkija toisin sanoen uusintaa eli toistaa alansa konstitutiivisia sääntöjä, eksplikoi, täsmentää ja parhaassa tapauksessa muuntaakin niitä. Että myös säännön toistaminen on arvokasta toimintaa, on helppoa ymmärtää, kun muistetaan, että säännön olemassaolo tarkoittaa alakohtaisen eliitin suhteellista yksimielisyyttä ja että tuo yksimielisyys on normaalisti haettava esiin kirjallisista lähteistä. Konstitutiivisten sääntöjen esoteerisen luonteen vuoksi tarvitaan tradition kannattelemista, sen vahvistamista, että jokin sääntö on edelleen voimassa olevaa oikeutta. *Suuri osa lainopillisten esitysten sisällöstä onkin sen toistamista, mitä muut ovat aiemmin sanoneet, ja niin täytyy ollakin. Tradition päälle voi sitten rakentaa vähän omaa.*”

Helinin käsitys oikeudesta alakohtaisen eliitin suhteellisen yksimielisyyden kannattelemana ilmiönä on varsin lähellä tanskalaisen Knud Illumin oikeuskäsitystä.¹⁰¹

Heliniä seuraten lienee lupa päätellä, että tutkijan ainutkertaisten *heureka!*-oivallusten paikka on ainakin tavallisesti muualla kuin traditiosidonnaisessa tulkintalainopissa eli pikemminkin teoreettisen lainopin, oikeusteorian ja oikeusfilosofian pohdintoissa tai oikeutta erilaisten ihmis- ja yhteiskuntakuntatieteiden arviointikriteerien ja tutkimusmenetelmien avulla lähestyvillä tieteenaloilla kuin tulkintajuridiikan oikeudellista oppitraditiota uusintavissa käytännöissä.¹⁰² Lainoppi osana juristikunnan ammatillista kulttuuria edustaa, Kaarlo Tuorin osuvaa

¹⁰⁰ Helin, ”Kieli oikeustodellisuuden rakentajana”, s. 1035 (kursivointi lisätty).

¹⁰¹ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 177–181. – Myös Kaarlo Tuori korostaa ammatillisesti eriytyneen lakimiesprofession merkitystä oikeutta systematisointi- ja tulkintalauseiden avulla osaltaan tuottavana ja uusintavana tekijänä. Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 178–202.

¹⁰² Vrt. kuitenkin edellä, luvussa 3.1.7. ”Tutkimustulokset” lausuttuun, missä lainasin tieteissarja *Star Trekin* ensimmäisen tuotantokauden komeaa tunnuslausetta, *to boldly go where no man has gone before*, tutkijan mentaliteettia kuvaavana mottona. Myös tulkintalainopin tutkimuksissa on lupa – ja mielestäni myös velvollisuus – pyrkiä mahdollisuuksien mukaan uusien tutkimuksellisten näkökulmien avaamiseen, mihin yhteiskunnallisten olosuhteiden tai arvostusten tahi oikeudellisen normiperustan muuttuminen antaa tavallisesti tilaisuuden.

termiä lainatakseni, yhteiskunnan kollektiivista ”oikeudellista muistia”,¹⁰³ jonka muutosdynamiikka on hitaampi kuin lainsäädännön ja yksittäisten tuomioistuinratkaisujen. Lainopin tutkimuskohde voimassa olevan oikeuden sääntöjen sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden ratkaisustandardien merkityksessä edustaa keskeisesti yhteiskuntaoloja vakauttavaa tekijää, eikä vakiintunut oikeuden tulkinta voi kertakaikkisesti ja äkillisesti muuttua yksittäisen lainopin tutkijan yhteiskunnallisten preferenssien vaihtuessa. Toisaalta, kriittiseen oikeusoppiin sitoutunut tutkija voi pyrkiä ennakoimaan yhteiskunnallisen muutoksen tulevaa suuntaa jopa yksittäisten oikeudellisten säädösten tai tuomioistuinratkaisujen perusteella, kiinnittämällä oikeudellisen tulkinnan, systematisoinnin ja punninnan vaikka vain suhteellisen heikkoa oikeudellista ja institutionaalista tukea nauttiviin ratkaisuperusteisiin marxilaisen vaihtoehtoisen lainopin, hyvinvointivaltioideologiaa ja heikomman sopijapuolen suojelua toteuttavan sosiaalisen siviilioikeuden tai feminististä oikeus- ja yhteiskuntaideologiaa toteuttavan naisoikeustutkimuksen tarkoittamalla tavalla. Vallitseva käsitys pääsääntö/poikkeussääntö tai oikeudenalakohtainen johtava/väistyvä periaate -luokituksesta voidaan tällöin sivuuttaa yhteiskunnallisten oikeudenmukaisuusnäkökohtien tieltä.¹⁰⁴

On myös kaksi keskeistä muutostekijää, jotka edesauttavat tutkimuksellisen innovatiivisuuden kriteerin täyttymistä institutionaaliseen oikeuslähteoppiin sidotussa lainopissa. Ensinnäkin, globalisoituvan lainsäädännön ja jatkuvasti monimuotoistuvan yhteiskunnan muutokset tuottavat uudenlaisia tulkintaongelmia, joita oikeuskirjallisuudessa ei ole kyetty ennakoimaan, jolloin oikeudellisen päättelyn faktapremissit muuttuvat. Esimerkiksi informaatioteknologian sekä kansainvälisten rahoitus- ja sijoitusinstrumenttien nopea ja valtaosin suomalaisesta voimassa olevasta lainsäädännöstä riippumaton kehitys on merkinnyt yhteiskunnallista muutosta, johon oikeusoppineiden on osaltaan pyrittävä vastaamaan. Toisaalta, yhteiskunnallisten arvostusten muutokset saattavat antaa aihetta lainopissa aiemmin esitettyjen kantojen uudelleen arviointiin, jolloin oikeudellisen päättelyn normatiiviset premissit muuttuvat. Esimerkiksi 1990-luvulla ja alkavalla 2000-luvulla toteutunut perusteellinen ihmis- ja perusoikeuskulttuurin murros sekä Euroopan integraatiokehitykseen ja yhteiskunnalliseen globalisaatioon liittyvät muutostekijät ovat merkinneet juristikunnalle uusia tulkinnallisia

¹⁰³ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 180.

¹⁰⁴ Oikeudesta mahdollisuutena, Wilhelmsson, ”Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat”, s. 339–358 ja etenkin s. 347–353. Toisin Helin, joka edustaa pikemmin lainopin vallitsevan doktriinin mukaista näkemystä: ”... vaihtoehtoinen lainoppi pyrkii saamaan aikaan kopernikaanisen kumouksen oikeuden kulttuuritasolla. Kumouksen eräänä seurauksena on pääsääntöjen muuttuminen poikkeuksiksi ja poikkeuksien pääsäännöiksi. Tämä mahdollistaa analogiapäätelmät sellaisista periaatteista, jotka perinteisen doktriinin mukaan ovat poikkeuksia, ja vastakohtaispäätelmät periaatteista, joita tavallisesti pidetään pääsääntöinä.” Helin, ”Monet on metodit”, s. 311.

haasteita, kun alan kommentaarikirjallisuus on pitänyt saattaa ajan tasalle. Lainopillisen päättelyn normatiivisten premissien muuntuvuus erottaa lainopin teologian eksegeesistä ja dogmatiikasta, missä sovellettava lähdeaineisto on suljettu tai vähintäänkin rajattu määrättyjen historiallisten ja uskonnollisten tekstien kaanoniin.

5.2. Lainopin metodin määritelmä

Lainoppi on metodisesti teologiaan ja kirjallisuudentutkimukseen rinnastuva humanistinen *tulkintatiede*, jonka soveltamassa metodiopissa yhdistyvät tutkijan ainutkertainen oivaltamisen logiikka (engl.: *logic of discovery*) sekä tiedeyhteisösidonnainen perustelemisen logiikka (engl.: *logic of justification*). Sen metodiopin pääpaino on Helinin tarkoittamalla tavalla perustelemisen logiikalla eli oikeudellisen tulkinta- tai punnintakannanoton sijoittamisella *tulkintakontekstiin*, jonka tutkimukselliset koordinaatit vallitseva eli tuomioistuinten ja muiden viranomaisten kollektiivisesti hyväksymä *institutionaalinen oikeuslähdeoppi* sekä vallitsevien oikeudellisten *argumentaatiomallien* kokonaisuus rajaavat. Tutkijan ainutkertainen *oivaltamisen logiikka* viittaa oikeuden ”semanttisesti mahdollisten maailmojen” laveasti määriteltynä tulkinnalliseen merkityssfääriin sekä vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin vapaisiin ja vaihtuviin yhteiskunnallisiin visioihin, jotka määritelmällisesti eivät ole sidoksissa *institutionaaliseen tuomarireferenssiin* eli vallitsevan oikeuslähdeopin ja oikeudellisten argumentaatiomallien rajoituksiin lainopin vallitsevan doktriinin tavoin. Tältä osin vain tieteellisen metodin yleiset vähimmäiskriteerit ja tieteenkuvan yleiset määreet rajoittavat kriittisen lainopin tutkijan valintoja. Yhteisösidonnainen *perustelemisen logiikka* viittaa puolestaan senkaltaisiin oikeudellisiin tulkintoihin, jotka ovat johdettavissa oikeusyhteisössä hyväksytyistä institutionaalisista oikeuslähteistä metodiopillisesti hyväksyttävän päättelyn avulla.

Oikeudellinen *tulkintaprosessi* koostuu oikeudellisen päättelyn fakta- ja normipremisseistä sekä niiden perusteella johdetuista oikeudellisista tulkintakananotoista, oli sitten kyse tutkijan ainutkertaisen oivaltamisen logiikan käsittävästä *subjektiivis-intuiitiivisesta* tulkintaprosessista tai tiedeyhteisösidonnaisen perustelemisen logiikan *intersubjektiivisesta*, myös toistettavissa ja perusteltavissa olevasta tulkinnasta. Oikeudellinen päättely noudattaa mallia, jossa oikeudellisen *faktapremissin* eli määrätyn oikeustositseikastokuvauksen ja oikeudellisen *normipremissin* eli institutionaalisen oikeuslähdeopin rajaamien oikeudellisten ratkaisuperusteiden avulla johdetaan oikeudellinen *tulkintalause*, joka on muotoa: ”tapauksessa, jonka tosiseikat ovat *f*, voimassa olevaa oikeutta on perusteltua tulkita tavalla *p*.”

Oikeudellinen *systematisointi* rajaa ja lukitsee oikeuden käsitteellisen systeemin kehityksen, jonka avulla oikeudelliset pääsäännöt ja poikkeukset ovat määri-

tettävissä ja jota vasten yksittäisiin oikeudellisiin faktakonstellatioihin kohden-
netut oikeudelliset tulkintakannanotot käyvät mahdollisiksi. Oikeudellinen sys-
tematisointi merkitsee senkaltaisen vakioidun oikeudellisen kiintopisteen valit-
semista, jonka avulla oikeussääntöjen keskinäiset formaalit normikonfliktit ovat
ratkaistavissa ja oikeudelliset pääsääntö/poikkeussääntö -luokitukset ovat toteu-
tettavissa tai, vähintään heikosti systeemisesti sidottuihin oikeusperiaatteisiin
sovellettuna, senkaltaisen vähintään hetkellisesti lukitun oikeudellisen kiintopis-
teen valitsemista, jonka avulla vähintään heikot punnintaetusijat ovat määritettä-
vissä eri oikeusperiaatteiden välillä.

Oikeussäännöt ovat formaaleja ratkaisuperusteita, jolloin oikeussäännön yk-
sittäiseen oikeustosisekastoon kohdennettavissa oleva tulkinnallinen merkitys-
sisältö on ainakin lähtökohtaisesti määritettävissä irrallaan sen alkuperäisestä
synty- tai validiteettiperusteesta lainsäädännön taustalla vaikuttaneiden tai yhä
vaikuttavien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoitenäkökohtien merkityksessä.
Sovellettava oikeudellinen tulkintakehys lukitaan finalistisen eli välittömästi joi-
hinkin yhteiskunnallisiin arvo- tai tavoiteperusteisiin palautettavissa olevan päät-
telyn sijaan määrättyyn oikeudelliseen *tulkintamatriisiin*, jonka välittämänä tut-
kijan preferoimat yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet suodattuvat oikeudellisen
argumentaation hyväksymällä tavalla oikeussääntöjen tulkintaan (ja systemati-
sointiin).

Oikeusperiaatteet, toisin kuin oikeussäännöt, eivät ole systeemisesti vakioita-
vissa kiinteän ja staattisen eli ennalta (tai edes jälkikäteen) lukittavissa olevan
oikeudellisen systematiikan muotoon. Poikkeuksena ovat ne oikeudelliset tul-
kintamatriisit, jotka tekevät mahdolliseksi tai suorastaan edellyttävät oikeusperi-
aatteilta ja muilta vastaavilta ratkaisustandardeilta vähintään heikosti systeemis-
tä etusijajäsennystä, esimerkiksi perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin etusijais-
tamien perusoikeuksien taustalla vaikuttavien oikeusperiaatteiden tai Juha Pöy-
hösen tarkoittamalla tavalla yhteisöllisen kohtuusperiaatteen suhteelliseen etu-
sijaan perustuvan sopimusoikeuden mallintamisen merkityksessä. Lisäksi oi-
keusperiaatteet ovat määritelmällisesti kietoutuneet yhteen niiden ilmentämien
yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden kanssa, mistä syystä niiden tul-
kinnallinen merkityssisältö ei ole määritettävissä irrallaan sanotuista yhteiskun-
nallisista taustapremisseistä oikeudellisen tulkintaprosessin edellyttämällä taval-
la. Oikeussääntöjä tulkitaan, mutta oikeusperiaatteita on välttämätöntä *punnita*
niiden ilmentämien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden valossa, ja
ne tulee suhteuttaa eli *tasapainottaa* muiden asiaanvaikuttavien oikeusperiaattei-
den ilmentämien yhteiskunnallisten arvo- ja tavoiteperusteiden kanssa (engl.:
weighing and balancing).

Perustelemisen logiikkaan painottuva lainopin *tulkinnallisen metodin* määri-
telmä on seuraava:

Lainopin oikeussääntöjen *tulkintaa* ohjaava metodi on niiden oikeudellisten argumentaationsääntöjen kokonaisuus, joiden avulla on mahdollista toteuttaa ajallisesti kertautuva ja tutkimuksellista varianssia tuottava siirtymä oikeudellisen tyyppitapauksen *faktapremisseistä* ja vallitsevan tai kriittisen oikeuslähteopin rajaamista *normipremisseistä* määrättyyn oikeudellisten *tulkintalauseiden* joukkoon, ja kääntäen.

Keskeistä lainopin metodille on perusteltavissa ja toistettavissa oleva ajatuksellinen siirtymä määrätyn fakta- ja normipremissin yhdistelmästä määrättyyn oikeudelliseen tulkintalauseeseen. Päättely on aina myös käännettävissä sen oikeellisuuden varmistamiseksi, jolloin esitetty tulkinta palautetaan sen konstitutiivisiin normi- ja faktapremisseihin. Oikeudellisen metodiopin argumentaationsäännöt ovat systeemisesti avoimia ja generatiivisia siinä merkityksessä, ettei oikeudellisten tulkintojen joukko ole kertakaikkisesti suljettu, vaan argumentaationsääntöjen avulla on aina mahdollista johtaa uusia oikeudellisia tulkintalauseita muuntuviin yhteiskunnallisiin olosuhteisiin. Lisäksi myös oikeudellisen metodiopin säännöt ovat itsekin muutettavissa, jos voimassa olevan oikeuden tai yhteiskunnallisten olosuhteiden ja arvostusten muutos sitä edellyttää. Esimerkiksi Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden soveltaminen edellyttää tuomarilta ja lainopin tutkijalta uudenlaista oikeudellista ”lukutaitoa”, joka poikkeaa perinteisestä lainsäädännön tulkintataidosta. Samoin perusoikeuksien taustalla vaikuttavien oikeusperiaatteiden edellyttämä painoarvopunninta ja keskinäinen tasapainottaminen (engl.: *weighing and balancing*) on merkinnyt sovellettavan oikeudellisen metodiopin väistämätöntä muutosta.

Oikeudellisen päättelyn *normipremissi* kuuluu *pitämisen* (saks.: *Sollen*; engl.: *Is*) maailmaan. Se voi perustua joko vallitsevaan tuomarinideologiaan eli tuomioistuinten ja muiden viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien sisäistämään oikeuslähte- ja laintulkintaoppiin tai eri tavoin vaihtoehtoiseen, kriittiseen tai avoimen poliittiseen oikeuslähte- ja laintulkintaoppiin. Kyse on toisin sanoen yksittäisen lainopin tutkijan joko hyväksyvästä tai kriittisen torjuvasta suhtautumisesta vallitsevaan kollektiiviseen *tuomarinideologiaan* eli siihen institutionaalisen oikeuslähteopin ja oikeudellisessa argumentaatiossa hyödynnettävien päättelymallien kokonaisuuteen, jonka avulla tuomarit ja muut lakia soveltavat viranomaiset arvioivat oman ja toisten toiminnan lainmukaisuutta ja oikeellisuutta. Koska moderni oikeus on, Thomas Morawetzin tarkoittamalla tavalla, *radikaalisti tulkinnanvarainen yhteiskunnallinen käytäntö*, voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden tietynhetkistä, institutionaalisista ja ei-institutionaalista oikeuslähteistä johdettavissa olevaa tulkinnallista merkityssisältöä tarkasteleva lainoppi ei voi olla metodiopillisesti riidaton sekään. Rajalinja *institutionaaliseen tuomarireferenssiin* sitoutuneen lainopin vallitsevan doktriinin sekä eri tavoin kriittisen, vaihtoehtoisen tai avoimen poliittisen lain-

opin välillä on sen vuoksi aina jonkin verran epämääräinen ja myös ajallisesti muuntuva.

Kriittisen lainopin alaa ei ole myöskään ennalta rajattu. Siihen kuuluvat meillä ainakin: (a) 1960-luvun lopun, 1970-luvun ja 1980-luvun alun *vaihtoehtoinen lainoppi*, johon kuuluu Lars D. Erikssonin italialaisilta vasemmistotuomareilta omaksuma ajatus ”oikeuden vaihtoehtoisesta tulkinnasta” (ital.: *uso alternativo del diritto*) sekä Kaarlo Tuorin 1980-luvun alussa esittämä Sakari Hännisen marxilaiseen oikeus- ja yhteiskuntafilosofiaan perustuva oikeuden ja yhteiskunnan monitasomalli, (b) *sosiaalinen siviilioikeus* eli Thomas Wilhelmssonin ajatus heikomman sopijapuolen suojelusta sopimusoikeuden tulkinta- ja systematisointiperusteena, (c) Kevät Nousiaisen, Johanna Niemi-Kiesiläisen ja Soile Pohjosen ynnä muiden tutkijoiden edustama *naisioikeus- ja oikeudellinen tasa-arvo-tutkimus*, joka pyrkii naisten tai muiden aiemmin syrjittyjen väestöryhmien yhteiskunnallisten erityisintressien edistämiseen muun muassa tietoisien suosivan erityiskohtelun avulla, (d) Kaarlo Tuorin 2000-luvun *kriittinen oikeuspositivisismi*, joka palauttaa oikeuden kriittisen tarkastelun kriittisen lainopin tuottamiin tulkintalauseisiin oikeuden pintatasolla sekä sisältökriittisiin oikeusperiaatteisiin oikeuskulttuurin tasolla ja oikeuden syvätasolla, (e) *oikeusperiaatteiden tilannesidonnainen painoarvopunninta*, jossa kriittisen oikeusopin periaatteet toimivat kriittisen laintulkinnan lähtökohtana esimerkiksi Juha Pöyhösen oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön sopimusmallin tarkoittamalla tavalla sekä (f) *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi*, jossa taloudellinen kustannustehokkuus tai optimaalinen yhteiskunnallinen resurssiallokaatio saavat muun muassa Pekka Timosen korostamalla tavalla merkitystä voimassa olevan oikeuden tulkinnassa.

Oikeussääntöihin sidotun oikeudellisen päättelyn *faktapremissit* kuuluvat *olemisen* (saks.: *Sein*; engl.: *Ought*) maailmaan. Sääntökeskeisen oikeudellisen päättelyn faktapremissit ovat aina *tyyppitapauksellisia* eli joko tuomioistuinten tosiasiallisesti ratkaisemista oikeustapauksista abstrahoituja tai vain ajateltavissa olevia, hypoteettisia faktakonstellatioita.¹⁰⁵ Kantilainen idea velvoittavan moraalin – eli tässä: velvoittavan oikeusnormin – yleistettävyydestä on toisin sanoen sisäänrakennettuna sääntökeskeiseen oikeudelliseen päättelyyn, missä yksittäiset oikeustositteet – oikeusseuraamus -relaatiot nähdään oikeudellisesa katsannossa riittävän samankaltaisten tyyppitapausten luokkana. Oikeudellinen tyyppitapausajattelu toteuttaa samalla kaiken tieteellisen metodologian keskeisajatusta, jonka mukaan tieteellisen metodin ja sen avulla saavutettujen tulosten tulee olla muun tiedeyhteisön julkisesti arvioitavissa ja kontrolloitavissa.

Oikeusperiaatteiden osalta asia on toisin: oikeusperiaatteet ovat määritelmällisesti *tilannesidonnaisia* oikeudellisia ratkaisuaargumentteja. Yksittäisen oikeus-

¹⁰⁵ Tyyppitapausajattelusta, Nuutila, *Rikosoikeudellinen huolimattomuus*, s. 160–172, sekä Nuutilan sanotussa kohdassa mainitsevat Arthur Kaufmannin ja Winfrid Hassemerin teokset.

periaatteen tai muun oikeudellisen ratkaisustandardin arvosidonnainen *punninta* ja *tasapainottaminen* (engl.: *weighing and balancing*) merkitsee sen ilmentämien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden suhteuttamista muiden asiaan vaikuttavien oikeusperiaatteiden vastaaviin yhteiskunnallisiin taustapremisseihin käsillä olevan oikeustositseikaston ainutkertaisessa merkityskontekstissa, eikä senkaltaisen oikeudellisen harkinnan lopputulosta voi yleistää koskemaan myös muita vastaavia ratkaisutilanteita ilman, että sovellettu oikeusperiaate saa vähintään heikosti sääntöformaaleja ominaisuuksia. Oikeusperiaatteiden painoarvopunninta on sen vuoksi metodiopillisesti pulmallinen, eikä sitä voi lukita yleisen tieteellisen metodin määritelmän muotoon kuin hyvin yleisellä tasolla. Toisaalta, oikeusperiaatteiden vähintään heikosti systeeminen jäsenitys esimerkiksi perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin tai Juha Pöyhösen tavoin tulkitun, yhteisöllisen kohtuusperiaatteen suhteelliseen etusijaan perustuvan oikeusperiaatteiden punnintamallin alaisuudessa merkitsee sitä, että myös oikeusperiaatteiden punninta voi saada heikosti systeemisesti vakioitavissa olevia ominaisuuksia. Ehdotukseni oikeusperiaatteiden punninnassa sovelletun metodin yleiseksi määritelmäksi on seuraava:

Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneiden eli riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden ratkaisustandardien *punninta* on (a) aidosti tilannekohtaista oikeudellista harkintaa, missä asiaan vaikuttavien oikeusperiaatteiden ja vastaavien muiden oikeudellisten ratkaisustandardien ilmentämät yhteiskunnalliset arvo- ja tavoiteperusteet suhteutetaan toisiinsa käsillä olevan oikeustapauksen ainutkertaisessa merkityskontekstissa (engl.: *weighing and balancing*), jos on kyse systeemisesti täysin vapaasta punnintatilanteesta, tai (b) vähintään heikosti etusijaistettua oikeudellista harkintaa, missä asiaan vaikuttavien oikeusperiaatteiden ja vastaavien muiden oikeudellisten ratkaisustandardien ilmentämät yhteiskunnalliset arvo- ja tavoiteperusteet suhteutetaan toisiinsa käsillä olevan oikeustapauksen ainutkertaisessa merkityskontekstissa sovellettavan tulkintamatriisin asettamien vähintään heikosti systeemisten etusijaperusteiden tarkoittamalla tavalla.

Jos ja kun aidosti tilannesidonnaisiin oikeusperiaatteisiin sidottu lainoppi hajoaa joukoksi *ad hoc* -tyyppisiä punnintakannanottoja, joista jokaisen soveltamisala rajautuu aina vain kulloinkin käsillä olevaan tapaukseen ilman minkäänlaisen tyyppitapauksellisen yleistettävyyden mahdollisuutta, menetetään myös vakioituneen oikeudellisen systematiikan arviointikriteerit. Toisaalta, osana vähintään heikosti systeemisesti jäsentynyttä lainopin tulkintamatriisia, kuten osana perusoikeuskeskeistä laintulkintamallia tai Pöyhösen ehdottamalla tavalla yleistetyn yhteisöllisen kohtuuden varaan rakentuvaa sopimusoikeutta jäsentävien oikeusperiaatteiden punnintamallia, myös oikeusperiaatteiden punnintamenetely voi saada heikosti systeemisen luonteen, mikä samalla tekee ainakin jonkinasteisen tutkimuksellisen kontrolloitavuuden mahdolliseksi.

Oikeudellisessa *systematisoinnissa* vakioidun systeemisen kiintopisteen valinta on keskeinen, sillä sen avulla ratkaistaan, mikä on määrätystä tulkintatilanteesta pääsääntö ja mikä siihen tehty poikkeus sekä, vähintään heikosti systeemiin oikeusperiaatteiden ja vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien jäsenyykseen sovellettuna, mikä on oikeudenalan johtava periaate ja mikä tavallisesti muttei kuitenkaan aina väistytävä periaate.¹⁰⁶ Se, valitaanko esimerkiksi sovellet-tavan sopimusoikeudellisen systematiikan perustaksi sopijapuolten tahdonautonomia, perustellun luottamuksen suoja, yhteisöllinen kohtuus ja sopimustasapaino vaiko heikomman sopijapuolen intressien suoja, rajaa olennaisesti valittavan oikeudellisen tulkintakehyksen sisältöä. Oikeudellista systematisointia ei voi lukea yleisen määritelmän muotoon kuin hyvin yleisellä tasolla:

Oikeudellinen *systematisointi* tarkoittaa (a) voimassa olevan oikeuden sääntöjen, (b) vähintään heikosti systeemisesti jäsenyneiden oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien, (c) systeemistä jäsenyyttä vailla olevien oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien sekä (d) prejudikaattinormien keskinäisten suhteiden määrittämistä vakioidun oikeudellisen kiintopisteen avulla, jolloin on ratkaistavissa se, mikä on määrätystä oikeudellisesta tulkintatilanteesta noudatettava pääsääntö ja mikä siihen tehty poikkeus (= kohta a), mikä on oikeudenalan johtava periaate ja mikä tavallisesti väistytävä periaate (= kohdat b ja c, oikeusperiaatteiden eriaasteisen systeemisen jäsenyyksen mukaisesti) sekä mikä on prejudikaattiperustaisen oikeuden systeemisesti vallitseva prejudikaattinormi ja mitkä siihen nähden väistyviä prejudikaattinormeja (= kohta d, prejudikaattiperustaisen oikeuden eriaasteisen systeemisen jäsenyyksen mukaisesti).

Oikeusperiaatteita tai vastaavia muita oikeudellisia ratkaisustandardeja ei ole mahdollista systematisoida kiinteän ja ennalta tai edes jälkikäteen vakioitavissa olevan oikeudellisen systematiikan muotoon ilman, että oikeusperiaatteiden määritelmällisistä ominaisuuksista joudutaan samalla luopumaan suhteessa formaalimpien määreiden hyväksi.

Lainopin metodin yleisessä määritelmässä oikeussääntöjen tulkinta on siis esitettävissä selkeän ja yksinkertaisen määritelmän muodossa, kun taas oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien punninta (engl.: *weighing and balancing*) on määriteltävissä vain enemmän tai vähemmän tilannesidonnaisesti, sovellettavasta oikeudellisesta tulkintamatriisista sekä sen salliman tai edellyttämän systeemisyyden asteesta riippuen. Oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien sekä prejudikaattinormien systematisointi on toisin sanoen mahdollinen vain siinä määrin kuin sanotut

¹⁰⁶ Jos oikeusperiaatteiden keskinäinen etusijajärjestys olisi kertakaikkisesti vakioitu, ei olisi kyse tilannesidonnaisista oikeusperiaatteista lainkaan vaan formaaleista oikeussäännöistä.

oikeusnormit täyttävät vähintään heikosti systeemisen vakioitavuuden idean määrätyn tulkintamatriisin tai prejudikaatti-ideologian alaisuudessa.

Kokoavasti lainopin metodi on *oikeudellista argumentaatiota* eli yhtäältä oikeudellista päättelyä määrättyistä oikeustositseikoista oikeusseuraamuksiin (= oikeussääntöjen tulkinta ja oikeusperiaatteiden punninta) sekä toisaalta oikeusnormien keskinäisten suhteiden määrittämisestä (= oikeussääntöjen ja rajoitetusti myös muiden oikeusnormien systematisointi) ohjaavien metatason sääntöjen ja periaatteiden kokonaisuus. Oikeudellinen argumentaatio on yhtäältä oikeussääntöjen *tulkintaa*, toisaalta oikeussääntöjen ja vähintään heikosti systeemisesti jäsentyneiden oikeusperiaatteiden ja prejudikaattinormien *systematisointia* eli keskinäisten suhteiden määrittämisestä sekä kolmanneksi oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien arvosidonnaista *punnintaa* ja keskinäistä *tasapainottamista* ohjaavien argumentaatioisääntöjen ja -periaatteiden kokonaisuus.

Lainopin metodin määritelmä toisin sanoen kiinnittyy (a) oikeussääntöjen *tulkinnassa* ajatukselliseen siirtymään oikeudellisen tyyppitapauksen faktapremisseistä ja vallitsevan tai kriittisen oikeuslähdeopin rajaamista normipremisseistä määrättyyn oikeuslauseiden eli oikeudellisten tulkintalauseiden joukkoon, (b) oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien *punninnassa* joko tilannekohtaiseen ratkaisuharkintaan, missä asiaan vaikuttavien oikeusperiaatteiden ja vastaavien muiden oikeudellisten ratkaisustandardien ilmentämät yhteiskunnalliset arvo- ja/tai tavoiteperusteet suhteutetaan toisiinsa arvioitavana olevan oikeustapauksen ainutkertaisessa merkityskontekstissa ilman systeemisiä määreitä tai vähintään heikosti etusijaistettuun oikeudelliseen ratkaisuharkintaan, missä asiaan vaikuttavien oikeusperiaatteiden ja vastaavien muiden oikeudellisten ratkaisustandardien ilmentämät yhteiskunnalliset arvo- ja tavoiteperusteet suhteutetaan toisiinsa käsillä olevan oikeustapauksen ainutkertaisessa merkityskontekstissa sovellettavan tulkintamatriisin asettamien vähintään heikosti systeemisten etusijaperusteiden tarkoittamalla tavalla, sekä (c) oikeudellisessa *systematisoinnissa* systeemisesti vakioitujen oikeudellisten kiintopisteiden valintaan, joiden avulla ratkaistaan se, mikä on oikeudellisessa tulkintatilanteessa noudatettava pääsääntö ja mikä siihen tehty poikkeus, mikä on oikeudenalan johtava oikeusperiaate ja mikä tavallisesti tai ainakin toisinaan väistytävä oikeusperiaate sekä mikä on prejudikaattiperustaisen oikeuden systeemisesti vallitseva prejudikaattinormi ja mitkä siihen nähden väistytviä prejudikaattinormeja.

5.3. Lainoppi ja oikeudelliset metodifragmentit

Lainopin metodin yleinen määritelmä ei kuitenkaan vielä vastaa tulkintalainopin keskeiskysymykseen: *millaista oikeussääntöjen tulkintaa ja systematisointia sekä millaista oikeusperiaatteiden punnintaa* oikeudellisen argumentaation kei-

noin on tarkoitus toteuttaa? Suomalaisen lainopin tiedeyhteisön metodinen itsemymmärrys käsittää varsin hajanaisen joukon oikeudellisia *metodifragmentteja* erilaisten oikeudellisten tulkinta- ja ratkaisuperusteiden kokonaisuuden merkityksessä, niin kuin edellä perustelin Juha Häyhän toimittamaan kirjaan *Minun metodini* viitaten.¹⁰⁷ Oikeudellisen metodiopin fragmenteille on yhteistä vain niiden kohdereferenssin edellytetty oikeudellisuus sekä vahva kohdesidonnaisuus eli kohdeherkkyys, joka ei välttämättä salli, että metodifragmentin käsittämä metodinen ohje olisi yleistettävissä koskemaan myös muita vastaavia oikeudellisia ratkaisutilanteita.¹⁰⁸

Yksittäisen oikeudellisen metodifragmentin eli oikeudellisen tulkinta- tai ratkaisuperusteen soveltamisalue on rajattu sen tarkoittamiin oikeudellisiin tyyppitapauksiin, jos on kyse formaalista oikeussäännöstä. Metodifragmentin soveltamisalue on rajattu heikosti tyyppitapaukselliseen oikeudellisen punnintatilanteeseen, jos on kyse vähintään heikosti systeemisesti jäsentyneestä oikeusperiaatteiden punninnasta, niin kuin saattaa olla tilanne perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin tai Juha Pöyhösen tavoin tulkitun oikeusperiaatteiden punnintamallin ja sopimusoikeudellisen kohtuuden osalta suhteessa sen tutkimuksellisiin vaihtoehtoihin eli toisiin sopimusoikeutta jäsentäviin oikeusperiaatteisiin, tai sen soveltamisalue on rajattu vain määrättyyn yksittäiseen oikeustositseikastoon, jos on kyse systeemisesti vapaasta ja ”kelluvasta” oikeusperiaatteiden punnintatilanteesta ilman oikeusperiaatteiden ennalta asetettua heikkoa etusijajärjestystä. Prejudikaattiperustaisen oikeuden tulkinnassa ratkaisevaa on sovellettavan prejudikaatti-ideologian käsittämä systeemisyiden aste, vaihdellen Ronald Dworkinin tarkoittamasta oikeudellisesta eheydestä (engl.: *law as integrity*) vain tilannekohtaisesti määritettävissä olevaan prejudikaatin ja käsillä olevan uuden oikeustapauksen samankaltaisuusarvioon sekä oikeudellisen analogian tai distinktiotekniikan soveltamiseen.

Yksittäisen lainopin tutkijan on syytä tiedostaa hyödyntämänsä oikeudellisen metodifragmentin tutkimukselliset mahdollisuudet yhtä hyvin kuin sen välttämättömät metodiset rajoitukset. On toisin sanoen oivallettava, mitä esimerkiksi formaaleilla, joko/tai-tyyppisillä *oikeussäännöillä* ja toisaalta tilannekohtaiseen, ei-systeemiseen painoarvopunnintaan johtavilla *oikeusperiaatteilla* ja muilla oikeussääntöjä heikommin formaaleilla ratkaisustandardeilla voi ja mitä niillä – määritelmänsä mukaisesti – ei voi tehdä oikeudellisessa argumentaatiossa.¹⁰⁹ Sama pätee myös muihin lainopillisen analyysin työvälineisiin: perusoikeusargumenttiin, taloudelliseen kustannustehokkuuteen, heikomman suojeluun ja/tai

¹⁰⁷ Ks. luku 7.2. ”’Keisarin uudet vaatteet’: lainopin metodinen hajaannus”.

¹⁰⁸ Käsittelen oikeudellisen metodiopin erityispiirteitä myös luvussa 9, ”Oikeudellisen metodiopin fragmentteja”.

¹⁰⁹ Palaan oikeusperiaateproblematiikkaan myös luvussa 9.3. ”Sopimusmalliajattelun piilevät premissit”.

yhteiskunnallisiin tasa-arvonäkökohtiin tulkintaperusteena, kielellis-semanttisiin argumentteihin, oikeudelliseen säädös- tai tapausanalogiaan, oikeusvertailuun yhtäältä yleiseurooppalaisessa soveltamiskontekstissa ja toisaalta sanotunlaisen soveltamiskontekstin ulkopuolella, Suomen oikeusjärjestykseen eri tavoin rakenteistuneisiin eli eriasteista institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttiviin yleisiin oikeusohjeisiin esimerkiksi Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden merkityksessä, tuomioistuimissa vakiintuneeseen tulkintakäytäntöön oikeudellisena ratkaisuperusteena, reaaliin argumentteihin, ja niin edelleen.

Se, mitä oikeustieteellisen tiedeyhteisön metodisesta itseymmärryksestä on lupa päätellä Häyhän toimittaman *Minun metodini* -teoksen ja muun kotimaisen oikeuskirjallisuuden valossa, voidaan tiivistää yhtäältä metodisen hajautuneisuuden ja toisaalta metodisen pluralismin eli monimuotoisuuden ja moniarvoisuuden yhdistelmäksi. Lisäksi osa oikeustieteen tutkijan ajatuksellisista työvälineistä on siinä määrin heikosti jäsenyneitä, että tutkijan on syytä tämentää, mitä hän esimerkiksi ”oikeusperiaatteilla” kulloinkin tarkoittaa. Onko kyse tuomarin ratkaisuharkintaa vain heikosti ohjaavista tulkintaperusteista vaiko parhaan mahdollisen oikeudellisen ja yhteiskunnallisen kokonaisteorian valossa tulkituista eli vahvemmin systeemisistä ratkaisuperusteista osana Ronald Dworkinin tarkoittamaa *oikeudellista eheyttä* (engl.: *law as integrity*),¹¹⁰ lainsoveltajalle asetetuista optimointikäskyistä (saks.: *Optimierungsgebote*) Robert Alexyn oikeusteorian merkityksessä eli velvollisuudesta toteuttaa määrätty yhteiskunnallinen arvo tai tavoite niin suuressa määrin kuin se yksittäisessä oikeudellisessa soveltamistilanteessa on mahdollista, oikeudellisen ratkaisuharkinnan väljistä suuntaviivoista tai ”peukalosäännöistä” (ruots.: *tumsregler*) Torstein Eckhoffin ja Nils Sundbyn tarkoittamalla tavalla vaiko luonnonoikeusfilosofian ja oikeusfenomenologian mukaisista ylipositiivisista eli säädännäistä oikeutta käsitteellisesti edeltävistä ja niitä hierarkkisesti ylemmistä oikeusohjeista? Sama tämentämisvaati-

¹¹⁰ Dworkinin käsitys oikeusperiaatteiden edellyttämästä oikeuden sisäisestä koherenssista tuntuu olennaisesti muuttuneen keskeisartikkelin ”The Model of Rules, I” (1967) ja *Law’s Empire* (1986) -teoksen välillä. Edellisessä oikeusperiaatteet olivat argumentteja, jotka vain vievät tuomarin ratkaisuharkintaa suuntaan tai toiseen, kykenemättä (ainakaan tavallisesti) määräämään tapauksen aineellista lopputulosta: ”Only rules dictate results, come what may. (...) Principles do not work that way; they incline a decision one way, though not conclusively, and they survive intact when they do not prevail.” Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 35. Tosin Dworkinin oma esimerkki *Riggs vs. Palmer* on tähän ilmeinen poikkeus, sillä siinä oikeusperiaate, jonka mukaan kukaan ei saa hyötyä tekemästään vääryydestä, sai syrjäyttää oikeussäännön, jonka mukaan vainajan viimeistä tahtoa tulee kunnioittaa. Jälkimmäisessä teoksessa Dworkin puhuu oikeudellisesta eheydestä (eng.: *law as integrity*) ja ”parhaasta mahdollisesta konstruktivisesta tulkinnasta”, joka ohjaa tuomarin ratkaisuharkintaa. Dworkin, *Law’s Empire*, s. 225 et seq. Ks. myös Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 96–97.

mus pätee myös kotimaiseen oikeuskirjallisuuteen: oikeusperiaatteille on annettu varsin erilainen tulkinta, kun kirjoittajana on ollut Juha Pöyhönen,¹¹¹ Tapio Lappi-Seppälä,¹¹² Jaakko Jonkka,¹¹³ Dan Frände,¹¹⁴ Martin Scheinin,¹¹⁵ Aarre Tähti,¹¹⁶ Petter Kavonius,¹¹⁷ ja niin edelleen.¹¹⁸

Oikeudellista tulkintaa, systematisointia ja punnintaa on mahdollista yhtenäistää asettamalla hyödynnettävät lainopin metodifragmentit laajemman oikeudellisen *tulkintakehyksen* yhteyteen. Oikeudellinen tulkintakehys on lainopin tieteenkuvan argumentaatioteoreettisten sitoumusten kokonaisuus. Lainopin tutkimuksellisessa kontekstissa käytän tieteenkuvan rinnalla myös termiä oikeudellinen *tulkintamatriisi*. Suomalaisen lainopin traditio käsittää oikeudellisten tulkintamatriisien kirjon eli joukon oikeudellisia *tulkinta*-, *systematisointi*- ja *punnintakehyksiä*, joissa lainopin institutionaalisen ontologian, vallitsevan tai kriittisen institutionaalisen oikeuslähdeopin, oikeudellisen argumentaatioteorian sekä oikeudellisen logiikan ja lingvistiikan osatekijät on tasapainotettu keskenään ja saatettu yhtenäisen oikeustiedekäsityksen alaisuuteen. Sitoutuminen määrättyyn tulkintamatriisiin on tutkijan arvosidonnainen eli *aksiologinen* valinta, joka ratkaisee samalla hänen joko hyväksyvän tai kriittisen suhtautumisensa *institutionaaliseen tuomarireferenssiin* lainopin vakioituna tutkimuksellisenä referenssinä.

¹¹¹ Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*.

¹¹² Lappi-Seppälä, *Rangaistuksen määräämisestä, I. Teoria ja yleinen osa*.

¹¹³ Jonkka, *Syytekyynnys. Tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista*.

¹¹⁴ Frände, *Den straffrättsliga legalitetsprincipen*.

¹¹⁵ Scheinin, *Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa*.

¹¹⁶ Tähti, *Periaatteet Suomen hallinto-oikeudessa*.

¹¹⁷ Kavonius, *Oikeusperiaatekin velvoittaa!*

¹¹⁸ Oikeusperiaatteista kokoavasti, Tolonen, ”Säännöt, periaatteet ja tavoitteet: oikeuden, moraalien ja politiikan suhteesta”, *passim*. Dworkinin oikeusteoriasta ja yhden oikean ratkaisun ongelmasta, Oker-Blom, ”En enda riktig lösning trots allt? – Dworkin mot finländsk bakgrund”. Oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden keskinäisistä eroavuuksista suhteessa Ronald Dworkinin oikeusteoriaan sekä Robert S. Summersin ideaan oikeudellisen formalismin erilaisista ilmenemismuodoista, Silta-la, *A Theory of Precedent*, s. 41–63.

8. Lainopin tulkintamatriisit

1. TULKINTAMATRIISIN OSATEKIJÄT

Lainopin tulkintamatriisi eli tieteenkuva käsittää modernin oikeuden *tietomuidon* (ransk.: *épistémè*) eli *historiallisen a priorin* osatekijät, jonka lukitsemia oikeuden *ontologian*, *epistemologian*, *metodologian* ja *loogis-lingvistisia* koordinaatteja vasten tieto voimassa olevasta oikeudesta piirtyy. Kunkin yksittäisen lainopin tulkintamatriisiin tulee täyttää tieteelliselle metodille asetetut yleiset vähimmäiskriteerit, jotka liittyvät yhtäältä tutkijan ainutkertaiseen oivaltamisen logiikkaan ja toisaalta tiedeyhteisösidonnaiseen perustelemisen logiikkaan. Lainopin tulkintamatriisit poikkeavat toisistaan sen suhteen, miten oikeustieteen tieteenkuvan määreet eli oikeuden äärellisyyden analytiikka ja oikeuden institutionaalinen positiviteetti eli oikeuden *konstituutio*-, *tunnistamis*-, *argumentaatio*- ja *artikulaatiosäännöt* on niissä määriteltä.

Tutkijan oikeutta ja yhteiskuntaa koskevat *ideologiset* eli poliittiset ja *aksiologiset* eli arvopreferenssit välittyvät lainoppiin tulkintamatriisin konstitutiivisten, oikeuslähdeopillisten, argumentaatioteoreettisten ja semanttis-käsitteellisten si-
tuumusten välityksellä. Käsitelainoppi uskoi oikeudellisten peruskäsitteiden tie-
teelliseen systematiikkaan oikeudellisen tulkinnan välttämättömänä kehyksenä, kun taas analyyttinen oikeustiede on luottanut suhdekäsitteiksi ymmärrettyjen oikeuskäsitteiden varaan rakentuvaan oikeusasema-analyysiin, missä oikeudelli-
nen aksiologia on palautettavissa lainsäätäjän tekemiin yhteiskunnallisiin valin-
toihin. Vaihtoehtoinen lainoppi, naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus
sekä sosiaalinen siviilioikeus ovat riitauttaneet analyyttisen oikeustieteen idean
oikeudellisten käsitteiden ja oikeuden metodiopin väitetystä kohdeneutraaliudesta.
Pragmaattinen instrumentalismi eli *reella överbäganden* -juridiikka ja ajallisesti
myöhempi oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi ovat pyrkineet laventamaan
vallitsevaa oikeuslähdeoppia oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten ennakoim-
isen suuntaan. Oikeusperiaatteiden punnintamalli, kriittinen oikeuspositivismi
ja perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi rakentuvat oletukselle riittävää insti-
tutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja
vastaavien ratkaisustandardien, eikä siis pelkästään muodollisin perustein voi-
massa olevien oikeussääntöjen, vaikutuksesta tuomarin ratkaisuharkintaan, ja
niin edelleen.

Suomalaisen lainopin tulkintamatriisit ovat lähtökohtaisesti olleet *lainsäädän-
tökeskeisiä*, eikä prejudikaattiperustaisen tai tuomioistuinkäytännössä syntyneen

oikeuden tulkintaan ole meillä kehittynyt vastaavaa tulkintakehystä. Toisaalta osa tulkintamatriiseista antaa suhteessa enemmän merkitystä myös tuomioistuinten luomalle oikeudelle. Esimerkiksi sosiaalinen siviilioikeus ja kriittinen oikeuspositivismi painottavat tuomioistuimen tekemiä yksittäisiä ratkaisuja enemmän kuin lainsäädäntökeskeinen analyttinen oikeustiede tai perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi. Lisäksi osa tulkintamatriiseista kiinnittyy institutionaaliin tuomarireferenssiin lainopin vakioituna tutkimuksellisenä kiintopisteenä, kun taas toiset pyrkivät perustelemaan vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen käsityksen lainopista ja sen tutkimuksellisista tavoitteista. Oikeudellinen tulkintamatriisi on kuin tutkimuskohteen eri piirteisiin tarkentuva linssi, joka rajaa ja määrittää sen, millaisena lainopin tutkimuskohde, voimassa oleva oikeus, tutkijalle ylipäättään näyttäytyy sekä mitä siitä tulkinnallisesti on ylipäättään mahdollista lausua.

a) Käsitteellistettävissä oleva oikeus: oikeuden lingvistik-systeemiset määreet

Ensinnäkin, oikeuden *loogis-lingvistinen elementti* viittaa oikeudellisten *artikulaatiosääntöjen* tarkoittamalla tavalla kielellistettyyn ja käsitteellistettyyn oikeuteen, jolloin oikeudelliset ilmiöt on mahdollista alistaa yleisen predikaattirelaation alaisuuteen, tyyliin: ”oikeus on ... (jotain määrättyä)”. Oikeuden suhde kieleen ja oikeudelliseen käsitesystematiikkaan vaihtelee tulkintamatriiseittain. Keskeistä on yhtäältä oikeudellinen *sääntöformalismi* sekä suljettu, *staattinen* ja ennalta määritettävissä oleva oikeudellinen systematiikka tai, vaihtoehtoisesti, *argumentatiivinen avoimuus* ja siihen liittyvä yhteiskunnallisille arvo- ja/tai tavoiteperusteille avoin, ”kelluva”, *dynaaminen* ja vain tilannesidonnaisesti määritettävissä oleva oikeudellinen systematiikka.

Käsitelainoppi ja analyttinen oikeustiede ovat kumpikin vahvasti sääntösidonnaisia tulkintamatriiseja, joiden mukaan oikeudelliset ratkaisuperusteet ovat lukittavissa kiinteän ja ennalta vakioitavissa olevan oikeudellisen systematiikan muotoon. Muut oikeudelliset tulkintamatriisit sallivat ainakin jossain määrin myös oikeusperiaatteiden tai muiden vastaavien, oikeussääntöjä heikommin formaalien oikeudellisten standardien käyttämisen ratkaisuperusteena. Nämä toteuttavat vain avoimen, dynaamisen ja tilanneherkän oikeudellisen systematiikan ideoita, joka on määritettävissä vain suhteessa käsillä olevaan tosiseikastoon ilman oikeudellisen yleistettävyyden tai universalisoitavuuden vaadetta tai oikeutusta. Toisaalta, osana vähintäänkin heikosti systeemisesti jäsentynyttä lainopin tulkintamatriisia, kuten perusoikeuskeskeistä laintulkintaoppia tai Juha Pöyhösen tavoin tulkittua, yhteisöllisen kohtuusperiaatteen varaan rakentuvaa sopimusoikeudellisten oikeusperiaatteiden punnintamallia, myös oikeusperiaatteet voivat saada heikosti tai rajoitetusti systeemisiä ominaispiirteitä.

Käsitelainoppi perustui oikeudellisten peruskäsitteiden eli *varsinaisten oikeus-*

käsitteiden keskinäisiin suhteisiin ja kohdereferenssiin oikeudellisten ilmiöiden ideaalisen olemuksen merkityksessä. Varsinaiset oikeuskäsitteet ovat vahvasti systeemisisidonnaisia *substanssi-* eli *olemuskäsitteitä*, kuten sopimusoikeudellinen tahdonilmaisu, omistusoikeus, sopimuksen pätemättömyysperusteet tai työ-sopimussuhde, joilla oli kullakin vastineensa ideaalisesti määrittyneessä todellisuudessa. Oikeuden peruskäsitteiden avulla yksittäisen oikeudellisen ilmiön suhteellinen sijainti oikeuden sisäisessä systematiikassa lukittiin oikeudellista tulkintaa varten, eikä tulkinta ollut edes mahdollinen ennen sitä edeltävää systeemis- sen kehyksen vakiointia. Analyyttinen oikeustiede riitautti käsitelainopin substanssijattelun joutavana metafyyssisenä spekulatiivisena ja perusteli idean teknisistä *suhde-* eli *funktiokäsitteistä*, joilla ei ollut lainkaan semanttista referenssiä lainsäätäjän asettamien teknisten oikeustositseikka – oikeusseuraamus -relaatioiden ulkopuolella. Oikeudelliset käsitteet, kuten omistusoikeus, perillisen oikeusasema tai avoin yhtiö, olivat toisin sanoen vain teknisiä aputermejä, joilla oikeudellista kielenkäyttöä voitiin olennaisesti lyhentää monimuotoisten oikeustositseikka – oikeusseuraamus -relaatioiden toistuvan luettelemisen sijaan.

Pragmaattinen instrumentalismi eli 1940-luvun *reella överbäganden* -juridiikka sekä myöhempi oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi ovat pyrkineet oikeuden yhteiskunnallisten ja etenkin taloudellisten vaikutusten huomioon ottamiseen lainopissa. Reaalinen argumentaatio sai sen kirjoituksissa etusijan erilaisiin käsitelainopillisiin olemuspohdintoihin ja oikeussysteemiin näkökohtiin nähden. Laintulkintaperusteina suositettiin 1940-luvulla oikeuden yhteiskunnallisia ja taloudellisia tavoitteita, kuten vaihdannan intressi, vaihdannan varmuus, liike-elämän intressi, vahinkojen estämistavoite, korvauksen varmistaminen, yhtiövarallisuuden säilyttäminen tai yksinkertaisuus- ja halpuustavoite pantin realisoinnissa. Myös yhteiskunnalliseen oikeudenmukaisuuteen viittavia kohtuullisuusargumentteja saatettiin hyödyntää.¹ Myöhempi, 1990-luvun jälkipuolen ja 2000-luvun oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi on jatkanut pragmaattisen instrumentalismin metodiohjelmaa arvioimalla oikeudellisen sääntelyn ja päätöksenteon taloudellisia vaikutuksia yhteiskunnassa yleisen kustannustehokkuuden, liiketoiminnan transaktiokustannusten minimoinnin sekä resurssiallokaation optimaalisuuden näkökulmasta. Samalla tapa käsitteellistää oikeudelliset ongelmat on saanut varsin kustannustietoisien ja toiminnan tehokkuutta korostavan sävyn, missä perinteisiä oikeudellisia käsitteitä on korvattu taloudellisilla ja taloustieteellisillä käsitteillä.

Oikeusperiaatteiden punnintamalli on tavallaan jatkanut käsitelainopin tapaa mieltää oikeus systeemisessä kokonaisuutena, missä voimassa oleva oikeus ei ole täydellisesti palautettavissa lainsäätäjän ja tuomioistuinten tahdonvaltaisesti asettamiin oikeusnormeihin, vaan oikeuden piilevällä ja systeemisellä elementil-

¹ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 372–373.

lä on oikeutta keskeisesti muotoava merkitys. Nyt tuo oikeudellisten ratkaisuperusteiden muodostama systeemi luodaan kuitenkin tapaus- ja tilannekohtaisesti käsittelainopin aikanaan toteuttaman kiinteän ja staattisen käsitesystematiikan sijaan. Aidosti tilannesidonnainen tai tilanneherkkä tapa käsitteellistää oikeutta dynaamisen ja avoimen systematiikan avulla on nähtävissä esimerkiksi Juha Pöyhösen väitöskirjassa *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, missä kirjoittaja jäsentää sopimusoikeutta yleisen sopimusmallin eli sopimusoikeuden varsinaisten oikeuskäsitteiden, dogmien ja konstruktioiden avulla. Soveltamistilanteessa eli yksittäisen sopimuksen tai sopimusehdon kohtuullisuutta tai kohtuuttomuutta arvioitaessa tämä johtaa systeemisesti ei-vakioituihin, arvioidonnaisiin ja tilannekohtaista punnintaa edellyttäviin käsitteisiin, mitä yhteisölliselle kohtuusperiaatteelle annettu suhteellinen etusija systeemisesti jäsentää. Kun oikeusperiaateanalyysin tavoitteeksi on Pöyhösellä asetettu oikeuden syvätason (piilevän) oikeudellisen systematiikan vaikutusten projisointi oikeuden pintatason tulkintaan, oikeudellinen käsitteistö saa vahvasti teoreettisen ja rekonstruktivisen sävyn, joka saattaa poiketa käytännön lainopin harjoittajien ammatillisesta itseymmärryksestä. Toisaalta oikeusperiaatteiden punnintamalli on keskittynyt tuomarin tai muun oikeudellisen päätöksentekijän harkintaprosessin analyysiin tavalla, jota Jaakko Jonkan väitöskirja *Syytekyynnys* hyvin kuvastaa. Oikeuden käsitteellisen elementin tehtävä on tällöin varsin samantapainen kuin analyttisessä tutkimustraditiossa, vailla muita kuin esitysteknisiä tai oikeudellista tulkintaa palvelevia tehtäviä.

Perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi hyväksyy lähtökohtaisesti lainsäätäjän käyttämän oikeudellisen käsitteistön, mutta sitä saatetaan täydentää vallitsevan perusoikeusjärjestelmän vähintään piilevästi hyväksymillä tai edellyttämillä perusoikeuksilla. Pöyhösen *Uusi varallisuusoikeus* -teoksessa *toimivat markkinat* esitellään sanotunlaisena kirjoittamattomana perusoikeutena. Pöyhösen analyysi saa tukea siitä institutionaalisesta tosiasiasta, että Suomi on nykyisin Euroopan yhteisön jäsenmaa kaikkine tuon jäsenyyden mukanaan tuomine taloudellisine oikeuksineen ja velvollisuuksineen, vaikkei Pöyhönen tältä osin Euroopan yhteisön oikeuteen viittaakaan. Tulkitsen asiaa hieman eri tavoin kuin Pöyhönen, jonka analyysi liittää taloudellisen markkinalogiikan suoraan vallitsevan perusoikeusjärjestelmän yhteyteen. Itse näen asian siten, että on kyse yhtäältä määrätyn taloudellista vaihdantaa säätelevän *institutionaalisen rakenteen*, kuten Euroopan yhteisön toimielinten ja kansallisten kilpailuviranomaisten sekä muiden vaihdantamarkkinoita ohjaavien instituutioiden, ja toisaalta yksittäisille kansalaisille turvatun *fair access to market* -tyyppisten, *julkishyödykkeiden markkinoille pääsyä* turvaavien oikeuksien kokonaisuudesta.² Perusoikeuslähtöisen

² Ks. luku 9.6. ”Perusoikeusjärjestelmän sisäinen logiikka”.

laintulkintaopin systeeminen käsitys perusoikeusjärjestelmän hiljaisesti edellyttämistä perusoikeuksista merkitsee paluuta oikeuden systeemiseen jäsennykseen osin käsitelainopin piilevään systeemilogiikkaan rinnastuvalla tavalla, missä lainsäätäjän selväsanaisesti omaksumaa oikeudellista jäsennystä saatettiin arvioida oikeuden tieteellisessä katsannossa perustelluimman systematiikan valossa.³

1960-luvun lopun, 1970-luvun ja 1980-luvun alun radikaalisti yhteiskunnallistunut ja politisoitunut vaihtoehtoinen lainoppi kritisoi analyyttistä oikeustiedettä siitä, että se sivuutti oikeuden yhteiskunnallisen ja vallankäytöllisen aspektin oikeudellisesti merkityksettömänä sekä suhtautui oikeuden tulkintaan ikään kuin olisi kyse vain kielellis-semanttisesta operaatiosta ilman minkäänlaisia yhteiskunnallisia tai poliittisia liittyviä. Vaikka analyyttinen koulu oli tarkastellut esimerkiksi omistusoikeutta yhtenä keskeisenä esimerkkinään, käsitys omistamisen yhteiskunnallisista ulottuvuuksista ei sopinut Simo Zitting ja muiden analyttisen oikeustieteen edustajien teknisiin omistusoikeuskaavioihin ja oikeusasema-analyysihin. Oikeuden systeemis-käsitteellinen elementti siinä muodossa, jollaisena analyttinen koulu oli sen ymmärtänyt, ei tavoittanut oikeuden yhteiskunnallista ja vallankäyttöön liittyvää tehtävää.

Vaihtoehtoista lainoppia sekä naisoikeus- ja laajemmin ymmärrettyä oikeudellista tasa-arvotutkimusta yhdistää käsitys, jonka mukaan voimassa oleva oikeus ei ole ideologisesti neutraali ja tekninen yhteiskuntasuhteiden sääntelyjärjestelmä, jollaisena analyttinen koulu sen tahtoi esittää. Tapa, jolla oikeus on vallitsevan oikeusopin mukaisesti käsitteellistetty, heijastaa voimassa olevan oikeuden ja oikeudellisen analyysin perustavaa ideologista vinoumaa joko porvarillisen yhteiskuntajärjestyksen, poliittisen konservatismen sekä kapitalistisen taloudellisen tuotantojärjestelmän uusintamisen (= vaihtoehtoinen lainoppi) tai oikeudellisen patriarkaatin eli miesvaltaisten yhteiskuntasuhteiden ylläpitämisen ja uusintamisen (= naisoikeustutkimus) merkityksessä. Arvo- ja kohdeneutraaliksi väitettyyn oikeuteen ja perinteiseen oikeustieteeseen on naisoikeustutkimuksen mukaan sisäänrakennettuna tietynlainen käsitys ”tavanomaisesta”, ”normaalista” ja ”hyväksyttävästä” oikeudellisen sääntelyn ja päätöksenteon lähtökohtana, eikä tuo lainsäädännön ja oikeudellisen ajattelun hiljaisesti hyväksymä viitekehys kohtelee erilaisia kansalaisryhmiä samalla tavoin. Lainsäädännön ja oikeudellisen analyysin julkilausumattomana lähtökohtana on tavallisesti (keskiikäinen) mies, ei nainen, lapsi tai vanhus, vaikka säädökset onkin tavallisesti kirjoitettu näennäisesti sukupuolineutraalilla tavalla. Perinteiset oikeudelliset käsitteet myös sivuuttavat naisten elämän kannalta tärkeitä elämänalueita tai aina-

³ Tosin Helin huomauttaa, miten käsitelainoppi oli Suomessa lainsäädäntöä kunnioittavaa oikeusoppia eikä ainakaan pääsääntöisesti pyrkinyt pakottamaan sitä aprioristen oikeuskäsitteiden muottiin. Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 316.

kaan niitä ei rinnasteta täysimääräisesti miehisen maailman ilmiöihin, esimerkiksi työelämän, perheen ja lastenkasvatuksen aloilla. Naisoikeustutkimus riittää näin oikeustieteen perinteisen tavan käsitteellistää tutkimuskohteensa voimassa olevien oikeuden sääntöjen ja periaatteiden merkityksessä sekä esittää vaatimuksen oikeudellisen sääntelyn ja päätöksenteon mukauttamisesta erilaisen ihmis- ja kansalaisryhmien toisistaan poikkeaviin tarpeisiin naisnäkökulmasta tai, yleisemmin, yhteiskunnallisesta tasa-arvonäkökulmasta arvioituna.

Myös sosiaalinen siviilioikeus on esittänyt vaatimuksen yleisten ja abstraktien oikeudellisten käsitteiden muuntamisesta konkreettisiksi, tilanne- ja henkilösidonnaisiksi käsitteiksi. Se on riittauttanut perinteisen oikeustieteen käsitteellisen ja systeemisen elementin: analyttisen oikeustieteen yleisten ja abstraktien roolikäsitteiden (velkoja/velallinen, työnantaja/työntekijä) sijaan tuli suosia konkreettisia, tilanne- ja henkilösidonnaisia käsitteitä (työtön velallinen, sairastunut velallinen, velallinen, jolla on suppea ammattikokemus ja koulutus). Tietenkin myös oikeudellisen käsitteparin toinen puoli eli työnantaja tai velkoja -osio tulisi kontekstualisoida henkilö- ja tilannesidonnaisiksi käsitteiksi, mutta tähän sosiaalinen siviilioikeus ei ole ryhtynyt yhteiskuntaideologisten lähtökohtiensa vuoksi. Tulisi toisin sanoen puhua esimerkiksi vakavaraisesta tai vähävaraisesta velkojasta sekä pienyrityksestä tai monikansallisesta suuryrityksestä työnantajana henkilö- ja tilannesidonnaisten velallis- ja työntekijäkäsitteiden vastinparina.

Juha Pöyhösen sopimusoikeuden analyysia seuraten voi todeta, että sopimusoikeuden ja yleisesti siviilioikeuden käsitteellistäminen ja suhde oikeudelliseen systeemijatteluun on kulkenut neljänlaisen oikeudellisen kerrostuman kautta: käsitelainopin varsinaisista oikeuskäsitteistä eli systeemisidonnaisista olemuskäsitteistä analyttisen siviilioikeustieteen puhtaasti esitysteknisiin funktiokäsitteisiin, joilla ei ole semanttista referenssiä teknisten oikeustositseikka – oikeusseuraamus -relaatioiden ulkopuolella mutta jotka ovat käsitelainopin hyödyntämien käsitteiden tavoin systematisoitavissa kiinteän oikeudellisen systeemin muotoon, edeten Pöyhösen itsensä kehittelemään malliin oikeusperiaatteiden tapaus- ja tilannekohtaisesta painoarvopunninnasta, missä oikeusperiaatteita ei ole mahdollista systeemisesti ennalta tai edes jälkikäteen vakioida ja missä aristotelisen sopimustasapainon ja oikeudenmukaisen hinnan (lat.: *iustum pretium*) tavoittelu saa keskeisen aseman yleisten siviilioikeuden käsitteiden tulkinnan sijaan, päätyen lopulta sosiaalisen siviilioikeuden konkreettisiin, henkilö- ja tarverationaalisesti määräytyneisiin roolikäsitteisiin, kuten ”velallinen, jolla on rajalliset varat”, ”työtön velallinen” tai ”velallinen, jolla on suppea ammattikokemus ja koulutus”.⁴ Analyttisen oikeustieteen mukaista abstraktia ja relationaalisesti ymmärrettyä oikeuskäsitteistöä, jota myöhemmät sosiaalisen siviilioikeuden ja oi-

⁴ Velallisesimerkit ovat Thomas Wilhelmssonilta, vrt. luku 9.3. ”Sopimusmalliajattelun piilevät premissit”.

keusperiaatekeskeisen analyysin elementit osaltaan täydentävät, voinee silti pitää edelleen Suomen oikeudessa ja oikeustieteessä vallitsevana.

Kriittinen oikeuspositivismi yhdistää kahdenlaisia käsitteellisiä elementtejä keskenään: yhtäältä perinteiseen oikeussääntöjen tulkintaan sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden arvosidonaiseen punnintaan liittyvää tulkinnallista käsitteistöä lainopin vallitsevan doktriinin mukaisesti, toisaalta kriittisen oikeusopin mukaisia ideoita oikeuden vaihtoehtoisista tulkinnoista ja kriittisestä oikeusperiaatteiden punninnasta oikeuden kolmella eri tasolla. Samalla oikeuden käsitteellinen elementti viittaa Tuorilla kahteen suuntaan, yhtäältä sääntökeskeiseen ja toisaalta periaatekeskeiseen oikeudelliseen analyysiin.

Perusoikeuskeskeisessä laintulkintaopissa oikeuden systeemis-käsitteellinen elementti on palautettavissa vallitsevaan perusoikeusjärjestelmään sen joko selväsanaisesti hyväksymien tai vähintäänkin hiljaisesti edellyttämien perusoikeuksien merkityksessä. Sidonnaisuus oikeusperiaatekeskeiseen oikeuskäsitykseen, missä eri oikeusperiaatteet on osittain ja vain heikosti etusijaistettu suhteessa toisiinsa, liittyy perusoikeuskeskeiseen laintulkintaoppiin heikosti systeemisen elementin, joka ohjaa ja rajoittaa oikeuden mahdollisia tulkintoja. Oikeusperiaatteiden punnintamenettely, samoin kuin abstrakteja oikeuskäsitteitä voimakkaasti kritisoineet naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus sekä sosiaalinen siviilioikeus, käsitteellistävät voimassa olevan oikeuden varsin eri tavoin kuin yleisiin ja abstrakteihin oikeuskäsitteisiin sitoutuneet analyyttinen siviilioikeustiede ja käsitelainoppi.

b) Identifioitavissa oleva oikeus: institutionaalinen oikeuslähdeoppi

Toiseksi, lainopin tutkijan soveltama *tunnistamissääntö* eli *institutionaalinen oikeuslähdeoppi*, jonka avulla oikeus on erotettavissa kaikesta, mikä ei ole oikeutta esimerkiksi vallitsevan yhteiskuntamoraalin tai uskonnollisten käsitysten merkityksessä, vaihtelee tulkintamatriiseittain. Keskeinen kahtiajako kulkee pitkkin linjaa *vallitseva/kriittinen* lainopin doktriini. Lainopin vallitsevaan doktriiniin kuuluvat tai ainakin ovat kuuluneet käsitelainoppi, analyyttinen oikeustiede, perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi sekä osin oikeusperiaatteiden punnintamalli ja kriittinen oikeuspositivismi. Kriittiseen oikeusoppiin kuuluvat tai ainakin ovat kuuluneet varsinainen vaihtoehtoinen lainoppi, sosiaalinen siviilioikeus, *reella överbäganden* -juridiikka ja oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi, naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus sekä osin oikeusperiaatteiden punnintamalli ja kriittinen oikeuspositivismi. Tässä muodossa esitetty jako vallitsevaan ja eri tavoin kriittiseen oikeusoppiin on kuitenkin karkea eikä tee oikeutta eri oikeudenalojen eroavuuksille. Esimerkiksi sosiaalisen siviilioikeuden ajatuksia on omaksuttu osaksi kuluttajansuojaoikeuden vallitsevaa doktriinia, ja naisoikeustutkimuksen ideoita on omaksuttu tasa-arvolainsäädännön tulkinnas-

sa. Oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi on vaikuttanut vahvimmin yritystoimintaa sääntelevillä oikeudenaloilla sekä Euroopan yhteisöoikeuden sisämarkkina- ja kilpailuoikeuden sääntöjen tulkinnassa. Jako vallitsevaan ja kriittiseen oikeusoppiin ei myöskään ole ajallisesti muuttumaton.

Lainsäädäntöä kunnioittanut ja apioriset eli säädännäisen oikeuden järjestelmää edeltäneet päätelmät ainakin pääosin torjunut suomalainen käsitelainoppi,⁵ samoin kuin analyttinen oikeustiede, perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi ja (ainakin osin) oikeusperiaatteiden punnintamalli ovat sidoksissa vallitsevaan eli tuomarikunnan ja muiden viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämään tuomarinideologiaan (Ross) tai oikeuden tunnistamissääntöön (Hart) oikeuden erottamiseksi kaikesta, mikä ei ole oikeutta, esimerkiksi yhteiskuntamoraalin, uskonnon tai tapaetiketin käyttäytymisnormien merkityksessä. Sitä vastoin 1940-luvun pragmaattinen instrumentalismi eli *reella överbäganden* -juridiikka pyrki vahventamaan reaalisten argumenttien ja etenkin taloudellista vaihdantaa suosivien argumenttien suhteellista asemaa lainopissa tuolloin vallalla olleiden käsitteellis-systemaattisten tulkintaperusteiden sijaan, joita käsitelainoppi piti merkityksellisinä. Samoin 1990-luvulta lähtien oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi on pyrkinyt avaamaan suomalaista oikeuslähdeoppia oikeuden ennakoitavissa oleville yhteiskunnallisille ja etenkin taloudellisille vaikutuksille, jolloin oikeustaloustieteellisten tulkintaperusteiden soveltamisalaa on saatettu pyrkiä laventamaan ohi vallitsevan tuomarinideologian salliman reaalisen argumentaation.

Poliittisen 1970-luvun vaihtoehtoisen lainopin suhtautuminen vallitsevaan oikeuslähdeoppiin oli kaksijakoinen. Yhtäältä vaadittiin Antti Kivivuoren, Esko Riepulán ja Antero Jyrängin tavoin lainopin metodin radikaalia uudelleen määrittelyä ja lainopin palauttamista muun – ja metodiopillisessa katsannossa väitetysti perustellumman – yhteiskuntatieteellisen tutkimuksen yhteyteen. Toisaalta, jos lainopin perinteinen eli voimassa olevan oikeuden sisältöä tulkitseva tiedonintressi ja sitä vastaava metodioppi hyväksyttiin, myös enemmän tai vähemmän perinteinen käsitys sovellettavasta oikeuslähdeopista hyväksyttiin lainopin tutkimukselliseksi lähtökohdaksi, vaikka sitä pyrittiinkin nyt tulkitsemaan vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen oikeustieteen yhteiskunnallisten, aksio-logisten ja ideologisten premissien valossa. Vaihtoehtoinen lainoppi, sosiaalinen siviilioikeus sekä naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus ovat toisin sanoen pyrkineet vallitsevan oikeuslähdeopin kritiikkiin ja sen laventamiseen kunkin taustalla vaikuttavien yhteiskuntaideologisten ja arvoperusteiden tarkoitamalla tavalla. Oikeuspoliittinen ja oikeustieteellinen tiedonintressi – missä jälkimmäinen termi tulee ymmärtää merkityksessä: voimassa olevan oikeuden sisältöä selvittävä, ei sitä aktiivisesti muuttamaan pyrkivä tutkimus – kietoutuvat

⁵ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 316.

näissä erottamattomasti yhteen. Sama pätee myös kriittiseen oikeuspositivismiin ja pragmaattiseen instrumentalismiin *reella överbälganden* -juridiikan ja oikeus-taloustieteellisen laintulkintaopin merkityksessä siltä osin kuin tietoisena tavoitteena on oikeuden sisältökritiikki ja oikeuslähdeopin laventaminen ohi vallitsevan institutionaalisen oikeuslähdeopin tunnustamien kriteerien.

c) Oikeuden tahdonvaltainen konstituoitavuus: lainsäätäjän ja tuomioistuinten oikeutta muotoavat puheteot

Kolmanneksi, oikeuden *konstituutio* eli oikeussäännöistä ja mahdollisesti myös institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivista oikeusperiaatteista koostuvien oikeudellisten instituutioiden perustaminen, muuttaminen, oikeusvaikutusten toteuttaminen sekä kumoaminen lainsäätäjän tai tuomioistuinten oikeutta muotoavien määrämuotoisten lausumien eli *institutionaalisten puhetekojen* avulla vaihtelee tulkintamatriiseittain. Tässä teoksessa voimassa olevan oikeuden määrittely on sidottu yhtäältä analyttisen oikeusrealismin ideaan oikeudesta *toteutuneena* ja vallitsevan tuomarinideologian valossa myös tulevaisuudessa *toteutettavissa* olevana yhteiskunnallisena tosiasiana, sekä toisaalta institutionaalisen oikeuspositivismin ideaan oikeudesta lainsäätäjän ja tuomioistuinten *institutionaalisten puhetekojen* avulla luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa ja kumottavissa olevana ilmiönä. Moderni tahdonvaltainen oikeus on siten erotettu esimerkiksi tavanomaisoikeudellis-historiallisesta oikeustraditiosta sekä erilaisista luonnonoikeusopin, oikeusfenomenologian ja oikeusteologian muunnelmista, joissa oikeus on johdettu apriorisesti itseannetusta asian luonnosta (saks.: *Natur der Sache*), uskonnollisen auktoriteetin tahdosta tai ihmisluonnon muuttumattomista ja väitetyistä itsestään selvistä lainalaisuuksista.

Lainsäätäjän sekä tuomioistuinten ja muiden viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien määrämuotoisilla oikeudellisilla lausumilla on *perlokutio-naarinen* eli voimassa olevan oikeuden sisältöä tehokkaalla tavalla konstituiva vaikutus. Lainopin eri tulkintamatriisit antavat varsin erilaisen painoarvon yhtäältä lainsäätäjän, toisaalta tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten institutionaalisille puheteoille. Lisäksi kriittinen oikeuspositivismi antaa myös oikeustieteen, tai oikeammin lainopin, tuottamille oikeudellisille tulkintalauseille oikeutta tuottavaa ja uusintavaa merkitystä.

Lainsäätäjä on itse asiassa monikollinen käsite, koska hierarkkisesti eritasoisia yleisten oikeusnormien säätämiseen kelpoisia norminasettajia on monilukuinen joukko Euroopan yhteisön oikeudelliseen norminantoon kelpoisista toimielimistä, kuten Euroopan parlamentista, neuvostosta ja komissiosta, kansallisiin norminasettajiin eli Suomen valtiopäiville kokoontuneeseen eduskuntaan, asetuksia antavaan tasavallan presidenttiin, asetuksia ja päätöksiä antavaan valtioneuvostoon ja yksittäisiin valtioneuvoston ministeriöihin sekä sitä

alemman asteisiin hallinnollisiin norminasettajiin aina kunnallisen tason viranomaisiin asti. Erilaisia tuomioistuimia ja muita yksittäisiä oikeudellisia soveltamisratkaisuja antavia viranomaisia ei ole tapana lukea lainsäätäjäkäsitetten alaisuuteen silloinkaan, kun ne Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tosiasiallisen norminantovallan tavoin saattavat asettaa ratkaisuihinsa yleisiin säädöksiin rinnastuvia oikeusnormeja. – Samoin termiä *tuomioistuin* saatetaan käyttää viittamaan varsinaisten tuomioistuinten ohella erilaisiin institutionaalisiin lainsoveltajiin.

Suomalainen käsitelainoppi oli Helinin mukaan lainsäädäntöä kunnioittavaa oikeusoppia eikä ainakaan pääsääntöisesti pyrkinyt pakottamaan sitä aprioristen, ennalta-annettujen oikeuskäsitteiden muottiin.⁶ Myös analyttinen oikeustiede ja perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi mieltävät oikeuden ensisijaisesti lainsäätäjän tekemiin valintoihin palautuvana ja palautettavissa olevana ilmiönä. Tuomioistuinten tehtävänä on (vain) tuon lainsäätäjän asettaman systeemisen oikeuden konkretisointi ja täsmentäminen oikeuskäytännössä. Toisaalta vaihtoehtoinen lainoppi, jonka yhtenä opillisena esikuvanakin oli italialaisten vasemmistotuomarien *uso alternativo del diritto* -liike, samoin kuin pragmaattinen instrumentalismi eli *reella överbäganden* -juridiikka ja myöhempi oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi sekä sosiaalinen siviilioikeus, naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus, oikeusperiaatteiden punnintamalli ja kriittinen oikeuspositivismi asettavat ainakin osin tutkimuksellisen painopisteen tuomioistuinten ratkaisukäytännössä toteutuneelle oikeudelle. Kriittisen oikeusopin ajatus oikeuden vain mahdollisista tulkinnoista ja oikeudellisesta muutosdynamikasta on helpommin perustavissa viittamalla tulevaisuudessa ehkä toteutuviin tulkintoihin kuin lainsäätäjän selväsanaisesti omaksumiin oikeudellisen systematiikan kiintopisteisiin.⁷

Kriittisen oikeuspositivismin suhde lainsäädäntöön oikeuden konstituutiossa on jonkin verran pulmallinen, koska lainsäädäntö on Tuorin mukaan ”ei-vielä-oikeutta”⁸ eli eräänlaista oikeuden raaka-ainetta amerikkalaisen oikeusrealistin John Chipman Grayn hahmottelemaan tapaan. ”Jo-oikeudeksi” se muuntuu vasta tuomioistuinten ja muiden viranomaisten yksittäisissä oikeudellisissa soveltamisratkaisuissa, mikä liittyy kriittisen oikeuspositivismin tuomioistuinkesteiden

⁶ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 316: ”Käsitelainopista esim. Savigny ja Puchtan tarkoittamassa mielessä 1920-luvun konstruktivinen lainoppi eroaa kuitenkin siinä, ettei juridisten käsitteiden katsottu olevan apriorisia, lainsäätäjän ulottumattomissa olevia entiteettejä. Päävastoin korostettiin, että käsitteiden sisältö on positiivisoikeudellinen asia: ’Käsite on (...) haettava esille positiivisesta oikeudesta, eikä päin vastoin positiivista oikeutta ole yritettävä pusertaa käsitesysteemin ahtaisiin rajoihin’ [viittaus Caseliuksen teokseen *Panttioikeuden käsitteistä Suomen oikeuden mukaan* vuodelta 1925].”

⁷ Oikeudesta mahdollisuutena, Wilhelmsson, ”Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat”, s. 347–353; vrt. Helin, ”Monet on metodit”, s. 311.

⁸ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 300.

tulkintamatriisien joukkoon. Tuori antaa myös oikeustieteen, tai oikeammin lainopin, tuottamille tulkintalauseille oikeutta konstituivaa eli oikeutta tuottavaa ja uusintavaa merkitystä.⁹ Myös perusoikeuskeskeiseen laintulkintaoppiin liittyy ajatus oikeuden vain tapauskohtaisesti määräytyvästä systematiikasta ja eri perusoikeuksien arvosidonnaisesta punninnasta tuomarin tai muun lainsoveltajan kiperässä ratkaisutilanteessa, jossa eri perusoikeudet ja niiden taustalla vaikuttavat oikeusperiaatteet vievät tuomarin ratkaisuharkintaa eri suuntiin, joskin eri perusoikeuksien ja niiden taustalla vaikuttavien oikeusperiaatteiden kesken on havaittavissa vähintäänkin heikkoja oikeudellista punnintaa ohjaavia etusijaoletuksia ainakin suhteessa kansalaisten hengen ja terveyden suojaa turvaaviin, suhteessa vahvimpiin oikeusperiaatteisiin.

Kriittinen oikeuspositivismi ja oikeusperiaatteiden tilannesidonnainen punnintamalli, jonka tutkimuksellisia sitoumuksia Tuorin malli pitkälti toistaa, mieltävät siis konstitutiiviset oikeuden voimaantulo-, transformaatio-, täytäntöönpano- ja derogaatioehdot varsin eri tavoin kuin lainsäädäntö- ja oikeussääntökeskeinen analyttinen oikeustiede. Oikeuskulttuuritason ja oikeuden syvätason käsittelemät oikeusperiaatteet (= kriittinen oikeuspositivismi, oikeusperiaatteiden punnintamalli) tai perusoikeusjärjestelmän vain hiljaisesti edellyttämät perusoikeudet (= perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi) eivät ole samalla tavoin välittömästi tahdonvaltaisesti muutettavissa kuin lainsäädännössä ja tuomioistuinten ratkaisukäytännössä asetetut oikeussäännöt ja mahdolliset oikeusperiaatteet, joihin analyttisen oikeustieteen tutkimuksellinen tiedonintressi kiinnittyy. Yleisesti vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin tuottamat tulkintalauseet pyrkivät laajentamaan oikeuden käsitettä ohi analyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin sekä lainopin vallitsevan doktriinin tutkimuksellisenä referenssinään pitämän *toteutuneen* ja myös vastaisuudessa *toteutettavissa* olevan oikeuden tulkinnallisen merkityssisällön, pyrkien sen sijaan tulkinta-, systematisointi- tai punnintasuosituksiin, jotka paremmin vastaavat kriittisen oikeusopin taustalla vaikuttavaa oikeus- ja yhteiskuntaideologista katsantokantaa ja tiedonintressiä.

d) Oikeuden tulkinnallinen määritettävyyys: oikeudelliset argumentaatio-säännöt

Neljänneksi, oikeudelliset *metodisäännöt* eli oikeussääntöjen systematisointia ja tulkintaa sekä oikeusperiaatteiden arvosidonnaista painoarvopunnintaa ohjaavat päättelysäännöt poikkeavat merkittävästi toisistaan, sillä eri tulkintamatriisit

⁹ Tuori, mts. 337: "... kriittisessä positivismissä korostetaan traditionaalisesta oikeuspositivismista poiketen oikeustieteen asemaa yhtenä oikeusjärjestystä tuottavista ja uusintavista käytännöistä. Samalla kuitenkin myös tähdennetään, että oikeustieteen tulokset saavat pakotuksen takaaman sitovuuden vasta muissa oikeudellisissa käytännöissä, lainsäätämisessä ja lainkäytössä, tehtyjen päätösten välityksellä."

ovat sitoutuneet varsin erilaiseen käsitykseen oikeudellisesta argumentaatiosta. Käsitelainoppi pyrki ylläpitämään oikeuden käsitteellis-systeemistä ykseyttä ja yhtenäisyyttä oikeuden peruskäsitteiden ennalta vakioituneen systeemin avulla. Oikeuden tulkinta oli korostetun systeemistä, missä oikeudellisen ilmiön suhteellinen sijainti oikeudellisten peruskäsitteiden verkostossa oli ratkaisevassa asemassa. Oikeudellinen systematiikka rajasi tiukasti oikeuden mahdollisen tulkinnan rajat, ja tavallisesti sitouduttiin myös ajatukseen yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta. Analyttisen oikeustieteen voimassa olevaan oikeuteen kohdistuva tulkinnallinen tiedonintressi oli ja on korostetun juridis-tekninen. Tavoitteena on voimassa olevan oikeuden sääntöjen purkaminen teknisten oikeustositseiksi – oikeusseuraamus -relaatioiden kokonaisuudeksi sekä oikeussuhteiden kielellis-semanticinen analyysi ja vakioiminen oikeudelliseksi käsitesysteemiksi, jollaista Simo Zittingin toteuttama omistusoikeuskäsitteen analyysi on hyvä esimerkki. Pragmaattinen instrumentalismi eli *reella överbäganden* -juridiikka ja oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi ovat pyrkineet oikeuden ennakoitavissa olevien yhteiskunnallisten vaikutusten huomioon ottamiseen oikeuden tulkinnassa, jolloin reaalisille argumenteille on annettu laajempaa merkitystä kuin mitä vallitseva oikeuslähde- ja laintulkintaoppi sallisi.

Vaihtoehtoinen lainoppi on pyrkinyt määritelmällisesti *vaihtoehtoiisiin* eli vallitsevasta tuomarinideologiasta ja lainopin vallitsevan doktriinin argumentaatio-teoreettisista sitoumuksista poikkeaviin, marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntaideologian mukaisiin systematisointi- ja tulkintasuosituksiin voimassa olevasta oikeudesta. Taustalla oli poliittisesti tiedostavien italialaistuomareiden ajatus oikeuden ”vaihtoehtoisesta käytöstä”, *uso alternativo del diritto*. Samoin naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus rakentuvat vallitsevan oikeudellisen tulkintaopin kritiikin varaan, mutta vaihtoehtoisen lainopin marxilaiset lähtökohdat ovat nyt vaihtuneet feministisen tai yleisemmin yhteiskunnan rakenteellista eriarvoisuutta vastustavan ja oikaisemaan pyrkivän oikeus- ja yhteiskuntaideologian sitoumuksiksi. Naisoikeustutkimus on perustellut oikeudellisia tulkinta-, systematisointi- ja punnintakannanottoja, joiden avulla yhteiskunnan rakenteellista syrjintää voidaan vähentää ja naisten suhteellista yhteiskunnallista asemaa parantaa esimerkiksi tietoisien suosivan erityiskohtelun (engl.: *positive discrimination*) ja kiintiöpaikkojen varaamisen avulla. Thomas Wilhelmssonin edustamaa sosiaalista siviilioikeutta voi pitää oppina, joka – Markku Helinin sattuvan luonnehdinnan mukaan – kääntää lainsäätäjän tekemät poikkeukset oikeudellisiksi pääsäännöiksi,¹⁰ perustellen menettelyn hyväksyttävyyttä oikeu-

¹⁰ Helin, ”Monet on metodit”, s. 311: ”Kumouksen eräänä seurauksena on pääsääntöjen muuttuminen poikkeuksiksi ja poikkeuksien pääsäännöiksi. Tämä mahdollistaa analogiapäätelmät sellaisista periaatteista, jotka perinteisen doktriinin mukaan ovat poikkeuksia, ja vastakohtaispäätelmät

dellisen systeemiajattelun murtumilla, yhteiskunnallisen muutosdynamikan vaatimuksilla sekä oikeudellisen sääntelyn tulevan suunnan ennakoimisella. Kriittinen oikeuspositivismi on pyrkinyt yhdistämään sekä tahdonvaltaisen että aidosti kriittisen oikeusopin ideoita keskenään. Tämä toteutuu Tuorin mukaan siten, että oikeuden pintatasolla vallitsevan ja kriittisen oikeusopin tuottamilla oikeuden tulkintalauseilla sekä oikeuskulttuurin tasolla ja oikeuden syvätasolla normatiivisilla oikeusperiaatteilla on yhtäältä konstitutiivinen ja toisaalta kriittinen tehtävä suhteessa oikeussääntöjen tulkintaan.

Oikeusperiaatteiden punnintamalli perustuu oikeusperiaatteiden tilannesidonaisen painoarvon määrittämiseen ja tasapainottamiseen muiden asiaan vaikuttavien oikeusperiaatteiden vastaavien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden kanssa (engl.: *weighing and balancing*). Pragmaattinen instrumentalismi pyrkii senkaltaisiin tulkintoihin voimassa olevasta oikeudesta, jotka toteuttavat parhaalla mahdollisella tavalla vaihdannan intressiä tai vastaavia yhteiskunnallisia tavoitteita (= *reella överbäganden* -juridiikka) tai yleistä taloudellista kustannustehokkuutta, liiketoiminnan transaktiokustannusten minimointia ja optimaalista yhteiskunnallista resurssiallokaatiota (= oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi). Perusoikeuskeskeinen tulkintaoppi rajaa oikeussääntöjen tulkinna ja oikeusperiaatteiden sekä muiden ratkaisustandardien punninnan merkityssfääriin voimassa olevan perustuslain joko selväsanaisesti hyväksymien tai vähintäänkin hiljaisesti edellyttämien perusoikeuksien järjestelmään.

2. SUOMALAISEN LAINOPIN TULKINTAMATRIISIT

2.1. Oikeudellisten tulkintamatriisien kirjo

Suomalaista 2000-luvun lainoppia jäsentää ainakin yhdeksän erilaista tulkintamatriisia, joiden tieteenteoreettiset premissit poikkeavat merkittävästi toisistaan niin oikeuden konstitutiivisten, oikeuslähdeopillisten, argumentaatioteoreettisten kuin systeemis-käsitteellisten sitoumusten osalta. Lisäksi voidaan vielä erottaa käytännönläheinen laintulkintaoppi eräänlaisena jäännöskategoriana, jonka alle tieteenteoreettisessa katsannossa jäsentymättömät lainopin tutkimukset sijoittuvat. Tulkintamatriisit on esitetty alla summittaisessa aikajärjestyksessä, mutta niiden ajalliset vaikutukset menevät osin lomittain. Lisäksi pragmaattisen instrumentalismin alaan kuuluvat kaksi tutkimussuuntausta eli *reella överbägan-*

periaatteista, joita tavallisesti pidetään pääsääntöinä.” Helin puhuu Wilhelmssonin sosiaalisesta siviilioikeudesta yhtenä vaihtoehtoisen lainopin muunnelmana. Omassa jaottelussani 1960-luvun lopun, 1970-luvun ja 1980-luvun alun varsinainen vaihtoehtoinen lainoppi sekä myöhempi sosiaalinen siviilioikeus ja muut kriittisen oikeusopin suuntaukset on erotettu toisistaan.

den -juridiikka ja oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi sijoittuvat ajallisesti puolen vuosisadan päähän toisistaan. Suomalaisen lainopin tulkintamatriisit ovat:

- 1) *käsitelainoppi*: oikeus ”varsinaisten oikeuskäsitteiden” eli substanssikäsitteiksi ymmärrettyjen oikeudellisten peruskäsitteiden systemisena kokonaisuutena, missä yksittäisen oikeussäännön suhteellinen sijainti oikeuskäsitteiden kokonaissysteemissä rajaa ja määrittää oikeuden tulkintaa (1800/1900–1950/60),
- 2) *analyttinen t. analyttis-funktionaalinen oikeustiede*: oikeus lainsäätäjän (ja tuomioistuinten) voimaansaattamien oikeustositteikka – oikeusseuraamus –relaatioiden kokonaisuutena, missä oikeuskäsitteillä on vain esitystekninen tehtävä ilman semanttista referenssiä oikeus – velvollisuus –relaatioiden ulkopuolella, ja lainopin tehtävänä on tuottaa voimassa olevan oikeuden sisältöä koskevia systematisointi- ja tulkintalauseita vallitsevaa tuomarinideologiaa vastaavalla tavalla (alkaen 1950-l.),¹¹
- 3) *vaihtoehtoinen lainoppi*: oikeuden ja vallitsevan (eli tuolloin: analyttisen) oikeudellisen tutkimuksen ideologiakritiikki marxilaisen vasemmistoideologian näkökulmasta sekä oikeuden ylläpitämän rakenteellisen eriarvoisuuden purkaminen esittämällä voimassa olevasta oikeudesta vaihtoehtoisia eli vasemmistoideologian mukaisia systematisointi- ja tulkintasuosituksia (1960/70–n. 1985),
- 4) *sosiaalinen siviilioikeus*: hyvinvointivaltioideologian mukainen heikomman sopijapuolen intressien suojelu sopimusoikeudessa sekä ennakkollisesti (vakio)sopimusehtojen sääntelyn että jälkikäteisesti jo solmitun sopimuksen tai sen yksittäisen sopimusehdon kohtuullistamisen merkityksessä (alkaen n. 1985),
- 5) *pragmaattinen instrumentalismi: reella överbäganden* eli *social engineering* -juridiikka eli oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten korostaminen sekä oikeuden yhteiskuntatieteellisen analyysin ja reaalisten argumenttien (ruots.: *reella överbäganden*) hyödyntäminen oikeuden tulkinnassa käsitelainopin suosimien oikeussysteemien ja käsitteellisten näkökohtien sijaan (1940-l.) sekä oikeuden taloudellisten vaikutusten analyysi ja taloudellisin kriteerein määritelty reaalinen argumentaatio eli *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi* (alkaen 1990-l.),
- 6) *oikeusperiaatteiden punnintamalli*: oikeus institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien muodostamana avoimena ja dynaamisena systeeminä sekä oikeusperiaatteiden tilannesidonnainen punninta ja keskinäinen tasapainottaminen (engl.: *weighing and balancing*) niiden ilmentämien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden valossa (alkaen n. 1985),¹²
- 7) *naisioikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus*: oikeudellisen sääntelyn ja päätöksenteon sekä lainopin vallitsevan doktriinin muodollisesti

¹¹ Käsitellen suomalaisen analyttisen oikeustieteen tieteenteoreettisia premissejä tarkemmin luvussa 9.4. ”Reflektoitua teoreettista tietoa vai hiljaista tekijän tietoa?”.

¹² Käsitellen oikeusperiaatteiden punnintamallia sekä osin myös käsitelainoppia luvussa 9.3. ”Sopimusmalliajattelun piilevät premissit”.

- kohdeneutraalien mutta tosiasiallisesti sukupuolisidonnaisten syrjivien rakenteiden ja ajatustapojen ideologiakritiikki feministisen oikeus- ja yhteiskuntaideologian tai yleisemmin yhteiskunnallisen tasa-arvoideologian näkökulmasta sekä rakenteellisen yhteiskunnallisen epätasa-arvon purkaminen tietoisien suosivan erityiskohtelun keinoin (alkaen 1990-l.),
- 8) *kriittinen oikeuspositivismi*: oikeuden mieltäminen monitasoiseksi ilmiöksi, missä oikeuden syvemmät kerrostumat eli oikeuskulttuurin taso ja oikeuden syvätkä täyttävät konstitutiivis-kriittisen tehtävän oikeuden pintatason ilmiöihin nähden ja missä oikeuden pintatasolla myös vallitsevan ja kriittisen lainopin lauseet uusintavat oikeutta (alkaen 2000-l.),¹³
- 9) *perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi*: oikeuden tulkinta, systematisointi ja punninta perusoikeuslähtöisestä näkökulmasta eli voimassa olevan perustuslain hyväksymää tai vähintäänkin hiljaisesti edellyttämää perusoikeusjärjestelmää tutkimuksen vakioituna kiintopisteenä hyödyntäen (alkaen 2000-l.),¹⁴ ja
- 10) *käytännönläheinen laintulkintaoppi*: institutionaalsiin oikeuslähteisiin eli lakitekstiin, lainvalmisteluaineistoon ja oikeuskäytäntöön sekä lainopin käytännölliseen tiedonintressiin kiinnittyvä laintulkintaoppi ilman tutkijan omakohtaista oikeusteoreettista tai tieteenteoreettista reflektiota.

Muitakin ehdokkaita lainopin tulkintamatriiseiksi voi toki olla. Merkityksellistä on kuitenkin se, ettei Euroopan yhteisön oikeuden ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen vaikutusta oikeuden tulkintaan ole ehdotettu yleistettäväksi *eurooppaoikeudelliseksi* tai yleiseurooppalaiseksi tulkintamatriisiksi, jonka vaikutusalue ulottuisi varsinaisesti yhteisöoikeudellisen ja ihmisoikeudellisen tulkintakontekstin ulkopuolelle. Oikeuskirjallisuudessa ei toisin sanoen ole ehdotettu esimerkiksi sopimusoikeuden tulkinnallista integroimista yhteisöoikeuden julki-lausuttuihin integraatiotavoitteisiin. Poikkeuksena on edellä luvussa 4, ”Institutionaalinen oikeuslähteoppi”, perusteltu kanta *yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön* ja sitä tukevan Euroopan yhteisön jäsenmaiden ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaiden yhtenäistä ja vakiintunutta kansallista oikeudenkäyttöä koskevan eurooppaoikeudellisen *oikeusvertailun* vaikutuksista myös suomalaisen tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan. Kyse ei kuitenkaan ollut edellä lainopin tulkintamatriisista vaan suomalaisen tuomarin tai muun insti-

¹³ Käsittelen Tuorin kriittistä oikeuspositivismia lähemmin luvussa 9.5. ”Mistä puhumme, kun puhumme oikeudesta?”. Kriittisen oikeuspositivismin ajoitus viittaa tässä 2000-luvulle. Tosin Tuori kehittää oikeuden monitasomallia jo 1980-luvulla väitöskirjaprojektissaan *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 1–2, mutta sen teoreettiset premissit olivat vielä tuolloin vahvasti marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian sävyttämä Sakari Hännisen toteuttaman yhteiskunnallisen subjektirakenteen tietoisuusmuotojen eriyttämisen mukaisesti. Tuorin 1980-luvun oikeusajattelu on sen vuoksi sijoitettu vaihtoehtoisen lainopin alle, vaikka siinä käytännön tulkintajuridiikan tasolla oli vaikuttanut myös lainopin vallitsevasta doktriinista. Vrt. Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 2, s. 24.

¹⁴ Käsittelen perusoikeuslähtöistä oikeusoppia tarkemmin luvussa 9.6. ”Perusoikeusjärjestelmän sisäinen logiikka”.

tutionaalisen lainsoveltajan ratkaisuharkintaa tosiasiallisesti ohjaavasta institutionaaliseen oikeuslähdeopista suhteessa eurooppaoikeudelliseen normistoon.

2.2. Kantamatriisit ja vaikutteita saaneet matriisit

Eräänlaisia lainopillisten tulkintamatriisien ”kantamuotoja”, joista myöhemmät lainopin suuntaukset ovat saaneet vaikutteita ovat ensinnäkin 1900-luvun alku-puolen käsitelainoppi suhteessa 1950-luvun ja sen jälkeiseen analyttiseen oikeus-tieteeseen sekä osin 1980-luvun oikeusperiaatteiden punnintamalliin ja 2000-luvun perusoikeuskeskeiseen oikeusoppiin; 1940-luvun *reella överväganden* -juridiikka suhteessa 1990-luvun oikeustaloustieteelliseen laintulkintaoppiin; 1960/70-luvun ja 1980-luvun alun vaihtoehtoinen ja poliittinen lainoppi suhteessa myöhempiin kriittisen oikeusopin suuntauksiin, kuten sosiaaliseen siviili-oikeuteen, naisoikeus- ja oikeudelliseen tasa-arvotutkimukseen ja kriittiseen oikeuspositivismiin; sekä 1980-luvun oikeusperiaatteiden punnintamalli suhteessa 2000-luvun kriittiseen oikeuspositivismiin ja perusoikeuskeskeiseen laintulkintaoppiin.

Yhteistä käsitelainopille ja analyttiselle oikeustieteelle on idea oikeuden kielisidonnaisuudesta sekä oikeudellisesta tulkinnasta semanttis-käsitteellisenä operaationa eli lainsäätäjän (tai tuomioistuinten) käyttämien kielellisten ilmausten semanttisena tulkintana ja systematisointina. Analyttinen oikeustiede antoi samalla oikeudellisille käsitteille varsin erilaisen tulkinnan kuin käsitelainoppi: analyttisen oikeustieteen mukaan käsitelainoppi sitoutui perusteettomaan metafysiikkaan olettaessaan, että oikeudellisia peruskäsitteitä, kuten omistusoikeutta, avointa yhtiötä tai kuolinpesää, vastaisi jokin ideaalinen olemus tai substanssi oikeuden ja oikeuden kielen ulkoisessa todellisuudessa. Käsitelainopin *substanssikäsitteet* vaihtuivat 1950- ja 1960-luvulla analyttisen oikeustieteen *funktiokäsitteiksi* ja oikeuden systematiikasta tehtävistä päätelmistä samalla pääosin luovuttiin, mutta oikeudellisen tutkimuksen kieli- ja käsitesidonnaisuus pysyi ennallaan. Käsitelainopin keskeisajatus varsinaisten oikeuskäsitteiden varaan rakentuvasta oikeuden sisäisestä systematiikasta on jatkunut oikeusperiaatteiden punnintamallissa siltä osin kuin Juha Pöyhönen on analysoinut sopimusoikeutta yleisen sopimusmallin idean avulla oikeudellisten peruskäsitteiden eli varsinaisten oikeuskäsitteiden sekä dogmien ja konstruktioiden yhdistelmänä.¹⁵ Myös Pöyhösen myöhemmässä ajatuksessa vallitsevan perusoikeusjärjestelmän edellyttämistä, julkilausumattomista perusoikeuksista, jollaisena hän esimerkiksi toimivat markkinat mieltää, voi nähdä käsitelainopillisen konstruktivisen systeemijattelun vaikutusta.

¹⁵ Ks. luku 9.3. ”Sopimusmallijattelun piilevät premissit”, missä on analysoitu Pöyhösen väitöskirjaa *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*.

Vaihtoehtoinen lainoppi pyrki määritelmällisesti ”vaihtoehtoiseen” tulkintaan voimassa olevasta oikeudesta marxilaisesta yhteiskuntafilosofiasta omaksuttujen ja vasemmistoideologiaa toteuttavien premissien valossa italialaistuomarien *uso alternativo del diritto* -ajatuksen mukaisesti 1960-luvun lopulla, 1970-luvulla ja 1980-luvun alussa. Suuntauksen keskeisenä teoreettikkona on ollut etenkin Lars D. Eriksson sekä, suuntauksen loppuaikoina eli 1980-luvun alussa, Kaarlo Tuori. Radikaalista vaihtoehtoisesta lainopista jäi myöhempään kriittiseen lainoppiin vaikuttamaan (ainakin) neljä keskeistä piirrettä. Sen tutkimuksellisenä perintönä on ensinnäkin luontainen epäily kaikkia senkaltaisia oikeudellisia ratkaisuperusteita kohtaan, jotka sinänsä toteuttavat muodollista oikeudellista ja yhteiskunnallista yhdenvertaisuutta mutta kohtelevat eri yhteiskuntaryhmiin kuuluvia kansalaisia tosiasiaassa eri tavoin, mitä keskeisajatuksista *naisoikeus-* ja *oikeudellinen tasa-arvotutkimus* on jatkanut 1990- ja 2000-luvulla. Toisaalta Lars D. Erikssonin kehittämä ajatus tarve- tai tavoiterationaalisesta harkinnasta, joka sai korvata käsitelainopin ja analyttisen oikeustieteen formaalin oikeudellisen ratkaisulogiikan, on toteutunut Thomas Wilhelmssonin *sosiaalisen siviilioikeuden* kirjoituksissa 1980-luvun puolivälin jälkeen. Oikeudellinen tarverationaalisuus on siinä valjastettu heikomman sopijapuolen suojelun hyväksi.

Kolmanneksi, vaihtoehtoisen lainopin alulle panemaa oikeuden ideologiakritiikkiä on jatkanut osaltaan myös Kaarlo Tuori, jonka kehittämä *oikeuden monitasomalli* perustui 1980-luvulla Sakarin Hännisen marxilaisen yhteiskuntafilosofian ja Georg Lukács -tulkinnan perusteella toteuttamaan oikeuden ja yhteiskunnan subjektirakenteen sekä tietoisuusmuotojen eriyttämiseen. Sitten, 1990-luvun lopulla ja 2000-luvulla Tuori on kehittänyt oikeuden monitasoteoriaa edelleen *kriittisen oikeuspositivismin* nimellä, sitoen oikeudellisen analyysin aiempaa tiukemmin positiivista oikeutta uusintaviin käytäntöihin sekä oikeuden syvempien kerrostumien normatiivisiin oikeusperiaatteisiin ja oikeudellisiin käsitteisiin. Neljänneksi, vaihtoehtoisen lainopin ajatus oikeuden sisäisistä jännitteistä, määritelmällisestä monitulkintaisuudesta sekä tuomarien ja muiden lainsoveltajien keskeisroolista oikeuden sisältöä määritettäessä on hyväksytty myöhemmän kriittisen oikeusopin kirjoituksissa, mikä on korostanut yhtäältä tuomioistuinten ja muiden lainsoveltajien roolia lainsäätäjän kustannuksella ja toisaalta tapauskohtaisen oikeuden merkitystä perinteisen lainopin systeemisten pyrkimysten kustannuksella. Tilannekohtainen, dynaaminen ja avoin oikeudellinen systematiikka on saanut syrjäyttää analyttisen oikeustieteen (ja käsitelainopin) staattisen, suljetun ja ennalta vakioituneen oikeudellisen systematiikan.

Meillä 1980-luvulla esitetty ja alun perin Ronald Dworkinin oikeusteoriaan perustuva ajatus oikeusperiaatteiden tilannesidonnaisesta painoarvopunninnasta on jatkunut 2000-luvun perusoikeuskeskeisessä laintulkintaopissa. Perustuslain joko selväsanaisesti hyväksymä tai ainakin hiljaisesti edellyttämä perusoikeusjärjestelmä muodostaa tulkinnallisen kehikon, jota vasten aineellisen oikeuden

voimassa olevia oikeussääntöjä ja oikeusperiaatteita tulee arvioida niiden tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi. Oikeusperiaatekeskeinen lainoppi vaikuttaa myös Tuorin kriittisen oikeuspositivismin taustalla, oikeuskulttuurin tason ja oikeuden syvätason normatiivisten oikeusperiaatteiden muodossa.

1940-luvun *reella överväganden* -juridiikan ajatus oikeuden yhteiskunnallisten tavoitteiden ja vaikutusten huomioon ottamisesta oikeuden tulkinnassa on jatkunut oikeustaloustieteellisen laintulkintaopin kirjoituksissa 1990-luvulta lähtien. Vahva tavoiterationaalisuus eli oikeuden mieltäminen sääntelyinstrumentiksi haluttujen yhteiskunnallisten tavoitteiden saavuttamiseksi yhdistää sekä *reella överväganden* -juridiikkaa että oikeustaloustieteellistä laintulkintaoppia, joten olen sijoittanut ne molemmat Markku Heliniltä (ja Robert S. Summersilta) omaksutun termin *pragmaattinen instrumentalismi* alle. Tulkintajuridiikan näkökulmasta kumpikin päättyy samaan tulokseen eli suositukseen taloudellista rationaliteettia ja vaihdannan intressejä edistävien perusteiden käyttämisestä oikeuden tulkinnassa. Vallitsevan oikeuslähteopin sitoumusten valossa on siis kyse reaalisesta argumentaatiosta.

Eri tulkintamatriisien keskinäisiä vaikutusuhteita voidaan siis havainnollistaa seuraavasti:

Kaavio 11: Lainopin kantamatriisit ja vaikutteita saaneet tulkintamatriisit

<i>Lainopillinen kantamatriisi</i>		<i>Vaikutteita saanut tulkintamatriisi</i>
käsitelainoppi (1800/1900 – 1950/60-l.)	→	analyyttinen oikeustiede (1950-l.)
	→	oikeusperiaatteiden punnintamalli (1980-l.)
	→	perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi (2000-l.)
vaihtoehtoinen lainoppi (1960/70-l.)	→	sosiaalinen siviilioikeus (1980-l.)
	→	naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus (1990-l.)
	→	kriittinen oikeuspositivismi (2000-l.)
oikeusperiaatteiden punnintamalli (1980-l.)	→	kriittinen oikeuspositivismi (2000-l.)
	→	perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi (2000-l.)
pragmaattinen instrumentalismi: <i>reella överväganden</i> -juridiikka (1940-l.)	→	pragmaattinen instrumentalismi: oikeustaloustieteellinen lainoppi (1990-l.)
(käytännönläheinen laintulkintaoppi)	→	(käytännönläheinen laintulkintaoppi)

Vaikka käytännönläheinen laintulkintaoppi onkin määrättyssä, joskin reflektioimattomassa suhteessa vallitsevaan lainopin doktriiniin, sen tutkimukselliset

premissit ovat pysyneet jokseenkin ennallaan vallitsevan doktriinin kokemista muutoksista huolimatta.

2.3. Vallitsevan ja kriittisen lainopin tulkintamatriisit

Lainoppi voi pyrkiä voimassa olevan oikeuden tietynhetkisen merkityssisällön määrittämiseen suhteessa vallitsevaan *tuomarinideologiaan* eli tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämiin institutionaalisen oikeuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian sitoumuksiin. Tiedonintressinä on tällöin analyttis-deskriptiivisen tutkijanideologian mukaisesti se, *mitä oikeus on*, eli voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö, kun oikeutta tarkastellaan *toteutuneena* ja vallitsevan tuomarinideologian perusteella myös todennäköisesti vastaisuudessa *toteutettavissa* olevana *yhteiskunnallisena tosiasiana*. Vaihtoehtoisesti lainoppi voi perustella *ideaalisen* eli *parhaan mahdollisen* tai *vain mahdollisen* tulkinnan oikeudesta, jolloin tulkinnan ajatuksellisenä referenssinä on jokin muu oikeus- ja yhteiskuntaideologia kuin vallitseva tuomarinideologia ja sen käsittämät oikeuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian sitoumukset. Tutkijan tiedonintressinä on tällöin se, *mitä oikeuden pitäisi olla*, kun oikeutta tarkastellaan normatiivis-kriittisen tutkijanideologian sekä tutkijan itsensä sisäistämän oikeus- ja yhteiskuntaideologian näkökulmasta. Samalla ehdotetun oikeudellisen tulkinnan tosiasiallinen toteutuvuus tai toteutettavuus tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien vastaisessa ratkaisukäytännössä on ainakin toistaiseksi vain enemmän tai vähemmän epätodennäköistä.

Tuomarinideologian sisältö vaihtelee jonkin verran oikeudenaloittain, jolloin rajalinja vallitsevan ja kriittisen lainopin tutkimuksen sekä analyttis-deskriptiivisen ja normatiivis-kriittisen tutkijanideologian kesken vastaavasti siirtyy. Analyttinen tutkimustapa on saanut vahvemman aseman yksityisoikeudessa kuin julkisoikeudessa otaksuttavasti sen vuoksi, että analyttisen oikeustieteen toteuttama oikeusasema-analyysi soveltuu paremmin yksityisoikeudellisten suhteiden tarkasteluun, kun taas julkisoikeudessa on kyse suhteesta julkisen vallan ja yksittäisten oikeussubjektien välillä.

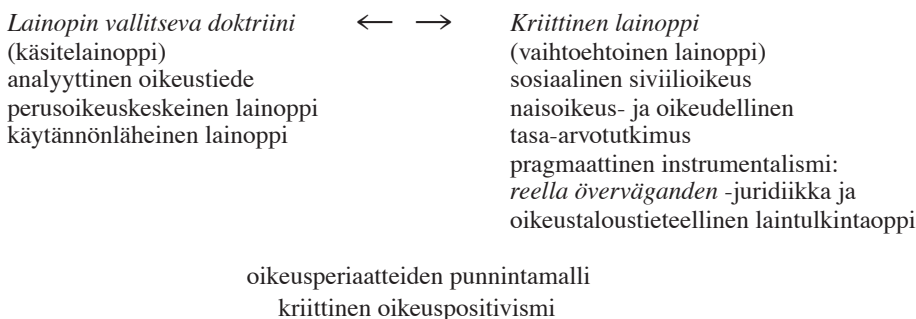
Kuluttajansuojalainsäädäntöä tulkittaessa sosiaalisen siviilioikeuden keskeis-idea heikomman sopijapuolen suojelusta saa suuremman painoarvon kuin yleisessä sopimusoikeudessa tai liikeyritysten keskinäisissä sopimussuhteissa. Tasa-arvolainsäädäntöä tulkittaessa naisoikeustutkimuksen ja oikeudellisen tasa-arvo-tutkimuksen esittämät tulkintaperusteet saavat otaksuttavasti suuremman painoarvon kuin muuta yleistä lainsäädäntöä sovellettaessa. Yrityslainsäädäntöä ja yhteisöoikeuden sisämarkkina- ja kilpailuoikeutta tulkittaessa erilaiset taloudelliset näkökohdat, joita *reella överbälganden* -juridiikka ja oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi ovat korostaneet, saavat suuremman painoarvon kuin lapsi-,

perhe- tai sosiaalilainsäädäntöä tulkittaessa. Yleistettyinä, koko voimassa olevan oikeuden tulkinnan ja punninnan käsittävinä tulkintamatriiseina sosiaalinen siviilioikeus, naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus sekä oikeustalous-tieteellinen laintulkintaoppi toteuttavat kuitenkin eri tavoin määriteltyä *normatiivis-kriittistä* tiedonintressiä.

Myös suhde kirjoitettuun lainsäädäntöön vaihtelee oikeudenaloittain. Julkisen vallan ja yksityisten kansalaisten keskinäistä suhdetta sääntelevän rikosoikeuden, vero-oikeuden ja hallinto-oikeuden säännösten tulkinta on tiukemmin sidoksissa velvoittavaan lainsäädäntöön kuin siviilioikeuden säännösten tulkinta. Rikosoikeudessa keskeinen legaliteettiperiaate (lat.: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*) asettaa hyväksyttävän oikeudellisen tulkinnan rajat. Vero-oikeudessa on epäselvissä tulkintatilanteissa käytössä verovelvollista suosiva *in dubio contra fiscus* -periaate, minkä vaikutusta lain veronkiertotilanteissa veroviranomaisille antamat laajat toimivaltuudet kuitenkin merkittävästi vähentävät. Sen sijaan yksityisoikeudellisten kysymysten osalta oikeussubjektit voivat varsin vapaasti päättää omista oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan yksityisoikeudellisen disponointikelpoisuuden asettamissa rajoissa.

Voimassa olevan oikeuden eri osa-alueet eivät näin ollen muodosta yhtenäistä kokonaisuutta suhteessa lainopin tulkintamatriiseihin, vaan kyse on erilaisten tulkintakehysten lomittumisesta toinen toisiinsa oikeuden tulkinnassa, systematisoinnissa ja arvosidonnaisessa punninnassa. Yleisellä tarkastelutasolla tulkintamatriisit voidaan kuitenkin luokitella karkeasti suhteessa vallitsevaan doktriiniin ja kriittiseen oikeusoppiin seuraavasti, kun vaikutukseltaan lähinnä historialliset tulkintamatriisit on asetettu sulkeisiin:

Kaavio 12: Lainopin vallitsevan doktriinin ja kriittisen lainopin tulkintamatriisit



Vallitsevaa lainopin doktriinia edustavat lähinnä analyttinen oikeustiede, jonka vaikutus on jo jonkin aikaa ollut lainopin kirjoituksissa väistyvä,¹⁶ perusoi-

¹⁶ Vrt. kuitenkin Tapio Määtän *Maanomistusoikeus. Tutkimus maanomistusparadigmoista maanomaisuuden käytön ympäristöoikeudellisen sääntelyn näkökulmasta*, joka on hyvä esimerkki tutki-

keskuskeinen lainoppi sekä osittain oikeusperiaatteiden punnintamalli ja kriittinen oikeuspositivismi. Toisaalta, varsinaisen tasa-arvolainsäädännön tulkinnassa naisoikeus- tai oikeudellisella tasa-arvotutkimuksella on vallitsevan doktriinin asema, samoin kuin sosiaalisella siviilioikeudella kuluttajaoikeudessa ja oikeustaloustieteellisellä laintulkintaopilla yhteisöoikeuden sisämarkkina- ja kilpailuoikeudessa. Käsitelainoppi on nykyisin lähinnä historiallinen jäännös, jonka merkitys lainopissa suodattuu varsinaisten oikeuskäsitteiden sekä edellytetyn oikeudellisen systeemiyhteyden kautta oikeusperiaatteiden punnintamalliin silloin, kun oikeusperiaatteita käytetään Juha Pöyhösen tavoin heikon oikeudellisen systematiikan apuvälineinä, ja toisaalta perusoikeuskeskeiseen laintulkintaoppiin silloin, kun lainsäätäjän selväsanaisesti hyväksymien perusoikeuksien ohella turvaututaan myös perusoikeusjärjestelmän vain hiljaisesti edellyttämiin perusoikeuksiin. Tekstilähtöisessä lainopillisessa oikeuskirjallisuudessa sovelletaan edelleen varsin usein erilaisia käsitteellisiä systemaattisia ja/tai analyttiseen oikeustraditioon palautuvia tulkintaperusteita ilman, että analyysin taustalla vaikuttavat tieteenteoreettiset lainalaisuudet olisivat tutkijan itsensä tiedostamia. Sanotunlainen tutkimustapa voidaan koota yleiskäsitteen *käytännönläheinen laintulkintaoppi* alle. Se on varsin pragmaattisesti tutkimuskohteeseensa suhtautuvaa tutkimusta, joka kiinnittää oikeudellisen tulkinnan premissit tavallisimmin lakitekstin tai muun säädöksen kielellisiin ilmauksiin, lainvalmisteluaineistoon sekä vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön ilman syvällisempää tieteenteoreettista tai oikeusteoreettista pohdintaa tai tutkijan omakohtaista itsereflektiota. Kyse on yhtä kaikki laintulkinnasta, joka pyrkii uusintamaan lainopin vallitsevan doktriinin kantoja.¹⁷

Marxilaisesta oikeus- ja yhteiskuntafilosofiasta sekä poliittisesti tiedostavien italialaistuomareiden *uso alternativo del diritto* -suuntauksesta innoituksensa saanut 1970-luvun vaihtoehtoinen lainoppi on, ideologisilta sidonnaisuuksiltaan siihen nähden tavallisesti varsin vastakkaisen käsitelainopin tavoin, nykyisin lähinnä historiallinen jäännös, jonka alulle panemaa kriittisen oikeustutkimuksen traditiota *sosiaalinen siviilioikeus, naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus*, osin *oikeusperiaatteiden punnintamalli ja kriittinen oikeuspositivismi* sekä, yhteiskuntaideologisesti ja poliittisesti varsin erilaisiin tutkimuksellisiin premis-

muksesta, joka yhtäältä pyrkii ylittämään analyttisen tulkintamatriisin käsitteelliset ja metodiset rajat omistusoikeuden ”luonnonoikeudellisen perustan” avulla (Määttä, mts. 182–192), mutta toisaalta hyödyntää jokseenkin suorasukaisen analyttistä lähestymistapaa teoksen soveltavassa osassa (Määttä, mts. 280–506). Vrt. luku 9.7. ”Analyttinen omistusoikeuskäsitys ja sen luonnonoikeudelliset rajoitukset”.

¹⁷ Termi *käytännönläheinen lainoppi* ei pyri arvottamaan sanottua suuntausta paremmaksi tai huonommaksi kuin tieteenteoreettisista sitoumuksistaan tietoinen lainoppi. Kyse on toisin sanoen deskriptiivisistä termistä, jolla viitataan tutkimuksen teoreettisen itsereflektion vähyteen. *De facto* tieteenteoreettisista sitoumuksistaan tietoinen lainoppi tuottaa tavallisesti paremmin perusteltuja tuloksia kuin senkaltaisista sitoumuksista autuaan tietämätön oikeudellinen tutkimus.

seihin sitoutuena, *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi* ovat eri tavoin jatkaneet. Oikeustaloustieteellinen lainoppi voidaan nähdä 1940-luvun pragmaattisen instrumentalismin eli *reella överbälganden* -juridiikan myöhempänä muunnelmana, missä lainsäädännön ja oikeudenkäytön taloudelliset vaikutukset yhteiskunnassa saavat korostetun sijan muodollis-juridisten ratkaisuperusteiden rinnalla tai ne sivuuttaen. Oikeusperiaatteiden punnintamalli ja kriittinen oikeuspositivismi yhdistävät elementtejä sekä vallitsevasta doktriinista että tietoisesta kriittisestä oikeustutkimuksesta.

Itsenäiseltä lainopin tulkintamatriisilta on tässä edellytetty, että oikeuden *konstituutio*-, *tunnistamis*-, *argumentaatio*- ja *artikulaatiosäännöt* sekä niiden keskinäiset suhteet on siinä määritelty johdonmukaisella ja sisäisesti yhtenäisellä tavalla. Keskenään ristiriitaiset ja tutkimusta eri suuntiin vievät yksittäiset tulkintamatriisin osatekijät eivät muodosta yhtenäistä lainopin tulkintamatriisia. Tämä olisi tilanne esimerkiksi silloin, jos oikeusperiaatteiden vahvasti tilannesidonnaiseen punnintamalliin koetettaisiin yhdistää käsitelainopin ja analyyttisen oikeustieteen ajatus kiinteästä ja vakioidusta oikeudellisesta systematiikasta,¹⁸ jos käsitelainopin suljettuun oikeudelliseen systematiikkaan yhdistettäisiin pragmaattisen instrumentalismin idea reaalisen argumentaation merkittävästä lisäämisestä oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa tai jos naisoikeustutkimuksen ja sosiaalisen siviilioikeuden vallitsevan lainopin doktriinin hyödyntämiin abstrakteihin oikeuskäsitteisiin kohdentama kritiikki koetettaisiin yhdistää analyyttisen oikeustieteen lingvistis-käsitteelliseen perustaan.

On jossain määrin epäselvää, miten Tuorin *kriittisen oikeuspositivismin* alla kehittelemä oikeuden ja yhteiskunnan monitasomalli vaikuttaa oikeuden pintatason tulkintajuridiikkaan. Monitasomallin teoreettisilta sitoumuksiltaan avoimen marxilaisvaikutteisessa varhaisversiossa Tuori totesi, että marxilaisista kytkennöistään huolimatta hänen tutkimuksensa ”ei ainakaan pääosiltaan” ollut vaihtoehtoista lainoppia, ja hän ilmoitti selväsanaisesti pysyttävänsä oikeudellisia kantojaan perustellessaan ”totunnaisten lainopillisten diskurssisääntöjen rajoittamalla alueella”. Monitasomallin kriittisen potentiaalin vaikutukset varsinaiseen tulkintajuridiikkaan jäivät toisin sanoen vähäisiksi.¹⁹ Teorian myöhemmässä versiossa oikeuden syvempien tasojen normatiiviset, käsitteelliset ja metodiset elementit rajaavat ja tekevät mahdolliseksi erilaiset tulkinnat voimassa olevan oikeuden sisällöstä oikeuden positiivis-oikeudellisella pintatasolla sekä tarjoavat niille yhtäältä justifioivan ja toisaalta kriittisen vertailukohdan. Lainopin tulkintamatriisiksi ymmärrettynä Tuorin kriittinen oikeuspositivismi on saanut vaikutteita lähinnä Ronald Dworkinin tavoin ymmärretystä oikeusperiaatteiden punnintamallista, ja oikeuden monitasomallin varsin raskaista tutkimuksellisista si-

¹⁸ Vrt. luku 9.3. ”Sopimusmalliajattelun piilevät premissit”.

¹⁹ Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 2, s. 24.

toumuksista voitaisiin nähdäkseni tulkintajuridiikan näkökulmasta asiaa tarkastellen paljolti muilta osin luopua. *Tulkintaopillisesti* eli lainopin metodiopin kanalta jäljelle jää vain ajatus institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden arvosidonnaisesta painoarvopunninnasta.²⁰

Hans Kelsenin *puhdas oikeusoppi* on johdonmukainen teoria oikeudesta, jonka tieteenkuva sisältää tämän teoksen termein neljänlaisia elementtejä: ensinnäkin, oikeuden *konstituutiosäännöt* on määritelty lainsäätäjän ja tuomioistuinten oikeutta luovien päätösten avulla, mitä ajallisesti myöhempi institutionaalinen oikeuspositivismi on edelleen jäsentänyt institutionaalisten puhetekojen teorian avulla; toiseksi, teorian edellyttämä transsendentaalis-looginen perusnormi vastaa oikeuden epistemologian keskeiskysymykseen, miten tieto oikeudesta on ylipäättään mahdollinen; ja lopuksi oikeuden *käsitteellinen* ja *metodinen* elementti jäsentyvät kumpikin oikeustieteen ja oikeudellisen ajattelun metodisen puhtauden vaatimuksen avulla. Puhtaan oikeusopin ”puhtaus” on Kelsenin mukaan nimenomaan metodista puhtautta.²¹ Kelsenin teoria täyttää ongelmitta yleisen tietenteorian kriteerit ja kirjoittajan metodisen itsereflektion taso on tunnetusti poikkeuksellisen korkea: 1900-luvun oikeusfilosofia oli mitä suurimmassa määrin keskustelua Kelsenin puhtaan oikeusopin teoreettisten perusteiden kanssa. Kyse ei kuitenkaan ole *lainopin* teoriasta, sillä puhdas oikeusoppi ei kykene antamaan tyydyttävää vastausta oikeudellisen tulkinnan tai laajemmin oikeudellisen argumentaation kysymyksiin.

Puhtaan oikeusopin teoria on sen sijaan teoria oikeudellisen tiedon *transsendentaalis-loogisista edellytyksistä* edellytetyn tai hypoteettisen perusnormikonstruktion alaisuudessa uuskantilaisen tieteenfilosofian tarkoittamalla tavalla, ei teoria voimassa olevan oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittämisestä tavalla, jota lainopin tiedonintressi vastaa. Oikeudellisen metodiopin tulkintakysymykset rajautuvat sen vuoksi puhtaan oikeusopin ulkopuolelle. Kelsenin mukaan lainopin tutkija voi vain todeta määrätyn oikeusnormin semanttisesti ja oikeussysteemisesti mahdolliset tulkintavaihtoehdot ilman, että hän voisi asettaa sanottuja tulkintoja minkäänlaiseen etusijajärjestykseen tieteellisesti määritellyn oikeusopin rajoissa.²² Kelsenin oikeusteoria ei toisin

²⁰ Toisaalta, Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin edustaman *institutionaalisen oikeuspositivismin* keskeisajatus oikeutta pätevällä tavalla luovista, muuttavista ja kumoavista lainsäätäjän ja tuomioistuinten sääntösidonnaisista puheteoista jäsentää keskeisellä tavalla oikeuden ontologista perustaa myös Tuorin oikeusteoriassa.

²¹ ”Dass heisst: sie [die reine Rechtslehre] will die Rechtswissenschaft von allen ihr fremden Elementen befreien. Das ist ihr methodisches Grundprinzip.” Kelsen, *Reine Rechtslehre*, s. 1.

²² Kelsenin käsityksestä tulkinnasta, Kelsen, *Reine Rechtslehre*, s. 346–354, missä hän erottaa tuomarin tai muun lainsoveltajan *autenttisen* ja oikeustieteen tutkijan *epäautenttisen* tulkinnan toisistaan. Edellisessä luodaan velvoittava oikeusnormi, jälkimmäisessä ei. Lisäksi Kelsenin teoria tuntee oikeudellisen normiristiriidan ratkaisussa käytetyt metatason säännöt kuten *lex superior derogat (legi) inferiori* ja *lex posterior derogat (legi) priori*. Kelsen, mts. 210–212. Koko tehokkaan normihierarkian ideahan perustuu edellisen kaltaisen metanormin olemassaoloon.

sanoen täytyä *lainopillisen* tulkintamatriisin käsitteellisiä ja metodologisia kriteereitä.

Tutkimuksellinen malli, jonka täysimääräinen hyväksyminen merkitsisi nykyisen kaltaisen lainopin täydellistä lakkaamista tai lakkauttamista, ei täytyä lainopilliselle tulkintamatriisille asetettuja käsitteellisiä kriteerejä. Martti Koskenniemi soveltaa väitöskirjassaan *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument* Yhdysvaltain *Critical Legal Studies* -liikkeen ajatuksia kansainvälisen oikeuden opillisiin konventioihin ja argumentaation rakentamiseen. Koskenniemen CLS-koulun mukainen metodinen ja käsitteellinen dekonstruktio hajottaa kansainvälisen oikeuden doktriinit yksi toisensa jälkeen, osoittaen, miten kumpikaan niissä tavanomaisesti käytettyjen käsitteellisten binäärioppositioiden osatekijöistä – normatiivinen/konkreettinen, subjektiivinen/objektiivinen, oikeudellinen/tosiasiallinen, lainsäädäntö/oikeuskäytäntö, nouseva/laskeva argumentaatio, ja niin edelleen²³ – ei johda oikeudellisesti kestävään lopputulokseen pulmalliseksi osoittautuneeseen oikeusongelmaan sovellettuna. Varsinaisesta lainopin tulkintamatriisista ei kuitenkaan ole kyse, sillä Koskenniemen tutkimusohjelman johdonmukainen toteuttaminen johtaisi lopulta tilanteeseen, jossa kansainvälisestä oikeudesta ei lopulta jää jäljelle kuin ”savuavat rauniot” eli joukko huolellisesti purettuja käsitteellisiä oppirakennelmia.²⁴ Jos senkaltaisen oikeudellisen dekonstruktion jälkeen ei ole mitään, mitä ylipäätään tulkita, systematisoida tai punnita, myös lainoppi ja sen tulkinnallinen tiedonintressi ovat menettäneet teoreettisen oikeutuksensa.²⁵

Urpo Kankaan väitöskirjassa *Lesken oikeudellinen asema* on esitetty kiinnostava idea *ongelmakeskeisestä lainopista*,²⁶ jossa tutkittavana oleva oikeudellinen ongelma rajataan totuttua oikeudenalajaotusta laveammin. Niinpä esimerkiksi lesken oikeusasemaan vaikuttavia oikeussääntöjä ei rajattu Kankaan tutkimuk-

²³ Lisää binäärioppositioita löytyy Koskenniemen kirjoituksessa metodisesta itsereflektiostaan Juha Häyhän toimittamassa kirjassa *Minun metodini*: sääntö/poikkeus, yleinen/erityinen, individualismi/altruismi, oikeus/velvollisuus, vapaus/sidottuus, normi/käyttäytyminen, formalismi/realismi, positivismi/naturalismi. Koskenniemi, ”Tyyli metodina”, s. 181.

²⁴ Koskenniemi, ”Tyyli metodina”, s. 180–181. Osuva termi ”savuavat rauniot” on tutkija, VTL Jarna Petmanin luonnehdinta Koskenniemen CLS-henkisen dekonstruktion vaikutuksista oikeustieteeseen johtamassani tutkijaseminaarissa 28.10.1998, jolloin käsiteltävänä oli Martti Koskenniemen sanottu teos.

²⁵ Perustelen väitöskirjassani *A Theory of Precedent* väitteen, jonka mukaan *Critical Legal Studies* eli *Critical Legal Scholarship* -suuntauksen ja samalla Martti Koskenniemen tarkoittama eli käsitteelliset binäärioppositiot kääntäväksi metodiksi ymmärretty dekonstruktio ei tarkoita samaa kuin mitä ranskalaisfilosofi Jacques Derrida sekä muun muassa Rodolphe Gasché ovat sanotulla termillä tarkoittaneet. Siltala, *A Theory of Precedent*, 22–29. ”Deconstruction is not a method and cannot be transformed into one”, niin kuin Derrida itse asian ilmaisi. Derrida, ”A Letter to A Japanese Friend”, s. 3. Myös Panu Minkkinen moittii perustellusti CLS-suuntausta manner-eurooppalaisen filosofian liian pintapuolisesta reseptiosta. Minkkinen, *Thinking without Desire*, s. 84–88.

²⁶ Kangas, *Lesken oikeudellinen asema*.

nessa yksinomaan perinteisen perheoikeuden alaan kuuluviin normeihin, niin kuin tavanomainen aiheenrajaus ehkä olisi edellyttänyt, vaan mukaan otettiin myös muun muassa sosiaali- ja vero-oikeuden normit. Lainopin tieteenteoreettisiin sitoumuksiin eli oikeuden konstituutio-, tunnistamis-, metodi- ja artikulaatiosääntöihin Kankaan lähestymistapa ei vaikuta muutoin kuin oikeudellisen tulkinnan oikeussysteemisen ja käsitteellisen kontekstin osalta: kun lesken oikeusasemaa arvioidaan sanotulla tavalla laajennettua tulkinnallista kehikkoa vasten, tulkintatulokset saattavat jonkin verran poiketa tavanomaisemmin rajatun normiaineiston tulkinnasta. Kyse ei kuitenkaan ole itsenäisestä lainopin tulkintamatriisista vaan olemassa olevan lainopillisen tradition muunnelmasta.

Antti Kivivuoren, Esko Riepulän ja Antero Jyrängin 1970-luvulla esittämä *vahva reduktioteesi* lainopin palauttamisesta metodiopillisesti osaksi käyttäytymistieteiden (Kivivuori), oikeussosiologian (Riepula) tai politologian (Jyräki) kaltaisia empiirisiä yhteiskuntatieteitä ei täytä lainopillisen tulkintamatriisin kriteerejä sekään. Jos sanottu reduktioteesi olisi hyväksytty, lainoppi voimassa olevan oikeuden sääntöjä ja periaatteita tai institutionaalisia oikeuslähteitä tutkivana tulkintatieteenä olisi lakannut olemasta, sillä toteutuessaan Kivivuoren, Riepulän ja Jyrängin vaatimus oikeustieteestä yhteiskuntatieteenä olisi merkinnyt jäähyväisiä perinteiselle tulkintajuridiikalle. – Samoin ajatus *oikeuden polysentriasta* tai *oikeudellisesta polysentriasta* ei täytä lainopillisen tulkintamatriisin kriteereitä, koska siinä ei ole kyse tulkintajuridiikasta lainkaan vaan oikeuden filosofisesta reflektiosta oikeuden ontologian ja oikeudellisen etiikan radikaalin uudelleen arvioimisen merkityksessä.²⁷

Jäljelle jää siis ”yhdeksän plus yksi” tapaa tehdä lainoppia, joista pragmaattinen instrumentalismi tosin käsittää kaksi ajallisesti erillistä suuntausta, 1940-luvun *reella överbägganden* -juridiikan sekä puoli vuosisataa myöhemmän oikeustaloustieteellisen laintulkintaopin.

3. YHDEKSÄN JA YKSI TAPAA TEHDÄ LAINOPPIA

3.1. ”... lainoppi ei nykyajan elämässä perusteiltansa voi olla muuta kuin käsitelainoppia”

Käsitelainoppi etsi ja löysi alkuperäisen tutkimuksellisen innoituksensa 1800-luvun jälkipuolen *pandektioikeuden* eli Saksaan reseptoidun roomalaisen oikeuden systeemilogiikasta. Oman aikansa johtava valtiosääntöoppinut Robert Her-

²⁷ Hirvonen, toim., *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law, passim*. – Käsitellen oikeudellista polysentriaa lähemmin luvuissa 9.9. ”Kielen ja maailman rajat, I: ”Oikeus, joka on kuin sementtiä ...” ja 9.10. ”Kielen ja maailman rajat, II: Polysentrisen oikeuden manifesti”.

manson julkaisi vuosina 1878–1879 kaksiosaisen artikkelin ”Om juridisk konstruktion i statsrätten”, jossa hän pohti lainopin metodia seuraavaan tapaan, viitaten muun muassa Paul Labandin esittämiin käsityksiin:

”Det är fastmer fastställandet af *rättsbegreppen* och analysen af desamma, samt den derpå grundade härledningen af rättsatserna och slutligen – något som på det väsendtligaste sammanhänger härmed – hvarje instituts riktiga inordnande i ett den gällande rättens *system*, hvartill våra dagars juridiska vetenskap sträfvar, och som är bestämmande för hennes metod.²⁸ (...) Det kan, säger Laband, vara svårt att hos en ny företeelse på rättsliffvets gebit bestämma, af hvilka juridiska element dess rättsliga väsen är sammansätt; men den vetenskapliga behandlingen av rätten består just uti att icke blott beskrifva företeelserna på rättsliffvets område utan ock förklara dem och återföra dem till allmänna begrepp samt att derefter ur de sålunda funna principerna utveckla de ur desamma med logisk nödvändighet härflytande slutsatserna samt ådagalägga öfverensstämmelsen med de faktiska bestående inrättningarna och lagarnas bestämmelser.²⁹ (...) Den juridiska vetenskapen frågar icke efter lagstiftarens motiv eller ändamålet med ett rättsbud utan han bestämmer begreppen på grund af det logiska sammanhang, uti hvilket lagbuden, det i de olika fallen på- eller förbjudna, måste ses.”³⁰

Käsitelainopillinen menetelmä merkitsi oikeudellisten ilmiöiden sijoittamista *oikeudellisten peruskäsitteiden* muodostamaan kokonaisuuteen sekä loogisesti välttämättömien päätelmien tekemistä sanotusta käsitesysteemistä. Lainsäätäjän mahdollisia motiiveja tai tavoitteita ei ollut lupa pohtia, eikä tuomioistuinkäytännössä vakiintunutta oikeudellista tulkintaa ollut sitäkään tarpeen käyttää tulkinnan apuna, vaan oikeudellinen systeemiyyhteys oli ratkaiseva yksittäisen oikeussäännön, oikeudellisen ilmiön tai oikeudellisen instituution tulkinnallisen merkityssisällön määrittämisessä. Käsitelainoppi oli suomalaisen lainopin vallitseva ja käytännössä jokseenkin yksinomainen tulkintamatriisi 1800-luvun lopulta aina 1950- ja osin jopa 1960-luvulle asti. Tosin jo 1940-luvulla oikeuden yhteiskunnallisia tavoitteita ja vaikutuksia korostanut pragmaattinen instrumentalismi eli *reella överbäganden* -juridiikka oli lyönyt kiilaa vallalla olleeseen käsitelainopin systeemilogiikkaan, mutta käsitelainopin valta-asemaa se ei ollut kyennyt horjuttamaan. Vasta 1950-luvulla oikeuskäsitteiden *funktionaalisuutta* eli oikeudellista ja yhteiskunnallista tarkoitussidonnaisuutta sekä *relationalisuutta* eli henkilösidonnaista suhdekäsiteluontoisuutta korostanut analyyttinen oikeustiede pystyi onnistuneesti riitauttamaan käsitelainopin teoreettiset lähtökohdat Simo Zittingin keskeistuoannon myötä. Viimeistään 1960-luvulla analyyttinen lähestymistapa oli sysännyt käsitelainopin oikeushistorian lehdille. Siihen asti T.M. Kivi-

²⁸ Hermanson, ”Om juridisk konstruktion i statsrätten”, s. 2–3.

²⁹ Hermanson, mas. 5.

³⁰ Hermanson, mas. 514.

”... LAINOPPI EI NYKYAJAN ELÄMÄSSÄ PERUSTEILTANSA VOI OLLA MUUTA ...

mäen 1920-luvulla esittämä luonnehdinta kuvasi kuitenkin varsin hyvin suomalaisen oikeusopin tilaa:³¹

”Lainoppi on ja sen tulee etupäässä olla käsitelainoppia, sillä tarkkojen oikeuskäsitteiden katoaminen merkitsisi ei vain lainopin, vaan koko oikeuselämän kuolemaa.”

Käsitelainoppi (saks.: *Begriffsjurisprudenz*) kiinnitti oikeudellisen analyysin metodin ja sen avulla tavoiteltavat tulokset varsinaisten oikeuskäsitteiden eli oikeudellisten peruskäsitteiden aukottomaksi ajateltuun kokonaissysteemiin. Oikeudellinen analyysi merkitsi tarkasteltavana olevan oikeudellisen ilmiön *ideaalisen olemuksen* paikantamista osana oikeudellisten peruskäsitteiden systeemiä, jolloin yksittäisen oikeussäännön, oikeudellisen käsitteen tai oikeudellisen ilmiön sijainti tieteenopin lukitsemassa oikeudellisessa käsitesysteemissä määritti ja rajoitti sen tulkintaa. Ajoittain turvauduttiin myös *konstruktiviseen päättelyyn*, jossa oikeuden käsitteistä ja niiden systematiikasta katsottiin voitavan johtaa oikeudellisia tulkintalauseita,³² mitä päättelytapaa myöhempi analyttinen oikeustiede ankarasti kritisoi perusteettomien käsitteellisten oletusten ylläpitämisestä ja oikeuskäsitteiden tarkoitussidonnaisuuden sivuuttamisesta.

Vaikka suomalainen käsitelainoppi oli Markku Helinin seikkaperäisen tutkimuksen mukaan lainsäädäntöä kunnioittavaa käsitelainoppia eikä ainakaan tavallisesti pyrkinyt pakottamaan lainsäädäntöä aprioristen oikeuskäsitteiden muottiin, toisin kuin tässä suhteessa ankarampi saksalainen esikuvansa,³³ käsitteellis-systemaattisilla näkökohdilla oli yhtä kaikki avainrooli oikeuden tulkinnallista sisältöä määritettäessä. Tosin Helinin mukaan suomalaisessa 1920-luvun siviilioikeustieteessä ainakin Ilmari Caseliuksella esiintyi jonkin verran myös konstruktivistista päättelyä eli päättelyä oikeudellisista käsitteistä aina sääntötason tulkintatuloksiin asti. Niinpä omistajankiinnitystä koskevassa tutkimuksessaan Caselius katsoi, että omistajankiinnitys ei ollut itsenäinen subjektiivinen oikeus vaan ainoastaan ”ryhmä omistusoikeuteen sisältyviä oikeutuksia, omistusoikeuden puoli tai tapa, jolla omistaja käyttää oikeuttaan kiinteistöön”. Näin konstruoimastaan omistajankiinnityksen olemuksesta Caselius johti tulkintakannan-

³¹ Kivimäki, ”Uusia virtauksia siviililainopin alalla”, s. 386; Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 315.

³² Helin, ”Käsitteistä päättelämisestä”, *passim*.

³³ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 316: ”Käsitelainopista esim. Savigny ja Puchtan tarkoittamassa mielessä 1920-luvun konstruktivinen lainoppi eroaa kuitenkin siinä, ettei juridisten käsitteiden katsottu olevan apriorisia, lainsäätäjän ulottumattomissa olevia entiteettejä. Päinvastoin korostettiin, että käsitteiden sisältö on positiivisoikeudellinen asia: ’Käsite on ... haettava esille positiivisesta oikeudesta, eikä päin vastoin positiivista oikeutta ole yritettävä pusertaa käsitesysteemin ahtaisiin rajoihin’ [viittaus Caseliuksen teokseen *Panttioikeuden käsitteestä Suomen oikeuden mukaan* vuodelta 1925].”

oton, jonka mukaan omistajankiinnitystä ei sellaisenaan voi luovuttaa, pantata eikä ulosmitata.³⁴

1930-luvun suomalaisen käsitelainopin taustaoletukset olivat Helinin analyysin mukaan (1) luottamus oikeuden käsitelmääritelmien mahdollisuuteen eli ajatus, jonka mukaan oli olemassa yksi ainoa oikea tapa käsitteellistää eli luokitella juridiset ilmiöt, (2) subjektiivisten oikeuksien ymmärtäminen substansseiksi, jotka sitovat itseensä erilaisia oikeutuksia, (3) oletus, että oikeusseuraamukset eivät liittyneet yksinkertaisiin ja arkisiin tosiseikastoihin, vaan ne liittyivät subjektiivisiin oikeuksiin ja muihin kompleksisiin konstruktioihin, joita teoreettisen lainopin oikeudenalakohtaisissa yleisissä opeissa oli kehitelty, ja (4) suljetun oikeudellisen systeemin idea, jonka mukaan vaikka laki saattaa olla aukollinen, oikeus ei voi ainakaan samassa määrin olla.³⁵ Oikeudellisten peruskäsitteiden tieteellinen systeemi sai näin keskeisen sijan käsitelainopin kirjoituksissa.

Koska oikeuden peruskäsitteet olivat oikeussystematiikan määritelmällinen lähtökohta, joka määritti keskeisellä tavalla oikeudellista tulkintaa, erilaiset *olemuspohdinnat* olivat tavallisia tuon ajan oikeuskirjallisuudessa. Etenkin kuolinpesän ja avoimen yhtiön oikeudellinen status osoittautuivat ongelmallisiksi. Esimerkiksi A. R. Heikonen pohti 1930-luvulla, onko jakamaton kuolinpesä juridinen henkilö, onko jakamaton kuolinpesä yhtiö, onko jakamaton kuolinpesä esine, onko perillisten oikeus jäämistöön saamisoikeutta, onko perintöosuus sama kuin jäämistössä olevien esineiden ja oikeuksien osuuksien summa, ja ovatko perintöosuus ja itse perillisuus identtisiä.³⁶ Vastaavasti Antti Hannikainen pohhti 1940-luvulla muun muassa sitä, mikä on esineoikeuden olemus, millaisia ovat luonteeltaan rajoitetut esineoikeudet, onko pidätysoikeus vakuusoikeus varsinaisessa mielessä, onko pidätysoikeus aksessorinen oikeus, onko pidätysoikeus subsidiäärinen oikeus, onko vuokranantajan vakuusoikeus täydellinen vaiko epä-täydellinen esineoikeus.³⁷

Pohdinnat oikeudellisten ilmiöiden ideaalisesta ja systeemisdonnaaisesta *olemuksesta*, *luonteesta* tai *substanssista* antoivat oikeudelliselle analyysille vahvasti spekulatiivisen ja ”metafyysisen” luonteen, mitä analyttis-funktionaalisesti oikeuteen suhtautuvien kirjoittajien oli sittemmin helppo kritisoida. Siirtymä käsitelainopista analyttiseen oikeustieteeseen ei sujunut vaivatta, vaan vanhan koulukunnan muutosvastarinta ja pitäytyminen ehdottoman tieteellisenä pi-

³⁴ Helin, mts. 318–319.

³⁵ Helin, mts. 322.

³⁶ Heikonen, *Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa silmälläpitäen erikoisesti perillisen omistusoikeussuhteita*, I, s. 122–160, 161–214 ja 215–236; sekä sama, *Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa silmälläpitäen erikoisesti perillisen omistusoikeussuhteita*, II, s. 155–172, 173–181 ja 181–187. Vrt. Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 403.

³⁷ Hannikainen, *Pidätysoikeuden rakenteesta silmälläpitäen Suomen voimassaolevaa oikeutta*, passim.

”... LAINOPPI EI NYKYAJAN ELÄMÄSSÄ PERUSTEILTANSA VOI OLLA MUUTA ...

dettyyn käsitelainoppiin oli varsin sitkeää. Hyviä esimerkkejä käsitelainopillisesti suuntautuneen tutkijan metodisesta itseymmärryksestä löytyy T.M. Kivimäen laajasta artikkelituotannosta. Vuonna 1937, jolloin käsitelainoppi oli vielä suomalaisen lainopin vallitseva suuntaus, Kivimäki kirjoitti:³⁸

”... lainoppi ei nykyajan elämässä perusteiltansa voi olla muuta kuin käsitelainoppia. (...) Yhtä vähän kuin lainsäädäntö voi enää olla kasuistista, yhtä vähän voidaan oikeustieteessä saavuttaa tuloksia deskriptiolla [= oikeuskäytännön kuvauksella] ja eksegeesillä [= lain esitöiden analyysillä]. Helpottaakseen lainkäyttäjän tehtävää ja ollakseen lainsäätäjän apuna, on oikeustieteen haettava yksittäisistä oikeusilmiöistä se, mikä niissä on yhteistä.”

Vielä vuonna 1958 Suomalaisen lakimiesyhdistyksen 60-vuotisjuhlassa Kivimäki puolusti käsitelainopillista metodologiaa ja katsoi, että ”oikeustiede sittenkin on myös nykyaikana pohjimmiltaan logiikan avulla luotua käsitelainoppia”. Hän kritisoi skandinaavista realismia ja etenkin Vilhelm Lundstedtia, joka hylkäsi oikeuden peruskäsitteet ”maagillis-mystillisinä” ja nosti yhteiskunnan hyödyn laintulkinnan johtavaksi periaateksi. Eikö yhteiskuntahyöty ole käsitteenä yhtä maagillinen kuin käsitelainopin konstruktiot, kysyi Kivimäki, joka näki ei-käsitteellisen argumentaation juridisesti helppona, tunteenomaisena ja epätieteellisenä.³⁹ Samoin Ilmari Caselius kritisoi kitkerään sävyyn zittingläistä jaettua omistusoikeuskäsitystä kirjoituksessaan ”Ns. Gründer-säännösten kehittämistä” vuonna 1960:⁴⁰

”Myönnettävä on, että vallitsevat teoriat, hylkäämällä pandektioikeudelliset selitykset – joilla sentään on etunaan selvyys – puhuvat omistusoikeuden jakautumisesta, halkomisesta, pilkkomisesta ja pirstoutumisesta, ylä- ja alaomistusoikeudesta jne. Kaikilla on yhteisenä piirteenä se, että selitetään omistusoikeuden siirtymisen tapahtuvan portaittain (asteettain). Sovelletuna Gründerin ja Ostajan väliseen oikeussuhteeseen, saatetaan nähdä omistusoikeuden siirtymisessä useita eri vaiheita (momentteja), joita rappusia ravaten Ostajasta tulee vähin erin osakkeenomistaja. (...) Minulla ei ole sitä vastaan, että omistusoikeus palo[i]tellaan sillä tavoin kuin tahdotaan, ja sanottakoon kernaasti, että omistusoikeus on taikauskoa. Siltähän se usein tuntuu nykyisessä yhteiskunnassamme. Mutta juristin ei pitäisi lähteä repimään taloudellisia sopimuksia, jotka perustuvat realiteetteihin ja sopijapuolten yksimielisyyteen (reella överväganden och fakta).”

³⁸ Kivimäki, ”Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävästä merkityksestä”, s. 480.

³⁹ Kivimäki, ”Oikeudellisen ajattelun kehityksestä viime vuosikymmenen kuluessa”, s. 123–124. – Kivimäen kritiikki kohdentuu siis tältä osin pragmaattisen instrumentalismin edustamaan *reella överväganden* -juridiikkaan, ei Zittingin edustamaan analyttiseen tutkimustapaan.

⁴⁰ Caselius, ”Ns. Gründer-säännösten kehittämistä”, s. 274–275.

Caselius kritisoi ehdotusta, jonka mukaan grynder-rakentamisessa eli perustajaurakoinnissa asunto-osakkeen ostaja saisi heti äänioikeuden riippumatta siitä, mitä asunto-osakkeiden kaupassa oli sovittu omistusoikeuden siirtymishetkestä. Esimerkki havainnollistaa hyvin käsitteellis-konstruktivisen päättelyn riittämättömyyttä tilanteessa, jossa vaihdannan monimutkaistuvat ongelmat ylittivät käsitelainopillisen kysymyksenasettelun rajat. Kysymys asunto-osakkeen ostajan oikeusasemasta oli aiempaa päättelyä tarkoituksenmukaisempaa ja epäilemättä myös yhteiskunnallisesti oikeudenmukaisempaa muotoilla siten, että asunto-osakkeen ostaja saattoi saada asunto-osakeyhtiössä päätäntävaltaa ja samalla jonkinlaista oikeussuojaa asunnosta maksamalleen ennakkosuoritukselle jo ennen asunto-osakkeiden omistusoikeuden täysimääräistä siirtymistä rakennuksen valmistumisaikana, sillä grynderin ja asunto-osakeyhtiön väliset oikeustoimet ovat *de facto* itsekontrahointia aina siihen asti, kunnes osakkeiden ostajat saattoivat, osakkeista täyden kauppahinnan maksettuaan ja täysimääräisen omistusoikeuden siirrettyä heille, asunto-osakeyhtiön osakkeenomistajina käyttää äänivaltaa yhtiökokouksessa. Käsitelainopin karkea kysymyksenasettelu, jossa vaihtoehtoja oli vain kaksi – eli joko omistaja kaikkine omistusoikeuden mukanaan tuomineen oikeuksineen ja velvollisuuksineen tai ”ei-omistaja” ilman minkäänlaisia oikeuksia tai velvollisuuksia – soveltui tilanteen oikeudelliseen analysointiin epätydyttävällä tavalla, kun taas analyttisen oikeustieteen toteuttama omistajan oikeusaseman hajottaminen käsitteellisiin alaelementteihinsä teki aiempaa hienojakoisemman kysymyksenasettelun mahdolliseksi.

Lainopin antama vastaus esimerkiksi asunto-osakkeiden omistusoikeuden jakoa koskevaan kysymykseen ei ole myöskään vailla poliittisia ja yhteiskunnallisia sidoksia. Käsitelainopillinen omistusoikeuskäsitys soveltui riittävän hyvin sotaa edeltäneen agraariyhteiskunnan tarpeisiin, mutta alati monimutkaistuva vaihdantayhteiskunta edellytti huomattavasti tarkempaa oikeudellista käsitteistöä, jollaisen 1950-luvun analyttinen oikeustiede pystyi sille tarjoamaan. *Reella överbälganden* -juridiikan esittämä vaihtoehto käsitelainopille eli vetoaminen suoraan yhteiskunnalliseen seuraamusharkintaan olisi täydellisesti sivuuttanut tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkinnan oikeudellisen kontekstin, kun taas analyttinen oikeustiede pystyi tarjoamaan oikeudellisesti tyydyttävän ratkaisun vaihdantatalouden ongelmiin. Sittenmin oikeuden yhteiskunnallisen kontekstin muutkin muutokset, kuten lisääntynyt tietoisuus heikomman sopijapuolen asemasta kuluttajasuhteissa, naisten ja muiden aiemmin syrjittyjen yhteiskuntaryhmien asemasta sekä muun muassa kansallisen oikeuden kytkennät yleiseurooppalaiseen ja jopa globaaliin oikeuteen, ovat asettaneet oikeuden ja oikeustieteen aivan uudenlaisten haasteiden eteen.

3.2. Olemuspohdinnoista funktiokäsitteisiin ja tekniseen oikeusasema-analyysiin

Analyyttinen oikeustiede kotiutui Suomeen 1950-luvulla vastareaktionä kätite-lainoppiin, eikä käsitelainoppi enää 1960-luvulla kyennyt vastustamaan uuden-laisen oikeusajattelun läpimurtoa. Siinä missä käsitelainopin keskeiset esikuvat oli haettu saksalaisesta oikeuskirjallisuudesta, analyyttinen eli *analyttis-funk-tionaalinen* oikeustiede sai vaikutteita skandinaavisesta oikeusrealismista sekä käsitykseni mukaan myös suoraan amerikkalaiselta Wesley Newcomb Hohfel-dilta.⁴¹ Simo Zittingin väitöskirja *Omistajanvaihdokesta silmälläpitäen erityi-sesti lainhuudatuksen vaikutuksia* (1951) ja kaksiosainen artikkeli ”Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista, I–II” (1952) toivat suomalaiseseen varallisuusoi-keuteen täysin uudenlaisen, analyttisen ja aiempaa realistisemmän ajatteluta-van, joka sai syrjäyttää käsitelainopillisen, oikeuden sisäistä käsitesystematiik-kaa painottaneen lainopin. Zitting kirjoitti vuonna 1952:⁴²

”Edellä esitetyn perusteella on aihetta dogmaattiselta kannalta tarkastella omistajan erilaisia oikeuksia ja velvollisuuksia sekä niiden keskinäistä suhdet-ta. Koska tässä selvittelyssä on otettava tarkastelun kohteeksi myös sellaista, mikä on jätetty omistusoikeuden käsitelmäritelmän ulkopuolelle, emme luon-nollisesti voi hakea vastausta deduktion tietä omistusoikeuden käsitteestä sen enempää kuin (subjektiivisen) oikeuden käsitteestä yleensäkin. Tarkastelun kohteeksi on otettava omistajan reaallinen *oikeusasema* ja siinä on huomioita-va kaikki puolet, velvollisuuksia unohtamatta. Tällainen oikeusasema on sit-ten analysoitava alkutekijöihinsä, jotta saadaan selville sen eri momenttien oikeudellinen luonne ja niiden keskinäinen suhde. Analyttisen tutkimuksen avulla voidaan valmistella edellytyksiä harkita mitä omistusoikeuden käsittee-seen on *tarkoituksenmukaista* sisällyttää. Sen vuoksi on ilmeistä, ettei omis-tusoikeuden käsitelmäritelmä voi olla tutkimuksen lähtökohtana. (...) Saadak-semme esille omistajan oikeusaseman eri momentit sekä niiden oikeudellisen luonteen ja keskinäiset suhteet yhtenäisen järjestelmän puitteissa, on työsken-neltävä *puhtailla oikeudellisilla käsitteillä* ja oikeuslauseilla. Metodin puhtaus ja järjestelmän yhtenäisyys ovat erottamattomasti toisiinsa kytketyt, kuten *Felix Kaufmann* on esittänyt. Oikeudelliselta kannalta vieraat ainekset näet estävät järjestelmän osien aukotonta yhteenliittymistä. Jos esim. esine kytke-tään yhteen puhtaiden oikeuskäsitteiden kanssa, syntyy sekakäsite (*der gemischte Rechtsbegriff*), jollaisesta esimerkkinä on esineoikeus käsitettynä oikeudelliseksi vallaksi esineen yli. Vastaavasti on sosiaalinen, taloudellinen tms. intressi oikeudellisesti vierasta ainesta.”

⁴¹ Analyttisestä oikeustieteestä, tämän teoksen luvut 9.4. ”Reflektoitua teoreettista tietoa vai hiljaista tekijän tietoa?” sekä 9.7. ”Analyttinen omistusoikeuskäsitys ja sen luonnonoikeudelliset rajoitukset”.

⁴² Zitting, ”Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista, I–II”, s. 389–390, 391 (kursivointi Felix Kaufmannin nimen osalta Zittingin, muut kursivoinnit lisätty).

Oikeussäännöissä on analyttisen katsantokannan mukaan kyse toimivaltaisen normiasettajan eli lainsäätäjän, tuomioistuimen tai muun institutionaalisen lainsoveltajan tai – määrädellytysten täytyessä – yksittäisen oikeussubjektin⁴³ vahvistamasta normatiivisesta eli pitämissuhteesta (saks.: *Sollen*) tai sallimissuhteesta (saks.: *Dürfen*) määrätyn oikeustositseikaston ja määrätyn oikeusseuraamuksen välillä. Juridiset oikeudet ja velvollisuudet kohdentuvat aina toisiin oikeussubjekteihin luonnollisten henkilöiden tai oikeushenkilöiden merkityksessä, eivät esimerkiksi esineisiin, joten oikeussuhteissa on aina kyse tietynlaisissa henkilörelaatioissa olemisesta. Oikeudelliset käsitteet nähtiin nyt vain esitysteknisinä apuvälineinä, vailla *semanttista referenssiä* oikeuden ja oikeudellisen kielen ulkoisessa todellisuudessa. Käsitelainopin olemuspohdinnat ja idealistinen metafysiikka saivat tehdä tilaa skandinaavisen oikeusrealismin lähtökohtaiselle pragmaattiselle ja yhteiskunnalliselle suuntautuneisuudelle.

Esimerkiksi ”omistusoikeus” oli vain tekninen, kielenkäyttöä lyhentävä ja mahdollisimman tarkoituksenmukainen yhteisnimitys *omistajan oikeusasemaa* määrittäville oikeusnormeille, jotka säätelivät omistamisen eri aspekteja: omistajan *suojattua hallintaoikeutta*, *disponontikompetenssia* ja määrätynasteista *dynaamista suojaa* esineen vaihdantatilanteissa. Sen sijaan, että olisi joka kerta lueteltu lainsäätäjän omistamiseen liittämät oikeustositseikat ja niitä vastaavat oikeusseuraamukset, kielenkäyttöä voitiin yksinkertaistaa ja lyhentää puhumalla ”omistusoikeudesta”. Kullakin omistajan oikeusaseman alaelementeistä oli täsmällinen vastineensa joukossa voimassa olevan oikeuden sääntöjä, eikä omistusoikeuden käsitteestä tai olemuksesta ollut lupa tehdä päätelmiä omistusoikeuden alaan kuuluvien yksittäisten oikeusnormien tulkintaan. Samalla oikeudellinen analyysi puhdistettiin Hans Kelsenin *Puhtaan oikeusopin* – tai, niin kuin yllä olevassa sitaatissa, Felix Kaufmannin – esittämän metodiopin vaatimuksen mukaisesta kaikesta ”ei-oikeudellisesta” aineksesta, mikä sulki samalla pois myös pragmaattisen instrumentalismin esittämän vaatimuksen vaihdannan intressien kaltaisten reaalisten argumenttien sekä oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten ottamisesta huomioon laintulkinnassa.

Käsitelainopin olemuspohdintojen tilalle tuli *oikeusasema-analyysi* eli oikeudellisen kysymysten jäsentäminen erilaisten henkilörelaatioiden summana. Tämä teki mahdolliseksi uudenlaisten kysymysten esittämisen voimassa olevan oikeuden sisällöstä. Kysymys esimerkiksi omistajan tai perillisen oikeusaseman eri osatekijöiden siirtymisen eriaikaisuudesta kävi nyt mahdolliseksi. Niinpä Aulis Aarnio huomautti väitöskirjassaan *Perillisen oikeusasema*, miten hänen opillisten edeltäjiensä A.R. Heikosen ja Yrjö Hakulisen tapa esittää kysymys kuolin-

⁴³ Viitataan yksityisten oikeussubjektien rajoitettuun disponointikelpoisuuteen yksityisoikeudellisten sopimusten ja vastaavien muiden määräämistoimien sekä yksityisoikeudellisen välitystuomioistuimen tuomiovallan perustamisen merkityksessä.

pesän mahdollisesta oikeushenkilöluonteesta ja ideaalisesta olemuksesta tai substanssista oli alun alkaen väärin asetettu. Kuolinpesäkäsitteen metafyyssisen määrittelyn sijaan tuli kysyä analyytisesti, millaisia oikeusvaikutuksia lainsäätäjällä on liittänyt perillisen oikeusasemaan suhteessa eri henkilötahoihin vainajan omaisuuden siirtymistapahtuman eri vaiheissa.⁴⁴ ”Perillisen oikeusasema” oli vain tekninen yhteisnimitys perimystapahtumaa säätelevien oikeussääntöjen ja niiden tarkoittamien oikeudellisten henkilörelaatioiden kokonaisuudelle. Siinä missä käsitelainopin harjoittajat olivat pohtineet, ovatko senkaltaiset vaikeasti luokiteltavat omaisuusmassat kuin kuolinpesä tai konkurssipesä aidossa mielessä oikeushenkilöitä vaiko ei, analyytinen oikeustiede hylkäsi kysymyksen joutavana metafyyssisenä spekulatiiona, jolla ei saanut olla vaikutusta voimassa olevan oikeuden sääntöjen tulkintaan.⁴⁵

Analyytinen oikeustiede käänsi oikeudellisten käsitteiden ideaalisia olemuksia koskevat kysymykset *kielellisiksi* eli *semanttisiksi* ongelmiksi. Esimerkiksi ”kuolinpesä” oli vain tekninen yhteisnimitys kuolinpesän osakkaiden hallitsemalle omaisuusmassalle, ja kunkin pesän osakkaan *oikeusasema* eli oikeudet ja velvollisuudet suhteessa eri henkilötahoihin selvisivät yksinkertaisesti lakikirjaa ja lainsäätäjän omaksumaa oikeudellista systematiikkaa tutkimalla. Siirryttiin toisin sanoen käsitelainopin olemuksellisista substanssikäsitteistä analyytisen oikeustieteen *suhde-* ja *funktiokäsitteisiin*. Tarvetta käsitteellisiin pohdintoihin esimerkiksi ”kuolinpesän” varsinaisen olemuksen määrittelystä ei enää ollut, kun analyytinen ajattelu katkaisi päätelmäketjun käsitteiden ja niitä vastaavien ideaalisten olemusten välillä.⁴⁶ Tosin Zittingilläkin esiintyy vielä jonkin verran käsitelainopillista päättelyä, missä analyytisen katsantokannan uusi ja väitetyksi aiempaa ”tieteellisempi” käsitteistö sai toimia käsitesidonnaisen lainanalogian pohjana.⁴⁷ Kyse on tältä osin pikemminkin käsitelainopillisen ajattelutavan jatkamisesta kuin sen perusteellisesta riittäytymisestä. Varsinainen vaihtoehto oikeuden käsitteellisen-semanttiselle analyysille koettiin vasta poliittisella 1970-luvulla marxilais-vasemmistolaisen oikeusanalyysin muodossa, kun 1940-luvun

⁴⁴ Aarnio, *Perillisen oikeusasemasta*, s. 97–103 ja 104–118.

⁴⁵ Tyylipuhdas esimerkki analyytisestä lähestymistavasta oikeuden kieleen ja käsitteisiin on Markku Helinin vuoden 1978 artikkeli ”Immateriaalioikeuksien kohteesta”, jonka mukaan: ”... olemuskysymykset ’Mitä X on?’ [tai] ’Mikä on X:n luonne, kohde tai olemus?’ voidaan yleensä mitään menettämättä ja täsmällisyydessä voittaen korvata semanttisella kysymyksellä ’Mitä ’X’ tarkoittaa’ analysoitavana olevassa kielellisessä kontekstissa?’” Helin, ”Immateriaalioikeuksien kohteesta”, s. 645–646 (kursivointi Helinin).

⁴⁶ Oikeuskäsitteiden luonteesta kävivät Suomessa 1950-luvulla keskustelua Jorma Vuorio, ”Oikeus-toimesta substanssi- ja funktiokäsitteenä”, ja olemuskäsitteisiin Vuoriota myönteisemmin suhtautunut B.C. Carlson, ”Suhde- ja olemuskäsitteistä lainopissa”. Carlson perusteli olemuskäsitteiden käyttöä funktiokäsitteiden rinnalla oikeustieteessä, kun taas Vuorio oli selkeämmin analyytisen koulun linjoilla.

⁴⁷ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 350.

reella överbägnanden -juridiikan edustama oikeuden käsitteelliseen elementtiin ja vallitsevaan oikeuslähteoppiin vapaammin suhtautuva tutkimustapa ei ollut kyennyt käsitelainoppia syrjäyttämään.

Käsitelainopissa keskeisellä sijalla olivat oikeuskäsitteiden *substanssi*- eli *olemuslogiikka* sekä *oikeudellisen systeemyhteyden* idea. Oikeudelliset käsitteet ja niitä vastaavat oikeudelliset instituutiot, kuten avoin yhtiö, panttioikeus, yksityisoikeudellinen tahdonilmaisu tai kuolinpesä, nähtiin olemuksellisina ilmiöinä, joilla oli vastineensa ideaalisen todellisuuden ilmiöiden joukossa. Analyyttisen oikeustieteen keskeisideana on puolestaan ajatus *funktionaalisista oikeuskäsitteistä* ja teknisestä *oikeusasema-analyysistä*, missä oikeudellisten käsitteiden merkityssisältö lukittiin aiempaa tiiviimmin lainsäätäjän tekemiin valintoihin käsitelainopin edellyttämän tieteellisen – ja ainakin joissain tapauksissa lainsäädäntöä käsitteellisesti edeltävän – käsitesystematiikan sijaan. Vaikka myös analyttinen oikeustiede on vahvasti käsitteellistä luonteeltaan, se kiistää käsitelainopin tekemän ontologisen ja käsitesemanttisen sitoumuksen oikeudellisten käsitteiden *referentiaalisuudesta* eli väitteen, jonka mukaan oikeudellisilla käsitteillä olisi ideaalinen vastineensa oikeuden ja kielen ulkoisessa todellisuudessa. Toisin kuin käsitelainopin olemukselliset substanssikäsitteet, analyttiset suhde- tai relaatiokäsitteet olivat määriteltävissä ainoastaan suhteessa toisiinsa. A:n määrätynsisältöistä oikeutta vastaa aina B:n vastaava velvollisuus, jotka kumpikin saavat sisältönsä voimassa olevan oikeuden säännöksistä, ei oikeuskäsitteiden mahdollisesti lainsäädäntöä käsitteellisesti edeltävästä systematiikasta kuten käsitelainopissa. Niinpä henkilön (subjektiivinen) oikeus tarkoittaa aina tietynsisältöistä oikeutta määrättyyn henkilötahoon, eikä esimerkiksi johonkin esineeseen, nähden.

Zittingin omistajan oikeusasema-analyysi voidaan palauttaa amerikkalaisen Wesley Newcomb Hohfeldin jo 1910-luvulla kaksiosaisessa artikkelissa *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* esittämään oikeuskäsitteen analyysiin. Hohfeld perusteli väitteen, jonka mukaan omistusoikeuden käsite voidaan hajottaa analyttisesti neljäksi suhdekäsitteeksi, joista kutakin vastaa samalla tavalla hajotetun velvollisuus-käsitteen alakäsite. Hohfeldin analyysissä staattisessa oikeustilassa omistaja A:n oikeudellista kannevaltaa (engl.: *right*) vastaa sivullistaho B:n samansisältöinen velvollisuus (engl.: *duty*), ja A:n käyttövapautta (engl.: *privilege*) vastaa B:n ”ei-oikeus” (engl.: *no-right*). Dynaamisessa eli omistusoikeuden vaihdanta- tai muussa disponointitilanteessa omistaja A:n kompetenssia eli toimivaltaa (engl.: *power*) vastaa B:n oikeudellinen sidonnaisuus (engl.: *liability*), ja A:n tietynasteista dynaamista suojaa (engl.: *immunity*) sivullistahoa kohtaan vastaa B:n ”voimattomuus” (engl.: *disability*). Hohfeld kutsui käsittepareja *right – duty*, *privilege – no-right*, *power – liability*, *immunity – disability* oikeudellisiksi korrelatiiveiksi. Kyse on toisin sanoen oikeudellisista suhdekäsitteistä, missä omistaja A:n tietynsisältöistä oikeutta vas-

taa aina sivullistaho B:n samansisältöinen velvollisuus ja kääntäen, eikä oikeudellisilla käsitteillä ollut semanttista referenssiä kyseisen oikeus/velvollisuus-relaation ulkopuolella. Sanotut käsitteet voitiin määritellä myös negatio- eli vastakohtasuhteina: *right* – “no-right”, *privilege* – *duty*, *power* – *disability*, *immunity* – *liability*.⁴⁸ Zitting sai vaikutteita osin suoraan Hohfeldilta, osin Hohfeldin analyysia hyödyntäneiltä skandinaavisilta kirjoittajilta, kuten Rossilta.

Hohfeldin omistusoikeus-käsitteen analyysi tarjosi toimivan tutkimuksellisen mallin, jota analyttisesti suuntautuneet skandinaaviset oikeusrealistit, kuten Östen Undén ja Alf Ross, sekä Suomessa Simo Zitting saattoivat seurata. Niinpä väitöskirjansa *Omistajanvaihduksesta silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia* ensimmäisen sivun toisessa alaviitteessä Zitting viittaa hyväksyvästi Wesley Newcomb Hohfeldin oikeusteorian tarjoamaan tutkimukselliseen malliin.⁴⁹ Hohfeldin tutkimus tarjosi oikotien ohi skandinaavisen oikeusrealismin taustalla vaikuttaneen ruotsalaisfilosofi Axel Hägerströmin vaikeaksi tiedetyn todellisuuden teorian, kun suomalainen oikeustiede saattoi omaksua ideoita suoraan Hohfeldilta ja Rossin kaltaisilta skandinaavisilta juristeilta. Suomalainen lainoppi kehittyi näin tutkimuksellisen mallioppimisen myötä eli tavalla, jota Thomas S. Kuhn on painottanut tieteesosiologian kirjoituksissaan.⁵⁰

3.3. Vaihtoehtoinen lainoppi: oikeuden marxilainen tulkinta

Vaihtoehtoinen lainoppi riitautti 1960-luvun lopulla ja 1970-luvulla analyttisen oikeustieteen suosiman oikeusasema-analyysin, syyttäen edeltäjänsä opillisesta kapea-alaisuudesta⁵¹ sekä oikeuden yhteiskunnallisten ja poliittisten sidonnaisuuksien unohtamisesta.⁵² Vaihtoehtoinen lainoppi pyrki radikaalilla tavalla yhteiskunnallistamaan perinteisen lainopin tutkimuksen, ja 1970-luvun oikeustieteellinen keskustelu perustui ajoittain varsin kiivaaseenkin ajatustenvaihtoon

⁴⁸ Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, s. 36.

⁴⁹ Zitting, *Omistajanvaihduksesta silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia*, s. 1–2 (alaviite 2).

⁵⁰ Vrt. luku 9.4. ”Reflektoitua teoreettista tietoa vai hiljaista tekijän tietoa?”, missä käsitelen Markku Helinin väitöskirjaa *Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960*.

⁵¹ ”Den analytiska metoden leder med nödvändighet till semantiska analyser, begreppsutredningar, preciseringar av språkbruket, raffineringar av olika rättsliga konstruktioner, osv. Analysen söker felen i dagens doktrin, i dagens rättsliga språkbruk, men den söker inte nya områden, nya problem och frågor. Den överskrider inga gränser. Därför är påståendet att den analytiska metoden är statisk, i dialektiskt perspektiv konservativ, motiverat.” Eriksson, ”Värderingar, fakta och juridik”, s. 418.

⁵² Eriksson, mts. 424: ”De flesta rättsliga problem är alltså i i normativ dräkt utklädda politiska problem.” Antti Kivivuori jopa nimesi erään kirjoituksensa muotoon *Politische rechtswissenschaft*. Ks. myös Eriksson, *Marxistisk teori och rättsvetenskap, passim*.

ideologisesti toisilleen vastakkaisten suuntausten eli yhtäältä vaihtoehtoisen tai poliittisen lainopin ja toisaalta analyyttisen oikeustieteen edustajien kesken.⁵³ Vaikka tutkimuksen lähtökohtana oli edelleen voimassa oleva oikeus etenkin velvoittavan lainsäädännön merkityksessä, oikeudellisen analyysin ideologiset premissit haettiin nyt *marxilaisesta* yhteiskuntaideologiasta analyyttisen oikeustieteen yhteiskunnallisesti kohde- ja arvoneutraaliksi väitetyn lähestymistavan sijaan.

Marxilaisen yhteiskuntakäsityksen mukaan oikeus on keskeinen osa yhteiskunnan ideologista päälysrakennetta, joka vain suhteellisen epäitsenäisellä tavalla heijastaa yhteiskunnan taloudellisessa perustassa vallitsevia tuotantosuhteita ja tuotantorakenteita sekä transsendentaalisubjektiksi ymmärretyn pääoman itseään uusintavia liikelakeja oikeuden ja yhteiskunnan tasoja välittävien ”ekspressiivisten yhteyksien” avulla.⁵⁴ Tutkimukselliset mallit ja esikuvat haettiin poliittisesti tiedostavien italialaistuomarien ammatillisesta itseymmärryksestä (ital.: *uso alternativo del diritto*), Frankfurtin kriittisen yhteiskuntafilosofian koulun ohjelmasta, jonka mukaan porvarillista oikeutta tuli kritisoida sen itsensä tarjoamin käsitteellisin ja metodisin apuvälinein, tai suoraan marxilaisesta yhteiskuntafilosofiasta, jonka mukaan oikeus on viime kädessä porvarillisen luokka- ja sortovallan väline. Analyyttisessä oikeustieteessä (muun muassa) taloudellissosiaaliset näkökohdat oli rajattu oikeustieteen ja lainopin legitiimin tiedonintressin ja metodiopin ulkopuolelle Hans Kelseniltä ja Felix Kaufmanilta omaksutun katsantokannan mukaisesti.

Vahvasti poliittisella 1970-luvulla vaadittiin myös lainopin perinteisen eli voimassa olevan oikeuden sääntöjä tulkitsevan ja systematisoivan tiedonintressin korvaamista arvo- ja ideologiatietoisella yhteiskuntatutkimuksella, missä rajaita varsinaisen poliikan tutkimuksen ja oikeustieteen välillä olisi kaadettu ja lainopista tehty, Antti Kivivuoren termien, *poliittista oikeustiedettä*.⁵⁵ Vaatimus oikeustieteen yhteiskunnallistamisesta sai 1970-luvulla kahtalaisen muodon. Yhtäältä vaadittiin lainopin palauttamista metodisesti muiden yhteiskuntatieteiden yhteyteen esimerkiksi käyttäytymistieteiden (Antti Kivivuori), oikeussosiologian (Esko Riepula) tai politologian (Antero Jyränki) merkityksessä, jolloin lainoppi itsenäisenä tieteenalana olisi lakannut olemasta.⁵⁶ Toisaalta vaadittiin lain-

⁵³ Ks. esim. Antti Kivivuoren ja Aulis Aarnion kiivas väittely, jossa lainsäätäjän (poliittisia) motiiveja tarkastellut Kivivuori kritisoi ankarasti Aarnion edustamaa analyyttistä tutkimustapaa. Kivivuori, ”Suomalaisen oikeustieteen virheet, I–II”; Aarnio, ”Analyysistä, käyttäytymisen selittämisestä ja vähän muustakin”.

⁵⁴ Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 1, s. 74–77.

⁵⁵ Kivivuori, *Politisches Rechtswissenschaft*.

⁵⁶ Kommentoin sanottua suuntausta, jonka tarkoituksena oli palauttaa lainoppi metodiopillisesti osaksi empiirisiä yhteiskuntatieteitä, edellä luvussa 3.2.4.2. ”Metodinen reduktionismi”.

opin arvo- ja ideologiasidonnaisten perusteiden avointa esiintuomista vaihtoehtoisen lainopin tarkoittamalla tavalla.

Vaihtoehtoinen lainoppi voidaan määritellä joko laajasti, jolloin se käsittää varsinaisen vaihtoehtoisen lainopin vasemmistolais-marxilaisen suuntauksen ohella myös erilaiset kriittisen tai poliittisen oikeustieteen suuntaukset, joiden liittymät marxilaiseen yhteiskuntafilosofiaan ovat heikommat, tai suppeasti, jolloin sen semanttisena referenssinä on yksinomaan *marxilaiseen oikeus- ja yhteiskuntafilosofiaan* tukeutunut 1960-luvun lopun, 1970-luvun ja 1980-luvun alun suomalaisen oikeusopin suuntaus.⁵⁷ Suppeamman määrittelyn etuna on käsitteellinen tarkkuus, kun varsinainen vaihtoehtoinen lainoppi sekä erilaiset myöhemmät kriittisen oikeusopin suuntaukset on mahdollista pitää erillään. Määrittelen itse vaihtoehtoisen lainopin suppeasti, ja käsittelen muuhun kuin avoimen marxilaiseen oikeus- ja yhteiskuntafilosofiaan palautuvia kriittisen oikeusopin suuntauksia *sosiaalisen siviilioikeuden*, *naisoikeustutkimuksen* ja *oikeudellisen tasa-arvotutkimuksen* sekä *kriittisen oikeuspositivismin* ja *oikeusperiaatteiden punnintamallin* alaisuudessa.⁵⁸ Ajallisesti näin määritelty varsinainen vaihtoehtoinen lainoppi ajoittuu siis 1960-luvun lopulta 1980-luvun alkupuolelle. Esimerkiksi Thomas Wilhelmssonin ideoiman sosiaalisen siviilioikeuden synty voidaan ajoittaa jokseenkin tarkasti vuoteen 1987, jolloin Wilhelmssonin keskeisteos *Social civilrätt* ilmestyi.

Vaihtoehtoisen lainopin keskeiskirjoituksia ovat etenkin Lars D. Erikssonin laaja artikkelituotanto, kuten ”Rättslig argumentering och den dialektiska logiken” (1966), ”Samhällstillvärd juridik” (1968), ”Rakenneselitykset marxilaisessa oikeusteoriassa” (1972), ”Kritisk rättssteori såsom ideologikritik” (1975), ”Legalstrategins möjligheter” (1975), ”Om olika argumentationsmodeller” (1979), ”Utkast till en marxistisk jurisprudence” (1979), ”Marxilaisen lainopin lähtökohtia” (1980) sekä väitöskirja *Marxistisk teori och rättsvetenskap* (1980). Vaihtoehtoisen lainopin ideoita edustavat myös Eero Backmanin *Rikoslaki ja yhteiskunta, I* (1976), Niklas Bruunin *Kollektivavtal och rättsideologi* (1979), Kaarlo Tuorin *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta, 1–2* (1983) sekä Martin Scheininin toimittama artikkelikokoelma *Omistusoikeus* (1983). Marxilaisuutta ehdottomimmillaan löytyy yhteiskunnallisesti ja poliittisesti tiedostavien oikeudellisten aikakausjulkaisujen, kuten *Retfærd* ja *Oikeus* -lehtien, sivuilta 1970-luvulta ja 1980-luvun alusta. Vaihtoehtoinen lainoppi syntyi 1960-luvun jälkipuolella, ja 1970-luku oli sen valtakautta. Viimeisimmät varsinaisen vaihtoehtoisen lainopin tekstit lienevät Martin Scheininin toimittama *Omistusoikeus* vuodelta 1983 sekä Kaarlo Tuorin kaksiosainen väitöskirjaprojekti *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta, 1–2*

⁵⁷ Marxilaisesta oikeusajattelusta, Tuori, ”Marxilainen oikeusteoria”, s. 475–478.

⁵⁸ Pöyhönen määrittelee vaihtoehtoisen lainopin laajasti, käsittäen myös esimerkiksi sosiaalisen siviilioikeuden. Pöyhönen, ”Vaihtoehtoinen lainoppi”, s. 1237–1240. Yleisesti vaihtoehtoisen lainopin vaihtoehtoista, Tuori, ”Vaihtoehto vai kritiikki, suppea vai laajennettu doktriini?”, *passim*.

samalta vuodelta. 1980-luvun jälkipuoliskolla vaihtoehtoinen lainoppi muuntuu poliittisesti maltillisemmaksi, hyvinvointivaltioideologiaan ja yhteiskunnan aineellisten resurssien uusjakoon pyrkiväksi *sosiaaliseksi siviilioikeudeksi* sekä myöhemmin myös muiksi kriittisen oikeusopin suuntauksiksi, esimerkiksi feministisen *naisoikeus- ja oikeudellisen tasa-arvotutkimuksen*, kriittisen tulkinta- ja punnintapotentialinsa osalta Kaarlo Tuorin *kriittisen oikeuspositivismin* sekä Juha Pöyhösen tavoin ymmärretyn yhteisöllisen kohtuusperiaatteen ensisijaisuuteen perustuvan *oikeusperiaatteiden punnintamallin* merkityksessä.

Vaihtoehtoisen lainopin keskeisideoitu olivat oikeuden yhteiskunnallinen *ideologiakritiikki*⁵⁹ sekä voimassa olevan oikeuden sisäisten jännitteiden ja ristiriitaisuuksien korostaminen, joiden perusteella (vain) *mahdollisten tulkintojen* esittäminen voimassa olevasta oikeudesta oli toteutettavissa.⁶⁰ Vaihtoehtoisen lainopin mukaan voimassa oleva oikeus on muodostunut lukuisista keskenään ristiriitaisista yhteiskunnallisista tavoitteista ja erilaisiin lainsäädännöllisiin kompromisseihin johtaneista poliittisista ja yhteiskunnallisista intressikonflikteista. Voimassa olevan oikeuden säännöt eivät sen vuoksi muodostaneet yhtenäistä oikeudellista systeemiä, jollaisen olemassaoloon yhtä hyvin historiallinen käsitelainoppi kuin 1950- ja 1960-luvun analyttinen oikeustiede olivat virheellisesti uskoneet. Oikeuden sisäiset jännitteet perustelivat myös väitteen, jonka mukaan oikeudelliseen ongelmaan ei voinut olla yhtä ainoaa oikeaa ratkaisua, toisin kuin käsitelainoppineet ja osin vielä analyttisen oikeustieteen edustajat olivat katsooneet.⁶¹ Oikeusjärjestyksen sisäiset ristiriitaisuudet sekä yhteiskunnalliset tavoitte- ja intressikonfliktit tekivät *vaihtoehtoiset* eli vallitsevasta tulkintakäytännöstä radikaalisti poikkeavat oikeudelliset tulkinnat mahdollisiksi. Suuntauksen esikuvana oli tältä osin yhteiskunnallisesti tiedostavien ja poliittisesti kantaaottavien italialaistuomarien *uso alternativo del diritto* -liike, joka pyrki perustelemaan vallitsevasta käsityksestä poikkeavia tulkintoja voimassa olevasta oikeudesta avoimen vasemmistolaiseen oikeus- ja yhteiskuntaideologiaan perustuen.

Oikeus nähtiin nyt yhteiskunnallisena *mahdollisuutena*, ei vain toteutuneena tai toteutettavissa olevana yhteiskunnallisena tosiasiana. Oikeuden (vain) mah-

⁵⁹ Eriksson, ”Kritisk rättsteori såsom ideologikritik”, *passim.*; Pöyhönen, ”Vaihtoehtoinen lainoppi”, s. 1237–1238.

⁶⁰ Eriksson, ”Utkast till en marxistisk jurisprudence”, s. 50; Pöyhönen, ”Vaihtoehtoinen lainoppi”, s. 1237: ”Vaihtoehtoissa lainopissa tutkija pyrkii hyödyntämään maksimaalisesti säännösten väljyyttä ja tulkinnanvaraisuutta; tarkastelu säilyy kuitenkin luonteeltaan lainoppina.”

⁶¹ Analyttisen oikeusteorian keskeinen edustaja Kaarle Makkonen oli osoittanut teesin yhdestä oikeasta ratkaisusta teoreettisilta perusteiltaan virheelliseksi väitöskirjassaan *Zur Problematik der juristischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie* jo vuonna 1965. Vrt. myös Oker-Blom, ”En enda riktig lösning trots allt? – Dworkin mot finländsk bakgrund”, missä suomalaista oikeuskirjallisuutta arvioidaan tuoreeltaan Dworkinin vast’ikään ilmestynyttä *Taking Rights Seriously* -teosta vasten.

dolliset tulkinnat sekä oikeudellisen sääntelyn ja päätöksenteon *tarve-* tai *tavoiterationaalisuus* oli Lars D. Erikssonin mukaan asetettava analyyttisen oikeustieteen ja käsitelainopin edustaman syllogistisen oikeudellisen ratkaisulogiikan tilalle: ”... från subsumtionslogisk till målrational argumentation”.⁶² Oikeutta ja oikeustiedettä oli määrä muuttaa sisältäpäin, oikaisemalla analyyttisen oikeustieteen piilevät ideologiset vinoutumat yhteiskuntatietoisien ideologiakritiikin avulla sekä siirtymällä avoimen *tarve-* ja *tavoiterationaaliseen* harkintaan oikeudenkäytössä. Avaintermi oli loogiset syllogismit syrjäyttävä *tavoiterationaalisuus*: ”... se on niin sanoaksemme porvarillisessa oikeudessa piilevä räjähdysaine”, niin kuin Lars D. Eriksson asian ilmaisi.⁶³ Yhtymäkohdat 1940-luvun *reella överväganden* -juridiikkaan ovat tältä osin ilmeiset.

Erikssonin *uso alternativo del diritto* -tyyppisten ajatusten ohella kestävimmäksi yksittäiseksi oikeuden analyysivälineeksi osoittautui Kaarlo Tuorin kehittämä *oikeuden monitasomalli*. Sen taustalla oli yhteiskuntafilosofi Sakari Hännisen Georg Lukácsin ajatuksiin palautuva *porvarillisen yhteiskunnan tasokuvaus*, jonka Hänninen oli esitellyt väitöskirjassaan *Aika, paikka, politiikka. Marxilaisen valtioteorian konstituutiosta ja metodista* vuonna 1981.⁶⁴ Tuorin oikeuden tasomalli avasi 1980-luvun suomalaiselle oikeustieteelle keskusteluyhteyden tuon ajan teoreettisesti vahvimpaan marxilaisen yhteiskuntatutkimuksen traditioon maassamme. Hänistä seuraten Tuori jakoi kaksiniteisessä väitöskirjassaan *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta, 1–2*⁶⁵ yhteiskunnan, yhteiskunnallisen subjektikäsitteen ja oikeuden kolmeen eri tasoon.⁶⁶

”Kuvauksen lähtökohtana on porvarillisen yhteiskunnan subjektirakenteen eriyttäminen. Ensimmäisellä tasolla, *yhteiskunnan syvärakenteessa*, voi puhua pääomasta ’transsendentaalisubjektina’ sekä pääoman liikelakeja toteuttavista vakioiduista *keskimääräissubjekteista*. Toisella, *joukkomittaisten ilmiöiden tasolla* agentteina ovat ryhmätasoiset *kollektiivisubjektit* ja kolmannella, *yhteiskunnan konkreettisen pinnan tasolla taas intentionaaliset ja ajattelevat yksilösubjektit*. Kunkin tason subjektia luonnehtii sille ominainen ajatusmuoto: ensimmäisellä, syvärakenteen tasolla Hänninen puhuu *tajuntamuodosta*, toisella, joukkomittaisten ilmiöiden tasolla *tietoisuusmuodosta* sekä kolman-

⁶² Eriksson, Om olika argumentationsmodeller, s. 49.

⁶³ Eriksson, ”Marxilaisen lainopin lähtökohtia”, s. 26; vrt.: ”... den målrationala modellen, då det är denna som sas. utgör sprängstoffet i den borgerliga rätten”; sama, ”Utkast till en marxistisk jurisprudence”, s. 53.

⁶⁴ Hänninen, *Aika, paikka, politiikka. Marxilaisen valtioteorian konstituutiosta ja metodista, passim*.

⁶⁵ Tuori väitteli vuonna 1983 teoksen toisella, vahvemmin lainopillisella niteellä. Kaksiniteinen teos muodostaa ymmärrettävästi temaattisen kokonaisuuden.

⁶⁶ Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta, 1*, s. 74, 76 (kaikki kursivoinnit Tuorin). – Vrt. myös Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta, 2*, s. 12–13; sama, *Oikeus, valta ja demokratia*, s. 26–27; sama, ”Ideologikritiikistä kriittiseen positivismiin”, s. 312–316.

nella, intentionaalisesti käyttäytyvien yksilösubjektien tai yhteiskunnan konkreettisen pinnan tasolla taas *ajattelumuodosta*. Eri tasoille sijoittuvat ilmiöt kehittyvät ja muuntuvat erityyppisten lainalaisuuksien ohjaamina ja erilaista historiallista rytmiä noudattaen, eri ajassa. Niiden välillä on kuitenkin olemusilmiö -kategorioiden ilmentämä 'ekspressiivinen' yhteys. (...) *Yhteiskunnan syvärakenteen aspektina on oikeus oikeusmuotona, pääoman uusintamisprosessin oikeudellisena välitysmuotona, joukkomittaisten ilmiöiden tasolla erityisenä tietoisuusmuotona, oikeusideologiana, ja konkreettisen pinnan tasolla taas lakimuotona, konkreettisina oikeudellisina sääntelyinä ja niitä toteuttavien yksilösubjektien – mukaan luettuna valtio-organit – käytäntöinä.*"

Tuorin (ja Hännisen) oikeuden ja yhteiskunnan tasokuvauksessa on kirjoittajan itsensä mukaan kyse heuristis-metodologisesta apuvälineestä, joka auttaa tutkimuskohteen jäsentämisessä uudella tavalla mutta joka ei voi ratkaista sanottuja ongelmia apriorisesti tai irrallaan konkreettisesta yhteiskuntatutkimuksesta.⁶⁷ Kyse ei siis ole saksalaisen käsitelainopin kaltaisesta käsitteellisestä kehyksestä, jonka perusteella konstruktivinen päättely oikeudellisista käsitteistä tai oikeuden taselementeistä yksittäisten oikeuskysymysten tulkintaan olisi mahdollinen. Oikeuden ja yhteiskunnan monitasomalli toteuttaa ajatusta, jonka mukaan yhteiskunnan pintatason ilmiöiden eli, Tuorin termin, lakimuodon analyysistä tulee edetä yhteiskunnan syvempien tasojen eli oikeusideologian ja oikeusmuodon olemukselliseen reflektioon, koska nämä määrittävät oikeuden pintatason ilmiöitä.⁶⁸ Oikeuden ja yhteiskunnan marxilaisen monitasomallin vaikutus oikeuden pintatason tulkintalainoppiin jäi kuitenkin vähäiseksi, niin kuin Tuori itsekin myönsi,⁶⁹ ja sen suhde yhtäältä lainopin vallitsevan doktriiniin sekä toisaalta vaihtoehtoiseen lainoppiin on horjuva. *The lure of the mainstream* – tutkimuksen avoimen marxilaisista teoreettisista lähtökohdista huolimatta Tuori mielii yhtä kaikki pitäytyä tulkintajuridiikan kannanotoissaan vallitsevan doktriinin sisällä, torjuen samalla vaihtoehtoisen lainopin yhteiskuntaideologiset ja poliittiset houkutukset:⁷⁰

⁶⁷ Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 1, s. 74, 76.

⁶⁸ Vrt.: "Marxilainen yhteiskuntatutkimus on ollut tietoteoreettisen perusnäkemysten suhteen korostuneen antipositivistinen. Erityisen kriittisesti on suhtauduttu positivistisen yhteiskuntatutkimuksen perustana olevaan fenomenalismiin, rajoittumiseen ilmiötason tietoon. Marxilaisten mielestä todellinen tieteellinen tieto koskee yhteiskunnallisten ilmiöiden olemusta: pinnalta (ilmiöistä, arkitiedosta) on edettävä olemukseen eikä jäätävä pinnan tasolle." Raunio, *Positivismi ja ihmistiede*, s. 132.

⁶⁹ Marxilaisen analyysin suhde empiriaan on samoin ollut pulmallinen: yhteiskuntatodellisuus ei ole aina noudattanut marxilaisen yhteiskuntafilosofian konstruoimia liikelakeja. Vrt. Raunio, *Positivismi ja ihmistiede*, s. 133.

⁷⁰ Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 2, s. 24–25; vrt. Tuori, "Ideologiakritiikistä kriittiseen positivismiin", s. 314 *in fine*.

”Komitealaitosta koskevia positiivisoikeudellisia ongelmia eritellessäni tukeudun totunnaiseen lainopilliseen argumentointitapaan ja -aineistoon, painottaen tosin ehkä tavallista enemmän reaaliargumentteja; vaihtoehtoista lainoppia tutkimukseni ei ainakaan pääosiltaan ole. Vaikka en kaikissa yhteyksissä ole samaa mieltä ns. vallitsevan doktriinin kanssa, pysyttäydyn kantojani perustellessani totunnaisten lainopillisten diskurssisääntöjen rajoittamalla alueella.”

Vastaava sisäinen jännite on nähdäkseni myös Tuorin oikeuden monitasomallin myöhemmässä versiossa, joka saa kantaa nimeä *kriittinen oikeuspositivismi*: vallitseva/vaihtoehtoinen oikeuden tarkastelutapa on saanut vaihtua sovitattomaksi jännitteeksi tahdonvaltaisen/sisältökriittisen oikeuskäsityksen välillä.⁷¹

Oikeuden ja yhteiskunnan käsittäminen Tuorin tavoin monitasoiseksi ilmiöksi sekä tutkimuksen ulottaminen myös yhteiskunnan pintarakenteen tasoa ”syvemmälle” tekee mahdolliseksi paitsi oikeuden *immanentin kritiikin* eli oikeuden ideologikritiikin, jossa tutkimuskohde, voimassa oleva oikeus, tarjoaa väitetysti itse oikeuden kritiikin normatiiviset ja käsitteelliset mittapuut (= vaihtoehtoinen lainoppi), myös oikeuden yhteiskunnallisen syvärakenteen arvioimisen yleisen yhteiskuntatieteen ja yhteiskuntafilosofian näkökulmasta (= marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia). Oikeuden tasokuvaus antaa tosin sanoen yhteiskunnallisesti tiedostavalle tutkijalle vahvemmat työvälineet oikeuden kritiikkiin kuin käsitelainopin tai analyttisen oikeustieteen tiukemmin lakisidonnainen projekti, joka – Tuorin termein – tyytyy vain oikeuden pintatason ilmiöiden eli yksittäisten säädösten, tuomioistuin- ja viranomaisratkaisujen sekä näiden keskinäissuhteiden tutkimiseen. Yksittäisten säädösten ja tuomioistuinratkaisujen yhteiskunnalliset sidonnaisuudet sekä niiden liittymät transsendentaalisubjektiksi ymmärretyn pääoman itseään uusintavien liikelakien logiikkaan ja oikeuden tasojen välisiin ”ekspressiivisiin yhteyksiin” jäävät senkaltaisten julkilausumattomien oletusten varaan, jotka vain oikeuden syvempien kerrostumien marxilainen analyysi voi kääntää esiin.

Esimerkiksi oppi yksilön *tahdonautonomiasta* eli tahdoltaan vapaasta ja tavoitteellisesti toimivasta *oikeussubjektista*, jonka varaan yhtä hyvin perinteinen siviilioikeus kuin klassinen rikosoikeuskin rakentuvat, osoittautuu Tuorin oikeuden monitasomallin perusteella vain määrättyyn porvarilliseen yhteiskuntamuotoon ja sitä myötäilevään yhteiskuntaideologiaan sidotuksi oikeudelliseksi käsitteeksi. Autonominen yksilösubjekti on vain porvarillisen oikeuden ja yhteiskunnan tuottama *ideologinen konstruktio*, ei universaali ja erilaisista yhteiskunnallisista ideologioista riippumaton oikeudellisen ontologian perusentiteetti, jollaisena analyttinen oikeustiede on sen esittänyt. Hajottamalla erään modernin oikeuden käsitteellisen peruselementin, oikeussubjektin käsitteen, ja osoittamalla, että

⁷¹ Palaan kysymykseen luvussa 9.5. ”Mistä puhumme, kun puhumme oikeudesta?”.

sillä oli vastineensa myös yhteiskunnan ideologisella tasolla ja syvästruktuurissa, Tuorin analyysi toi suomalaisen lainoppiin Sakari Hännisen tavoin tulkitun marxilaisen yhteiskunta-analyysin painotuksia.

Tässä teoksessa luvussa 4, ”Institutionaalinen oikeuslähteoppi”, esitetty oikeuslähteopin malli perustuu ajatukselle *institutionaalisten oikeuttamisperusteiden* avulla justifioiduista oikeuslähteistä. Keskeisin oikeuslähteiden institutionaalisista oikeuttamisperusteista on *oikeusvaltioperiaate*, jossa yhdistyvät lainsäädännön parlamentaarinen demokratiaperiaate, sopimusoikeudellinen tahdonvapauden kunnioittamisen periaate sekä prejudikaation ja muun vakiintuneen oikeuskäytännön velvoittavuuden perusteleva oikeudellisen yhdenvertaisuuden periaate. Analyttis-realistisesti suuntautuneelle tutkijalle on kyse tutkimuksen vakioidusta kiintopisteestä, joka saa samalla tukea suomalaisen yhteiskunnan perustavista institutionaalisista arvovalinnoista ja institutionaalisista käytännöistä. – Marxilaiselle oikeustutkijalle oikeussubjektien tahdonautonomia on sitä vastoin vain porvarillisen oikeus- ja yhteiskuntakäsityksen kontingentti ennako-oletama, jonka merkitys voidaan ja myös pitää kyseenalaistaa, kun porvarillista oikeutta tarkastellaan marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian tarkoittamalla tavalla vasten yhteiskunnan taloudellisia tuotantosuhteita ja tuotantorakenteita sekä pääoman itsään uusintavia liikelakeja, joita oikeus yhteiskunnan ideologisen päällysrakenteen ilmentymänä vain suhteellisen epäitsenäisellä tavalla heijastaa ja toteuttaa.

Myöhempään suomalaiseen lainoppiin Tuorin (ja Hännisen) marxilaisesta oikeuden ja yhteiskunnan tasomallista on jäänyt vaikuttamaan ajatus positiivisesta oikeudesta monitasoisena ilmiönä: lakimuodon eli lainsäädännön ja yksittäisten tuomioistuinratkaisujen ”alla” vaikuttavat oikeuden syvemmät kerrostumat, joiden avulla oikeuden pintatason ilmiöitä on mahdollista kriittisesti arvioida. Myöhemmissä versioissa Tuorin oikeuden monitasomallin terminologia kuitenkin muuttuu: *lakimuotoa* vastaa sittemmin oikeuden pintataso, *oikeusideologiaa* oikeuskulttuurin taso ja *oikeusmuotoa* oikeuden syvätkä.⁷² Samalla marxilaiseen oikeus- ja yhteiskuntafilosofiaan viittaava ajatus oikeudesta pääoman liikelakeja toistavana ja uusintavana oikeusmuodon (eli oikeuden syvätkä) edellyttämänä transsendentaalisubjektina saa ainakin pääosin väistyä Max Weberiltä, Jürgen Habermasilta, Michel Foucault’lta, François Ewaldilta, Fernand Braudelilta, Pierre Bourdieu’lta, Ronald Dworkinilta sekä muun muassa John L. Austinilta ja John Searlelta omaksuttujen teoreettisten vaikutteiden tieltä.

Vaihtoehtoinen lainoppi keskittyi usein oikeuden teoreettisten ja yhteiskunnallisten perusteiden analyysiin marxilais-vasemmistolaisesta näkökulmasta lähtien, esimerkiksi Lars D. Erikssonin oikeudellisen argumentaation tavoitena-

⁷² Vastaava siirtymä oikeusideologiasta oikeuskulttuuriin tapahtuu myös Juha Pöyhösen oikeusajattelussa. Väitöskirjassa *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* vuodelta 1988 puhutaan jo *oikeuskulttuurista*, ei oikeuden ideologikritiikistä, niin kuin vielä vuonna 1983 Pöyhösen artikkelissa ”Yksityinen omistusoikeus ja vaihtoehtoinen lainoppi”.

tionaalisen rakenneanalyysin, Kaarlo Tuorin oikeuden monitasomallin, Eero Backmanin rikosoikeusajattelun historiallisten ja teoreettisten perusteiden tai Niklas Bruunin työehtosopimusten oikeusideologisten sitoumusten analyysin merkityksessä. Ajatuksellinen siirtymä tulkintalainopin astetta käytännönläheisempään tiedonintressiin – mikä on *voimassa olevan oikeuden* sääntöjen ja periaatteiden tietynhetkinen, institutionaalisista ja ei-institutionaalisista oikeuslähteistä johdettavissa oleva *tulkinnallinen merkityssisältö* suhteessa määrättyyn tosiseikastoon? – jäi usein toteuttamatta (yhteiskunta)teoreettisesti suuntautuneen vaihtoehdoisen lainopin kirjoituksissa.

3.4. Sosiaalinen siviilioikeus: heikomman sopijapuolen suojele

Thomas Wilhelmssonin perustama *sosiaalinen siviilioikeus* on jatkanut vaihtoehdoisen lainopin aloittamaa kriittisen oikeusopin traditiota maassamme. Yhteistä molemmille on vallitsevan tulkinta- ja systematisointitradition kritiikki: oikeutta ei tarkastella tosiasiallisesti toteutuneena ja todennäköisesti myös tulevaisuudessa toteutettavissa olevana yhteiskunnallisena tosiasiana, vaan oikeus mielletään yhteiskunnallisena *ideaalina*, *mahdollisuutena* tai *muutospotentialina*. Pääpaino on teoreettisen lainopin alaan kuuluvien oikeuden *yleisten oppien* kehittämisellä sekä tulkintajuridiikan alaan kuuluvien päätelmien tekemisellä niistä, kun taas varsinaisen vaihtoehdoisen lainopin tutkimuksellinen tiedonintressi suuntautui marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian yleisempien kysymysten suuntaan ilman, että tutkimuksellista siirtymää tulkintajuridiikan kysymyksenasetteluun olisi aina tehty. Yhteistä Lars D. Erikssonin vaihtoehdoiselle lainopille ja Thomas Wilhelmssonin sosiaaliselle siviilioikeudelle on sitoutuminen *tarverationaaliseen* käsitykseen oikeudesta: lainopin tehtävänä on tarkastella oikeutta arvo-, ideologia- ja yhteiskuntatietoisesta näkökulmasta käsin, jolloin yhteiskuntaideologisena tavoitteena on heikomman sopijapuolen intressien suojaaminen. Yhteistä vaihtoehdoiselle lainopille ja sosiaaliselle siviilioikeudelle on myös käsitys, jonka mukaan oikeusjärjestys muodostuu keskenään ristiriitaisista systeemi-impulsseista tai yhteiskuntaideologisista sääntelymalleista, mikä perustelee lainopin vallitsevasta doktriinista poikkeavien eli semanttisesti ja oikeudellisesti (vain) *mahdollisen tulkintojen* esittämisen voimassa olevasta oikeudesta. Wilhelmsson kirjoittaa oikeudesta mahdollisuutena:⁷³

”Yleiset opit voivat olla mahdollisia yleisiä oppeja, jotka toimivat oikeuskehityksen edelläkävijöinä. Kuten edellä todettiin, konkreettisen oikeusaineiston perusteella voidaan muodostaa monta erilaista systeemiä, monta erilaista

⁷³ Oikeudesta mahdollisuutena, Wilhelmsson, ”Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat”, s. 347–353. Sanottu lainaus, Wilhelmsson, mts. 347.

yleisten oppien kokoelmaa; näiden mahdollisten systeemien joukkoon mahtuu myös kehitystä ennakovia, tulevaisuuteen suuntautuneita systematisointeja. – Tulevaisuuteen suuntautuvien yleisten oppien kehittäminen ei tapahdu todellisen ja mahdollisuuksien välisen dialektiikan ’ulkopuolella’. Uusien oppien esittäminen sinänsä muodostuu oikeudelliseksi aineistoksi ja argumentiksi muuttuneen käytännön puolesta. Näiden oppien kautta oikeudellisesti mahdollinen voi – jossakin aikaperspektiivissä – tulla oikeudellisesti todelliseksi.”

Yhteistä vaihtoehtoiselle lainopille ja sosiaaliselle siviilioikeudelle on myös sitoutuminen oikeuden *ideologiakritiikkiin*, mutta nyt kritiikin pontimena on poliittisessa katsannossa maltillisempi pohjoismainen *hyvinvointivaltioideologia* vaihtoehtoisen lainopin kannattaman marxilais-vasemmistolaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian sijaan. Sosiaalinen siviilioikeus syntyi 1980-luvun jälkipuoliskolla Thomas Wilhelmssonin aiheita käsittelevän laajan tuotannon myötä.⁷⁴ Opillisena avauksena oli Wilhelmssonin *Social civilrätt* -teoksen ilmestyminen vuonna 1987. Suomen vuonna 1995 toteutuneen EY-jäsenyyden mukanaan tuomien oikeudellisten muutosten myötä Wilhelmsson on suhteuttanut sosiaalisen siviilioikeuden keskeistesejä myös laajempaan Euroopan yhteisöoikeudelliseen kontekstiin.⁷⁵ 2000-luvulla hän on myös pyrkinyt ”pienien hyvien vastuukertomusten” toteuttamiseen siviilioikeudessa, missä keskeisenä ideana on luopua modernin oikeuden suurista kertomuksista tai *metanarratiiveista* pienempinä askelina toteutettavien oikeudellisen ajattelun muutosten hyväksi.⁷⁶

Sosiaalisen siviilioikeuden alaan voi lukea myös Juha Pöyhösen *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* -teoksessa esittämän *oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön* mallin sopimusoikeudessa, missä Aristoteleen tarkoittamalla tavalla sopimustasapainoksi ymmärretty yhteisöllinen oikeudenmukaisuus ja tilannesidonnainen kohtuus saavat heikon systeemisen etusijan sopimuksen tai yksittäisen sopimusehdon mahdollista kohtuullistamista arvioitaessa.⁷⁷ Olen tarkastellut Pöyhösen käsitystä sopimusoikeudesta lähemmin *oikeusperiaatteiden punnintamallin* alla.⁷⁸

Keskeisajatuksena sosiaalisessa siviilioikeudessa on ollut vallitsevan eli lähinnä analyttisen lainopin käyttämien yleisten ja abstraktien juridisten roolitermien, kuten velkoja/velallinen, työnantaja/työntekijä, korvaaminen konkreetti-

⁷⁴ Wilhelmsson, *Social civilrätt, passim*; sama, ”Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat”, *passim.*; sama, ”Sosiaalinen siviilioikeus” ja ”Sosiaalinen suorituseste”, s. 782–785 ja 785–787.

⁷⁵ Wilhelmsson, *Social Contract Law and European Integration* .

⁷⁶ Wilhelmsson, *Senmodern ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik*.

⁷⁷ Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*; myös Mononen, *Sopimusoikeuden materiaalisuudesta*, missä sopimusoikeuden aineellistumiskeskustelua on kootusti esitelty.

⁷⁸ Käsittelen Juha Pöyhösen väitöskirjaa *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* myös luvussa 9.3. ”Sopimusmalliajattelun piilevät premissit”.

silla eli *henkilö-* ja *tilannesidonnaisilla* termeillä, kuten ”velallinen, jolla on rajalliset varat”, ”työtön velallinen”, ”velallinen, jolla on suppea ammattikokemus ja koulutus” tai ”pienyrittäjä, jolla on rajoitettu taloudellinen kantokyky”.⁷⁹ Tämä (käsitelainopin ja) analyttisen oikeustieteen lingvistis-käsitteelliseen elementtiin kohdistuva kritiikki yhdistää sosiaalista siviilioikeutta sekä naisoikeus- ja oikeudellista tasa-arvotutkimusta: abstraktit ja näennäisesti kohdeneutraalit oikeudelliset käsitteet eivät tee oikeutta senkaltaisille yhteiskuntatodellisuuden ilmiöille, joita sosiaalinen siviilioikeus tai naisoikeus- ja tasa-arvotutkimus pitävät joko heikomman sopijapuolen tai naisten näkökulmasta oikeudellisesti ja yhteiskunnallisesti merkityksellisinä.⁸⁰ Analyttinen lähestymistapa joko sivuuttaa ne oikeudellisesti merkityksellisinä ja määritelmällisesti ei-oikeudellisinä tai ainakaan ei anna niille riittävästi merkitystä oikeudellisessa sääntelyssä ja päätöksenteossa, oli sitten kyse sosiaalisen tai sukupuolisidonnaisen yhteiskunnallisen eriarvoisuuden ilmentymistä.

Termi ”sosiaalinen siviilioikeus” on samalla semanttiselta referenssiltään varsin epämääräinen, sillä se voi tarkoittaa periaatteessa mitä tahansa hyvinvointivalttiollisen oikeuden *kollektiivista* ja *interventionistista* eli julkisen vallan väliintuloon perustuvaa oikeudellista sääntelyä, jonka tavoitteena on heikomman osapuolen suojeleminen.⁸¹ Näin määritellen sosiaalisen siviilioikeuden alaan voidaan lukea laajasti esimerkiksi työsopimusoikeuden, vuokralainsäädännön, kuluttajan-suojaoikeuden sekä vahingonkorvausoikeuden isännänvastuun kaltaiset sääntelyalat tai yksittäiset sääntelymallit, joilla on tarkoitettu suojella yksityisoikeudellisen sopimussuhteen heikompaa osapuolta. Tasmällisemmin määriteltynä sosiaalinen siviilioikeus viittaa hyvinvointivaltioideologiaa toteuttavaan *interventionistiseen* sääntelyyn, jonka tietoisena tavoitteena on *heikomman sopijapuolen suojeleminen*, jota on toteutettu yhtäältä *kollektiivisesti* ja *ennakollisesti* esimerkiksi tuotevastuu- ja kuluttajansuojalainsäädännön, vakiosopimusehtojen yleisen sääntelyn ja kuluttajaviranomaisorganisaation perustamisen avulla, sekä toisaalta *yksilöllisesti* ja *jälkikäteisesti* kohtuuttomien sopimusehtojen *ex post facto* tapahtuvan yksittäistapauksellisen kohtuullistamisen, vakiosopimusehtojen kuluttajan eduksi tapahtuvan tulkinnan tai sosiaalista suoritusestettä koskevan yleisen doktriinin kehittämisen ja soveltamisen avulla.

Sopimuksen tai yksittäisen sopimusehdon jälkikäteinen kohtuullistaminen on hyväksytty oikeustoimilain 36 §:ssä (17.12.1982/956), mitä ennen vastaava säännös oli jo velkakirjalaissa. Lisäksi sosiaalisen siviilioikeuden piirissä on

⁷⁹ Pöyhönen, mts. 274. Pöyhönen viittaa tässä Wilhelmssonin teokseen *Social civilrätt*. Wilhelmsson, mts. 139.

⁸⁰ Toisaalta, työnantaja- tai velkojatahoon vastaavaa tilanne- ja henkilösidonnaista analyysia ei sosiaalisen siviilioikeuden kirjoituksissa ole yhteiskuntaideologisista syistä ulotettu.

⁸¹ Näin myös Wilhelmsson, ”Sosiaalinen siviilioikeus”, s. 782–785.

kehitetty oppi *sosiaalisesta suoritusesteestä* eli sosiaalisesta *force majeure*’stä, jonka mukaan yksittäinen velallinen, jota on kohdannut ilman hänen omaa syytään odottamaton taloudellinen tai sosiaalinen onnettomuus, on voinut saada helpotusta maksuvelvoitteisiinsa. Niinpä korkolain 11 §:ssä (3.5.2002/340) on määräys, jonka mukaan viivästyskorkoa voidaan sovitella kuluttajan, asunnon-ostajan tai vuokralaisen hyväksi, jos maksun viivästyminen on aiheutunut maksuvaikeuksista, joihin tämä on sairauden, työttömyyden tai muun vastaavan perusteen vuoksi ilman omaa syytään joutunut. Yleisemmin sosiaalinen siviilioikeus riitauttaa vallitsevan lainopin doktriinin käsitteelliset ja metodiset sitoumukset tulkitsemalla lainsäädännössä ja lainopillisessa kirjallisuudessa yleisesti hyväksyttyä *pääsääntö/poikkeus* -luokitusta radikaalisti totutusta poikkeavalla tavalla. Helin kiteyttää sattuvasti tämän sosiaalisen siviilioikeuden systemisen pyrkimyksen:⁸²

”... vaihtoehtoinen lainoppi pyrkii saamaan aikaan kopernikaanisen kumouksen oikeuden kulttuuritasolla. Kumouksen eräänä seurauksena on pääsääntöjen muuttuminen poikkeuksiksi ja poikkeuksien pääsäännöiksi. Tämä mahdollistaa analogiapäätelmät sellaisista periaatteista, jotka perinteisen doktriinin mukaan ovat poikkeuksia, ja vastakohtaispäätelmät periaatteista, joita tavallisesti pidetään pääsääntöinä.”

Perusteluna on esitetty oikeudellisen ajattelun nopea *muutosdynamikka* ja yhteiskunnan tulevan kehityksen ennakoiminen lainopin kehittämässä oikeudenalakohtaisissa yleisissä opeissa. Esimerkiksi sosiaalista suoritusestettä koskeva pisteittäinen sääntely on nähty yleisenä suuntana, jota kohden siviilioikeudellinen sääntely tulee jatkossa kehittymään ja jolle sen vuoksi voi antaa etusijan myös tämänhetkisten oikeussääntöjen tulkinnassa ja systematisoinnissa. Sosiaalisen siviilioikeuden asema on ollut vahvin kuluttajansuojan ja vakiosopimusehtojen kattamilla oikeuden aloilla, joilla sopijapuolten tosiasiallinen yhteiskunnallinen asema on katsottu siinä määrin eriarvoiseksi, että jälkikäteen, lähtökohtaista sopimussitovuutta loukkaava oikeudellinen interventio sopimussuhteen on katsottu määrätilanteissa oikeutetuksi.

3.5. Pragmaattinen instrumentalismi: *reella överväganden* -juridiikka ja oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi

Skandinaavisen oikeusrealismin vaikutus Suomen lainoppiin on ollut kahtalainen. Kiistatta kestävämpi vaikutus on ollut Simo Zittingin edustamalla analytti-

⁸² Helin, ”Monet on metodit”, s. 311. – Helin puhuu tekstikatkelmassa Thomas Wilhelmssonin sosiaalisesta siviilioikeudesta, määritellen vaihtoehtoisen lainopin laajemmin kuin allekirjoittanut eli siten, että se käsittää myös sosiaalisen siviilioikeuden.

sellä (siviili)oikeustieteellä, jonka taustalla on nähtävissä myös Hans Kelsenin ja Felix Kaufmannin puhtaan oikeusopin ideoita oikeudellisen ajattelun käsitteellisen ja metodisen puhtauden vaatimuksessa. Toisaalta skandinaavisen oikeusajattelun vaikutus näkyi suomalaisessa lainopissa jo vuosikymmentä aiemmin eli 1940-luvulla, jolloin se sai oikeuden yhteiskunnallisia vaikutuksia voimakkaasti painottaneen muodon maan ruotsinkielisten kirjoittajien, kuten Erik af Hällströmin, C.H. Ekin, Berndt Godenhielmin ja Lars Erik Taxellin, tuotannossa.⁸³ Tämä siviilioikeuden *pragmaattinen instrumentalismi*⁸⁴ eli *reella överväganden* eli *social engineering* -juridiikka painotti *oikeuden yhteiskunnallisia tehtäviä*, tavoitteita ja vaikutuksia tavalla, joka poikkesi varsin radikaalisti vielä tuolloin vallalla olleen käsitelainopin tavasta hahmottaa oikeudellisia kysymyksiä. Oikeus nähtiin nyt ”yhteiskunnallisena insinööritaitona”,⁸⁵ jonka avulla yhteiskuntaan voitiin tietoisesti vaikuttaa, ei enää käsitelainopin tavoin ennalta annettuna ja loogisesti aukottomana oikeudellisten peruskäsitteiden systeeminä, johon yksittäiset oikeussäännöt tuli sijoittaa niiden oikeudellisen olemuksen ja tulkinnallisten vaikutusten selvittämiseksi. *Reella överväganden* -juridiikka liitti oikeuden ja oikeuden tulkinnan sen *yhteiskunnalliseen* kontekstiin käsitelainopin edustaman oikeussysteemisen kontekstin sijaan.

Pragmaattisen instrumentalismin kirjoituksissa perinteistä lainsäädäntökeskeistä ja oikeuskäsitteiden systeemiin palautuvaa oikeuslähde- ja laintulkintaoppia haluttiin laajentaa ja muuttaa siten, että *reaalisilla argumenteilla* ja tuomioistuinten antamilla *prejudikaateilla* olisi ollut huomattavasti aiempaa suurempi painoarvo. Siitä seuraava oikeudenkäytön lisääntyvä kasuistisuus ja yleislausekkeiden välttämättömyys oikeudellisen sääntelyn välineinä avoimesti tunnustettiin, mitä oikeuteen systeemisemmin ja käsitelainopillisemmin suhtautuneet tutkijat ankarasti kritisoivat.⁸⁶ Pragmaattinen instrumentalismi ei kuitenkaan saa-

⁸³ Esimerkiksi, Ek, *Bidrag till läran om utomobligatoriskt skadeståndsansvar vid rättsenlig farlig verksamhet enligt Finlands gällande civilrätt*; Godenhielm, *Patentskyddets omfång på basen av patentanspråkets funktionella innehåll*; Taxell, *Aktiebolagsstyrelsens kompetens att rättsshandla. En studie i Finlands gällande bolagsrätt*; af Hällström, *Verkan av ägareförbehåll på rättsförhållandet mellan säljaren och köparen*; sekä kokoavasti Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 368–377 kirjoittajan siinä mainitsemine lähteineen.

⁸⁴ *Pragmaattinen instrumentalismi* on alun perin amerikkalaistutkija Robert S. Summersin termi, jolla hän viittaa filosofisen pragmatismen, sosiologisen oikeustieteen (Holmes, Pound) ja eräiden varsinaiseen amerikkalaiseen oikeusrealismiin kuuluneiden kirjoittajien muodostamaan tutkimukselliseen kokonaisuuteen. Helin käyttää sanottua termiä viittaamaan Suomessa 1940-luvulla ruotsinkielisten oikeusoppineiden (Erik af Hällström, C.H. Ek, Berndt Godenhielm, L.E. Taxell) keskuudessa vaikuttaneeseen *reella överväganden* eli *social engineering* -koulukuntaan, jonka keskeisajatuksat muistuttivat amerikkalaisten pragmatistien ohjelmanjulistusta. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, s. 19–26; Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 371. Holmesin oikeusajattelusta myös Siltala, ”Toisinäänestäjän muotokuva”, *passim*.

⁸⁵ Yhteiskunnallinen insinööritaito eli *social engineering* -ideologia viittaa amerikkalaisen sosiologisen oikeustieteen edustajan Roscoe Poundin 1900-luvun alussa esittämiin ajatuksiin.

⁸⁶ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 374–378.

vuttanut samanlaista oikeudellisen ajattelun valta-asemaa kuin minkä käsitelainopin 1950- ja 1960-luvulla syrjäyttänyt analyttinen (siviili)oikeustiede sittemmin saavutti, mutta *reella överväganden* -juridiikan esittämät ajatukset oikeudesta ja oikeustieteestä ”yhteiskunnallisena insinööritaitona” (engl.: *social engineering*), oikeudellisen sääntelyn instrumentalistisesta roolista yhteiskunnassa sekä oikeuden ennakoitavissa olevien yhteiskunnallisten vaikutusten ottamisesta laintulkinnassa huomioon ovat jääneet vaikuttamaan myöhempään suomalaiseen oikeustieteeseen.

Pragmaattisen instrumentalismin yhteiskunnallinen suuntautuneisuus on vaikuttanut merkittävästi myös *oikeustaloustieteelliseen laintulkintaoppiin* 1990-luvun ja 2000-luvun oikeustieteessä. *Reella överväganden* -juridiikan keskeisajatus, jonka mukaan oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset on eräänlainen laintulkinnan viimekätinen kontrolliperusta, jota ei voi sivuuttaa viittaamalla formaalin oikeudellisen systeemilogiikan vaatimuksiin, on nykyisin yleisesti hyväksytty kanta suomalaisessa lainopissa.⁸⁷ Oikeusoppineilla ei ole ainakaan enää tapana kerskua 1800-luvun saksalaisten käsitelainoppineiden tavoin, miten jutun aineellinen lopputulos voi olla miten kohtuuton tai epäoikeudenmukainen tahanasa, kunhan se vain täyttää ankaran oikeudellisen systeemi- ja käsitelogiikan vaatimukset.

Oikeustaloustiede tai – oikeammin ja täsmällisemmin ilmaisten – *oikeuden taloustieteellinen analyysi*⁸⁸ voidaan jakaa kahteen osaan. *Oikeudellinen sääntelyteoria* on oikeuspoliittista *de lege ferenda* -tutkimusta, jonka lähtökohtana on senkaltainen oikeudellinen sääntely eli regulaatio tai sääntelyn purkaminen eli deregulaatio, joka toteuttaa parhaalla mahdollisella tavalla taloudellista kustannustehokkuutta, liiketoiminnan transaktiokustannusten minimointia sekä, jonkin verran sosiaalisemmin painotettuna, optimaalista aineellisten resurssien jakoa yhteiskunnassa. Oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten arvioimisessa voidaan tukeutua etenkin taloustieteen tuottamaan tietoon yhteiskunnan taloudellisista lainalaisuuksista. Oikeudellinen sääntelyteoria on osa lainsäädännön tutkimusta ja lainsäädäntöteoriaa (saks.: *Gesetzgebungslehre*, lat. neolog.: *legisprudentia*), joka väistää lainopin tiedonintressin oikeussääntöjen tulkinnan ja systematisoinnin sekä oikeusperiaatteiden punninnan merkityksessä. Suomessa Kalle Määttä on kehittänyt oikeustaloustieteellisen sääntelyn teoriaa etenkin ympäristöverotukseen sovellettuna.⁸⁹ Timo Kaisanlahti on analysoinut yhtiöoikeutta taloustieteellisten menetelmien avulla,⁹⁰ ja Max Oker-Blom on hahmotellut oikeustalous-

⁸⁷ Esim. Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 239–241.

⁸⁸ Termi *oikeustaloustiede* on kuitenkin vakiintunut. Käytän termiä *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi* viittamaan oikeustaloustieteen metodiopilliset lähtökohdat omaksuneeseen lainopin tulkintamatriisiin.

⁸⁹ Määttä, *Environmental Taxes. From an Economic Idea to a Legal Institution*.

⁹⁰ Kaisanlahti, *Sidosryhmät ja riski pörssiyhtiössä*.

tieteellisen argumentaation teoriaa muun muassa liikejuridiikan tulkintakysymysten yhteydessä.⁹¹

Toisaalta, lainopin tuottamien oikeudellisten tulkinta-, systematisointi- ja/tai punnintalauseiden yhteyteen liittyneenä oikeuden taloustieteellistä analyysiä voi kutsua *oikeustaloustieteelliseksi laintulkintaopiksi*. Kyse on tällöin omaehtoisesta lainopin tulkintamatriisista, joka arvioi laintulkintaa ja tuomioistuinten oikeudellista ratkaisuharkintaa siitä näkökulmasta käsin, miten hyvin tai huonosti valitseva oikeuslähdeoppi ja oikeudelliset argumentaatiomallit toteuttavat asetettua *taloudellisen kustannustehokkuuden*, liiketoiminnan transaktiokustannusten minimoinnin sekä optimaalisen yhteiskunnallisen resurssi- jaon ideaalia.⁹² Koska ajatus on perusteiltaan sama kuin 1940-luvun *reella överväganden* -juridiikan edustajilla, olen sijoittanut molemmat suuntauksen kattotermin *pragmaattinen instrumentalismi* alle. Suomalaisessa lainopissa Pekka Timonen on analysoinut yhtiöoikeutta paitsi perinteisen lainopin myös oikeustaloustieteen näkökulmasta.⁹³ Timonen on pyrkinyt merkittävästi vahventamaan (oikeus)taloustieteellisten tulkintaperusteiden asemaa suomalaisessa lainopissa tietoisena senkaltaisen tavoiteohjelman liittymistä yhtäältä 1940-luvun *reella överväganden* -juridiikkaan, toisaalta kriittisen oikeusopin ideaan ideaalisesta tai parhaasta mahdollisesta oikeudellista tulkinnasta, jonka ei tarvitse sitoutua vallitsevan tuomarin-ideologian mukaiseen oikeuslähde- ja laintulkintaoppiin. Kyse on taloudellisiin kriteerein määritellystä *reaalisesta argumentaatiosta*, jolle voidaan antaa tavanomaista suurempi oikeuslähdeopillinen ja argumentaatioteoreettinen ratkaisuarvo oikeuden parasta mahdollista tulkintaa oikeustaloustieteen näkökulmasta arvioitaessa.⁹⁴

Oikeustaloustieteellistä laintulkintaoppia, vaihtoehtoisia lainoppia, sosiaalista siviilioikeutta sekä naisoikeus- ja oikeudellista tasa-arvotutkimusta yhdistää kriittinen suhtautuminen vallitsevan lainopin hyväksymiin oikeuslähdeopillisiin ja argumentaatioteoreettisiin sitoumuksiin *institutionaalisen tuomarireferenssin* eli tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudelliseen näkökulmaan sidotun tutkimuksellisen tiedonintressin merkityksessä: mikä on voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen, institutionaalista ja ei-institutionaalista oikeuslähteistä johdettavissa oleva *tulkinnallinen merkityssisältö* suhteessa määrättyyn oikeustosi-

⁹¹ Oker-Blom, *Bakom rätten. En rättsekonomisk argumentationsmodell*.

⁹² Oikeustaloustieteellisen lähestymistavan uutuudesta kertoo osaltaan sekin, että Juha Häyhän toimittama teos *Minun metodini* vuodelta 1997 ei sanottua lähestymistapaa vielä tunne tai ainakaan ei sitä käsittele.

⁹³ Timonen, *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely*; sama, ”Taloustieteen ja sen tulosten käyttö oikeustutkimuksessa”.

⁹⁴ Timonen, *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely*, s. 103–130 ja etenkin s. 124–125; sama, ”Taloustieteen ja sen tulosten käyttö oikeustutkimuksessa”, s. 129–150. Vrt. myös Timonen, *Corporate Governance. Instituutiot ja lainsäädännön kehitys*.

seikastoon? Kriittinen lainopin tutkija voi niin halutessaan omaksua laintulkintaopin, joka rakentuu vaikkapa taloudellisen kustannustehokkuuden, transaktiokustannusten minimoinnin ja optimaalisen yhteiskunnallisen resurssiallokaation (= *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi*), yleistetyn heikomman sopijapuolen intressien suojan (= *sosiaalinen siviilioikeus*) tahi naisten tai jonkin muun aiemmin syrjityn yhteiskuntaryhmän erityisintressien edistämisen ja positiivisen suosivan erityiskohtelun varaan (= *naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus*). Lainopillisen tulkintakehyksen valinta on samalla sekä arvosidonnainen että vahvasti kohdeherkkä asia. Sovellettuna taloudellisen markkinalogiikan ohjaamaan Euroopan yhteisöoikeuden sisämarkkina- ja kilpailuoikeuteen, kansainvälisiin sijoitus-, rahoitus- ja luotonantoinstrumentteihin tai yleisesti arvopapereiden vaihdantaan oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi on huomattavasti helpommin perusteltavissa kuin vaikkapa adoptio-, eutanasia-, vanhustenhuolto-, perusoikeus- tai yleiseen sosiaaliturva-oikeuteen sovellettuna.

3.6. Oikeusperiaatteiden punnintamalli

Oikeusperiaatteiden punnintamalli on sitoutunut ajatukseen Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan *rakenteistuneista* eli riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivista oikeusperiaatteista ja muista oikeudellisista ratkaisustandardeista, jotka ohjaavat tuomioistuinten ja muiden viranomaisten oikeudellista ratkaisuharkintaa muodollisesti velvoittavien oikeussääntöjen ohella.⁹⁵ Oikeusperiaatteista on esitetty oikeuskirjallisuudessa erilaisia tulkintoja. Metodisesti oikeusperiaatesidonnaisessa lainopissa voi erottaa kaksi pääsuuntausta, joista toinen on palautettavissa amerikkalaisen Ronald Dworkinin oikeusteoriaan ja toinen saksalaisen Robert Alexyn osin Dworkinin teorian pohjalta esittämiin ajatuksiin. Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa Juha Pöyhösen väitöskirja *Sopimus-oikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* soveltaa (lähinnä) Dworkinin käsitystä oikeusperiaatteista, kun taas Jaakko Jonkan väitöskirja *Syytekyynnys. Tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista* tukeutuu Alexyn ajatuksiin oikeusperiaatteiden määrittelyn osalta. Oikeusperiaatteiden punnintamalli jatkaa osaltaan vaihtoehtoisen lainopin ja sosiaalisen siviilioikeuden edellä esittämää ajatusta voimassa olevan oikeuden sisäisesti ristiriitaisista systeemi-impulsseista, joille nyt annetaan erityinen tulkinta keskenään ei-yhteensovitettavissa olevien oikeusperiaatteiden merkityksessä. Yhteistä sosiaalisen siviilioikeuden ja naisoikeustutkimuksen kanssa oikeusperiaatteiden punnintamallilla on myös ajatus oikeuden aidosti tilannesidonnaisen arvioinnin välttämättömyydestä.

⁹⁵ Kun puhun tässä luvussa oikeusperiaatteista, tarkoitan samalla viitata myös muihin oikeussääntöjä heikommin formaaleihin oikeudellisiin ratkaisustandardeihin.

Pöyhönen jäsentää suomalaista sopimusoikeutta yleisen *sopimusmallin* eli sopimusoikeutta jäsentävien *oikeudellisten peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktoiden* yhdistelmän avulla,⁹⁶ erottaen toisistaan tahtomallin, luottamusmallin, oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön mallin ja heikomman hyvittämisen mallin. Lainsoveltajan ratkaisuharkinta päättyy sopimusmallien taustalla vaikuttavien oikeusperiaatteiden eli sopimusvapauden, vaihdannan intressin, yhteisöllisen kohtuusperiaatteen sekä heikomman hyvittämisen periaatteen tilannekohtaiseen punnintaan (engl.: *weighing and balancing*) yksittäisen sopimuksen tai sopimusehdon tilannesidonnaista kohtuullisuutta tai kohtuuttomuutta arvioitaessa.⁹⁷ Kullakin sopimusoikeutta jäsentävällä oikeusperiaatteella on tapauskohtaisesti vaihteleva painoarvo, jota tuomarin tulee arvioida suhteessa käsillä olevaan tapaukseen sekä muiden asiaanvaikuttavien oikeusperiaatteiden vastaavaan painoarvoon. Taustalla on amerikkalaisen oikeusfilosofin Ronald Dworkinin ajatus, jonka mukaan voimassa olevaa oikeutta jäsentävät lainsäätäjän ja tuomioistuinten selväsanaisesti asettamien oikeussääntöjen ohella myös institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat *oikeusperiaatteet* ja muut vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit, joilla – toisin kuin oikeussäännöillä – on sisällöllisen painoarvon tai tärkeyden ulottuvuus (engl.: *a dimension of weight or importance*) ja jotka siten avaavat positiivista oikeutta erilaisten yhteiskunnallisten arvo- ja tavoiteperusteiden eli yhteiskunnallisten oikeudenmukaisuus- ja taroituksenmukaisuusnäkökohtien suuntaan.⁹⁸

Pöyhösen taivuttaa oikeusperiaatteet oikeudenalakohtaisen ja *tilannesidonnaisen* systematiikan avuksi. Oikeusperiaateissa on kyse sopimusoikeutta jäsentävistä yleisistä näkökohdista, joiden avulla yksittäiset oikeussäännöt voidaan asettaa mielekkääseen tulkinnalliseen kontekstiin. Pöyhösen sopimusmalliajattelussa on samalla ilmeisiä vaikutteita käsitelainopista, sillä molemmat painottavat ”varsinaisten oikeuskäsitteiden” eli oikeudellisten peruskäsitteiden merkitystä oikeudellisen systematiikan kiintopisteinä.⁹⁹ Erotuksena käsitelainopin kiinteästä ja ennalta vakioitavissa olevasta oikeudellisesta käsitesystematiikasta Pöyhösen punnintamalli on kuitenkin tarkoitettu *dynaamiseksi* eli tilannekohtaisesti muuntuvaksi oikeusperiaatteiden punnintakehykkeksi. Pöyhösen yhteisöllistä kohtuutta ja sopimustasapainoa korostavassa ajattelussa on lisäksi ilmeisiä liitty-mäkohtia Thomas Wilhelmssonin edustamaan sosiaaliseen siviilioikeuteen.¹⁰⁰

⁹⁶ Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 79–87.

⁹⁷ Kokoavasti, Pöyhönen, mts. 311–313.

⁹⁸ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 26–27: ”Principles have a dimension that rules do not – a dimension of weight or importance. (...) it makes sense to ask how important or how weighty it is.” Perustelen väitteeni tarkemmin luvussa 9.3. ”Sopimusmalliajattelun piilevät premissit”.

¹⁰⁰ Pöyhösen sopimusoikeudellisessa ajattelussa on ilmeisiä yhtymäkohtia myös Roberto Mangabeira Ungerin kriittiseen oikeusteoriaan, vaikkei Pöyhönen tätä ajattelunsa piirrettä sanotussa teoksessa tarkemmin itse jäsennäköön. Vrt. Unger, *Critical Legal Studies Movement*, *passim*.

Molempia yhdistää käsitys oikeuden sisäisesti jännitteisistä systeemi-impulsseista, mikä mahdollistaa voimassa olevan oikeuden tarkastelemisen useita erilaisia systeemisii kiintopisteitä apuna käyttäen, sekä toisaalta sitoutuminen (sopimus)oikeuden materiaalisuuteen eli sisällölliseen oikeudenmukaisuuteen, mikä ilmenee Pöyhösellä yksittäisen sopimusehdon kohtuuttomuutta arvioitaessa yhteisöllisen kohtuusperiaatteen suhteellisesti suurimpana painoarvona verrattuna toisiin sopimusoikeutta jäsentäviin oikeusperiaatteisiin.¹⁰¹ Kohtuusperiaatteelle annetun suhteellisen etusijan vuoksi Pöyhösen oikeusperiaatekeskeiseen sopimusoikeuden jäsennykseen on sisäänrakennettuna vähintään *heikosti systeeminen* käsitys sopimusoikeudellisten oikeusperiaatteiden keskinäisistä suhteista.

Juha Pöyhösen tie siviilioikeuden tutkijana heijastaa kiinnostavalla tavalla suomalaisen lainopin kehitystä ja sidonnaisuutta erilaisiin tieteenteoreettisiin ja yhteiskuntaideologisiin suuntauksiin: 1980-luvun alkupuolen *vaihtoehtoista lainopista*, jota Pöyhösen (Kaarlo Tuorin alun perin marxilaiseen oikeuden monitasomalliin perustuva) kirjoitus ”Yksityinen omistusoikeus ja vaihtoehtoinen lainoppi” (1983) ilmentää, sopimusoikeudellisen kohtuusperiaatteen ensisijaisuutta sekä aristotelisen sopimustasapainon merkitystä korostavaan, *sosiaalisen siviilioikeuden ja oikeusperiaatteiden punnintamallin* ajatuksia yhdistävään väitöskirjaan *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* (1988) sekä lopulta 2000-luvun EY-Suomen vahvistuvaan markkina-logiikkaan *Uusi varallisuus-oikeus* -teoksessa (2001), jossa *toimivat markkinat* nostetaan – ehkä hieman yllättäen – perusoikeuskategoriaan. Tutkimuksellinen jänneväli 1980-luvun vaihtoehtoisen lainopin omistusoikeuskäsityksen marxilais-vasemmistolaisista premisseistä toimiviin markkinoihin vallitsevan perusoikeusjärjestelmän edellyttämänä perusoikeutena 2000-luvun Suomessa on kieltämättä ajatuksellisesti huikea.¹⁰²

Jaakko Jonkan oikeusperiaatteiden tilannesidonnainen punnintamalli perustuu saksalaisen Robert Alexyn ajatukseen oikeusperiaatteista *optimointikäskyinä* (saks.: *Optimierungsgebote*), jotka lainsoveltajan tulee pyrkiä toteuttamaan *mahdollisimman suuressa määrin*. Taustalla on Ronald Dworkinin ajatus, jonka mukaan oikeusperiaatteilla on määritelmällisesti sisällöllisen *painoarvon ulottuvuus* (engl.: *a dimension of weight*), ja tähän Alexy lisää vielä käsityksen, jonka mukaan lainsoveltajan tulee pyrkiä periaatteen taustalla vaikuttavan yhteiskunnallisen arvon tai tavoitteen optimointiin eli sen täyttämiseen siinä määrin kuin se on kyseisessä tapauksessa mahdollista. Oikeusperiaatteet normittavat voimassa olevien oikeussääntöjen avoimeksi jättämää, ”harmaata” vyöhykettä, joka esi-

¹⁰¹ Pöyhönen, mts. 311–313. Ks. myös yleisesti Mononen, *Sopimusoikeuden materiaalisuudesta*, jossa muun muassa Wilhelmssonin ja Pöyhösen ajattelua on kommentoitu.

¹⁰² Kommentoin Pöyhösen ajattelua myös luvuissa 9.3. ”Sopimusmalliajattelun piilevät premissit” ja 9.6. ”Perusoikeusjärjestelmän sisäinen logiikka”.

merkiksi H.L.A. Hartin oikeuspositivistisessa mallissa jäi oikeudellisen päätöksentekijän, kuten tuomarin tai syyttäjän, vapaan eli oikeudellisesti sääntelemättömän harkintavallan alaisuuteen. Hartin mukaan tuomari sai ratkaista kiperän oikeustapauksen eli tapauksen, johon voimassa olevan oikeuden säännöt eivät antaneet yksiselitteistä vastausta, tavalla, joka rinnastui lainsäätäjän suhteellisen vapaaseen harkintavaltaan. Dworkinin mukaan kiperässä tulkintatilanteessa tuomarin tulee soveltaa oikeussääntöjen ohella *oikeusperiaatteita*, jotka vievät hänen oikeudellista ratkaisuharkintaansa vain enemmän tai vähemmän määrättyyn suuntaan. Oikeusperiaatteiden ratkaisuarvo on hänen mukaansa ainakin lähtökohtaisesti heikompi kuin oikeussääntöjen ratkaisuarvo eli tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkintaa sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus.

Syyttäjän syyteharkintaa ohjaa varsin yleisen tason oikeussääntö, jossa syyttäjälle asetetaan velvollisuus nostaa syyte, jos sen nostamisen tueksi on olemassa ”todennäköisiä syitä” eikä perusteita seuraamusluontoiselle toimenpiteistä luopumiselle ole.¹⁰³ Sanottu syyteharkintanormi jättää syyttäjälle varsin runsaasti harkintavaltaa, joten Jonkka jäsentää tilannetta edelleen Alexyn oikeusperiaateanalyysin avulla. Syyttäjän syyteharkinnassa on hänen mukaansa vastakkain kaksi oikeusperiaatetta, joita tulee *punnita* ja *tasapainottaa* (engl.: *weigh and balance*) keskenään: yhtäältä rikos- ja prosessioikeudellinen jutun *selvittämisintressi* eli pyrkimys sen selvittämiseen, onko syytetty tosiasiaissa tehnyt sen moitittavan teon, josta häntä epäillään, ja toisaalta syytetyn *oikeusturvaintressi* eli periaate, jonka mukaan rikoksesta epäiltyä on pidettävä lähtökohtaisesti syyttömänä kunnes jutussa toisin osoitetaan.¹⁰⁴ Syyteharkinnassa syyttäjän tulee suhteuttaa nämä kaksi periaatetta keskenään. Lisäksi syyttäjän syytekynnys ei ole kiinteä ja vakioitu vaan tapauskohtaisesti vaihteleva, mihin kyseessä olevan teon rikosoikeudellinen moitittavuus ja jutussa esitetty näyttö keskeisesti vaikuttavat.¹⁰⁵

Oikeusperiaatteet ovat Jonkan mukaan ratkaisuperuste, jonka avulla oikeussääntöjen avoimeksi jättämää, ”harmaata” aluetta voidaan jäsentää. Analyysin lopputulos on ilmaistavissa yleisen *punnintalain* muodossa, missä (tuomarin tai syyttäjän punninnan eri osatekijät eli tapaukseen vaikuttavat oikeusperiaatteet on suhteutettu keskenään. Punnintalait jäävät väistämättä varsin yleiselle tasolle, koska oikeusperiaatteet ovat määritelmällisesti tilannesidonniaisia, ”enemmän-tai-vähemmän” -tyyppisiä oikeudellisia ratkaisuperusteita, jotka vain vievät tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa johonkin suuntaan mutta eivät – ainakaan tavallisesti – kykene määräämään jutussa mitään tiettyä lopputulosta. Tässä ne eroavat oikeussäännöistä, jotka tapaukseen soveltuessaan

¹⁰³ Jonkka, *Syytekynnys. Tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista*, s. 1–2.

¹⁰⁴ Jonkka, mts. 248–254.

¹⁰⁵ Jonkka, mts. 184–186, 248–296.

kykenevät määräämään sen aineellisen lopputuloksen. Jonkan ehdottama punnintalaki on muotoa:¹⁰⁶

”1) Mitä tärkeämpää tutkinnan jatkaminen rikosvastuun toteuttamistavoitteen kannalta olisi ja mitä enemmän syyttämättä jättäminen tämän tavoitteen toteuttamista loukkaisi, sitä painavamman oikeusturvaintressin painoarvon on oltava, jotta syyttämättä jättäminen epävarmuustilanteessa olisi perusteltua. 2) Mitä tärkeämpää syyttömän suojaamisen periaatteen kannalta syyttämättä jättäminen olisi ja mitä enemmän syytteen nostaminen tätä arvoa loukkaisi, sitä painavamman selvittämistäntressin on oltava, jotta syytteen nostamista epävarmuustilanteessa voisi pitää perusteltuna.”

Myös Jonkan oikeusperiaatteiden punnintamallissa on lähtökohtana tilannesidonnainen oikeudellinen systematiikka, jota ei voi yleistää tai vakioida yleiseksi sääntösidonnaiseksi argumentaatiomalliksi. Tältä osin myös Jonkan ajattelu muistuttaa vaihtoehtoisen lainopin ja sosiaalisen siviilioikeuden esittämää ajatusta voimassa olevan oikeuden sisäisesti ristiriitaisista systeemi-impulsseista, olkoonkin, että Jonkan punnintamalli on täydellisen kohdeneutraali suhteessa senkaltaisiin yhteiskuntaideologisiin näkökohtiin, joita kriittinen oikeusoppi on pitänyt merkityksellisinä. Analyyttisen oikeustieteen teknisten oikeuskäsitteiden tai Kelsenin puhtaan oikeusopin käsitteiden (mutta muutoin Kelsenin ajattelusta keskeisesti poiketen) tavoin riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet toimivat siis Jonkan oikeudellisessa analyysissä yhteiskuntaideologisesti täydellisen kohdeneutraalin oikeudellisen sääntelyinstrumentin tavoin, jota voidaan hyödyntää yhtä hyvin vallitsevan oikeuskäsityksen kuin erilaisten kriittisen oikeusopin suuntausten hyväksymien yhteiskunnallisten tavoitteiden saavuttamiseksi. Pöyhösen sopimusmalli-ideassa oli sitä vastoin ilmeisiä liittymäkohtia Thomas Wilhelmssonin sosiaalisen siviilioikeuden kriittiseen ohjelmaan, niin kuin edellä totesin.

Vaarana oikeusperiaatekeskeisessä lainopissa on lainsäädännön yksittäisten säädösten tai tuomioistuinratkaisujen sivuuttaminen vähemmän merkityksellisinä, kun oikeudellisen analyysin painopiste on siirretty oikeusperiaatetason yleisten linjojen tai kokonaiskuvan hahmottamiseen lainsäädännön ja oikeuskäytännön perinteisen analyysin sijaan.¹⁰⁷ Toisaalta oikeusperiaatteiden välittämänä kuva voimassa olevasta oikeudesta voi kadota yksittäisten oikeusperiaatteiden valtaisan määrän taakse,¹⁰⁸ jollei asiallisesti merkityksellisten oikeusperiaattei-

¹⁰⁶ Jonkka, mts. 250.

¹⁰⁷ Tekstissä viitatu kirjoittajat eivät nähdäkseni tähän syyllysty.

¹⁰⁸ Vrt. Tähti, *Periaatteet Suomen hallinto-oikeudessa*, etenkin liite s. 527–534, missä on luettelointu, laskutavasta riippuen, 260–300 erilaista julkisoikeuden periaatetta tai periaateryhmää. Tutkimuksen ilmeisenä ongelmana on identifioitujen oikeusperiaatteiden keskinäinen yhteismitattomuus sekä ajallisessa että asiallisessa katsannossa. Palaan kysymykseen luvussa 9.1. ”*Caveat lector*”.

den määrää rajata ja oikeudellista harkintatilannetta jäsennetä esimerkiksi Pöyhösen tai Jonkan edustamalla tavalla. Pöyhösen siis käyttää oikeusperiaatteita oikeuden aidosti *tilannesidonnaisen systematiikan* kiintopisteinä, missä kohtuusperiaatteelle annettu heikko systeeminen etusija tosin jäsentää lainsoveltajan ratkaisuharkintaa heikosti systeemisellä tavalla. Jonkka soveltaa puolestaan Robert Alexyn ideaa periaatteista optimointikäskyinä tuomarin tai, niin kuin tässä, syyttäjän ratkaisuharkinnan ”harmaan” vyöhykkeen jäsentämisessä. Oikeusperiaatteet ovat lähtökohtaisesti kohdeneutraaleja oikeudellisia instrumentteja suhteessa lainopin vallitsevan doktriinin sekä vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin tutkimukselliseen tehtävänasetteluun ja tutkijan-ideologiaan, ja sama pätee myös formaaleihin oikeussäntöihin oikeudellisen sääntelyn instrumentteina. Pöyhösen analyysissä oikeusperiaatteet taipuivat siis sosiaalisen siviilioikeuden ohjelman osaksi, kun taas Jonkan analyysissä oikeusperiaatteet tukivat lainopin vallitsevan doktriinin omaksumaa tapaa jäsentää syyttäjän syyteharkintaa oikeussäntöjen avoimeksi jättämällä harmaalla vyöhykkeellä.

Samoin oikeusperiaatteita voitaisiin hyödyntää tilanteessa, jossa keskenään ristiriitaiset oikeusnormit – eli oikeussäännöt tai oikeusperiaatteet – asettavat lainsoveltajan senkaltaisen normikollision eteen, joka ei ole ratkaistavissa formaalien konfliktinratkaisunormien avulla.¹⁰⁹ Tällöin normikollision ratkaisemiseksi on turvauduttava oikeusperiaatteisiin joko Pöyhösen suhteessa systeemisemmän oikeusperiaatekäsityksen tai Jonkan optimointikäskyiksi tulkittujen oikeusperiaatteiden merkityksessä. Tämä olisi tilanne esimerkiksi silloin, jos EY-oikeuden sisämarkkina- ja kilpailulainsäädäntö olisi ristiriidassa kansallisen perustuslain hyväksymän perusoikeusjärjestelmän kanssa, jolloin pelkkä muodollinen oikeuslähdeopillinen hierarkia ei ole oikeudellisenä ratkaisuperusteena riittävä perusoikeuksien poikkeuksellisen vahvan Suomen oikeuden institutionaaliin ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistumisen vuoksi, tai jos Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevät yleiset oikeusohjeet ovat ristiriidassa lähtökohtaisesti normihierarkkisesti samantasoisien kansallisen sääntelyn kanssa.

Myös Tuorin *kriittistä oikeuspositivismia* voi pitää oikeusperiaatekeskeisen oikeusajattelun yhtenä muunnelmana siltä osin kuin Tuori sitoutuu siinä Ronald Dworkinin keskeisajatukseen riittävää institutionaalista tukea (ja yhteisöllistä hyväksyntää) nauttivista oikeusperiaateista oikeuskulttuurin tason ja oikeuden syvätason osatekijänä. *Perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi* sitoutuu sekin ajatukseen oikeusperiaateista, joiden semanttisena referenssinä on nyt voimassa olevan perustuslain omaksuma tai vähintäänkin hiljaisesti edellyttämä perusoi-

¹⁰⁹ Vrt. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 77–78, missä on kyse oikeussäännön ja oikeusperiaatteen keskinäisestä kollisiosta.

keusjärjestelmä yksittäisten perusoikeuksien ja niiden keskinäisten suhteiden kokonaisuuden merkityksessä. Palaan Tuorin kriittiseen oikeuspositivismiin ja perusoikeuskeskeiseen lainoppiin lähemmin alla.

3.7. Kriittinen oikeuspositivismi

Kriittinen oikeuspositivismi jatkaa Kaarlo Tuorin jo 1980-luvulla kehrittelemää oikeuden monitasoteoriaa, joka alun perin rakentui vahvasti marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian eli lähinnä Georg Lukácsin ja Sakari Hännisen sekä Frankfurtin kriittisen yhteiskuntateorian immanentin kritiikin innoittamien tutkimuksellisten lähtökohtien varaan. Nyt, 2000-luvulla on kyse *myöhäis-marxilaisesta* oikeusteoriasta,¹¹⁰ missä marxilaisittain ymmärretty oikeuden subjektirakenne ja yhteiskunnallis-transsendentaalinen pääomalogiikka oikeuden eri taso- ja välittävine ekspressiivisine yhteyksineen on saanut valtaosin väistyä oikeuden perustavan tahdonvaltaisuuden sekä oikeuden tasojen välisten suhteiden uudelleen määrittelyn tieltä. Tuori yhdistää kriittisen oikeuspositivismin teoriassaan Hans Kelsenin ja H.L.A. Hartin analyyttisen oikeuspositivismin ajatuksen modernin oikeuden perustavasta tahdonvaltaisuudesta sekä Ronald Dworkinin ajatuksiin palautuvan idean oikeuden syvempien tasojen tai kerrostumien normatiivisista oikeusperiaatteista, joiden avulla oikeuden pintatason ilmiöiden eli lähinnä lainsäädännön ja oikeuskäytännön sisältökritiikki on mahdollinen. Tuorin mukaan moderni oikeus on *positiivista* eli lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tekemiin päätöksiin perustuvaa oikeutta. Moderni positiivinen oikeus erotetaan näin yhtä hyvin tavanomaisesta oikeudesta kuin luonnonoikeusfilosofian ”oikeasta oikeudesta” ehdottoman yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden merkityksessä.

Moderni oikeus on Tuorin mukaan monitasoinen ilmiö,¹¹¹ jossa voidaan erottaa kolme erilaista tasoa tai kerrostumaa: *oikeuden pintataso*, *oikeuskulttuurin taso* sekä *oikeuden syvätkä*, joista kukin noudattaa omanlaistaan ajallista muutosdynamikkaa Ranskan annalistisen historiantutkimuksen koulukunnan ja etenkin Fernand Braudelin tarkoittamalla tavalla. Oikeuden syvätason elementit edustavat oikeuden pysyvintä ainesosaa, kun taas oikeuden pintatason ilmiöiden muuttamiseen tarvitaan vain ”kolme sanaa lainsäätäjältä” valtiopäiville kokoontuneen eduskunnan säätämän yksittäisen lain tai prejudikaattituomioistuimen

¹¹⁰ Kriittisen oikeuspositivismin suhteesta marxilaiseen teoriaan, Tuori, ”Ideologiakritiikistä kriittiseen positivismiin”, s. 312–316 ja etenkin s. 319.

¹¹¹ Siivutun tässä sen tosiseikan, että oikeus on Tuorin mukaan myös moniulotteinen ilmiö yhtäältä oikeusnormien ja toisaalta erilaisten oikeudellisten käytäntöjen, kuten lainsäädännön, lainkäytön ja oikeustieteen, merkityksessä. Palaan kysymykseen luvussa 9.5. ”Mistä puhumme, kun puhumme oikeudesta?”.

antaman yksittäisen ennakkoratkaisun merkityksessä. Oikeuskulttuurin taso edustaa suhteessa oikeuden pintatasoa hitaammin mutta samalla oikeuden syvätasoa nopeammin muuttuvaa elementtiä.

Oikeuden pintataso koostuu Tuorin mukaan *lainsäädännöstä, tuomioistuinratkaisuihin* sekä, Austinin, Kelsenin ja Hartin oikeuspositivistisesta oikeuskäsitteestä merkittävästi poiketen, oikeustieteen tai oikeammin lainopin *tulkintalauseista*. Tuorin mukaan tuon oikeuden ”myrskyisän pintatason”¹¹² alla vaikuttaa kaksi syvempää oikeuden kerrostumaa, jotka eivät ole samalla tavoin lainsäätäjän ja tuomioistuinten tahdonvaltaisesti ja kertakaikkisesti muutettavissa. *Oikeuskulttuurin taso* käsittää oikeudenalakohtaiset yleiset opit eli *oikeuskäsitteet* ja *yleiset oikeusperiaatteet*, kuten Pöyhösen analyysoimat tahtoperiaate, vilpittömän mielen suoja, kohtuusperiaate ja heikomman sopijapuolen hyvittämisen periaate sopimusoikeutta jäsentävinä periaatteina, testamentin tekijän määräämuodossa ilmaiseman viimeisen tahdon kunnioittamisen periaate perintöoikeudessa sekä syyllisyysperiaate ja toisintoimimismahdollisuus rikosoikeudessa, sekä oikeudelliset *päätelymallit*, kuten käsitelainopin syllogistinen ratkaisulogiikka ja tarve- tai tavoiterationaalinen oikeudellinen päätely, jota käsiteltiin edellä vaihtoehtoisen lainopin ja sosiaalisen siviilioikeuden yhteydessä. Oikeuskulttuurin taso edustaa ammatillisesti eriytynyttä oikeudellista asiantuntijakulttuuria. Siinä on kyse oikeuden ja oikeudellisen ajattelun käsitteellisistä, normatiivisista ja metodisista malleista, jotka ovat vähitellen kerrostuneet oikeuden tahdonvaltaisesti muutettavissa olevan pintatason alle. *Oikeuden syvä taso* käsittää modernin oikeuden perustavat *oikeuskategoriat*, kuten oikeussubjektin tai suvereenin lainsäätäjän käsitteet, perustavimmat *normatiiviset oikeusperiaatteet*, kuten oikeusvaltioperiaate tai ihmisoikeusperiaate, sekä vallitsevan *oikeudellisen rationaalisuustyyppin*, kuten Weberin formaali rationaalisuus, Habermasin kommunikatiivinen rationaalisuus tai François Ewaldin ”Normin rationaalisuus”.

Oikeuden syvempien tasojen kriittisnormatiivisten elementtien sekä oikeuden pintatasolla kriittisen oikeusopin tulkintalauseiden avulla Tuori perustelee sen, miten samalla kertaa *kriittinen* ja *positivistinen* oikeustutkimus on mahdollinen suhteessa voimassa olevaan lainsäädäntöön, yksittäisiin tuomioistuinratkaisuihin ja vallitsevan lainopin tuottamiin oikeudellisiin tulkintakannanottoihin. Oikeuskulttuurin tason ja oikeuden syvätason normatiiviset oikeusperiaatteet, kuten *Riggs vs. Palmer* -tapauksen periaate, jonka mukaan *kukaan ei saa hyötyä tekemästään vääryydestä*,¹¹³ tarjoavat oikeuden tutkijalle normatiivisen mittapuun, jonka avulla oikeuden pintatason ilmiöitä on mahdollista kriittisesti arvioida.

¹¹² Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 171.

¹¹³ *Riggs vs. Palmer*, 115 N.Y. 506; 22 N.E. 188 (1889). Dworkin hyödyntää sanottua tapausta oman oikeusperiaatekeskeisen oikeusteorian sa esimerkkinä.

Kriittinen oikeuspositivismi soveltaa näin Frankfurtin kriittisen yhteiskuntafilosofian edustamaa *immanentin kritiikin* ohjelmaa:¹¹⁴

”Kriittisen positivismin ohjelmassa kritiikki on immanenttia, kuten sen oli määrä olla marxilaisväritteisessä ideologiakritiikissäkin: *kohde itse, oikeus, tarjoaa välineet ja mittapuut omalle kritiikilleen*. Kriittisen positivismin ohjelmassa kritiikin immanentti luonne on jotain, mihin sen pakottaa jo positiivisuus modernin oikeuden tunnusmerkkinä. Positiivisena oikeutena moderni oikeus sallii itseään kritikoitavan vain sisältä käsin. Positiivinen oikeus ei tunnusta ulkopuolisen kritiikin oikeudellista relevanssia; tämän havaitsi jo Kelsen.”

Oikeuden kritiikki on oikeuspositivististen premissien vallitessa sallittu vain ”sisältöpäin”, tutkimuskohteen itsensä tarjoamin käsitteellisin, normatiivisin ja metodisin apuvälinein. Tuorin oikeusteoriassa oikeuden kritiikin mittapuut kumpuavat oikeuden syvemmistä kerrostumista sekä kriittisen lainopin tuottamista tulkintalauseista käsin, ei mistään oikeuden ulkopuolisista elementeistä esimerkiksi luonnonoikeusfilosofian tarkoittamien yhteisöllisten tai uskonnollisten oikeudenmukaisuuskriteerien merkityksessä. Käytännön tulkintajuridiikan näkökulmasta kriittinen oikeuspositivismi merkitsee ennen muuta sitoutumista oikeuden syvempien kerrostumien eli oikeuskulttuurin tason ja oikeuden syvätason sisällöllisiin *oikeusperiaatteisiin*, jotka nauttivat Dworkinin tarkoittamalla tavalla institutionaalista tukea yhteiskunnan sääntösidonnaisissa oikeudellisissa, moraalisisissa ja poliittisissa käytännöissä. Tuorin kriittisen oikeuspositivismin vaikutus käytännön tulkintalainoppiin rinnastuu näin oikeusperiaatteiden punnintamalliin, joskin Tuorilla myös oikeuden syvätason elementit, ja etenkin oikeuden peruskäsitteet eli perustavat oikeuskategoriat, rajaavat aineellisten oikeusperiaatteiden ylipäättään mahdollisten merkitysten alaa. Vertailukohtana oikeusperiaatteiden punninnassa on lähinnä Juha Pöyhösen toteuttama sopimusoikeuden mallintaminen yleisten sopimusmallien ja niiden taustalla vaikuttavien oikeusperiaatteiden avulla. Myös Tuorin *Sosiaalioikeus*-oppikirjassa voimassa olevan oikeuden analyysiä jäsennetään keskeisesti oikeusperiaatteiden avulla,¹¹⁵ vaikkei analyysiä viedäkään analogisesti Juha Pöyhösen vähintään heikosti systeemisen sopimusmalliajattelun tai Jaakko Jonkan edustaman oikeusajattelun suuntaan, missä oikeusperiaatteet nähdään Robert Alexyn ehdottamalla tavalla lainsoveltajalle osoitettuna optimointikäskyinä.

Kriittisessä oikeuspositivismissa oikeuden sisäiset ristiriitaisuudet ja ideologiset arvokonfliktit, joita nyt tulkitaan vasten oikeuden tasojen tai ajallisten kerrostumien tuottamaa ja ylläpitämää oikeudellista merkityskontekstia, yhdistävät

¹¹⁴ Kaarlo Tuori, ”Ideologiakritiikistä kriittiseen positivismiin”, s. 324 (kursivointi lisätty).

¹¹⁵ Tuori, *Sosiaalioikeus*, etenkin s. 150–175.

kriittistä oikeuspositivismia sekä arvo- ja ideologiatietoista vaihtoehtoisia lainoppia, sosiaalista siviilioikeutta samoin kuin naisoikeus- ja oikeudellista tasa-arvotutkimusta kriittisen oikeusopin eri suuntauksina. Oikeus nähdään niissä *yhteiskunnallisena ideaalina, mahdollisuutena ja muutostekijänä* tutkijan itsensä preferoimien yhteiskunnallisten päämäärien saavuttamiseksi sen sijaan, että voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden tulkinnallinen merkityssisältö lukittaisiin tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämän tuomariniideologian avulla. Kun Tuori pyrkii kriittisen oikeuspositivismin teoriassaan yhdistämään sekä modernin oikeuden perustavan tahdonvaltaisuuden että kriittisen oikeusopin tarkoittaman normatiivisen sisältö-kritiikin, sanotunlaisen metodiohjelman hyväksynyt tutkija ei ole yhtä vapaa suhteessa vallitsevaan tuomariniideologiaan kuin varsinaisen marxilaisen vaihtoehtoisen lainopin, hyvinvointivalttiollisen sosiaalisen siviilioikeuden tai feministisen naisoikeustutkimuksen teoreettisiin lähtökohtiin sitoutunut tutkija. Tosin tutkijan omakohtaisista valinnoista riippuu, painottaako hän oikeuden tulkinnassa Tuorin teorian positivisticisia vaiko kriittisiä osatekijöitä.

Oikeuden mieltäminen Tuorin tarkoittamalla tavalla monitasoiseksi ilmiöksi johtaa siihen, että oikeudellinen tulkinta voidaan perustaa oikeuden syvempien tasojen tai kerrostumien käsittämiin ilmiöihin ja etenkin sisällöllisiin oikeusperiaatteisiin sekä kriittisen lainopin esittämiin oikeudellisiin tulkintaperusteisiin. Oikeudellisen metodiopin mahdolliset perusteet on tällöin määritelty olenaisesti laajemmin kuin lainsäädäntökeskeisen analyttisen oikeuspositivismin piirissä, jota John Austin ja Hans Kelsen sekä osin H.L.A. Hart edustivat. Tältä osin Tuorin kriittistä oikeuspositivismia, samoin kuin Juha Pöyhösen sopimus-oikeuden perustaviin oikeusperiaatteisiin sidottua sopimusmallin ideaa, voi verrata käsitelainopilliseen tulkintamatriisiin, jolle oikeuden sisäinen systeemilogiikka oli määräävässä asemassa yksittäisten oikeussääntöjen tulkinnallista merkityssisältöä määritettäessä. Käsitelainopin, Pöyhösen tavoin ymmärretyn sopimus-oikeuden oikeusperiaatekeskeisen mallintamisen sekä Tuorin kriittisen oikeuspositivismin mukaan oikeutta ei voi tyhjentävästi määritellä viittaamalla vain oikeuden pintatason ilmiöihin eli toteutuneeseen lainsäädäntöön Tuorin ”ei-vielä-oikeuden” ja yksittäisiin tuomioistuinratkaisuihin Tuorin ”jo-oikeuden” merkityksessä, toisin kuin analyttinen oikeustiede oli edellä väittänyt, vaan oikeudellinen tulkinta on johdettava oikeuden syvempien tasojen oikeudellista tulkintaa keskeisesti rajoittavien ja justifioivien tekijöiden (= Tuori), sopimusmallien taustalla vaikuttavien ja oikeutta konstituovien oikeusperiaatteiden (= Pöyhönen) tai oikeuden sisäisen ja aukottoman systeemilogiikan (= käsitelainoppi) mukaisesti.¹¹⁶

¹¹⁶ Käsittelen Tuorin kriittistä oikeuspositivismia syvällisemmin luvussa 9.5. ”Mistä puhumme, kun puhumme oikeudesta?”.

3.8. Naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus

Naisoikeustutkimus arvioi oikeutta ja yhteiskuntaa siitä näkökulmasta, miten hyvin voimassa oleva lainsäädäntö, vallitseva tuomioistuin- ja viranomaiskäytäntö sekä lainopin tuottamat oikeudelliset tulkinta-, systematisointi- ja punnintakannanotot toteuttavat yhteiskuntaideaaliksi omaksuttua sukupuolten välistä tasa-arvoa ja naisten yhteiskunnallisen aseman parantamista. Vaihtoehtoista lainoppia ja naisoikeustutkimusta yhdistää oikeuden ja vallitsevan lainopin doktriinin *ideologiakritiikki*: voimassa oleva oikeus ei ole naisoikeustutkimuksen – yhtä vähän kuin vaihtoehtoisen lainopin tai sosiaalisen siviilioikeuden – mukaan ideologisesti neutraali sääntelyjärjestelmä, eikä vallitseva lainopin doktriini ole arvo- tai kohdeneutraali suhteessa yhteiskunnallisesti ja oikeudellisesti merkitykselliseen *sukupuolieroon*. Vaihtoehtoisen lainopin marxilais-vasemmistolainen yhteiskuntaideologia on nyt vaihtunut naisnäkökulmaa ja tasa-arvoa painottavaan oikeus- ja yhteiskuntaideologiaan, joka on saanut runsaasti vaikutteita *feministisestä* yhteiskuntafilosofiasta muttei ole siihen täydellisesti, yksi – yhteen –palautettavissa skandinaavisen naisoikeustutkimuksen väitetysti sisältämien yleisempien tasa-arvonäkökohtien ja jopa miestutkimukseen rinnastuvien piirteiden vuoksi.

Naisoikeustutkijoiden taholta on myös huomautettu, miten termillä ”naistutkimus” on Suomessa neutraali tai jopa hallinnollinen merkitys.¹¹⁷ Toisaalta tilanteet, joissa naisten yhteiskunnallinen asema on suhteellisesti parempi kuin miesten, on tavallisesti sivuutettu naisoikeustutkimuksen näkökulmasta epäkiinnostavina tai syrjivän pääsäännön vahvistavina poikkeuksina. Esimerkiksi varusmies- tai siviilipalvelus myöhempine kertausharjoituksiin osallistumisvelvollisuuksiin on muille kuin Ahvenanmaan kotipaikkaoikeuden saaneille tietynikäisille suomalaisille miehille lakisääteinen velvollisuus. Naisille asepalvelus on vapaa- valintainen oikeus, ei velvollisuus, vaikka varusmiespalveluksen avaamista myös naisille onkin pidetty yhteiskuntaa merkittävästi tasa-arvoistavana tekona.

Yleiskuvan saaminen suomalaisesta naisoikeustutkimuksesta ei ole aivan ongelmatonta, koska systemaattista kokonaisuusitystä naisoikeudesta suhteutettuna

¹¹⁷ Nousiainen, ”Naisoikeus” ja ”Naisoikeustutkimus”, s. 365, 366–370. Vrt. Nousiainen & Pylkänen, *Sukupuoli ja oikeudellinen yhdenvertaisuus*, s. 32: ”Suomalaisten tutkijoiden piirissä feministinen tutkimus on ymmärretty tutkimukseksi, joka tutkii sukupuolta käsitteellisesti ja käytännöllisesti sekä kritikoii vallitsevan tutkimuksen näennäisen sukupuolineutraaliuden tai -sokeuden kätkemää mieskeskeisyyttä. Naistutkimus taas ymmärretään Suomessa jollakin tavalla neutraalimmaksi tai hallinnolliseksi [*sic!*] nimitykseksi. Naistutkimus ja feministinen tutkimus eivät kuitenkaan ole mitenkään toisilleen vastakkaiset kuvaukset. Naistutkimus suuntautuu myös sukupuolen tai sukupuolijärjestelmän tutkimiseen ja käsittelee siinä mielessä myös miehiä, mieheyttä ja maskuliinisuutta, joita miestutkimuskin tarkastelee. Mies- ja naistutkimuksella on näin monia yhteisiä lähtökohtia.”

Suomen oikeuteen ja suomalaiseen lainoppiin ei toistaiseksi ole,¹¹⁸ ja yksittäisistä tieteellisistä artikkeleista tehtävien päätelmien rasitteena on niiden lähteistön ja saavutettujen tutkimustulosten hajanaisuus ja epäyhtenäisyys. Opillista hajautuneisuutta eli yhtenäisen teoreettis-metodisen viitekehyksen puuttumista on tosin pidetty myös yhtenä naisoikeustutkimuksen keskeisenä tunnuspiirteenä.¹¹⁹ Tältä osin naisoikeustutkimusta voi verrata ajatukseen oikeuden *polysentriasta*, joka on sekin korostanut hajautuneen ja hajautetun oikeudellisen näkökulman tärkeyttä, tosin siinä oikeusfilosofiaan sovellettuna. Yleisesti naisoikeutta on pyritty määrittelemään sen soveltaman erityisen tutkimuksellisen näkökulman avulla.¹²⁰

”Naisoikeus ei siis viittaa *oikeudenalaan*, kuten lapsioikeus. Se tarkastelee oikeutta naisnäkökulmasta tai olettaa *sukupuolijärjestelmän* ja sukupuolieron tuottamisen olevan oikeudellisesti tärkeitä kysymyksiä. Oikeutta, sen toimintatapaa ja oikeustieteen käsitteistöä ei näet voi käsittää sukupuolijärjestelmään nähden ulkopuoliseksi.”

Lähestymistavan ajallisen tuoreuden ja – näin rohkenisin väittää – myös osin puutteellisen tutkimuksellisen itseymmärryksen vuoksi naisoikeustutkimuksen tutkimuksellista potentiaalia ja pysyviä vaikutuksia suomalaisessa oikeustieteessä on toistaiseksi varsin vaikea arvioida. Vaikka naisoikeuden yleistä teoriaa ja historiallista kehitystä on esitelty laveasti erilaisten ulkomaisten esikuvien valossa etenkin Kevät Nousiaisen artikkelituotannossa,¹²¹ naisoikeuden vaikutukset suomalaiseen tulkintajuridiikkaan ovat toistaiseksi jääneet suhteellisen vähäluokuisiksi varsinaisen tasa-arvolainsäädännön sekä perinteisen lapsi- ja perheoikeuden tutkimusten ulkopuolella, vaikka kyse siis onkin erityisestä naisnäkökulmasta oikeuteen ilman liittymiä mihinkään määrättyyn oikeudenalaan.¹²² Naisoikeustutkimuksen suhde vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin tutkimustraditioon on jäänyt liikkeen piirissä täsmentämättä. Itse näen naisoikeustutkimuksen sosiaalisen siviilioikeuden tavoin vaihtoehtoisen lainopin

¹¹⁸ Vrt. kuitenkin Kevät Nousiaisen ja Anu Pylkkäsen yleisesitys *Sukupuoli ja oikeudellinen yhdenvertaisuus*, joka johdannollisena yleisesityksenä ei kuitenkaan luotaa aihetta kovin syvältä. Riitta Turusen toimittama *Naisnäkökulmia oikeuteen* esittää otsikkonsa lupaamalla tavalla esimerkkejä erityisestä naisoikeusnäkökulmasta eri oikeudenaloihin. Vrt. myös Niemi-Kiesiläinen, ”Oikeus ja sukupuoli”.

¹¹⁹ Nousiainen, ”Naisoikeustutkimus”, s. 366.

¹²⁰ Nousiainen, ”Naisoikeus”, s. 365. (Kursivoinnit Nousiaisen.)

¹²¹ Yleisesti Nousiainen, ”Kuinka vapauden poluilla kompastutaan”, s. 11–28; sama, ”Oikeuden systeemi ja naisen arki”, s. 15–57; Nousiainen & Pylkkänen, *Sukupuoli ja oikeudellinen yhdenvertaisuus*.

¹²² Vrt. Nousiainen & Pylkkänen, *Sukupuoli ja oikeudellinen yhdenvertaisuus*, missä keskitytään tasa-arvolainsäädäntöön ja oikeudellisen yhdenvertaisuuden toteutumiseen ja toteutumatta jäämiseen 2000-luvun Suomessa.

alulle paneman kriittisen oikeudellisen tiedonintressin jatkajana ja edelleen kehittäjänä.

Johdonmukaisimman naisoikeuden ja naisoikeustutkimuksen määritelmän on nähdäkseni esittänyt Johanna Niemi-Kiesiläinen, joka kiinnittää naisoikeuden selväsanaisesti *feministiseen oikeus- ja yhteiskuntaideologiaan* sekä määrättyyn *yhteiskuntapoliittiseen toimintaohjelmaan*:¹²³

”Oman käsitykseni mukaan yhteistä naistutkimukselle on *feministinen lähtökohta*. Feminismin ymmärrän tässä laajana käsitteenä, sillä mitään yhtenäistä feministisen tutkimuksen koulukuntaa ei ole olemassa. Feministisille tutkimussuuntauksille on yhteistä käsitys siitä, että sukupuolten välinen tasa-arvo on tärkeä yhteiskunnallinen tavoite, jota ei ole vielä saavutettu, ja että tällä tilanteella on yhteys siihen, miten valta yhteiskunnassa jakautuu sukupuolten välillä. (...) Useimmiten feministiseen tutkimukseen sisältyy lisäksi *poliittinen sitoumus* eli tutkimuksella pyritään parantamaan naisten asemaa ja edistämään tasa-arvoa.”

Nämä kaksi kriteeriä eli naisoikeuden liittymät feministiseen oikeus- ja yhteiskuntaideologiaan sekä tietoinen yhteiskuntapoliittinen tavoitteenasettelu perustelevat naisoikeustutkimuksen omaehtoisen tutkimuksellisen identiteetin.

Naisoikeustutkimus on osa yleistä naistutkimusta, joka jakautuu muun muassa feministisesti tiedostavaan kirjallisuudentutkimukseen, feministiseen yhteiskuntatutkimukseen ja feministiseen filosofiaan. Oikeustieteessä voi puhua myös *oikeudellisesta tasa-arvotutkimuksesta*, jos ja kun kaikenlainen yhteiskunnallinen syrjintä eli eri väestöryhmiin kohdistuva eriarvoistava kohtelu on tutkijan kriittisen ja reformistisen tiedonintressin kohteena, oli syrjinnän perusteena henkilön sukupuoli, ikä, uskonto, etninen syntyperä tai vaikka sosiaalinen ja varallisuusasema varsinaisen naisoikeustutkimuksen korostaman sukupuolisidonnaisesti eriytyneen kohtelun sijasta tai sen rinnalla. Naisoikeustutkimuksella on nähdäkseni keskeinen liittymä myös Thomas Wilhelmssonin sosiaalisen siviilioikeuden edustamaan heikkomman sopijapuolen suhteellista asemaa ja oikeudellisia intressejä edistävään tutkimustapaan. Lainopillisena tulkintamatriisina naisoikeustutkimusta tai yleisemmin määriteltyä oikeudellista tasa-arvotutkimusta voi pitää suuntauksena, jossa oikeussääntöjen tulkinnan ja systematisoinnin sekä oikeusperiaatteiden arvosidonnaisen punninnan tietoiseksi lähtökohdaksi on

¹²³ Niemi-Kiesiläinen, ”Oikeus ja sukupuoli”, s. 326–327 (kursivoinnit lisätty). Ilmeisesti häveliäisyssyistä termiä ”feminismi” ei tohdita täysimääräisesti käyttää liikkeen piirissä. Niemi-Kiesiläinen jatkaa: ”Kansainväliseen kielenkäyttöön tukeutuen tuntuisi järkevältä myös Suomessa lakata pelkäämästä feministin leimaa ja ruveta puhumaan feministisestä tutkimuksesta ja feministisestä oikeustieteestä.” Niemi-Kiesiläinen, mas. 327. Hän esittää myös omana ehdotuksenaan termin ”sukupuolijärjestelmä ja oikeus”, pitäytyen kuitenkin sanotussa artikkelissa totunnaiseen kielenkäyttöön.

omaksuttu naisten tai erilaisten syrjittyjen vähemmistöryhmien yhteiskunnallisen aseman parantaminen.

”Henkilökohtainen on poliittista” on yksi naistutkimuksen iskulauseista. Naisoikeustutkimus on pyrkinyt osoittamaan, miten yksityinen sfääri sekä perheen ja työn yhteensovittaminen on sekin sukupuolisidonnaisesti määrittynyt. Muodollisesti yhdenvertaiselta ja *prima facie* kohdeneutraalilta vaikuttava oikeudellinen sääntely asettaa usein miehet ja naiset tosiasiallisesti eriarvoiseen asemaan esimerkiksi työsuhteen ehtojen ja etenkin palkkauksen sekä perheen ja työn yhteensovittamisen osalta. Muodollinen oikeudellinen tasa-arvo peittää alleen tosiasiallisen yhteiskunnallisen eriarvoisuuden, jota lainopin vallitseva doktriini osaltaan ylläpitää ja uusintaa sen tuottaman oikeudellisen systematiikan, oikeudellisten tulkinta- ja punnintakannanottojen sekä aina sovellettujen oikeudellisten käsitteiden tasolla. Oikeuteen ja sen tietynhetkistä tilaa tarkastelemaan lainopin vallitsevaan doktriiniin on jo sisäänrakennettuna määrätynlainen käsitys ”tavanomaisesta”, ”normaalista” ja ”hyväksyttävästä” oikeudellisen sääntelyn lähtökohtana, eikä tuo lainsäädännön ja oikeudellisen ajattelun hiljaisesti hyväksymä käsitteellis-normatiivinen viitekehys kohtelee eri kansalaisryhmiä samalla tavoin. Lainsäädännön julkilausumattomana lähtökohtana on toisin sanoen usein (keski-ikäinen) mies, ei nainen, lapsi tai vanhus.¹²⁴

Laajemmin ymmärrettynä oikeudellinen ja yhteiskunnallinen *tasa-arvotutkimus* vaatii oikeudellisen sääntelyn mukauttamista erilaisten kansalaisryhmien toisistaan poikkeaviin tarpeisiin. Perheoikeudessa tämä on tarkoittanut vaatimusta erilaisten uusperheiden sekä samaa sukupuolta olevien henkilöiden keskinäisen liiton kohtelemista perhe-, perintö- ja sosiaaloikeudellisesti samalla tavoin kuin perinteistä avioliittoa. Työoikeudessa on esitetty perusteltu vaatimus samapalkkaisuudesta eli miesten ja naisten vaativuudeltaan samanlaisten työtehtävien palkkauksen ja muiden työehtojen rinnastamisesta keskenään. Samoin lasten, vanhusten, saamelaisten, romanien, vammaisten, maahanmuuttajien sekä vastaavien muiden yhteiskunnallisten erityisryhmien sekä toisistaan että yhteiskunnan valtaväestön intresseistä poikkeavat tarpeet olisi otettava aiempaa paremmin huomioon oikeudellisessa sääntelyssä, päätöksenteossa sekä lainopin tulkintakannanotoissa.

Ajoittain erityisen naisnäkökulman tai naistutkimukselle ominaisen lähestymistavan tuottamat tulokset ovat saattaneet olla jokseenkin yllättäviä, ainakin, jos esitetyjä päätelmiä tarkastellaan perinteisemmästä tutkimuksellisesta näkökulmasta. Kirjoituksessaan ”Naiset, väkivalta ja rikosoikeus” Soile Pohjonen

¹²⁴ Vanhusten oikeusasemaan liittyvät erityiskysymykset ovat jääneet meillä paljolti kartoittamatta. Merkittävänä keskustelunavauksena vanhusoikeudesta, Kalliomaa-Puha & Mäki-Petäjä-Leinonen, ”Muuttuva vanhuus ja vanhusten oikeudet”. Vastaavasti lapsioikeudesta ja lapsinäkökulmasta oikeuteen, Kurki-Suonio, *Äidin hoivasta yhteishuoltoon. Lapsen edun muuttuvat oikeudelliset tulkinnot*.

moittii perinteistä miehistä oikeusajattelua eli *maskuliinista periaatteita* väkivaltaisten käsitteellisten dikotomioiden eli vastakohtaisten ja kohdettaan alistavien käsittehierarkioiden ylläpitämisestä, kun taas *feminiininen periaate* pyrkii ilmiöiden keskinäistä vuorovaikutusta ja ykseyttä korostamaan ”eläytyvään olemiseen” ja ”virtaavaan ajatteluun”.¹²⁵ Yhtä kaikki, kun tutkimuskohteena on rikoslaki ja naisiin kohdistuva väkivalta, Pohjonen päätyy lopulta itsekin suosittamaan rikosoikeussääntelyn – eli väkivaltaisen, sanktioperustaisen ja, Pohjosen termien mukaan, maskuliinista periaatteita eli alistavaa hierarkia-ajattelua edustavan miehisestä lähestymistavan *par excellence* – käytön laajentamista yhteiskunnan reaktiona väkisinmakaamistapauksiin.¹²⁶

Perinteinen logiikka joutuu taipumaan mutkalle *Moebiuksen silmukan* tavoin, jotta ehdotettu feminiininen periaate ja vaadittu rikosoikeuden ankaroittaminen saadaan sovitettua yhteen Pohjosen ehdottamalla tavalla. Aidosti feminiinisen periaatteen mukainen reaktio väkisinmakaamistapauksiin edellyttäisi otaksuttavasti molempien osapuolten tilanteeseen eläytymistä, rikoksentehtäjän omaehtoista moraalista vastuunottoa ja mahdollisesti sovittelumenettelyyn turvautumista väkivaltaista ja hierarkista maskuliinista periaatteita toteuttavan rikoslain pakottavien sanktioiden soveltamisen sijaan. Nähdäkseni Pohjosen kannattamaa feminiinistä periaatteita ei ole ylipäättäen mahdollista sovittaa yhteen sanktioperustaisen oikeuspositivistisen oikeuskäsityksen ja rikosoikeudellisen rangaistusvastuun toteuttamisen kanssa, ja oikeudellisen analyysin perusteita olisi etsittävä pikemminkin luonnonoikeusajattelun suunnalta.¹²⁷

Naisoikeusideologian kannattajat ovat yleisesti kannattaneet *tietoista suosiavaa erityiskohtelua* eli *positiivista syrjintää* tai *positiivisia erityistoimia* (engl.: *positive discrimination*) toteuttavaa lainsäädäntöideologiaa yhteiskunnallista eriarvoisuutta tehokkaimmin korjaavana keinona. Sen mukaan erilaisille aiemmin syrjittyjen yhteiskuntaryhmien edustajille – eli etenkin naisille ja syrjittyjen etnisten vähemmistöryhmien edustajille, kuten saamelaisille ja romaaneille – on annettava etusija yhteiskunnassa avautuvien virkojen tai yleisemmin aineellisten resurssien vastaisessa jaossa. Toisena korjaavana keinona on käytetty kiintiöpaikkojen varaamista aliedustetuille ryhmille (engl.: *affirmative action*) esimerkiksi poliittisia luottamustoimia tai yliopistollista tutkimusrahoitusta jaettaessa. Lisäksi naistutkijat ovat esittäneet yleisen vaatimuksen miehisestä *referenssi-* eli *vertailukohdasta* luopumisesta lainsäädännössä ja oikeudellisessa ajattelussa.¹²⁸ – Eurooppaoikeudellinen ulottuvuus vaikuttaa naisoikeustutkimukseen yhtäältä

¹²⁵ Pohjonen, ”Naiset, väkivalta ja rikosoikeus”, s. 173, 178.

¹²⁶ Pohjonen, mts. 173–200 ja etenkin s. 198–200.

¹²⁷ Vrt. Rentto, *Toissijainen valtio. Kirjoituksia kansalaisvastuun ensisijaisuudesta subsidiariteettiperiaatteen mukaisessa valtioajattelussa*, missä kirjoittaja korostaa voimakkaasti henkilökohtaisen eettisen vastuunottamisen merkitystä ja paheksuu valtion interventionistista puuttumista kansalaisten keskinäisiin asioihin.

¹²⁸ Yleisesti Nousiainen & Pylkkänen, *Sukupuoli ja oikeudellinen yhdenvertaisuus*, s. 237–241.

ihmis- ja perusoikeusnäkökulman keskeisyyden, toisaalta yhteisöoikeudellisen sääntelyn ja yksittäisten Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisujen ilmentämien sukupuolista tasa-arvoa määrittävien oikeusohjeiden merkityksessä. Esi-merkiksi ratkaisussa *Defrenne v. SABENA II* (43/75) oli kyse yhteisön samapalkkaisuusdirektiivin soveltamisesta lentoemäntien ja stuerittien toisiinsa rinnastettavissa oleviin palkkausehtoihin.

3.9. Perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi

Perusoikeuskeskeinen lainoppi asettaa voimassa olevan perustuslain selväsanaisesti hyväksymän tai vähintäänkin hiljaisesti edellyttämän *perusoikeusjärjestelmän* vakioiduksi kiintopisteeksi, johon oikeudellinen systematiikka ja sääntötason tulkinta sekä oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien punninta on aina viime kädessä palautettavissa ja jota vasten toteutetun oikeudellisen tulkinnan, systematisoinnin ja punninnan oikeellisuutta tulee viime kädessä arvioida. Perustuslain käsittämän yleisen perusoikeusjärjestelmän ja yksittäisten oikeudellisten tulkintakannanottojen väliin jää aina joukko välittäviä tekijöitä teoreettisen lainopin omaksuman oikeudellisen käsitesystematiikan sekä tulkintalainopin omaksumien yleisten ratkaisustandardien muodostaman kokonaisuuden merkityksessä, joita ilman yksittäisten perusoikeuksien normatiivinen vaikutus ei voisi ulottua tuomioistuinten ja muiden lainsoveltajien yksittäisiin soveltamisratkaisuihin asti.

Valtiosääntöoikeuden alalla perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi on siirtänyt oikeudellisen argumentaation painopisteen kansalaisten perusoikeuksien sekä niiden tapauskohtaisen punninnan ja tasapainottamisen suuntaan (engl.: *weighing and balancing*) valtiosääntöoikeudellista kirjallisuutta aiemmin hallinneen valtiosääntöoikeudellisten toimielinten keskinäisten toimivaltasuhteiden juridisen analyysin sijaan. Ronald Dworkinin ajatus ”oikeuksien ottamisesta vakavasti”¹²⁹ on näin toteutunut myös suomalaisessa perusoikeuskeskeisessä laintulkintaopissa. Samalla perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi on saanut merkitystä myös varsinaisen valtiosääntöoikeudellisen tutkimustradition ulkopuolella.¹³⁰ Esimerkkinä perusoikeuskeskeisestä lainopista muualla kuin varsinaisesti valtiosääntöoikeuden alalla on Juha Pöyhösen *Uusi varallisuus-oikeus*, jota olen käsitellyt laajemmin toisaalla tässä teoksessa.¹³¹

¹²⁹ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *passim*.

¹³⁰ Ks. yleisesti Ilveskivi, *Perusoikeudet sosiaaliturvalainsäädännön toimeenpanossa. Tutkimus ensiasteen päätöksenteon rakenteesta ja sosiaalisten perusoikeuksien oikeusvaikutuksista*; Scheinin, *Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa. Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus kansainvälisten ihmis-oikeussopimusten valtiosisäisestä voimassaolosta sekä ihmisoikeus- ja perusoikeusnormien sovellettavuudesta Suomen oikeusjärjestyksessä*.

¹³¹ Pöyhönen, *Uusi varallisuus-oikeus*; ks. myös tämän teoksen luku 9.6. ”Perusoikeusjärjestelmän sisäinen logiikka”.

Perusoikeusmyönteisen laintulkinnan idea on hyväksytty voimassa olevan perustuslain 22 §:ssä (11.6.1999/731):

Perusoikeuksien turvaaminen. Julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen.

Oikeusperiaatekeskeisen metodiopin keskeiskysymyksestä eli perusoikeuksien keskinäisen kollision ratkaisusta säännös vaikenee. Miten on ratkaistava normikollisio esimerkiksi sananvapauden ja yksityisyyden suojan tai viranomaisten pakkokeinovaltuuksien ja kansalaisten henkilökohtaisen koskemattomuuden kesken? Onko kansalaisten hengen ja terveyden suojalla etusija yhteisöllis-kulttuurisiin oikeuksiin nähden? Pelkkä viittaus perusoikeuskirjallisuudessa tavanomaisesti ehdotettuun *perusoikeusmyönteiseen* laintulkintatapaan ei kykene sanottua ongelmaa tyydyttävällä tavalla jäsentämään, saati ratkaisemaan, kun pulmana on juuri eri perusoikeuksien keskinäinen suhde.

Perusoikeudet voidaan jakaa kolmen tai neljän sukupolven perusoikeuksiin niiden suhteellisen syntyajankohdan ja sisäisen logiikan perusteella. *Yksilölliset vapausoikeudet*, kuten hengen, terveyden, omaisuuden ja yksityisyyden suoja, kuuluvat ensimmäisen sukupolven perusoikeuksiin. *TSS-oikeudet* eli taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet, kuten kansalaisten oikeus koulutukseen, terveydenhuoltoon tai työttömyysturvaan, kuuluvat perusoikeuksien toiseen sukupolveen.¹³² Kolmannen sukupolven perusoikeuksilla tarkoitetaan kansoille ja ihmisryhmille kuuluvia *yhteisöllisiä* tai *kollektiivisia oikeuksia*, kuten kansojen itsemääräämisoikeutta, oikeutta rauhanomaiseen kehitykseen ja omaehtoiseen kulttuuriin. Toisinaan erotetaan vielä neljännen sukupolven perusoikeuksina erityiset *luontoa ja ympäristöä koskevat oikeudet*, kuten oikeus kestävään kehitykseen ja eläinten tai yleisemmin luonnon oikeudet. Perusoikeudet, joihin oikeudellinen systematiikka sekä oikeussääntöjen tulkinta ja oikeusperiaatteiden punninta perusoikeuskeskeisessä lainopissa kiinnitetään, löytyvät ainakin lähtökohtaisesti voimassa olevasta perustuslaista, mutta perusoikeuskeskeisen oikeusajattelun kannalta senkaltainen oikeuspositivistinen lähtökohtaoletus ei ole välttämätön.

Juha Pöyhönen lukee maamme nykyiseen perusoikeusjärjestelmään myös *toimivat (vaihdanta)markkinat*, joita nykyinen perustuslakimme ei ainakaan selväsanaisesti tunne:¹³³

¹³² TSS-oikeuksiin on nähdäkseni syytä lisätä vielä *O-oikeudet* eli *oikeudelliset oikeudet* hallinnon lainalaisuuden sekä kansalaisten oikeusturvan saatavuuden ja oikeuksiinsa pääsyn eli *access to justice* -ideologian merkityksessä, niin kuin perustelen lähemmin luvussa 9.6. ”Perusoikeusjärjestelmän sisäinen logiikka”.

¹³³ Pöyhönen, *Uusi varallisuus-oikeus*, s. 83–84. Lainaus, Pöyhönen, mts. 83.

”Toimivilla markkinoilla on luonnollinen paikkansa perusoikeusjärjestelmän osana. Ilman toimivia markkinoita monien varallisuus oikeudellisten perusoikeuksien toteuttamismahdollisuudet heikkenisivät olennaisesti. Ajatus perusoikeuksista juuri toimintamahdollisuuksien luojana, ylläpitäjänä ja turvaajana vastaa yhtä perusoikeusuudistuksen keskeistä tavoitetta. Kun aikaisemmin tästä ulottuvuudesta käytettiin esimerkkinä luku- ja kirjoitustaidon merkitystä sananvapaudelle, perusoikeusuudistuksessa tämä yleistettiin koskemaan koko perusoikeusjärjestelmän rakennetta toisaalta ns. vapausoikeuksien ja toisaalta taloudellisten ja sosiaalisten oikeuksien suhteena. – Toimivat markkinat tulevat siten samankaltaiseen asemaan kuin ympäristöä koskevat vaatimukset (...) Toimivia markkinoita koskeva perusoikeusnormi voidaan täydentäen lukea osaksi perusoikeusjärjestelmää.”

Pöyhösen teesi toimivien markkinoiden perusoikeusluonteisuudesta on varsin radikaali ja todennäköisesti poikkeaa valtiosääntöoikeusoppineiden vallitsevasta käsityksestä.

Nähdäkseni Pöyhönen on taloudellisten (vaihdanta)markkinoiden perusoikeuksia määrittelevän ja rajaavan tehtävän osalta yhtä kaikki oikeassa – ja nimenomaan sen vuoksi, että Euroopan yhteisön perustamissopimus, jonka käsitämiin oikeudellisiin velvoitteisiin myös Suomi Euroopan yhteisön jäsenvaltiona on sitoutunut, rakentuu keskeisesti senkaltaisten *taloudellis-institutionaalisten* premissien varaan, jollaisena toimivat tuotanto-, elinkeino- ja vaihdantamarkkinat voidaan nähdä.¹³⁴ Edellytyksenä on se, että toimivat (vaihdanta)markkinat tulkitaan osana hyvinvointivalttiollisia TSS-oikeuksia eli taloudellisia, sosiaalisia, sivistyksellisiä ja, tulkintani mukaan, myös juridisia eli *oikeudellisia* oikeuksia kansalaisten *esteettömän julkishyödykkeiden markkinoille pääsyn* merkityksessä (engl.: *fair access to market*). Kansallisilla kilpailu- ja muilla viranomaisilla on yhteisöoikeuden normeihin sekä kansalliseen lainsäädäntöön perustuva velvollisuus huolehtia taloudellisia tuotanto- ja vaihdantamarkkinoita määrittävien ja ylläpitävien institutionaalisten rakenteiden toimivuudesta sekä yksittäisten kansalaisten tai oikeussubjektien esteettömästä pääsystä senkaltaisille markkinoille Euroopan yhteisön perustamissopimuksen sekä myöhemmän EY-lainsäädännön ja kansallisen lainsäädännön takaamien oikeuksien (ja velvollisuuksien) yhtenä ilmentymänä. Oikeudelliselta merkittävyydeltään Euroopan yhteisön perustamissopimus rinnastuu kiistatta Suomen perustuslakiin ja menee normikollisiotilanteessa kansallisen sääntelyn edelle. Tähän vaihdantamarkkinoiden toimivuuden takaavaan *yhteisöoikeudelliseen* perusteluun Pöyhönen ei jostain syystä kirjassaan tukeudu, vaikka markkinaistuminen onkin yksi hänen havaitsemistaan oikeudellisista kehitystrendeistä.

Perusoikeuskeskeisen ajattelutavan taustalla on ajatus institutionaalista tukea

¹³⁴ Pöyhönen myös toteaa, että toimivien markkinoiden käsite on avoin erilaisille tulkinnoille. Pöyhönen, mts. 83.

ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivista *oikeusperiaatteista*, joiden tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaava merkitys on vain tilannekohtaisesti arvioitavissa, jollei periaatteiden keskinäisiä suhteita ole vähintään heikosti ennalta vakioitu ja etusijaistettu. Erilaisia perusoikeuksia ilmentävien oikeusperiaatteiden institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä eli niiden *rakenteistuminen* Suomen oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan* on poikkeuksellisen vahva, onhan ne tunnustettu Suomen voimassa olevassa perustuslaissa, ja lisäksi ne saavat tukea myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen artikloista, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöstä sekä erilaisista suomalaista yhteiskuntaa jäsentävistä oikeudellisista, yhteisöllisistä ja institutionaalisista käytännöistä.

Perusoikeuskeskeistä laintulkintaoppia voi pitää yhtenä oikeusperiaatteiden tilannesidonnaisen punnintamallin muunnelmana, jossa oikeudelliset ratkaisuperusteet ovat ainakin pääosin johdettavissa voimassa olevasta perustuslaista ja sen omaksumasta sisäisestä systematiikasta eli perusoikeusjärjestelmästä. Oikeusperiaatteiden keskinäisessä normikollisiossa, jossa kaikkia asiaanvaikuttavia yhteiskunnallisia arvo- ja/tai tavoiteperusteita ei voi yhtäläisesti toteuttaa, on arvioitava kunkin asiaan vaikuttavan periaatteen tilannesidonnainen painoarvo käsillä olevaan yksittäiseen tapaukseen suhteutettuna. Harkinta noudattaa oikeusperiaatteiden tilannesidonnaista punnintamenettelyä (engl.: *weighing and balancing*). On toisin sanoen kyse, Ronald Dworkinin termin, voimassa olevan oikeuden sääntöjen tulkinnasta sekä oikeusperiaatteiden punninnasta ja keskinäisestä yhteensovittamisesta *oikeudellisen eheyden* ja parhaan mahdollisen *oikeudellisen kokonaisteorian* valossa, jollaisena tulkinta- ja punnintakehyksenä vallitseva *perusoikeusjärjestelmä* nyt toimii.

Mahdolliset liittymät perusoikeusjärjestelmän vain hiljaisesti edellyttämiin perusoikeuksiin tuo perusoikeuskeskeiseen laintulkintaoppiin elementin, joka rinnastuu käsitelainopin edellytettyyn oikeudelliseen systematiikkaan sekä Tuorin kriittisen oikeuspositivismin oikeuden syvempien kerrostumien normatiivisiin oikeusperiaatteisiin, jotka rajoittavat positiivis-oikeudellisen lainsäädännön tekemiä yhteiskunnallisia valintoja. Ajatus perusoikeusjärjestelmästä eli perusoikeuksien välillä vallitsevista, ainakin osin ennalta vakioiduista horisontaalisuhteista tuo oikeudelliseen analyysiin vähintään heikosti *systeemisen* jäsenyyksen, joka määrittää eri oikeusperiaatteiden keskinäisiä suhteita Pöyhösen sopimusmalliajatteluun rinnastuvalla tavalla. Erilaisia perusoikeuksia toteuttavat oikeusperiaatteet saavat lähtökohtaisen etusijan suhteessa muihin mahdollisiin oikeusperiaatteisiin niiden poikkeuksellisen vahvan institutionaalisen tuen perusteella, ja myös perusoikeuksien välillä vallitsee eräitä etusijasääntöjä. On nähdäkseni mahdoton kuvitella tilannetta, jossa yksittäisten kansalaisten hengen tai terveyden suoja olisi oikeudellisesti sivuutettavissa viittauksella joidenkin yhteisölliskulttuuristen tai kollektiivisten oikeuksien toteuttamiseen, esimerkiksi tietyn

väestöryhmän omaehtoisen kulttuurisen kehityksen tai luonnon biodiversiteetin suojaamisen merkityksessä.¹³⁵

3.10. Käytännönläheinen laintulkintaoppi

Lainopin varsinaisten eli yhtenäistä tieteenkuvaa ilmentävien tulkintamatriisien ulkopuolella on lukuisa joukko lainopin tutkimuksia, joiden suhde oikeustieteeseen yleisiin tieteenteoreettisiin ja oikeusteoreettisiin sitoumuksiin – eli oikeudellisen ontologian *konstituutiosääntöihin*, oikeudellisen epistemologian *tunnistamis-sääntöön* vallitsevan tai eri tavoin kriittisen institutionaalisen oikeuslähdeopin merkityksessä, oikeudellisen metodiopin *päätely-* eli *argumentaatio-* eli *sääntöihin* sekä oikeudellisen lingvistiikan loogis-syntaktisiin ja semanttisiin *artikulaatio-sääntöihin* – on jäänyt täsmentämättä lainopin perin juurin käytännöllisenä mielletyn tehtävänasettelun vuoksi. Termin *käytännönläheisen laintulkintaoppi* alle kootut yksittäiset, tieteenteoreettisilta sitoumuksiltaan varsin epäyhtenäiset tutkimukset eivät ole luokiteltavissa esimerkiksi analyyttisen oikeustieteen alaisuuteen, koska sidonnaisuus analyyttisen koulun tarkoittamaan tekniseen oikeusasema-analyysiin ja ei-referentiaalisiksi miellettyihin oikeuskäsitteisiin on jäänyt puutteelliseksi. Kyse ei ole oikeusperiaatteiden punnintamallista, koska keskeiserottelu formaalien oikeussääntöjen sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden kesken edellyttää jo oikeustieteen perusteiden tuntemusta. Kyse ei ole myöskään esimerkiksi suorasukaisesta pragmaattisesta instrumentalismista, koska sidonnaisuus lainsäädäntöön ja lainsäätäjän käyttämään kieleen on olennaisesti *reella överbäganden* -juridiikkaa suurempi, eikä käytännönläheinen lainoppi ole myöskään sitoutunut erityisesti oikeuden taloudellisten vaikutusten analyysiin oikeustaloustieteellisen laintulkintaopin tavoin.

Käytännönläheisessä lainopissa on kyse sisällöllisesti varsin hajanaisesta joukosta *mainstream*-henkisiä lainopin tutkimuksia, joissa *institutionaalisilla oikeuslähteillä* eli lainsäädännöllä, virallisella lainvalmisteluaineistolla ja oikeuskäytännöllä on tavallisesti keskeinen sija. Tutkimuksen tavoitteet ovat siis korostetun käytännönläheiset, ilman omaehtoista pyrkimystä tutkijan oikeusteoreettiseen tai tieteenteoreettiseen itseymmärrykseen. Käytännönläheinen lainoppi ei välttämättä ole laadullisesti sen heikompaa kuin teoreettisista sitoumuksistaan

¹³⁵ Eräisiin afrikkalaisiin ja islamilaisiin kulttuureihin kuuluu tapaoikeudellinen käytäntö tyttöjen sukuelinten silpomisesta eli ympärileikkauksesta, joka kiistatta täyttää meillä rikosoikeudellisesti moitittavan teon tunnusmerkistön. Oikeusoppilaisesti on kyse yhteisöllis-kulttuuristen oikeuksien ja yksilövapauden suojan kollisiosta. Jos etnisten ryhmien oikeus omaehtoiseen kulttuuriin olisi todella samanarvoisen yksilön hengen ja terveyden suojan kanssa, sanotunlainen kulttuurinen käytäntö tulisi yhteisöllis-kulttuurisena oikeutena ainakin lähtökohtaisesti sallia, mikä länsimaista – ja suomalaista – oikeuskäsitystä vasten tuntuu täysin mahdottomalta hyväksyä.

tietoinen lainoppi,¹³⁶ mutta riskit tutkimuksellisista karikoista ovat ymmärrettävästi suuret. Tavallisesti käytännönläheisessä laintulkintaopissa on kyse varsin suorasukaisesta omaksutun tutkimuksellisen mallin tai esikuvan seuraamisesta tavalla, jolla Antti Tulenheimo jo 1920-luvulla asian hahmotti:¹³⁷

”Toisena edellytyksenä tieteellisen tutkielman laatimiseen on, että kirjoittaja on jo oppinut ymmärtämään, mitä sellaiselta kirjoitelmalta vaaditaan. Mutta sen käsittäminen voi herätä vain siten, että tarkataan sopivia malleja. Siksi ei kenenkään pitäisi ryhtyä laatimaan tutkielmaa, ennen kuin on tutkinut jotakin laajanpuoleista, kaikin puolin hyväksi tunnustettua *tieteellistä* teosta.¹³⁸ Tieteellisen tutkielman *metodi* selviää nimittäin kirjoittajalle, ellei hän ole suorastaan nero, ainoastaan siten, että hän huolellisesti tutkii eteviä, laajahkoja teoksia. Nämä eivät ainoastaan esitä tunnustettuja oikeussääntöjä, vaan tutkivat ja pohtivat lakia tarkoin harkitun järjestelmän mukaan ja koettavat perinpohjaisen esityksen nojalla herättää lukijassa sen vakaumuksen, että siten johdetut päätelmät ovat oikeita. Sillä tavalla käsitellään oikeuskysymyksiä tieteellisesti. Ja tarkkaavasti lukiessa suurten kirjailijain teoksia oppii heiltä helposti sen metodin, kuinka tulee tutkia oikeuskysymyksiä ja esittää siten saatuja tuloksia. – Huomattakoon, että juuri metodin vuoksi tässä niin hartaasti suositellaan suurten tieteellisten teosten tutkimista.”

Tulenheimo viittaa kirjoituksessaan tutkimukselliseen *mallioppimiseen* eli reflektioimattomaan jäljittelyyn oikeudellisen tutkimuksen metodina: tulee tutkia aiempia ”eteviä, laajahkoja teoksia”, jotka ”koettavat perinpohjaisen esityksen nojalla herättää lukijassa vakaumuksen, että siten johdetut päätelmät ovat oikeita”. Näinhän lainopillista ja monen muunkinlaista tutkimusta on perinteisesti tehty vuosikymmenestä toiseen, aiempia hyväksi koettuja tutkimuksellisia malleja seuraten, niin kuin tieteesnsosiologi Thomas S. Kuhn esitti 1960-luvun alussa tieteen muutospäätödynamiikan yleisenä mallina läpimurtoteoksessaan *Tieteellisten vallankumousten rakenne*.¹³⁹ Entä mistä tiedämme, mitkä ovat hyviä ja onnistuneita tutkimuksellisia malleja ja mitkä taas eivät? Tulenheimo itse viittasi saksalaisten pandektistien käsiteläinopilliseen tutkimustapaan. Sittenkin lainopillisen tutkimuksen kirjo on olennaisesti monimuotoistunut: perinteisen käsiteläinopin tilalla on nyt erilaisten lainopillisten tulkintamatriisien kirjo analyttisestä oikeustieteestä sosiaaliseen siviilioikeuteen, oikeusperiaatteiden punnintamalliin ja perusoikeuslähtöiseen laintulkintaoppiin. On kuvaavaa, että Tulenheimon

¹³⁶ Esimerkkinä korkeatasoisesta käytäntösuuntautuneesta lainopista on Risto Koulun laaja tuotanto prosessioikeuden ja erityisesti insolvenssioikeuden alalta.

¹³⁷ Tulenheimo, *Lakitieteellisen tutkielman laatiminen*, s. 18–19 (kursivoinnit Tulenheimon).

¹³⁸ Tulenheimo viittaa tässä saksalaisten pandektistien teoksiin, mainiten esimerkkeinä Dernburgin ja Cosackin teokset. Tulenheimo, mts. 18 alav. 1.

¹³⁹ Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*. Teoksen suomenkielinen laitos, *Tieteellisten vallankumousten rakenne*, ei ole kaikin osin luotettava. Ks. myös tämän teoksen luku 9.1. ”*Caveat lector*”.

teoksen toisesta, täydennetystä laitoksesta viittaus saksalaiseen käsitelainoppiin tutkimuksellisenä esikuvana on poistettu laittamalla se hakasulkeisiin. Tilalla on huomautus: ”Tällaisia esikuvaksi ja malliksi kelpaavia teoksia (oppikirjoja ja erikoistutkimuksia) ja myöskin aikakauslehtiartikkeleita on meillä Suomessakin nykyisin eri oikeudenaloilta.”¹⁴⁰

Tulenheimon ohjeet kirjoittajalle osuvat ajoittain hienosti maaliinsa: ”Esitys olkoon ankan asiallinen. Tuleehan kirjoittajan näet tutkielmallaan todistaa, että hän on harjaantunut lainopillisessa ajatus- ja esitystavassa. Kaikki se on haitaksi, mikä vain täyttää paperia sanoilla, edistämättä juurimainittua tarkoitusta.”¹⁴¹ Tämä metodiohje on helppo hyväksyä täysimääräisesti. Toisaalta Tulenheimon käsitys, jonka mukaan esitys tulee ensin laatia kirjoittajan mielessä ja kynään on tartuttava vasta, kun ajatus on kristallisoitunut valmiiksi ajatuksiksi, jolloin vältetään jo kirjoitetun tekstin toistuva pois pyyhkiminen ja uudelleen laatiminen, on ymmärrettävästi vanhentunut eikä vastaa nykyisen atk-pohjaisen tekstinkäsittelyn mahdollistamaa prosessikirjoittamista eli lukemisen ja kirjoittamisen lomittamista yhteen sekä tekstin prosessinomaista edelleen työstämistä.

”Kaikista laeista, joiden parissa lakimiehet työskentelevät, he tuntevat huonimmin oman tieteesä lait”,¹⁴² totesi intressilainopin perustajana tunnettu saksalainen oikeusoppinut Rudolf von Jhering 1800-luvulla. Sanottu toteamus pitää poikkeuksellisen hyvin paikkansa käytännönläheisen laintulkintaopin kohdalla. On myös sanottu, että *hiljainen tekijän tieto* voi osua oikeampaan kuin perusteellisinkaan tutkijan filosofinen tai tieteenteoreettinen itsereflektio.¹⁴³ Tavallisesti asia on kuitenkin täsmälleen päinvastoin: lainopin tutkija, joka on tietoinen tekemistään valinnoista, onnistuu tehtävässään todennäköisesti paremmin kuin tutkija, joka vain sokeasti seuraa edeltäjiensä tutkimuksellisia valintoja, samalla toistaen näiden mahdollisesti tekemät tutkimukselliset virheet ja epäonnistumiset. Oikeustieteellinen tutkimus, jonka tieteenteoreettisista ja etenkin metodiopillisista mahdollisuuksista ja rajoituksista sen tekijä on itse selvillä, onnistuu tavoitteidensa saavuttamisessa todennäköisesti paremmin kuin tutkimus, jonka ”metodi” perustuu vain ulkoa opetellun mallin, kaavan tai esikuvan soveltamiseen. Tavallisesti käytännönläheisen lainopin tutkimukset eivät myöskään ilmoita mitään yksittäistä teosta tai tutkimusta ajatuksellisena esikuvana, jota vasten niitä voisi arvioida.

¹⁴⁰ Tulenheimo & Ellilä, *Oikeustieteellisen tutkielman laatiminen*, s. 22, alav. 5.

¹⁴¹ Tulenheimo, *Lakitieteellisen tutkielman laatiminen*, s. 54.

¹⁴² Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 261.

¹⁴³ Helin, mts. 429.

3.11. Tulkintamatriisien yhdistelmät, esimerkkinä Juha Pöyhösen *Uusi varallisuus oikeus*

Käytännössä yksittäiset lainopin tutkimukset eivät välttämättä toteuta puhtaana mitään määrättyä oikeudellista tulkintamatriisia, vaan niissä saattaa olla vaikutteita useista erilaisista tutkimuksellisista lähestymistavoista. Eräät lainopin tulkintamatriiseista ovatkin ongelmitta yhdistettävissä keskenään, kun taas eräät toiset eivät sitä ole, ja sama pätee oikeusfilosofiseen ja oikeusteoreettiseen tutkimukseen. *Analyyttinen oikeusrealismi* ja *institutionaalinen oikeuspositivismi* tukevat hyvin toisiaan, jos ja kun oikeuden ontologia määritellään sillä tavoin sallivasti, että myös sääntösidonnaiset eli institutionaaliset tosiasiat lukeutuvat sen alaan. Sitä vastoin analyttistä tai institutionaalista oikeusteoriaa ei voi yhdistää *luonnonoikeusfilosofian*, *oikeusfenomenologian* tai *oikeusteologian* teoreettisten premissien kanssa ilman, että siitä seuraa tutkimuksellista epäyhteensovivuutta oikeudellisen ontologian, epistemologian, metodologian sekä logiikan ja lingvistiikan sitoumusten merkityksessä.

Ongelmat oikeusteorian ja oikeusfilosofian koulukuntien yhteensovittamisesta kertautuvat tulkintajuridiikan tasolla, jos ja kun sisäisesti jännitteistä käsitystä oikeudesta ja oikeudellisesta analyysistä koetetaan sovittaa juristin toiminnallisen ”työkalupakin” osaksi. Yhtäältä analyttinen ja toisaalta fenomenologinen tai luonnonoikeudellinen tarkastelutapa eivät ole ongelmitta yhdistettävissä keskenään, niin kuin Tapio Määtän tutkimus maanomistusoikeuden yhtäältä analyttisen oikeusteorian ja toisaalta luonnonoikeusfilosofian tai oikeammin oikeusfenomenologian mukaisista teoreettisista perusteista osoittaa.¹⁴⁴ Kaarlo Tuorin kriittinen oikeuspositivismi pyrkii perustelemaan samalla kertaa oikeuspositivistisen ja kriittisen teorian modernista oikeudesta, mutta tuloksena on varsin vaikeasti yhteensovittettava jännite sanotun kahden näkökulman eli oikeuden perustavan tahdonvaltaisuuden ja oikeuden normatiivisen sisältökritiikin välillä.¹⁴⁵ *Oikeuden polysentria* -projekti on perustellut idean hajautuneesta ja hajautetusta oikeudesta, missä oikeudellinen ontologia ja oikeudellinen etiikka ovat radikaalin uudelleen arvioimisen tarpeessa, mutta samalla se toteuttaa itse

¹⁴⁴ Ks. luku 9.7. ”Analyttinen omistusoikeuskäsitys ja sen luonnonoikeudelliset rajoitukset”.

¹⁴⁵ Ks. luku 9.5. ”Mistä puhumme, kun puhumme oikeudesta?”. – Käsittelin edellä Tuorin teoriaa omana tulkintamatriisinaan, vaikka kyse ei tarkkaan ottaen ole lainopin teoriasta. Tuori ei määrittele *voimassa olevan oikeuden* käsitettä, eikä teos sisällä juristin ammatillisen itseymmärryksen kannalta keskeisiä *institutionaalisen oikeuslähteopin* ja oikeudellisen *argumentaatioteorian* jaksosia. Jos ja kun sanottu teoria lasketaan itsenäiseksi tulkintamatriisiksi sen käsittämien oikeusperiaatteiden painoarvopunnintaan viittaavien elementtien perusteella, se on eräänlainen yhdistelmämalli, jossa on teoksen otsikonkin osoittamalla tavalla aineksia sekä vallitsevasta että kriittisestä oikeusopista. Sen vaikutus tulkintajuridiikkaan rinnastuu lähinnä Ronald Dworkinilta vaikutteita saaneeseen oikeusperiaatteiden punnintamalliin.

modernin oikeuden kerronnallista logiikkaa, kun se lukitsee polysentrisen oikeuden viiden ohjelmallisen teesin muotoon.¹⁴⁶

Varsinaisen tulkintajuridiikan tasolla ainakin sosiaalinen siviilioikeus, oikeusperiaatteiden tilannesidonnainen punnintamalli ja naisoikeus- tai oikeudellinen tasa-arvotutkimus ovat tietyin osin yhdistettävissä keskenään niiden tutkimuksellisen tiedonintressin ja tieteenkuvan sitoumusten samankaltaisuuden vuoksi. Kaikki kolme sitoutuvat analyyttisen oikeustieteen kritiikkiin sekä oikeuskäsitteiden ja oikeudellisen harkinnan kontekstuaalisuuteen eli tilannesidonnaisuuteen. Sitä vastoin analyyttinen oikeustiede ja sosiaalinen siviilioikeus, kriittinen oikeuspositivismi, naisoikeustutkimus tai – suuntaukselle annetusta täsmällisestä tulkinnasta riippuen – oikeusperiaatteiden punnintamalli eivät ole yhdistettävissä keskenään, koska analyyttinen tutkimustapa hyväksyy ja erilaiset kriittisen oikeusopin suuntaukset eivät hyväksy vallitsevan tuomarinideologian käyttöä vakioituna oikeuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian referenssinä. Oikeusperiaatteiden punnintamalli, Tuorin kriittinen oikeuspositivismi ja perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi sitoutuvat kukin tahollaan ajatukseen oikeusperiaatteiden tilannesidonnaisesta painoarvopunninnasta, ja ne ovat sen vuoksi tietyin osin yhdistettävissä keskenään. Toisaalta, yhtäältä vaihtoehtoinen lainoppi ja toisaalta analyyttinen oikeustiede tai perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi eivät olisi yhdistettävissä keskeisten tutkimuksellisten eroavuuksien vuoksi: vaihtoehtoinen lainoppi sitoutuu jo määritelmällisesti ”vaihtoehtoiisiin” tulkintoihin voimassa olevasta oikeudesta, kun taas analyyttinen oikeustiede ja perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi sitoutuvat vallitsevaan tuomarinideologiaan ja voimassa olevan perustuslain omaksumaan perusoikeusjärjestelmään sen yhtenä osatekijänä.

Tarkastelen tässä lähemmin Juha Pöyhösen *Uusi varallisuus-oikeus* -teoksen käsitystä lainopista, koska se havainnollistaa hyvin erilaisten oikeudellisten lähestymistapojen tai tulkintamatriisien osatekijöiden yhdistämistä. *Uusi varallisuus-oikeus* -teoksessa Pöyhönen perustelee samalla kertaa *analyyttisen* ja *kontekstuaalisen* eli, kirjoittajan termin, *tilanneherkän* mallin varallisuus-oikeudesta eli toisin sanoen perinteisestä omistusoikeudesta, sopimusoikeudesta ja vahingonkorvausoikeudesta. Kirjoittajan omat painotukset ovat lähempänä oikeusperiaatteiden tilannesidonnaiseen punnintaan (engl.: *weighing and balancing*) viittaavaa tilanneherkkyyttä kuin systemisesti vakioitavissa olevaa analyyttistä oikeusajattelua, sillä Pöyhönen sitoutuu teoksessa *perusoikeuskeskeiseen laintulkintaoppiin*. Jännite yhtäältä analyyttisen ja toisaalta kontekstuaalisen lähestymistavan välillä jää siten voimaan ja ratkaisematta.¹⁴⁷ Pöyhösen mukaan yksit-

¹⁴⁶ Ks. luku 9.10. ”Kielen ja maailman rajat, II: Polysentrisen oikeuden manifesti”.

¹⁴⁷ Ks. myös Aarnio, ”Uusi varallisuus-oikeus – vai vanha”, missä Aarnio tarkastelee Pöyhösen teoriaa perinteistä analyyttistä oikeuskäsitystä vasten.

täiset omistusoikeutta, sopimusoikeutta tai vahingonkorvausoikeutta koskevat tulkintakannanotot voidaan aina viime kädessä palauttaa vallitsevaan perusoikeusjärjestelmään erilaisten oikeudenalakohtaisten yleisten oppien käsittämien välittävien tekijöiden avulla. Kirjan loppua kohden perusoikeuskeskeisyys saa väistyä yleisen tulkintajuridiikan omistus-, sopimus- ja vahingonkorvausoikeudellisten pohdintojen tieltä. Kirjan loppujaksoissa varallisuusoikeutta jäsennetään varallisuusoikeudellisen harkinnan neljän keskeisen rakenne-elementin eli toimintaympäristön, kokonaisjärjestelyn, intressitahon ja riskiposition avulla.¹⁴⁸

Toimintaympäristö viittaa Pöyhösellä tutkimuksen kohteena olevien omistus-, sopimus- ja vahingonkorvausoikeuden yhteiseen yhteiskunnalliseen taustaan eli niihin yhteisöllisiin konventioihin, jotka sanotunlaista yhteisöllistä toimintaa määrittävät. Toimintaympäristön perusteella määritetään muun muassa se, mikä katsotaan alalla vakiintuneeksi, normaaliksi tai tavanomaiseksi toiminnaksi, esimerkiksi taloudellisen vaihdannan saamien muotojen tai esineen hyväksyttävän käytön merkityksessä. *Kokonaisjärjestely* sitoo joukon oikeudellisesti merkityksellisiä yksittäistapahtumia ajatuksellisesti yhteen. Projektin erilaisten sopimusjärjestelyjen kokonaisuutena on Pöyhösen oma esimerkki oikeudellisesta kokonaisjärjestelystä, joka saa nyt korvata pistemäisen ja kertakaikkisesti sovittavan irtaimen esineen kaupan perinteisen sopimusoikeudellisen analyysimallin merkityksessä. Ideana on siis jonkin oikeudellisen järjestelyn arvioiminen väljästi määriteltä tulkintakehikkoa tai merkitysyhteyttä vasten yksittäisten ja erillisten oikeussuhteiden abstraktin ja analyttisen erittelyn sijaan. *Intressitaho* viittaa oikeudellisessa kokonaisjärjestelyssä mukana oleviin toimijoihin näiden muodollis-juridisesta asemasta riippumatta. Esimerkiksi velan takaaaja on aina osa toteutettua rahoitus- ja vakuuskokonaisjärjestelyä siitä riippumatta, mikä hänen muodollis-juridinen asemansa siinä on. *Riskipositio* on Pöyhösen vastine perinteisen analyttisen oikeustieteen hyödyntämälle oikeusaseman käsitteelle. Analyttisen oikeustieteen keskeiskirjoituksissa termi ”oikeusasema” viittaa esimerkiksi omistajan tai perillisen suhdekäsitteiksi ymmärrettyjen oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuuteen tietyllä hetkellä. Pöyhösellä riskipositio viittaa oikeudellisen kokonaisjärjestelyn eri intressitahoille määrittämiin oikeussuhteisiin.¹⁴⁹

Pöyhösen varallisuusoikeudellisen kokonaisharkinnan rakenne-elementtien tarkastelun perusta on *analyttinen*: henkilörelaatioiksi ymmärretyille ja voimassa olevan oikeuden normeihin palautettavissa oleville oikeussuhteille on annettu keskeinen merkitys henkilötahon riskiposition analyysin merkityksessä, mutta tarkastelua on laajennettu ohi perinteisen analyttisen tarkastelutavan toiminta-

¹⁴⁸ Pöyhönen, *Uusi varallisuusoikeus*, s. 159–186.

¹⁴⁹ Pöyhönen viittaa itsekin soveltamansa positiotarkastelun analyttiseen perustaan. Pöyhönen, *Uusi varallisuusoikeus*, s. 185.

ympäristön, kokonaisjärjestelyn ja intressitahon määrittelyn avulla. Analyyttinen oikeustiede kiinnitti sovellettavan oikeudellisen systematiikan lainsäätäjän omaksumaan jäsenyykseen, kun taas Pöyhösen tavassa jäsentää oikeutta yhteiskunnallisen kokonaisjärjestelyn avulla on ilmeisiä vaikutteita Urpo Kankaan *ongelmakeskeisestä lainopista*, joka sivuuttaa tai ylittää perinteisen oikeudenalo-kohtaisen systematiikan asettamat rajoitukset.¹⁵⁰ Pöyhönen korostaa oikeudellisen analyysin *tilanneherkkyyttä*¹⁵¹ eli kontekstuaalisuutta, irtautuen samalla perinteisestä analyttisestä oikeustieteestä, jonka käsitys voimassa olevasta oikeudesta on vakioitavissa kiinteän oikeudellisen systematiikan muotoon. Pöyhösen lähestymistavassa on ilmeisiä vaikutteita myös hänen aiemmassa tuotannossaan soveltamansa *oikeusperiaatteiden punnintamallin* tilannesidonnaisesta ratkaisuharkinnasta.¹⁵²

Lisäksi Pöyhönen sitoutuu siis *perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin* ajatukseen vallitsevan perusoikeusjärjestelmän keskeisestä merkityksestä oikeudelliselle tulkinnalle, kun taas varallisuus oikeuden yhteiskunnallisen ja taloudellisen toimintakontekstin painottaminen viittaa *reella överbägganden* -juridiikan mukaiseen oikeuden taloustieteelliseen analyysiin. Oikeudellisen analyysin tilanneherkkien elementtien myötä oikeus on myös helpompi mieltää yhteiskunnallisena *mahdollisuutena* tosiasiallisesti toteutuneen ja todennäköisesti myös vastaisuudessa toteutettavissa olevan yhteiskunnallisen tosiasian sijaan. Pöyhösen tilanneherkkä varallisuus oikeuden jäsenitys siirtää näin tarkastelun painopistettä kohden kriittistä oikeusoppia analyttisen tarkastelun käsittämän institutionaalisen tuomarireferenssin hyväksymisen sijaan.

Kokonaisuutena Pöyhönen *uusi varallisuus oikeus* on siis varsin erilaisten teoreettisten sitoumusten summa, jotka vievät oikeudellista tarkastelua osin eri suuntiin. On kyse oikeuden ”tilannesidonnaisesta analytiikasta”, missä lähtökoh- taista analyttistä tarkastelutapaa muunnetaan tekijöillä, jotka liittyvät yhtäältä oikeuden yhteiskunnalliseen ja taloudelliseen toimintakontekstiin sekä toisaalta vallitsevan perustuslain omaksumaan perusoikeusjärjestelmään. Tutkimuksellisen kehikon väljyys antaa yksittäiselle tutkijalle tilaisuuden painottaa joko tarkastelun systeemis-analyttisiä, yhteiskunnallis-taloudellisia tai perusoikeuksiin ja niiden punnintaan liittyviä näkökohtia. Samalla kertaa täysimääräisesti analyttinen sekä tilannesidonnainen ja perusoikeuskeskeinen tai oikeuden taloudelliset ja yhteiskunnalliset vaikutukset huomioon ottava tarkastelutapa ei kuitenkaan ole mahdollinen, koska yksi tarkastelutapa sitoo oikeuden tulkinnan staattiseen ja ennalta vakioitavissa olevaan systeemiseen kehikkoon ja tekniseen

¹⁵⁰ Kankaan omien tarkastelujen kohteena oli lesken oikeudellinen asema. Kangas, *Lesken oikeudellinen asema, passim*.

¹⁵¹ Pöyhönen, *Uusi varallisuus oikeus*, s. 186–201.

¹⁵² Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*.

oikeusasema-analyysiin (= analyttinen oikeustiede), toinen kytkee oikeuden tulkinnan ja punninnan vain heikosti systeemiseen perusoikeusjärjestelmään sekä heikosti etusijaistettuihin suhteisiin eri perusoikeuksien välillä (= perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi), ja kolmas arvioi tulkintaa olennaisesti ei-oikeudellisten eli yhteiskunnallis-taloudellisten kriteerien valossa (= *reella överbäganden* -juridiikka).

3.12. Yhteenveto lainopin tulkintamatriiseista

Lainopin eri tulkintamatriisien tulkinnallinen keskeisidea eli *systematisointi- ja tulkintakehys* tai, oikeusperiaatteisiin sovellettuna, *punnintakehys* voidaan esittää kootusti seuraavasti:

- 1) *käsitelainoppi*: oikeuden systeeminen tulkinta eli oikeus varsinaisten oikeuskäsitteiden systeemisenä kokonaisuutena, missä yksittäisen oikeussäännön paikka oikeuskäsitteiden kokonaissysteemissä rajaa ja määrittää oikeuden tulkintaa,
- 2) *analyttinen oikeustiede*: oikeus lainsäätäjän (ja tuomioistuinten) voimaansaattamien oikeustositseikka – oikeusseuraamus -relaatioiden kokonaisuutena, missä oikeuskäsitteillä on vain esitystekninen tehtävä ilman semanttista referenssiä oikeus – velvollisuus -relaatioiden ulkopuolella, ja lainopin tehtävänä on tuottaa voimassa olevan oikeuden sisältöä koskevia systematisointi- ja tulkintalauseita vallitsevaa tuomarinideologiaa vastaavalla tavalla,
- 3) *vaihtoehtoinen lainoppi*: porvarillisen oikeuden ja vallitsevan lainopin doktriinin ideologiakritiikki marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian tarjoamien perusteiden avulla sekä vaihtoehtoisten systeemisten jäsenysten ja tulkintojen esittäminen voimassa olevasta oikeudesta sen sisältämien keskenään ristiriitaisten systeemi-impulssien perusteella (ital.: *uso alternativo del diritto*),
- 4) *sosiaalinen siviilioikeus*: hyvinvointivaltioideologian mukainen heikoman sopijapuolen intressien suojele sopimusoikeudessa sekä ennakoitavasti eli (vakio)sopimusehtojen sääntelyn että jälkikäteisesti jo solmitun sopimuksen tai sen yksittäisen sopimusehdon kohtuullistamisen merkityksessä,
- 5) *pragmaattinen instrumentalismi*: *reella överbäganden* eli *social engineering* -juridiikka eli oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten korostaminen sekä oikeuden yhteiskuntatieteellisen analyysin ja reaalisten argumenttien (ruots.: *reella överbäganden*) hyödyntäminen oikeuden tulkinnassa käsitelainopin suosimien oikeussysteemisten ja käsitteellisten näkökohtien sijaan (1940-l.) sekä oikeuden taloudellisten vaikutusten analyysi ja taloudellisin kriteerein määriteltä reaalinen argumentaatio eli *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi* (alkaen 1990-l.),
- 6) *oikeusperiaatteiden punnintamalli*: oikeus institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien muodostamana avoimena ja dy-

naamisena systeeminä sekä oikeusperiaatteiden tilannesidonnainen punninta niiden ilmentämien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden valossa (engl.: *weighing and balancing*),

- 7) *naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus*: oikeudellisen sääntelyn ja päätöksenteon sekä vallitsevan lainopin muodollisesti kohdeneutraalien mutta tosiasiallisesti sukupuolisidonnaisten syrjivien rakenteiden ja ajatustapojen ideologiakritiikki feministisen oikeus- ja yhteiskuntaideologian tai yleisemmin yhteiskunnallisen tasa-arvoideologian näkökulmasta sekä rakenteellisen yhteiskunnallisen epätasa-arvon purkaminen muun muassa tietoisien suosivan erityiskohtelun keinoin,
- 8) *kriittinen oikeuspositivismi*: oikeuden mieltäminen monitasoiseksi ilmiöksi, missä oikeuden syvemmät kerrostumat eli oikeuskulttuurin taso ja oikeuden syvätaaso täyttävät yhtäältä konstitutiivisen ja toisaalta kriittisen tehtävän suhteessa oikeuden pintatason ilmiöihin nähden ja missä oikeuden pintatasolla myös vallitsevan ja kriittisen lainopin lauseet uusintavat ja tuottavat oikeutta,
- 9) *perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi*: oikeuden tulkinta, systematisointi ja punninta perusoikeuslähtöisestä näkökulmasta eli voimassa olevan perustuslain hyväksymää tai vähintäänkin hiljaisesti edellyttämää perusoikeusjärjestelmää tutkimuksen vakioituna kiintopisteenä hyödyntäen, ja
- 10) *käytännönläheinen laintulkintaoppi*: institutionaaliin oikeuslähteisiin eli lakitekstiin, lainvalmisteluaineistoon ja oikeuskäytäntöön sekä lainopin käytännölliseen tiedonintressiin kiinnittyvä laintulkintaoppi ilman tutkijan omakohtaista oikeusteoreettista tai tieteenteoreettista reflektiota.

Oikeudellisia tulkintamatriiseja voi rajoitetusti yhdistää keskenään, jos niiden tieteenteoreettiset premissit ovat riittävällä tavalla yhtenevät. Kullakin lainopillisella tulkintamatriisilla on tutkimukselliset vahvuutensa ja heikkoutensa osana oikeudellista argumentaatiota.

Oikeusperiaatteet soveltuvat hyvin tuomarin tai muun lainsoveltajan ”harmaan” eli vain heikosti säännellyn oikeudellisen ratkaisuharkinnan jäsentämiseen tilanteessa, jossa perinteinen sääntökeskeinen oikeudellinen ajattelu jättäisi ratkaisun tuomarin tai muun lainsoveltajan vapaan harkinnan varaan. Samoin oikeusperiaatteet soveltuvat keskenään ristiriitaisten oikeussääntöjen tai oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden keskinäisten normikollisioiden ratkaisemiseen. Oikeusperiaatesidonnaisen analyysin avulla saavutettavat tutkimustulokset ovat *enemmän-tai-vähemmän*-tyyppisiä tilannekohtaisia punnintanormeja, jotka vain vievät tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa tiettyyn suuntaan ilman, että yksittäisen oikeusjutun lopputulos olisi punnintanormista yksiselitteisesti johdettavissa. Oikeusperiaatekeskeisen analyysin tuottamilta tuloksilta ei toisin sanoen ole lupa odottaa samanlaista yksiselitteisyyttä, normatiivista ehdottomuutta tai *joko/tai* -luonteisuutta kuin perinteisen sääntökeskeisen oikeudellisen analyysin tuottamilta tuloksilta. Oikeusperiaatteita ei voi systematisoida, formalisoida tai vakioida kiinteän oikeudellisen systeemin muotoon, koska on kyse määritelmällisesti tilannesidonnaisista eli kontekstuaalisista

ratkaisuperusteista, jotka noudattavat *dynaamista* eli avointa ja ”kelluvaa” eli tilannekohtaisesti muuntuvaa oikeudellista systematiikkaa oikeussääntöjen toteuttaman kiinteän ja staattisen systematiikan sijaan. Vain oikeusperiaatteiden ja vastaavien ratkaisustandardien heikko systeeminen jäsenitys on mahdollinen, jos sovellettava oikeudellinen tulkintamatriisi senkaltaisen jäsenityksen sallii tai sitä edellyttää, niin kuin on asia esimerkiksi perusoikeuskeskeisen lainopin sekä Juha Pöyhösen tavoin tulkitun oikeusperiaatteiden avulla tapahtuvan sopimusoikeuden mallintamisen osalta.

Käsitelainopillinen tulkinta-argumentti yksittäisen oikeussäännön tai oikeudellisen instituution systeemisestä tehtävästä osana oikeudenalakohtaista kokonaisjärjestelmää luo oikeudellista ennakoitavuutta ja yhtenäistää oikeudellista systeemijattelua, mutta samalla houkutus filosofisessa katsannossa varsin vaikeasti perusteltavissa oleviin metafysiisiin substanssi- eli olemuspohdintoihin sekä konstruktivisiin päätelmiin oikeudellisista käsitteistä aina yksittäisiin oikeudellisiin tulkintakannanottoihin kasvaa. Käsitelainopin systeemilogiikka tarjoaa oikeuden tulkitsijalle vakioidun ajatuksellisen referenssin eli kiintopisteen, johon oikeuden tulkinta tulee suhteuttaa, mutta miten tuon oikeudellisen systeemin tai oikeudellisten peruskäsitteiden itsensä valinta on perusteltavissa? Mikä oikeuttaa tutkijan sitoutumisen esimerkiksi tahtoperustaiseen tai luottamuksen-suojaa painottavaan sopimusoikeudelliseen ajatteluun sopimusten sisällöllistä kohtuutta ja tapauskohtaista sopimustasapainoa tai heikomman sopijapuolen intressien suojelua edistävän sopimusajattelun sijaan?

Analyttisen oikeustieteen suosimat lingvistis-semanttiset tulkintaperusteet saattavat osoittautua tarkoituksenmukaisiksi työvälineiksi jäsenettäessä esimerkiksi omistajan oikeusaseman tai perillisen oikeusaseman osatekijöitä oikeudellisesti tarkoituksenmukaisella tavalla, mutta kysymykseen omistamisen yhteiskunnallisesta vastuusta ja merkityksestä senkaltaisen tehtävänasettelu ei kykene vastaamaan, niin kuin vaihtoehtoisen lainopin edustajat huomauttivat 1970-luvulla. Oikeus on silti muutakin kuin pelkkää käsitesemantiikkaa, eikä voimassa oleva oikeudellinen sääntely ja oikeudellinen tulkinta sijoitu milloinkaan yhteiskunnalliseen tyhjiöön tai arvovapaaseen tilaan. Lisäksi tilannesidonnaisten oikeusperiaatteiden sovittaminen analyttisen lähestymistavan yhteyteen ei ole ongelmatonta, varsinkin, jos on kyse systeemisesti täysin vapaista ja ”kelluvista” oikeusperiaatteista niiden dynaamisen jäsenityksen ja painoarvopunninnan merkityksessä.

Vaihtoehtoinen lainoppi esitti 1970-luvulla uudenlaisen kysymyksen oikeuden ja oikeustieteen yhteiskunnallisista ulottuvuuksista, mutta miten ”pelastaa” avoimen marxilaisen laintulkintaopin uskottavuus tilanteessa, jossa oikeusjärjestys yhtä kaikki rakentuu ei-vasemmistolaisten eli porvarillisten yhteiskuntaideologisten arvopremissien varaan? Vaihtoehtoinen lainoppi sekä kriittisen oikeusopin ajallisesti myöhemmät ja poliittisesti maltillisemmat variaatiot, kuten so-

siaallinen siviilioikeus, naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus, kriittisen potentiaalinsa osalta Kaarlo Tuorin kriittinen oikeuspositivismi samoin kuin Juha Pöyhösen tavoin jäsennetty sopimusoikeuden oikeusperiaatteiden punnintamalli, ovat korostaneet voimassa olevan oikeuden sisäistä jännitteisyyttä, systemistä ristiriitaisuutta ja monitulkintaisuutta. Argumentti heikentää samalla omaa uskottavuuttaan: miksi tutkijan tai tuomarin pitäisi hyväksyä juuri marxilainen, feministinen tai mikä tahansa muu vallitsevasta lainsäädäntö- ja tuomarinideologiasta poikkeava käsitys voimassa olevan oikeuden tulkintaperusteista? Toisaalta, jos oikeus on sanotulla tavalla sisäisesti ristiriitainen ilmiö, mikä estää sitä tutkivaa oikeustiedettä ajautumasta täydelliseen metodiseen anarkismiin Paul Feyerabendin *anything goes* -ideologian eli ”kaikki kelpaa” -ajattelun tavoin?

Sosiaalisen siviilioikeuden painottama kohtuusperiaate ja heikomman sopijapuolen suojelu soveltuvat ilmeisen hyvin kuluttajasuhteiden kaltaisten tilanteiden oikeudelliseen analyysiin, mutta sitä ei voi yleistää sopimusoikeuden ja taloudellisen vaihdannan yleiseksi ja johtavaksi periaatteeksi ilman, että lähtökohtaisesta sopimusvapauden ja oikeudellisen ennakoitavuuden ideaalista joudutaan luopumaan ja sopimusoikeudesta tulee osa yleistä sosiaaioikeutta. Kyse on toisin sanoen lähtökohtaista sopimussitovuutta (lat.: *pacta sunt servanda*) ja Suomen oikeuden institutionaalista ja yhteisöllistä arvoperustaa jäsentävää tahdonautonomian periaatetta korjaavasta, oikaisevasta tai täydentävästä näkökulmasta oikeuteen, ei sopimusoikeuden johtavasta tai vallitsevasta periaatteesta. Mihin asti sosiaalisia eli heikomman sopijapuolen suojaa painottavan tulkintatavan rajat tulisi ulottaa? Entä sopimussuhteen vastakkaisen osapuolen asema? Eikö myös velkoja- tai työnantajataho pitäisi määritellä tilanne- ja henkilösidonaisesti velallis- tai työntekijätahon tavoin?

Reella överbäganden eli *social engineering* -juridiikka on pyrkinyt laventamaan vakiintunutta oikeuslähdeoppia siten, että se ottaisi oikeuden taloudelliset vaikutukset yhteiskunnassa paremmin huomioon esimerkiksi vaihdannan intressien merkityksessä. Sosiaalisen siviilioikeuden tavoin mutta varsin erilaisiin yhteiskuntaideologisiin premisseihin sitoutuen *reella överbäganden* -juridiikka voi olla vain lainopin muodollis-juridista tarkastelutapaa korjaava, oikaiseva tai täydentävä näkökulma oikeuteen. Ensimmäiseksi päätöksentekokriteeriksi nostettuna oikeudellinen finalismi eli puhdas tavoiterationaalisuus lakkauttaisi voimassa olevan oikeuden ja sitä tutkivan lainopin perinteisen tehtävän oikeudellista ja yhteiskunnallista vakautta ja ennakoitavuutta lisäävänä tekijänä, kun avoin yhteiskunnallinen seuraamus- tai tarkoituksenmukaisuusharkinta saisi korvata valitsevan institutionaalisen oikeuslähdeopin tunnustamat, suhteessa formaalimmat oikeudelliset ratkaisuperusteet.

Oikeustaloustieteellisen laintulkintaopin ajatus taloudellisen kustannustehokkuuden, transaktiokustannusten minimoinnin sekä optimaalisen yhteiskunnalli-

sen resurssiallokaation hyödyntämisestä voimassa olevan oikeuden tulkinnassa ja systematisoinnissa on jatkanut 1940-luvun pragmaattisen instrumentalismin eli *reella överbäganden* -juridiikan metodiohjelmaa puoli vuosisataa myöhemmin. Taloudellinen kustannustietoisuus ja kustannustehokkuus soveltuvat ilmeisen hyvin oikeudellisen tulkinnan arviointikriteeriksi silloin, kun lainkäytön tai oikeudellisen analyysin yhteiskunnallisena kontekstina on ensisijaisesti taloudellinen vaihdanta Euroopan yhteisön oikeuden sisämarkkina- tai kilpailulainsäädännön, yritysjuridiikan sekä arvopaperikaupan ja uusien sijoitus- ja rahoitusmuotojen merkityksessä. Toisaalta, sovellettuna kansalaisten perusoikeuksiin, harkinnanvaraisen sosiaaliturvan myöntämisperusteisiin, ympäristönsuojeluun ja luonnon biodiversiteetin säilyttämiseen, adoptio-oikeuteen, vanhushuoltoon tai eutanasian oikeutukseen oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi luo enemmän ongelmia kuin mitä se pystyy tyydyttävällä tavalla ratkaisemaan.

Kriittinen oikeuspositivismi yhdistää muun muassa lainopin vallitsevan doktriinin, kriittisen oikeusopin sekä oikeusperiaatteiden tilannesidonnaisen punnintamallin ideoita oikeudelliseksi kokonaisteoriaksi. Myös lainopin tulkintalauseiden sanotaan tuottavan ja uusintavan oikeutta,¹⁵³ mutta missä mielessä vaihtoehdoisen lainopin marxilaiseen oikeus- ja yhteiskuntaideologiaan perustuvat tulkintalauseet, jotka määritelmällisesti irtautuvat vallitsevasta lainsäädäntö- ja tuomariniideologiasta sekä riitauttavat vallitsevan oikeuslähde- ja laintulkintaopin sitoumukset, kykenevät tuottamaan ja uusintamaan Suomen voimassa olevaa oikeutta? Miten oikeuden syvempien tasojen eli oikeuskulttuurin tason ja oikeuden syvätason oikeudellisesti merkitykselliset normatiiviset oikeusperiaatteet ovat ylipäättään tunnistettavissa? Tuori korostaa, miten kriittisessä oikeuspositivismissä ”modernia oikeutta lähestytään monitasoisena ilmiönä ja ulotetaan positiivisuuden tunnusmerkki oikeuden pintatason ohella oikeuskulttuuriin ja oikeuden syvärakenteeseen.”¹⁵⁴ mutta missä merkityksessä Kelsenin puhtaan oikeusopin edellyttämän transsendentaalis-loogisen perusnormin (saks.: *Grundnorm*) tai Hartin oikeusteorian edellyttämän oikeuden tunnistamissäännön (engl.: *rule of recognition*) kaltaiset oikeuden viimekätiset pätevyys- ja erottelukriteerit, joiden avulla voimassa oleva oikeus on erotettavissa kaikesta, mikä ei ole oikeutta, voivat toteuttaa oikeuden määritelmällisen positiivisuuden keskeiskriteerin?

Naisoikeustutkimuksen oikeudellinen tiedonintressi on vaihtoehtoisen lainopin, sosiaalisen siviilioikeuden ja osin kriittisen oikeuspositivismin tavoin *emansipatoris-reformistinen* eli oikeutta ja yhteiskuntaa tietoisesti muuttamaan pyrkivä. Sen julkilausuttuna poliittisena tavoitteena on yhteiskunnan rakenteellisen, perinteisesti naisia syrjivän eriarvoisuuden vähentäminen oikeudellisen tulkinnan, systematisoinnin ja oikeusperiaatteiden arvosidonnaisen punninnan kei-

¹⁵³ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 147.

¹⁵⁴ Tuori, mts. 342.

noin, eivätkä miehiä tai muita mahdollisesti syrjittyjä yhteiskuntaryhmiä kuin naisia koskevat syrjintätilanteet ole juuri olleet naisoikeuden tutkimuksellisen mielenkiinnon kohteena. Miten muiden yhteiskunnallisesti syrjittyjen väestöryhmien, kuten etnisten, uskonnollisten tai seksuaalisten vähemmistöjen tai vain muutoin ”unohdettujen” väestöryhmien, kuten lasten, vanhusten tai vammaisten, oikeudet ja erityisintressit olisivat turvattavissa yhtäältä vallitsevaa lainopin doktriinia, toisaalta naisten sukupuolisidonnaisia erityisintressejä suosivaa naisoikeustutkimusta vastaan?

Perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi palauttaa oikeudellista tulkintaa, systematisointia ja punnintaa koskevat kysymykset viime kädessä vallitsevaa perusoikeusjärjestelmää koskeviksi ongelmiksi. Tämä tarjoaa oikeuden soveltajalle käsitteellis-systeemisen ja tulkinnallisen kehikon, joka lukitsee oikeudellisen metodiopin ajatukselliset koordinaatit ja palauttaa kysymyksen oikeuden tulkinnallisesta merkityssisällöstä aina viime kädessä kysymykseksi perusoikeuksista ja vallitsevasta perusoikeusjärjestelmästä, mutta vaarana on perusoikeuksien merkityksen inflatorinen kehitys. Jos oikeuden tulkinta- ja punnintakysymykset aina triviaaleja tapauksia myöten palautetaan osaksi perusoikeuskeskustelua, perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin kriittinen, tulkintajuridiikkaa ja tuomioistuinten oikeudellista ratkaisuharkintaa aidosti ohjaava potentiaali saatetaan menettää oikeudellisen inflaation seurauksena. Toisaalta, kirjoittamattomien eli perustuslain väitetysti vain hiljaisesti hyväksymien perusoikeuksien sisällyttäminen vallitsevaan perusoikeusjärjestelmään lainsäätäjän selväsanaisesti hyväksymien oikeuksien rinnalle merkitsee oikeudellisen epävarmuuden ja ennakkoimattomuuden lisääntymistä. Samalla riski käsitelainopin aikanaan suosimiin konstruktiivisiin päätelmiin turvautumisesta kasvaa.

Oikeusvertailevat argumentit avaavat uudenlaisia tulkinnallisia vaihtoehtoja ja mahdollisuuksia etenkin *yleiseurooppalaisessa* tulkintakontekstissa, missä yleiseurooppalainen oikeusvertailu saattaa saada myös suomalaisen tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista harkintaa ohjaavaa vaikutusta Suomea velvoittavien ylikansallisten oikeudellisten sitoumusten vuoksi. Entä miten systeeminen epäyhteensopivuus kahdesta tai useammasta yhteiskuntaideologisilta ja oikeussysteemisiltä lähtökohdiltaan varsin erilaisesta oikeusjärjestysten lainattujen systeemi-impulssien kesken on vältettävissä? Ajatus yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön käyttämisestä oikeuslähteenä asettaa myös kansalliselle lainsoveltajalle varsin kovat vaatimukset, vaikkei sanottua tulkintaperustetta olekaan tavallisesti tarpeen käyttää muutoin kuin oikeuslähteopilliselta statukseltaan epäselvissä tulkintatilanteissa, jotka liittyvät tavallisesti valtiosääntöoikeudellisiin toimivaltakysymyksiin tai perustavimpien ihmisoikeuksien tulkintaan.

Käytännönläheinen laintulkintaoppi soveltaa (yli)korostetusti lakitekstin kielelliseen ilmiäsuun, lainsäätäjän otaksuttuun tarkoitukseen ja oikeuskäytäntöön liittyviä tulkintaperusteita. Tutkijan puutteellinen teoreettinen itseymmärrys oi-

keuden konstituutiosääntöjen, tunnistamissäännön eli sovellettavan oikeuslähdeopin, oikeudellisen metodiopin argumentaatiomallien sekä oikeuden loogis-lingvististä elementtiä määrittävien artikulaatiosääntöjen merkityksestä saattaa kuitenkin johtaa vähemmän tyydyttäviin lopputuloksiin esitettävien tulkinta-, systematisointi- ja punnintakannanottojen merkityksessä.

Esimerkiksi *omistusoikeuteen* ja *perintöoikeuteen* sovellettuna eri tulkintamatriisit tarjoavat tutkijalle joukon varsin erilaisia tutkimuksellisesti perusteltuja kysymyksiä ja vastauksia.

Käsitelainoppi määrittelee omistusoikeuden käsitteellis-systeemisen olemuksen eli sen olennaiset ja tilapäiset ainesosat sekä tekee sen jälkeen tulkinnallisia päätelmiä omistusoikeuden systeemisen logiikan perusteella. Perintöoikeudessa kuolinpesän oikeushenkilöllisyys osoittautui käsitelainopin keskeiskirjoituksissa pulmalliseksi, eikä ulospääsykeinoa löytynyt käsitelainopin itsensä mahdollistammin analyysikeinoin. *Analyyttinen oikeustiede* käänsi kysymyksen omistusoikeuden tai perintöoikeuden olemuksellisesta käsitelogiikasta kysymykseksi omistajan tai perillisen oikeusaseman sisällöstä. Olennaista oli kysyä käsitelainopillisen päättelyn sijaan, mitä oikeusvaikutuksia lainsäätäjä ja/tai tuomioistuimet olivat liittäneet omistamisen tai perimystapahtuman eri osatekijöihin määrättyä ajankohtana. *Vaihtoehtoinen lainoppi* asetti kysymyksen omistusoikeuden tai perintöoikeuden yhteiskunnallisista ja taloudellisista ulottuvuuksista, jolloin omistusoikeutta ja perintöoikeutta tuli tarkastella avoimen marxilaisesta vasemmistoidologiasta käsin. *Sosiaalinen siviilioikeus*, jos sitä sovellettaisiin varsinaisten sopimussuhteiden analyysin ulkopuolella, arvioisi heikomman osapuolen asemaa suhteessa voimassa olevaan omistusoikeus- ja perintöoikeusnormistoon. Se etsisi vallitsevasta oikeudellisesta systematiikasta murtumakohtia, joiden avulla heikomman suojaa voitaisiin paremmin edistää, ja se ehdottaisi henkilö- ja tilannesidonnaisia käsitteitä analyttisen oikeustieteen suosimien abstraktien ja yleisten oikeudellisten käsitteiden tilalle.

Pragmaattinen instrumentalismi eli *reella överbäganden -juridiikka* ja *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi* kiinnittäisivät omistusoikeus- ja perintöoikeusnormiston tulkinnan, systematisoinnin ja punninnan omistamisen tai perimisen tosiasiallisiin yhteiskunnallisiin ja etenkin taloudellisiin vaikutuksiin. Taivotteena olisi oikeudellinen tulkinta, joka parhaiten edistää esimerkiksi vaihdannan intressiä (= *reella överbäganden -juridiikka*) tai taloudellista kustannustehokkuutta ja optimaalista yhteiskunnallista rerurssiallokaatiota (= oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi). *Oikeusperiaatteiden punnintamalli* kiinnittäisi oikeudellisen analyysin omistusoikeus- tai perintöoikeusnormistoa jäsentäviin oikeusperiaatteisiin, esimerkiksi *ex analogia* Juha Pöyhösen sopimusoikeutta jäsentävät oikeusperiaatteet tahtoperiaatteen, perustellun luottamuksen suojan, yhteisöllisen kohtuusperiaatteen ja heikomman suojelun periaatteen merkityksessä. Omistusoikeuden tai perintöoikeuden tulkinta saisi varsin eri sisällön sen

mukaan, perustetaanko oikeudellinen tulkinta ja systematisointi omistajan tai perittävän selväsanaisten tahdonilmaisujen vaiko edellytetyn yhteisöllisen koh- tuuden ensisijaisuuden varaan.

Kriittinen oikeuspositivismi kiinnittäisi omistusoikeuden tai perintöoikeuden analyysin yhtäältä oikeuden syvempien tasojen eli oikeuskulttuurin tason ja oi- keuden syvätason käsittämiin oikeusperiaatteisiin oikeusperiaatteiden punninta- mallin tavoin sekä toisaalta vallitsevan ja kriittisen lainopin tuottamiin oikeudel- lisiin tulkintalauseisiin oikeuden pintatasolla. *Naisioikeus-* ja *oikeudellinen tasa- arvotutkimus* tarkastelisi omistusoikeutta tai perintöoikeutta siitä näkökulmasta käsin, miten hyvin voimassa olevan oikeuden normit täyttävät naisten tai jonkin muun syrjityn yhteiskuntaryhmän erityissuojan tarpeen. Kyse voi olla vaikka naisten perintöoikeudellisen erityissuojan tarpeesta tai vallitsevan omistusoikeus- käsityksen naisia syrjivien rakenteiden purkamisesta sekä naisten positiivisen erityiskohtelun tarpeesta. *Perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi* kiinnittää oi- keudellisen tulkinnan, systematisoinnin ja punninnan vallitsevaan eli voimassa olevan perustuslain omaksumaan perusoikeusjärjestelmään esimerkiksi omistus- oikeuden ja perintöoikeuden käsittämien erilaisten perusoikeuskysymysten par- haan mahdollisen suojaamisen merkityksessä. *Käytännönläheinen laintulkinta- oppi* tarkastelisi omistusoikeus- ja perintöoikeusnormistoa korostetun pragmaat- tisesta näkökulmasta käsin.

4. TIETEENTEORIASTA METODIOPPIIN

Moderni, voimassa olevaa oikeutta tutkiva lainoppi on humanistinen tulkintatie- de, jonka sääntösidonnaista *äärellisyyden analytiikkaa* ja *institutionaalista posi- tiviteettia* oikeustieteen tieteenkuvan eli lainopin tulkintamatriisiin *ontologiset, epistemologiset, metodologiset* ja *loogis-lingvistiset* reunaehdot sekä näiden määrittämät *konstitutiiviset, episteemiset, metodiset* ja *semanttis-käsitteelliset* sitoumukset rajaavat seuraavaan tapaan:

- (1) *Kohteellistettavuus*: oikeuden *tunnistamissääntö* määrittää oikeuden insti- tutionaalista epistemologiaa oikeus/ei-oikeus -differentiaation toteuttami- sen merkityksessä.
- (2) *Käsitteellistettävyys*: oikeuden loogis-lingvistiset *artikulaatiosäännöt* mää- rittävät oikeudellisen puhunnan loogista syntaksia ja käsitesemantiikkaa.
- (3) *Konstituoitavuus*: oikeuden *voimaantulo-, transformaatio-, täytäntöönpa- no-* ja *derogaatiosäännöt* määrittävät oikeuden sääntösidonnaista ontolo- giaa eli oikeuden edellytettyä *todellisuusrakennetta*.¹⁵⁵

¹⁵⁵ Tosin oikeuden *ontologia*, samoin kuin oikeuden *epistemologia*, *metodologia* sekä *logiikka* ja *lingvistiikka*, voidaan määritellä myös laajemmin, niin kuin perustelin edellä luvussa 6, ”Oikeus- tieteen tieteenkuva”.

- (4) *Tulkinnallinen määrittettävyys*: oikeudelliset *argumentaationsäännöt* määrittävät oikeudellista metodioppia eli oikeussääntöjen systematisointia ja tulkintaa sekä oikeusperiaatteiden punnintaa ja keskinäistä tasapainottamista.

On toisin sanoen kyse historiallisesti muuntuvan oikeudellisen *tietomuodon* eli *historiallisen a priorin* (ransk.: *épistémè*) osatekijöistä, jotka määrittävät sitä, mitä oikeudesta voidaan ylipäättään tietää tai sanoa määrättyssä yhteiskunnassa ja oikeuskulttuurissa. Tutkijan henkilökohtaiset *arvoteoreettiset* ja *yhteiskuntaideologiset* preferenssit ohjaavat tämän valintaa lainopin eri tulkintamatriisien kesken. Tulkintamatriisi yhdistää lainopillisen tutkimuksen (a) *ontologiset* sitoumukset voimassa olevan oikeuden sääntöjen perustamisesta, muuttamisesta, oikeusvaikutusten toteuttamisesta ja voimassaolon lakkauttavasta kumoamisesta oikeuden konstituutiosääntöjen tarkoittamalla tavalla,¹⁵⁶ (b) *epistemologiset* sitoumukset voimassa olevan oikeuden tunnistamisesta ja erottamisesta kaikesta, mikä ei ole oikeutta, institutionaalisen oikeuslähteopin eli oikeuden tunnistamissäännön tarkoittamalla tavalla, (c) *metodologiset* sitoumukset oikeussääntöjen tulkinnasta ja systematisoinnista sekä oikeusperiaatteiden punninnasta oikeudellisten argumentaationsääntöjen tarkoittamalla tavalla sekä (d) *loogis-lingvistiset* sitoumukset oikeudellisten ilmiöiden kielellisestä käsitteellistämisestä oikeudellisten artikulaationsääntöjen tarkoittamalla tavalla.

Lainopillisen tulkintamatriisin alaisuudessa oikeuden konstitutiiviset, oikeuslähteopilliset, metodiopilliset ja semanttis-käsitteelliset sitoumukset muodostavat yhtenäisen kokonaisuuden esimerkiksi käsitelainopin, analyttisen oikeustieteen, vaihtoehtoisen lainopin, sosiaalisen siviilioikeuden, pragmaattisen instrumentalismien eli *reella överbägnanden* -juridiikan ja oikeustaloustieteellisen laintulkintaopin, oikeusperiaatteiden punnintamallin, naisoikeus- ja/tai oikeudellisen tasa-arvotutkimuksen, kriittisen oikeuspositivismien tai perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin merkityksessä. Oikeudellinen *tulkinta-* tai *punnintakehys* ohjaa ja rajaa oikeudellista argumentaatiota siten, että vain tietynlaiset tulkinta-, systematisointi- ja punnintalauseet voimassa olevan oikeuden tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä ovat ylipäättään mahdollisia tai tutkimuksellisesti perusteltavissa.

Perustelin edellä amerikkalaisen oikeusfilosofi Thomas Morawetzin ajatuksiin palautuvan väitteen, jonka mukaan oikeus on *radikaalisti tulkinnanvarainen yhteiskunnallinen käytäntö* (engl.: *deliberative practice*), jonka episteeminen, käsitteellinen, konstitutiivinen ja metodinen identiteetti on vain heikosti jäsentynyt ja aina avoin uusille tulkinnoille. Etenkin lainoppi on *metodisesti ohut* ja *episteemisesti epävarma*¹⁵⁷ tiede, jonka tutkijoiden keskuudessa vallitsee meto-

¹⁵⁶ Toisin kuin oikeussäännöt, institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet eivät ole tahdonvaltaisesti konstituoitavissa lainsäätäjän tai tuomioistuinten tekemien päätösten avulla.

¹⁵⁷ Minkkinen, *Thinking without Desire*, s. 9–25.

dinen hajaannus ja epätietoisuus. Juha Häyhän toimittaman *Minun metodini* -teoksen opetus on lopulta sama kuin H.C. Andersenin oivaltavan tarinan ”Keisarin uudet vaatteet”, missä hoviväki, kamaripalvelijat ja juonikkaat vaatturit kilvan ylistivät keisarin uusien vaatteiden koreutta, kunnes totuus lopulta paljastui julkisessa paraatissa: ”mutta eihän hänellä [keisarilla] ole vaatteita ensinkään.”¹⁵⁸

Lainopin metodinen hajautuneisuus perustee kannan, jonka mukaan yksittäisen lainopin tutkijan käytettävissä on vain hajanainen joukko oikeudellisen *metodiopin fragmentteja* erilaisten oikeudellisessa soveltamis- ja perusteludiskurssissa hyödynnettyjen ratkaisu- ja tulkintaperusteiden merkityksessä. Mahdollisia tulkinta-argumentteja ovat esimerkiksi lingvistis-semanttiset tulkintaperusteet, oikeussysteemiset argumentit, tilannesidonnaiset tai enintään heikosti systeemistä jäsennystä toteuttavat oikeusperiaatteet ja muut oikeudelliset ratkaisustandardit, oikeudellinen säädös- tai tapausanalogia, yksittäisistä prejudikaateista tai prejudikaattien sarjoista johdettavissa olevat ratkaisuperusteet, Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan *rakenteistuneet* eli riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää Suomen oikeudessa nauttivat Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet, yhtenäinen ja vakiintunut yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö, yhteisölliset sopimus- ja muut oikeudelliset käytännöt, oikeusvertailevat ratkaisuperusteet, reaaliset argumentit eli tulkinnan ennakoitavissa olevat yhteiskunnalliset vaikutukset, oikeustaloustieteelliset tulkintaperusteet, ja niin edelleen.

On kyse oikeudellisen *metodiopin topologiasta* eli formaalin logiikan tai päätelyn ulkopuolelle jäävistä argumenteista, joiden käyttöala ei ole yleistettävissä, formalisoitavissa tai lukittavissa kiinteän (oikeudellisen) systematiikan sekä siitä deduktiivisesti johdettavien ratkaisuperusteiden muotoon, mutta joka ei myöskään noudata induktiivisen päätelyn yleistä mallia.¹⁵⁹ Oikeudellinen argumentaatio on sen sijaan Aristoteleen filosofiaan palautettavissa olevaa (*uus*) *retoriikkaa* eli uskottavan ja vakuuttavan oikeudellisen *perustelemisen taitoa*, missä vallitseva tuomarinideologia eli tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymät oikeuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian sitoumukset on hyväksytty myös lainopin vakioiduksi tulkintakehykseksi, jos *analyttinen oikeusrealismi* ja *institutionaalinen oikeuspositivismi* on – tämän tutkimuksen tavoin – hyväksytty oikeustieteen tieteenteoreettiseksi perustaksi. Jos tutkimuksellisenä

¹⁵⁸ Andersen, ”Keisarin uudet vaatteet”, s. 84; Siltala, ”Keisarin vanhat ja uudet vaatteet”, s. 80–82.

¹⁵⁹ Topiikasta yleisesti, Aristoteles, *Topiikka ja sofistiset kumoamiset, passim*; topiikasta sovelletuna oikeudelliseen päättelyyn, Viehweg, *Topik und Jurisprudenz*. Hyvä esimerkki topologisesta luettelosta on tämän teoksen luvussa 9.1. ”*Caveat lector*” esitetty 25-kohtainen luettelo oikeudellisen kirjoittamisen (ja lukemisen) ongelmakohtista.

lähtökohtana on jokin muu oikeustieteen ja oikeusfilosofian suuntaus, kuten luonnonoikeusfilosofia, oikeusfenomenologia tai oikeusteologia, myös kuva oikeuden ja oikeustieteen perusteista muuttuu vastaavasti.

Antti Tulenheimo kehotti 1920-luvun metodiopin esityksessään tutkimaan huolellisesti aiempia ”eteviä, laajahkoja teoksia”, jotka ”koettavat perinpohjaisen esityksen nojalla herättää lukijassa vakaumuksen, että siten johdetut päätelmät ovat oikeita.”¹⁶⁰ Vain tarkastelemalla hyväksi koettuja tutkimuksellisia malleja eli, asian kuhnlaisittain ilmaisten, *eksemplaareja* lainopin hyödyntämän metodin salat saattoivat avautua alalle pyrkivälle tutkijalle. Olen seurannut Tulenheimon neuvoa ja ottanut alla lähemmän tarkastelun kohteeksi neljä oikeustieteellistä väitöskirjaa (Juha Pöyhönen, Markku Helin, Tapio Määttä, Kevät Nousiainen), kaksi muuta tuoretta oikeustieteen monografiaa (Kaarlo Tuori, Juha Pöyhönen) sekä kolme filosofisesti suuntautunutta tutkimusta (*oikeuden polysentria* -tutkimusprojekti, Ludwig Wittgenstein, H.L.A. Hart). Tavoitteena on arvioida sanottuja kirjoituksia niiden soveltaman *tutkimusmetodin* ja etenkin tutkijan itsensä omaksuman *tutkijanäkökulman* kannalta. Mikä on kirjoittajan oman *tutkijanposition* suhde hänen tekstissä esittämiinsä väitteisiin? Entä miten oikeudellisia tekstejä tulisi lukea?

¹⁶⁰ Tulenheimo, *Lakitieteellisen tutkielman laatiminen*, s. 18.

9. Oikeudellisen metodiopin fragmentteja

”Luota tarinaan, älä kertojaan.”

– D.H. Lawrence¹

”Miksi luottaisit tarinaan, saati kertojaan?”

– R.S.

1. CAVEAT LECTOR

Oikeustiede koostuu osin yhdenmukaisten, osin keskenään ristiriitaisten tekstien kudelmasta, jotka toistavat, muuntelevat ja aika ajoin myös riitauttavat modernin oikeuden metanarratiivin yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden toteutumista tai, niin kuin itse kunkin suuntauksen kriitikot arvioisivat, toteutumatta jäämisestä esimerkiksi seuraavanlaisten erilaisten tulkintojen merkityksessä:

- oikeusvaltiollisen demokratiaperiaatteen, oikeudellisen yhdenvertaisuuden periaatteen sekä oikeussubjektien tahdonautonomian kunnioittamisen merkityksessä (= *oikeusvaltioperiaate oikeuslähdeopin institutionaalisena oikeuttamisperusteena*),
- tosiasiallisesti toteutuneiden sekä vallitsevan tuomarinideologian perusteella myös tulevaisuudessa toteutettavissa olevien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien merkityksessä (= *analyttinen oikeusrealismi*),
- lainsäätäjän ja tuomioistuinten oikeuksia ja velvollisuuksia pätevällä tavalla luovien, muuttavien, toteuttavien ja kumoavien institutionaalisten puhetehtöjen merkityksessä (= *institutionaalinen oikeuspositivismi*),
- varsinaisten oikeuskäsitteiden tieteellisen systematiikan ylläpitämisen ja jatkamisen merkityksessä (= *käsitelainoppi*),
- lainsäädännön, prejudikaattien ja muiden kirjallisessa muodossa annettujen institutionaalisten oikeuslähteiden semanttisen käsiteanalyysin sekä oikeuksien ja velvollisuuksien teknisen oikeusasema-analyysin ja suhdekäsitteiksi ymmärrettyjen oikeuskäsitteiden merkityksessä (= *analyttinen oikeustiede*),
- yhteiskunnan taloudelliseen perustaan ja pääoman itseään uusintaviin liikelakeihin palautuvan oikeuden marxilais-vasemmistolaisen tulkinnan merkityksessä (= *vaihtoehtoinen lainoppi*),

¹ Bloom, *Lukemisen ylistys*, s. 53. Teoksen englanninkielinen alkuperäisnimeke on suomenkielistä käännöstä osuvampi: *How to Read and Why*.

- sosiaalisen vastuunjaon, hyvinvointivaltioideologian toteuttamisen ja heikkomman sopijapuolen erityisintressien suojelun merkityksessä (= *sosiaalisen siviilioikeus*),
- markkinalogiikan, taloudellisen kustannustehokkuuden, liiketoiminnan transaktiokustannusten minimoinnin ja optimaalisen yhteiskunnallisen resurssiallokaation merkityksessä (= *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi*),
- aristotelisen hyvän elämän politiikan, asian luonnon (saks.: *Natur der Sache*) tai ehdottoman yhteisöllisen ja uskonnollisen oikeudenmukaisuuden toteuttamisen merkityksessä (= *klassinen tai moderni luonnonoikeusfilosofia; oikeusteologia*),
- oikeuden intuitiivis-apriorisen, empiirisiä havaintoja käsitteellisesti edeltävän olemuksen määrittelyn merkityksessä (= *oikeusfenomenologia*),
- yhteiskunnan sukupuolisidonnaisen rakenteellisen eriarvoisuuden purkamisen sekä naisten tai minkä tahansa muun syrjityn yhteiskuntaryhmän tietoisien suosivan erityiskohtelun merkityksessä (= *naisioikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus*),
- institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien arvo- ja tavoitesidonnaisen punninnan ja keskinäisen tasapainottamisen merkityksessä (= *oikeusperiaatteiden punnintamalli*),
- vallitsevan perusoikeusjärjestelmän käsittämien perusoikeuksien toteuttamisen merkityksessä (= *perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi*),
- oikeudellisen argumentaation yleisten rationaalisuus- ja hyväksyttävyysehtojen analyysin merkityksessä (= *Aarnion analyttinen argumentaatioteoria*),
- ja niin edelleen.

Oikeustiede on kirjallisuutta,² kumuloituva sarja *oppineita reunahuomautuksia* lakitekstin ja muiden institutionaalisten oikeuslähteiden laveissa tekstimarginaaleissa³ (= oikeuden *tulkintatieteellinen* analyysi, mukaan lukien lainoppi), samoin kuin monilukuinen joukko tekstejä, jotka tarkastelevat oikeutta määrittäviä tai oikeudellisesti merkityksellisiä ihmismielen mentaalis-tajunnallisia rakenteita ja prosesseja sekä yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan lainalaisuuksia (= oikeuden *ihmistieteellinen* analyysi), oikeuden yhteisöllis-kulttuurisia merkityksiä ja merkitysrakenteita (= oikeuden *kulttuuritieteellinen* analyysi), oikeuden yhteiskunnallisia vaikutuksia ja vaikutussuhteita (= oikeuden *yhteiskuntatieteellinen* analyysi) sekä oikeuden määritelmällisiä tai vain muutoin filosofisessa katsannossa merkityksellisiä ominaisuuksia (= *oikeusteoria* ja *oikeusfilosofia*), joita yhdistää vain tutkimuskohteen määritelmällinen ja edellytetty *oikeudellisuus* sekä enemmän tai vähemmän väljästi määritelty sidonnaisuus oikeuden *institutionaaliseen perustaan*.

² Oikeudesta kirjallisena jatkokertomuksena, Dworkin, *Law's Empire*, s. 225–275; sama, "How Law Is Like Literature", *passim*.

³ Siltala, *Johdatus oikeusteoriaan*, s. 20–22.

Aina kirjoittaja ja oikeudellisen analyysin kohde eivät toivotulla tavalla koh-
taa. Lakitekstin marginaalit saattavat osoittautua kirjoittajalle liian kapeiksi, jol-
loin oikeudelliseksi tarkoitettu puheenvuoro ei tavoita oikeuden yhteiskunnallis-
ta ja institutionaalista perustaa vaan rajautuu sen ulkopuolelle, esimerkiksi mo-
raalifilosofian, (oikeus)teologian tai yleisen estetiikan alaan.⁴ Toisaalta, jos tut-
kimuksen tieteenteoreettiset koordinaatit ovat jääneet lukitsematta, kirjoittajan
suhde tekstiin on väistämättä horjuva ja epätietoinen. On kuin kirjoittajan vasen
käsi pyyhkisi kaiken aikaa pois sitä, minkä hänen oikea kätensä on jo kirjannut
ylös modernin oikeuden synty- ja soveltamishdoista, ja laatisi sen päälle vaihto-
ehtoista tulkintaa ihmisestä, oikeudesta ja yhteiskunnasta. Kyse voi olla analyyt-
tisen oikeustieteen suhteesta luonnonoikeusfilosofiaan ja oikeusfenomenolo-
giaan,⁵ ”maskuliinisen prinssiin” ja ”feminiinisen prinssiin” pulmallisesta kes-
kinäissuhteesta erityistä naisnäkökulmaa rikosoikeudelliseen sääntelyyn sovelta-
van tarkastelutavan yhteydessä,⁶ kansainvälisen oikeuden dekonstruktion sekä
oikeudellisen formalismin tai rekonstruktion yhteensovittamisesta,⁷ samanaikai-
sesti marxilaisen ja porvarillisen oikeuskäsityksen tutkimuksellisesta yhteenso-
vittamisesta⁸ tai positivistisen ja tahdonvaltaisen oikeuskäsityksen pulmallisesta
suhteesta aidosti kriittisen oikeusopin mahdollisuuteen.⁹

Toisinaan kirjoittaja, Velazquezin *Las meninas* eli *Hovinaisia* -maalauksen
taiteilijan tavoin, ei kykene määrittämään omaa tutkimuksellista näkökulmaansa
suhteessa kuvauksen kohteeseen. Tekstiin jää silloin *episteeminen, käsitteellinen*
tai *metodinen halkeama*, joka vinouttaa esitettyä kuvausta suhteessa sen kohde-
neutraaliksi tarkoitettuun tutkimukselliseen referenssiin, oli sitten kyse sopimus-
oikeuden mallintamisesta yleisen sopimusmallin idean avulla,¹⁰ oikeuden tutki-
jan reflektoidun ja teoreettisen tiedon suhteesta juristikunnan omaksumaan hiljai-
seen tekijän tietoon,¹¹ vallitsevan perusoikeusjärjestelmän horisontaalisten si-
dosperiaatteiden suhteesta eri sukupolvien perusoikeuksiin¹² tai polysentrisen
oikeuden manifestin omasta kerronnallisesta logiikasta suhteessa sen aineelliseen
sisältöön.¹³ Toisinaan kirjoittaja ei tee riittäviä johtopäätöksiä käsillä olevista tutki-
muksellisista premisseistä, jolloin esitetty argumentaatio jää vajaaksi,¹⁴ ja toi-

⁴ Vrt. Siltala, ”’Sateenkaaren tuolla puolen’ – polysentrisen oikeuden manifesti”.

⁵ Vrt. luku 9.7. ”Analyytinen omistusoikeuskäsitys ja sen luonnonoikeudelliset rajoitukset”.

⁶ Vrt. Pohjonen, ”Naiset, väkivalta ja rikosoikeus”.

⁷ Vrt. Koskeniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*; sama, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870–1960*.

⁸ Vrt. Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, I, s. 70–77; sama, *Valtionhallinnon sivu-
elinorganisaatiosta*, 2, s. 24; sama, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. VII.

⁹ Vrt. luku 9.5. ”Mistä puhumme, kun puhumme oikeudesta?”.

¹⁰ Vrt. luku 9.3. ”Sopimusmalliajattelun piilevät premissit”.

¹¹ Vrt. luku 9.4. ”Reflektoitua teoreettista tietoa vai hiljaista tekijän tietoa?”.

¹² Vrt. luku 9.6. ”Perusoikeusjärjestelmän sisäinen logiikka”.

¹³ Vrt. luku 9.10. ”Kielen ja maailman rajat, II: Polysentrisen oikeuden manifesti”.

¹⁴ Vrt. luku 9.8. ”Modernin oikeuden subjektikonstituutio: Locke – Kant – Foucault”.

sinaan tieteellisen päättelyn premissit eivät kestä lainkaan kriittistä tarkastelua.¹⁵ Kirjoittaja saattaa huomaamattaan syyllistyä kategoriavirheeseen (engl.: *category-mistake*) filosofi Gilbert Rylen tarkoittamassa merkityksessä,¹⁶ tai hän saattaa turvautua taktiseen väistöön ylivoimaisen vaikean filosofisen pulman kohdantesaan,¹⁷ ja niin edelleen.

Kukin kirjoittaja – niin myös allekirjoittanut – tekee tavallisesti parhaansa vakuuttaakseen lukijan oman kantansa oikeellisuudesta, sillä se kuuluu myös kyseisen kirjallisen lajityypin (ransk.: *genre*) eli oikeuskirjallisuuden perusominaisuuksiin. Tieteellinen teksti, joka kiistäisi oman merkityksellisyytensä eli pyrkimyksen esittää mielekkäitä ja paikkansa pitäviä väitteitä todellisuudesta, syyllistyi *käsitteelliseen ristiriitaan*: ”Tietoisena käsityksen virheellisyydestä perustelen yhtä kaikki väitteen, jonka mukaan asiat ovat todellisuudessa ... (niin ja näin).” Taustalla on Oxfordin lingvistisen filosofian keskeisen edustajan John L. Austinin ajatus kielenkäytön käsitteellisistä edellytyksistä. Austinin mukaan ei voi mielekkäällä tavalla sanoa ”The cat is on the mat but I do not believe it is.” (= ”Kissa on matolla, mutta en usko, että se on.”), tai ”I promise to do X but I am under no obligation to do it.” (= ”Lupaen menetellä tavalla X, mutta minulla ei ole mitään velvollisuutta toimia siten.”) syyllistymättä käsitteelliseen ristiriitaan.¹⁸

Saksalainen oikeusteoreetikko Robert Alexy on jatkanut edelleen Austinin analyysia, pohtien lainsäätäjän ja tuomarin lauseita, joihin sisältyy *käsitteellinen anomalia* tai *performatiivinen ristiriita*. Oikeusistunnon puheenjohtajana toimiva tuomari, joka toteaisi osana antamaansa tuomiolauselmää: ”Tuomitsemisen syytetyn NN, *lakia virheellisesti soveltaen*, elinkautiseen vankeusrangastukseen”,¹⁹ syyllistyi performatiiviseen ristiriitaan, jonka seurauksena tuomioistuinratkaisu olisi vailla oikeusvaikutuksia. Vastaavasti lainsäätäjä ei voisi säätää perustuslakia, jossa todetaan: ”X on suvereeni, liittovaltiomuotoinen ja *epäoikeudenmukainen* tasavalta.”²⁰ Sanotut tuomarin ja lainsäätäjän puhe-tekoja rasittavat käsitteelliset anomaliat tai performatiiviset ristiriidat eivät kuitenkaan ole filosofisessa katsannossa samanarvoiset. Alexyn tuomiolauselmassa on kyse aidosti käsitteellisestä tai performatiivisesta ristiriidasta: tuomari ei voi pätevällä tavalla riitauttaa esittämänsä virallista laintulkintaa ilman, että annettava oikeudellinen ratkaisu samalla mitätöityy, koska oikeudenkäyttö perustuu oletukselle tulkinnan lainmukaisuudesta. Alexyn lainsäädäntöä koskevassa esimerkissä on sitä vastoin kyse perustuslain liittymistä yhteiskunnassa vallitsevaan oikeudenmukaisuuskäsitykseen eli sen moraali-

¹⁵ Vrt. luku 9.9. ”Kielen ja maailman rajat, I: *’Oikeus, joka on kuin sementtiä ...’*”.

¹⁶ Vrt. luku 9.11. ”Metrin pituudesta”; Ryle, *The Concept of Mind*, s. 17–20.

¹⁷ Vrt. luku 9.12. ”Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia?”

¹⁸ Austin, *How to Do Things with Words*, s. 48, 54.

¹⁹ Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, s. 68 (kursivointi lisätty).

²⁰ Alexy, mts. 65 (kursivointi lisätty).

sista sidonnaisuuksista, joiden sivuuttaminen johtaisi vain sisällöllisesti vähemmän onnistuneen perustuslain voimaantuloon, ei sen oikeusvaikutusten raukeamiseen tai mitättömyyteen.²¹

Entä miten oikeudellisia tekstejä pitäisi oikein lukea? Markku Helinin ehdotama *parhain päin tulkitseminen* on varmasti mielekäs oikeudellisen ja aatehistoriallisen tekstitulkin lähtökohta,²² mutta lukijan on myös syytä katsoa eteenpäin. On nähdäkseen ainakin 25 hyvää syytä unohtaa valheelliset kuvitelmat tekstin kirjoittajan vilpittömästä hyväntahtoisuudesta ja suvereenista kaikkivoipaisuudesta suhteessa tekstiä jäsentäviin yhteisöllis-kulttuurisiin, lingvistis-käsitteellisiin, mentaalis-alitajunnallisiin sekä institutionaalis-yhteiskunnallisiin rakenteisiin ja prosesseihin, joiden yhteisvaikutuksesta oikeudellisen tekstin merkitykset syntyvät, muuttuvat ja lopulta lakkaavat olemasta (oikeudellisesti merkityksellisiä). Oikeudellista yhtä hyvin kuin filosofista, ihmis- tai yhteiskuntatieteellistä tahi mitä tahansa muuta tekstiä on syytä lähestyä asianmukaista varovaisuutta noudattaen, *kuin heikoilla kevätjäillä kulkien* ja jään (eli tekstin) kestävyyttä tämän tästä koetellen.²³ Vastuu on aina viime kädessä tekstin lukijalla: *caveat lector* – lukija pitääköön varansa!²⁴ Lukijan on toisin sanoen syytä tunnustella varovasti tekstin kantavuutta ja selvittää itselleen sen ajatuksellisesti heikot kohdat, jotka saattavat varoitusta ja akkiarvaamatta pettää:²⁵

(1) Virheelliset *non sequitur* -päätelmät, missä päättelyn premisseistä on johdettu jotain, mitä niistä pätevän filosofisen ja/tai oikeudellisen päättelyn sääntöjen perusteella ei ole lupa johtaa, kuten *kehäpäätelmät* (lat.: *petitio principii*), missä jo edellytetään todeksi se, mitä päätelmässä vasta pyritään perustelemaan tai osoittamaan todeksi.

²¹ Esimerkkejä *de facto* erittäin epäoikeudenmukaisista valtiosääntöoikeudellisista järjestelyistä ei ole vaikea löytää etenkin, jos tarkastelu laajennetaan osin oikeushistorian suuntaan: Etelä-Afrikan *apartheid*-järjestelmä, Intian kastilaitos, natsi-Saksan ”arjalaisen” rodun ylemmyyteen perustunut oikeuskäsitys. Sensisältöisen artiklan hyväksyminen maan perustuslakiin ei kuitenkaan johtaisi perustuslain mitättömyyteen, jolloin tilanne on toinen kuin lakia tietoisesti ja selväsanaisesti virheellisesti soveltavan tuomarin kohdalla.

²² Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 51. – Vrt. myös Ronald Dworkinin kantaan: ”*Law as integrity* asks judges to assume, so far as this is possible, that the law is structured by a coherent set of principles about justice and fairness and procedural due process, and it asks them to enforce these in the fresh cases that come before them, so that each person’s situation is fair and just according to the same standards. (...) Judges who accept the interpretive ideal of integrity decide hard cases by trying to find, in some coherent set of principles about people’s rights and duties, *the best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of their community*.” Dworkin, *Law’s Empire*, s. 243, 255 (kursivointi lisäty).

²³ Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 38, 264–267.

²⁴ Ja tietenkin myös: *caveat scriptor* – kirjoittaja pitääköön varansa. Roomalaisen oikeuden *caveat emptor* -klausuuli, ”ostaja pitääköön varansa”, taipuu näin oikeudellisten tekstien lukuohjeksi.

²⁵ Luettelo on tietenkin tarkoitettu vain esimerkinomaiseksi, ei kaikenkattavaksi.

Oikeuspositivistinen virhepäätelmä, jonka mukaan oikeus velvoittaa, koska voimassa olevassa oikeudessa itsessään niin sanotaan, on kouluesimerkki kehäpäätelmän omaisesta *non sequitur* -päätelmästä. Kiperässä oikeudellisessa tulkintatilanteessa (engl: *hard case*) lain sanamuodosta ei ole lupa tehdä lopullisia päätelmiä laintulkintaan nähden, koska siinä lain sanamuoto on jo tehokkaalla tavalla riitautettu oikeudellisena tulkintaperusteena.²⁶ Samoin vaatimusta (oikeudellisen) argumentaation rationaalisuudesta ei voi *rationaalisesti* perustella syyllistymättä samalla loogisessa katsannossa kiellettyyn kehäpäätelmään.²⁷ Vaihtoehtoisen lainopin päätelmät, joissa voimassa olevan oikeuden julkilausutusti porvarillisista lähtökohdista pyrittiin johtamaan marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntaideologian mukaisia oikeudellisia tulkintatuloksia, täyttänevät nekin *non sequitur* -päätelmän kriteerit.

(2) *Episteemiset, käsitteelliset tai metodiset halkeamat*, joissa kirjoittajan oman tutkimuksellisen näkökulman suhde tekstin tieteenteoreettisiin sitoumuksiin on jäänyt täsmentämättä.

Onko Juha Pöyhösen väitöskirjassaan *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* esittämä sopimusmallin yleinen idea tai rakennemalli oikeudellisten peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktioiden yhdistelmänä kohde- neutraali suhteessa sen semanttiseen kohdereferenssiin eli sopimusmallin avulla analysoituihin sopimusoikeuden tahtomalliin, luottamusmalliin, oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön malliin sekä heikomman hyvittämisen malliin?²⁸ Markku Helin erottelee väitöskirjassaan *Lainoppi ja metafysiikka* reflektoidun teoreettisen tiedon ja hiljaisen tekijän tiedon toisistaan. Entä Helinin oma tutkijanpositio suhteessa skandinaaviseen oikeusrealismiin ja suomalaiseseen lainoppiin, onko se itsessään reflektoidun ja teoreettisen tiedon vaiko hiljaisen tekijän tiedon mukainen?²⁹ Kaarlo Tuori arvioi kirjassaan *Kriittinen oikeuspositivismi* Kelsenin ja Hartin analyttistä oikeuspositivismia kriittisesti kahden keskeiskysymyksen avulla, joihin nämä hänen mukaansa eivät kyenneet tyydyttävällä tavalla vastaamaan: kysymykseen oikeuden rajoista sekä kysymykseen oikeuden legitimitetistä. Tuori sitoutuu teoksessa myös ideaan *immanentista kritiikistä*, jonka mukaan "... kohde itse, oikeus, tarjoaa välineet ja mittapuut omalle kritiikilleen".³⁰ Entä miten Tuorin kriittinen oikeuspositivismi kykenee itse vastaamaan esittämiinsä oikeuden rajoja ja oikeuden legitimitettä koskeviin kysymyksiin?³¹ Juha Pöyhösen *Uusi varallisuus-oikeus* perustelee vallitsevan eli voimassa olevan perustuslain omaksu- maan perusoikeusjärjestelmään palautettavissa olevan käsityksen oikeudesta.

²⁶ Vrt. Honkasalo, *Suomen rikosoikeus. Yleiset opit: ensimmäinen osa*, s. 153.

²⁷ Searle, *The Construction of Social Reality*, s. 178. Englanniksi käytetään ilmausta: *begging the question*.

²⁸ Vrt. luku 9.3. "Sopimusmalliajattelun piilevät premissit".

²⁹ Vrt. luku 9.4. "Reflektoitua teoreettista tietoa vai hiljaista tekijän tietoa?"

³⁰ Tuori, "Ideologiakritiikistä kriittiseen positivismiin", s. 324; sama, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 30.

³¹ Vrt. luku 9.5. "Mistä puhumme, kun puhumme oikeudesta?"

Vastavuoroisuus, suhteellisuus ja yhdenvertaisuus ovat kirjoittajan mukaan perusoikeuksien horisontaaliset sidosperiaatteet. Entä ovatko sanotut sidosperiaatteet kohdeneutraaleja suhteessa niiden semanttiseen kohdereferenssiin eri sukupolvien perusoikeuksien merkityksessä eli suhteessa ensimmäisen sukupolven yksilöllisiin vapausoikeuksista, toisen sukupolven hyvinvointivaltiolliisiin TSS-oikeuksiin sekä kolmannen (ja mahdollisesti neljännen) sukupolven yhteisöllis-kollektiivisiin oikeuksiin?³² Tapio Määttä perustelee idean maanomistusoikeuden apriorisista, luonnonoikeudellisista tai fenomenologisista rajoituksista väitöskirjassaan *Maanomistusoikeus*. Entä miten sanotut ajatukselliset välttämättömyydet vaikuttavat sanotun teoksen jälkiosassa toteutettuun voimassa olevan maanomistusoikeusnormiston systemaattiseen analyysiin?³³

(3) *Itsensä kumoavat argumentit* (engl.: *self-defeating arguments*), missä esitetty argumentti kumoaa itse oman pätevyytensä, kuten manifesti, joka kieltää kaikenlaisten manifestien esittämisen oikeutuksen tai yleinen kehoitus tieteelliseen ja/tai ideologiseen kritiikkiin, joka ei kuitenkaan ulotu sanotun vaatimuksen esittäjään itseensä tai kirjoitukseen, jossa sanottu vaatimus on esitetty.

Kirjoituksessa ”Law, Science and Truth”, joka sisältyy Ari Hirvosen toimittamaan teokseen *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*, Panu Minkkinen kritisoi Costas Douzinasin ja Ronnie Warringtonin *postmodernin oikeustieteen manifestia* tutkimuksellisen itseymmärryksen puutteesta ja täydellisestä sokeudesta omalle arkeologialleen, koska – Minkkinen termein – ”epävarmuuden ajan” oikeustiedettä ei voi lukita modernin logiikkaa toistavan manifestin muotoon.³⁴ Teoksen alkusanoissa Lars D. Eriksson, Ari Hirvonen, Panu Minkkinen ja Juha Pöyhönen yhtä kaikki esittelevät *polysentrisen oikeuden ohjelmanjulistuksen* viiden keskeisteesin muodossa.³⁵ Onko kyse huikeasta tutkimuksellisesta itseironiasta vaiko itsensä kumoavasta argumentista? – Sanomalehdessä kerrottiin, että ruotsalainen Nobel-kirjailija ja muun muassa hienon *Aniara*-runoteoksen luoja Harry Martinson ”kuoli epäonnistuneen itsemurhayrityksen seurauksena”. Onko kyse itsensä kumoavasta väitteestä?

(4) Perustelemattomat, vaiheittaiset tai äkilliset siirtymät tekstin merkitysrakenteissa, jolloin yhtä ja samaa käsitteistöä käytetään harhaanjohtavasti viittamaan erilaisiin ilmiöihin tai eri käsitteitä käytetään epäjohtonmukaisesti viittamaan yhteen ja samaan ilmiöön.

Aarre Tähden kirjassa *Periaatteet Suomen julkisoikeudessa* oikeusperiaatteen määritelmä on jyrkän *nominalistinen*: periaatteiksi on hyväksytty kaikki, mikä yksittäiset lainoppineet ovat suomalaisessa hallinto-oikeustieteessä *nimenneet* oikeusperiaatteiksi: ”Tässä tutkimuksessa keskitytään hallinto-oikeudel-

³² Vrt. luku 9.6. ”Perusoikeusjärjestelmän sisäinen logiikka.”

³³ Vrt. luku 9.7. ”Analyttinen omistusoikeuskäsitys ja sen luonnonoikeudelliset rajoitukset”.

³⁴ Minkkinen, ”Law, Science and Truth”, s. 21–22.

³⁵ Eriksson, Hirvonen, Minkkinen & Pöyhönen, ”Introduction: A Polytical Manifesto”, s. 4–7.

listen periaatteiden synnyn ja normiteoreettisen aseman sekä periaatteilla argumentoimisen analysoimiseen. Keskeisenä päämääränä on selvittää Suomen hallinto-oikeudessa ja hallinto-oikeustieteessä ilmenevien ja käytettävien periaatteiden asema, vaikutus ja merkitys sekä periaatteita hyödyntävän argumentoinnin konteksti ja yhteydet oikeusteoriaan. – Oikeudellisissa argumentoinnissa käytettävien periaatteiden moninaisuudesta ja heterogeenisuudesta johtuu, että periaatteita ei tavallisesti voida luotettavasti tunnistaa muulla perusteella kuin sillä, että niitä *kutsutaan* periaateiksi. Tästä syystä ei sellaisia normeja ja ajatuskokonaisuuksia, jotka syntyvaltaan, ominaisuuksiltaan tai vaikutuksiltaan muistuttavat periaatteita mutta jotka eivät ole eksplikoituneet periaateiksi, juurikaan ole voitu sisällyttää seuraavaan tarkasteluun.”³⁶ Kaarlo Ståhlbergin ja Veli Merikosken ajan oikeustieteen käsitys oikeusperiaatteista on kuitenkin varsin erilainen kuin Ronald Dworkinin (ja Robert Alexyn) aihetta koskevien keskeiskirjoitusten jälkeisessä oikeustieteessä, ja lisäksi viimeaikainen keskustelu ihmisoikeusperiaateista ja perusoikeuksien merkityksestä laintulkinnasta on antanut oikeusperiaateille aivan uudenlaisen merkityksen. Tämän voi todeta tarkastelemalla Tähden kirjan liitteenä olevaa oikeusperiaateluetteloa. Tähti luetteloi – laskutavasta riippuen – 260–300 erilaista hallinto-oikeuden periaatetta tai periaateryhmää absoluuttisen hätävarjelu periaatteesta ylimääräisen muutoksenhaun periaatteeseen, eivätkä periaatteet ole kaikin osin keskenään lainkaan yhteismitallisia.³⁷ *Nominalistinen unelma* täydellisesti luokiteltavissa olevasta oikeudellisesta todellisuudesta ei toisin sanoen vastaa oikeuden sanojen ja oikeuden asioiden välillä vallitsevaa suhdetta.

(5) Katteettomat lukijalle annetut lupaukset, joihin tekstissä ei myöhemmin palata, kuten johdantoluvussa tai tekstin teoreettisessa osiossa esitetyt metodiset julistukset, jotka kirjoittaja kuitenkin sivuuttaa tutkimuksen jatkokehittelmien osalta.

Tapio Määtän teoksessa *Maanomistusoikeus. Tutkimus maanomistusparadigmoista maaomaisuuden käytön ympäristöoikeudellisen sääntelyn näkökulmasta* analyttistä omistusoikeuskäsitystä kritisoidaan ja modifioidaan omistamisen luonnonoikeudellis-fenomenologisten vähimmäiskriteerien avulla.³⁸ Kirjan jälkiosa toteuttaa kuitenkin varsin puhtaana analyttisen siviilioikeustieteen metodiopillista ohjelmaa voimassa olevan maanomistusoikeusnormiston systemaattiseen tarkasteluun sovellettuna.³⁹ – Ajatuksen tutkimuksellisesti koherenssista voinee varovasti ja ainakin jossain määrin yleistää yksittäisen kirjoittajan kokonaistuotantoon. Ranskalaisfilosofi Jacques Derrida perusteli varhaistuotannossaan (*De la grammatologie, L’écriture et la différence, La dissémination*, yms.) idean *filosofisesta dekonstruktioista*, missä hän osoitti

³⁶ Tähti, *Periaatteet Suomen julkisoikeudessa*, s. 4 (kursivointi Tähden).

³⁷ Tähti, mts. 527–534. – Vai onko luettelossa kyse tutkimuksellisesta ironiasta, joka kuitenkin samalla heikentää edellä tekstissä esitetyn argumentaation voimaa?

³⁸ Määttä, *Maanomistusoikeus*, s. 182–192.

³⁹ Ks. luku 9.7. ”Analyttinen omistusoikeuskäsitys ja sen luonnonoikeudelliset rajoitukset”.

erinäisten filosofisten tekstien kriittisen lähiluvun avulla kirjoittajan/tekstin oman tutkijanposition episteemiset, käsitteelliset ja metodiset murtumat, halkeamat ja muut epäjatkuvuudet. Periaatteessa mikään ei ollut Derridan dekonstruktiivisen kritiikin ulottumattomissa. 1990-luvulla Derridan tuotannossa tapahtuneen ”yhteiskunnallisen käänteen” jälkeen eli yhteiskunnan, moraalin ja uskonnon kysymyksiin keskittyvien kirjoitusten (*Spectres de Marx, La religion, Politiques de l'amitié, Foi et savoir*, yms.) myötä hän on kuitenkin muuttanut kantaansa. Nyt onkin jotain, mitä ei voi dekonstruoida, nimittäin oikeudenmukaisuuden idea. Kumpaa Derrida siis olisi uskottava? Varhaista ”teoreettisen filosofian” Derridaa, joka ravisteli länsimaisen ajattelun perusteita filosofisen dekonstruktion keinoin, vaiko myöhempää ”praktisen filosofian” Derridaa, joka julistaa (messiaanista) uskoa dekonstruktion ylittävään yhteiskunnalliseen ja/tai uskonnolliseen oikeudenmukaisuuteen?

(6) *Näennäisargumentit*, kuten sisällöllisesti tyhjät *on katsottava* -päätelmät ja muut yksinomaan kirjoittajan väitettyyn auktoriteettiasemaan palautuvat perustelut.

Esimerkkinä vanhemmassa oikeudenkäytössä ja oikeuskirjallisuudessa tavalisesta *on katsottava* -tyyppisestä näennäispäätelmästä on rikosoikeuden professorin Brynolf Honkasalon oppikirjassaan esittämä kanta hätävarjelu-oikeuteen: ”Niihin perusteluihin, joita eriävien mielipiteiden tueksi on tuotu, ei tässä voida puuttua, vaan ohjeeksi on otettava se kanta, jolta lainsäätäjämme on katsottava lähteneen. Niin hyvin kosketellun 3 luv. 6 ja 7 §:n kuin julkisoikeudellista hätävarjelua koskevan saman luvun 8 §:n sanamuoto puhuu ratkaisevasti sen seikan puolesta, että lainsäätäjämme on omaksunut ensiksi mainitun käsityskannan mainittujen lainkohtain säännöstelemään hätävarjelu-oikeuteen nähden.”⁴⁰ Kirjoittajan esittämä johtopäätös ei seuraa sen tueksi esitetyistä premisseistä eli lainkohdan sanamuodosta ja analogia-argumentista, vaan kyse on *on katsottava* -tyyppisestä näennäisargumentista. Honkasalon päättelely on myös varsin lähellä *non sequitur* -tyyppistä *kehäpäätelmää* sekä *semanttista näivismiä*, kun ratkaisuksi kiperään oikeusongelmaan ehdotetaan sen jo määritelmällisesti riitautetun sanamuodon mukaista lopputulosta.

(7) Ainutkertaaiset, ei-yleistettävissä olevat *ad hoc* tai *ad hominem* -argumentit, jotka soveltuvat vain ja ainoastaan arvioitavana olevaan yksittäiseen soveltamistilanteeseen.

Oikeusperiaatteet määritelmänsä mukaisesti vahvasti tilannesidonnaisina, tapauskohtaista painoarvopunnintaa edellyttävinä argumentteina ovat ei-yleistettävän luonteensa vuoksi pulmallisia. Jos tilannesidonnaisten oikeusperiaatteiden keskinäisen painoarvopunninnan lopputulos ei ole edes heikosti yleistettävissä muihin vastaaviin tapauksiin, vaan kyse on aidosti kontekstuaalisesta harkinnasta, miten oikeusperiaatesidonnaisen argumentaation tutkimuksellinen kontrolloitavuus voidaan taata? Samoin vähintään heikosti systeemisesti

⁴⁰ Honkasalo, *Suomen rikosoikeus. Yleiset opit: ensimmäinen osa*, s. 153.

jäsentyneiden oikeusperiaatesidonnaisten lainopin tulkintamatriisien yhteydessä – kuten perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin alaisuudessa, missä perusoikeuksia ilmentävät oikeusperiaatteet saavat etusijan muihin mahdollisiin periaatteisiin nähden, tai Juha Pöyhösen ideoiman oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön mallin yhteydessä, missä sopimusoikeudellinen kohtuusperiaate saa suhteellisen etusijan muihin periaatteisiin verrattuna – oikeudellisen argumentaation lopputulos on (vain) heikosti ennakoitavissa ja kontrolloitavissa. Samoin jonkin argumentin hyväksyminen tai torjuminen jonkin sen henkilön esittäjään liittyvän seikan vuoksi eli *ad hominem* -argumentaatio ei täytä tieteellisen perustelun vähimmäisvaatimuksia.

(8) *Epätyydyttävät kerronnalliset (loppu)ratkaisut* tyyliin *deus ex machina*, missä tutkimuksessa aiemmin esitetyt premissit ja niistä johdetut päätelmät siivutetaan pakotetun, ennalta valitun loppuratkaisun hyväksi.

Martti Koskenniemen teoksessa *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument* kansainvälisoikeudellinen argumentaatio osoittautuu keskenään tasavahvojen tai, ehkä oikeammin, yhtä heikkojen argumenttien kokonaisuudeksi, joiden avulla kiperät oikeudelliset ongelmat eivät ratkea: *non liquet*. Esimerkiksi valtion suvereniteettiargumentti soveltuu täsmälleen yhtä hyvin – ja täsmälleen yhtä heikosti – täysin vastakkaisten kantojen tueksi, eikä ratkaisua ole Koskenniemen mukaan löydettävissä aidosti kansainvälisoikeudellisten argumenttien avulla. *So far, so good* – kuitenkin kirjan päätösluvussa ”Beyond Objectivism” edellä taiten *dekonstruoitu* eli keskenään määritelmällisesti ristiriitaisten mutta ratkeamattomien käsitteellisten dikotomioiden kokonaisuudeksi osoitettu kansainvälisen oikeuden doktriini pelastetaan (engl.: *saving the phenomena*) ja kriittinen teoria elvytetään ”heikon normativismin” (engl.: *being normative in the small*), metodisen avoimuuden ja tilannesidonnaisen eli kontekstuaalisen oikeudenmukaisuuskäsityksen avulla.⁴¹ Mutta eikö Koskenniemen ehdottama uusi ja heikosti normatiivinen metanarratiivi eli eräänlainen Kelsenin puhtaalle oikeusopille käänteinen ”epäpuhdas oikeusoppi”, missä muunlaiset argumentit hyväksytään kansainvälisoikeudellisen päätöksenteon perustaksi mutta yleistettävissä olevat juridiset argumentit torjutaan, ole täsmälleen yhtä haavoittuva Koskenniemen ja Yhdysvaltain *Critical Legal Studies* -koulun metodiselle dekonstruktioille kuin perinteinen kansainvälisen oikeuden järjestelmä, jonka Koskenniemi siis otti oman dekonstrukttiivisen lukutapansa kohteeksi? – Koskenniemen myöhemmässä teoksessa *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870–1960* loppuratkaisuna esitetään toiveikas paluu kulttuuriseen formalismiin, joka kirjoittajan omien sanojen mukaan ei kuitenkaan eroa Kelsenin *Puhtaan oikeusopin* formalismista muutoin kuin enintään (postmodernin) ironisen asenteensa puolesta.⁴² Entä miten *tämä* tut-

⁴¹ Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, s. 458–501.

⁴² Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870–1960*, s. 494–509 ja etenkin s. 503–504 ja 508–509. Koskenniemi oli johtamani tutkijaseminaarin vieraana 6.11.2002 ja vastasi joukkoon ennalta valmisteltuja kysymyksiä, joita kansainvälisen oikeuden tutkijat Päivi Leino, Anja Lindroos ja Jarna Petman hänelle esittivät.

kijanpositio voisi välttää *From Apology to Utopia* -teoksen perusteleman metodisen dekonstruktion uhan? Sanotut kaksi teosta muodostavat argumentaation kehän, missä *From Apology to Utopia* toistuvasti purkaa ja hajottaa sitä oikeudellista formalismia, johon *The Gentle Civilizer of Nations* toiveikkaasti päättyy, ja *The Gentle Civilizer of Nations* puolestaan julistaa jälleen paluuta samaiseen oikeudelliseen formalismiin, jonka *From Apology to Utopia* jo osoitti katteettomaksi. Vain *From Apology to Utopia* -teoksen epäuskottava loppuratkaisu, missä kriittinen yhteiskuntateoria saa ”pelastaa maailman” antiikin Kreikan tragedian pakotetun *deus ex machina* -loppuratkaisun tavoin, rikkoo sanotun päättelyn kehän. Se on kuitenkin yhtä avoin sekä *From Apology to Utopia* -teoksen dekonstruktiiiviselle että *The Gentle Civilizer of Nations* -teoksen formalistiselle eli rekonstruktiiiviselle kritiikille.

(9) Tekstin sisäisen *perustelukohereenssin vajeet*, kuten tutkimuksellisesti perustellut päätelmät, joita kirjoittaja ei tee, tai esitetyille päätelmille välttämättömät premissit, joita kirjoittaja ei esitä, sekä lukijan hukuttaminen tarpeettomien yksityiskohtien tulvaan argumentaation kokonaisuuden, tekstin tutkimuksellisen polttopisteen ja tekstinarraation punaisen langan kustannuksella.

Lainopin tutkimuksissa *institutionaalinen oikeuslähdeoppi* tarjoaa esitetyille oikeudellisille tulkintakannanotoille vakioidun *tieto-opillisen referenssin* eli viitekohdan, johon esitetyt tulkinnat voimassa olevasta oikeudesta on voitava palauttaa, jotta olisi ylipäättään kyse oikeudellisesta tulkinnasta esimerkiksi moraalifilosofian tai oikeusteologian alaan kuuluvien pohdintojen sijaan. Instituutiosidonnaisten oikeudellisten argumenttien sivuuttaminen ja siirtyminen suoraan oikeudelliseen finalistiikkaan vaikkapa tulkinnan taloudellisten seurausten arvioimisen merkityksessä, ei täyttäisi oikeudellisen tulkinnan ja oikeudellisen perustelun vähimmäisvaatimuksia, olipa ehdotettu tulkinta taloustieteellisessä katsannossa miten perusteltu tahansa. Aleksander Peczenik on sen vuoksi oikeassa huomauttaessaan: ”Rättskällorna är dessutom relaterade till *begreppet* ’juridisk argumentation’. Det går inte att på en och samma gång förkasta alla eller nästan alla av dem och ändå argumentera *juridiskt*.”⁴³ – Kevät Nousiainen väitöskirjassa *Prosessin herruus. Länsimaisen oikeuden käytön ’modernille’ ominaisten piirteiden tarkastelua ja alueellista vertailua* jäsennetään modernin oikeusprosessin rakennetta ja sen edellyttämää *subjektikonstituutiota* yhtäältä John Locken empiirisen havaintosubjektin, toisaalta Immanuel Kantin transsendentaalisen oikeus- ja moraalisubjektin avulla. Analyysi jää kuitenkin vajaaksi, sillä modernin filosofisen subjektikäsitteen kolmas keskeinen ilmentymä jää puuttumaan teoksesta: *sjuet disciplinaire* eli yhtäältä kohdettaan ”tarkkailevien ja rankaisevien” kurinpidollisten käytäntöjen ja toisaalta uudenlaisen ihmistieteellisen tiedon epistemisesti konstituoi ma subjekti siinä kahtalaisessa merkityksessä, jonka ranskalaisfilosofi Michel Foucault’n ihmistieteiden genealogiassaan esitti, täydentää Locken ja Kantin subjektifilosofiaa oikeudellisessa kontekstissa.⁴⁴

⁴³ Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 226 (kursivoinnit Peczenikin).

⁴⁴ Ks. luku 9.8. ”Modernin oikeuden subjektikonstituutio: Locke – Kant – Foucault”; Foucault, *Tarkkailla ja rangaista, passim*.

(10) *Naturalistiset virhepäätelmät* eli *Humen giljotiinia* loukkaavat päätelmät tosiasioista arvoihin tai normeihin, ja kääntäen.

Filosofi Elizabeth Anscomben, John L. Austinin ja John R. Searlen sekä oikeudellisessa kontekstissa Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin analysoimat *institutionaaliset tosiasiat* ovat velvoittavien sääntöjen ja yhteiskunnallisten tosiasioiden yhdistelmiä. Ne eivät loukkaa *Humen lakia* eli *Humen giljotiinia*, koska niissä ei tehdä päätelmiä faktoista arvoihin tai normeihin, tai kääntäen, vaan niissä kvalifioidaan empiirisen todellisuuden ilmiöitä sääntösidonnaisten puhetekojen avulla, esimerkiksi oikeudellisen päätöksen antamisen tai lapsen kastamisen merkityksessä. Searle on itse puoltanut – virheelliseksi osoitettua – käsitystä, jonka mukaan institutionaaliset tosiasiat merkitsivät päättelyä tosiasioista normeihin. Hän ei havainnut, että esimerkiksi *lupauksen* käsitteeseen sisältyy jo käsitteellisesti normatiivinen ainesosa, jolloin lupauksen normatiivista velvoittavuutta arvioitaessa ei ole kyse päättelystä tosiasioista normeihin vaan yhdestä normatiivisesta asiantilasta toiseen.⁴⁵

(11) *Tutkimukselliset taitekohdat* tekstin erilaisten väite- ja perustelukontekstien välillä, kuten perustelemattomat tutkimukselliset loikat, hyppäykset tai siirtymät lainopin tulkinnallisesta tiedonintressistä oikeuden ihmis- ja yhteiskuntatieteelliseen analyysiin, ja kääntäen.

Lainoppi tutkii voimassa olevan oikeuden sääntöjä sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivia oikeusperiaatteita, kun taas oikeuden ihmis- ja yhteiskuntatieteellinen analyysi tarkastelee oikeudellisesti merkityksellisiä mentaalis-tajunnallisia faktoja ja yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan lainalaisuuksia esimerkiksi tuomarinsykologian tai todistajansykologian merkityksessä (= oikeuden ihmistieteet) sekä oikeuden yhteiskunnallisia vaikutuksia ja vaikutussuhteita (= oikeuden yhteiskuntatieteet) esimerkiksi lainsäädännön taloudellisten tai sosiaalisten vaikutusten arvioimisen merkityksessä. Tutkimuskohteen ja tiedonintressin erillisyyks perustelee myös sovellettavan tutkimusmetodin eriytyneisyyden, niin kuin olen edellä todennut,⁴⁶ eikä siirtymää oikeuden ihmis- ja yhteiskuntatieteistä lainoppiin voi tehdä ilman, että viimeksi mainitun epistemologiset ja metodologiset erityispiirteet – eli vallitseva institutionaalinen oikeuslähdeoppi ja oikeudelliset argumentaatiomallit – otetaan asianmukaisesti huomioon ja suhteutetaan oikeuden ihmis- ja yhteiskuntatieteiden tuottamaan tietoon todellisuudesta.

(12) *Ajatukselliset epäjatkuvuudet*, joissa omaksuttua tutkimusnäkökulmaa äkillisesti ja perustelematta vaihdetaan, samoin kuin perustelemattomat *aksiologiset* ja/tai *ideologiset siirtymät* tekstin merkitysrakenteissa, jolloin tosiasioiden arvottaminen muuttuu kesken tutkimuksen argumentaation.

⁴⁵ Vrt. Searle, *Speech Acts*, s. 175–198 (eli luku ”Deriving ‘Ought’ from ‘Is’”), missä Searle viittaa keskeisartikkeliinsa ”How to derive ‘ought’ from ‘is’?” vuodelta 1964 sekä vastaa sitä kohtaan esitettyyn kritiikkiin.

⁴⁶ Vrt. luku 3, ”Mitä oikeustiede on?”.

Panu Minkkisen *Thinking without Desire. A First Philosophy of Law* tarkastelee oikeutta Aristoteleen *ensimmäisen filosofian* eli filosofisen metafysiikan näkökulmasta. Keskeisinä lähteinä ovat olleet Aristoteleen ohella Immanuel Kant, Martin Heidegger ja Erik Wolf. Yksittäisinä lukukokemuksina kirjan luvut ovat kiinnostavaa luettavaa, ja (vain) sellaisina ne tulee lukeakin, sillä teoksen monografiamuoto johtaa lukijan harhaan. Itse asiassa on kyse eri yhteyksissä julkaistujen erillisartikkeleiden kokoelmasta, jotka on nyt saatettu väljän ”oikeus ja metafysiikka” -yhtenäisteeman alle. Kirjoittajan filosofiset sitoumukset saattavat lisäksi varsin yllättäen vaihtua kirjan luvusta toiseen siirryttäessä. Sen kahdessa ensimmäisessä luvussa, ”An Uncertain Science” ja ”A First Philosophy of Law”, Minkkinen perustelee *uuskantilaisittain* idean oikeustieteestä tutkimusalana, jonka tieteenfilosofinen oikeutus rakentuu tietoteorian keskeiskysymyksen – *miten tieto oikeudesta on mahdollinen?* – vaaraan Immanuel Kantin, Rudolf Stammlerin, Hans Kelsenin ja Gustav Radbruchin sekä oikeustieteen tieteellistä epävarmuutta korostavassa johdantoluvussa, Sigmund Freudin ja Jacques Lacanin, keskeistuotannon valossa. Teoksen kolmannessa ja neljännessä luvussa, ”In an Orderly World” ja ”Right Things to Come”, seuraa yllättävä siirtymä *oikeusfenomenologiaan* Adolf Reinachin, Alexandre Kojèven, Paul Amselekin, Werner Maihoferin, Carl Schmittin, Erik Wolfin sekä Martin Heideggerin *Oleminen ja aika* -teoksessa esittämän fundamentaaliontologian *olemiskysymyksen* (saks.: *Seinsfrage*) sekä oikeudellisessa asiayhteydessä, *oikeudessa-olemisen* (saks.: *Im-Rechtsein*; engl.: *Being-in-the-Law*) merkityksessä.⁴⁷ Heideggerin fundamentaaliontologian premissejä on filosofisesti mahdoton sovittaa yhteen uuskantilaisen epistemologian filosofisten lähtökohtien kanssa, joten Minkkisen näkökulma oikeuteen ja filosofiaan jakautuu tältä osin jyrkästi kahtia: yhtäältä oikeuden apriorista, itseannettua olemusta tarkastelemaan fundamentaaliontologiaan, toisaalta uuskantilaisittain määriteltyn oikeuden tietoteoriaan, joiden väliin jää vaikeasti ylitettävä filosofinen kuilu. – Kirjan ajatuksellinen jänne ulottuu samalla kiinnostavalla tavalla ”yhteiskuntakriittikistä teologiaan” eli Yhdysvaltain *Critical Legal Studies* -koulukunnasta Erik Wolfin oikeusteologian visioihin ihmisestä ja oikeudesta.

(13) Esitettyjen päätelmien *viimekätisten premissien* pulmallinen asema suhteessa niiden avulla vakioituun tai vakautettuun ja suljettuun käsite- tai argumenttijärjestelmään.

Mikä on *oikeus/ei-oikeus* tai *normi/fakta* -jaottelun viimekätisen erottelukriteerin, kuten Kelsenin transsendentaalis-loogisen perusnormin (saks.: *Grundnorm*) tai Hartin oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön (engl.: *ultimate rule of recognition*), itsensä luokittelu *oikeus/ei-oikeus* tai *normi/fakta* -merkityksessä?⁴⁸

⁴⁷ Minkkinen, *Thinking without Desire*, s. 9–47, 48–82.

⁴⁸ Ks. luku 9.12. ”Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia?”; Siltala, ”The Quest for the Ultimate Premises of the Law”, s. 420–423.

(14) *Ajatukselliset kuperkeikat*, missä palataan hyväksyvästi takaisin jo kerran virheelliseksi osoitettuun, kumottuun tai torjuttuun väitteeseen tai tutkimukselliseen premissiin.

Naisnäkökulmia oikeuteen -kirjassa Soile Pohjonen moittii perinteistä miehistä oikeusajattelua eli *maskuliinista perinsiippiä* erilaisten väkivaltaisten hierarkioiden ylläpitämisestä ja uusintamisesta, joita ”eläytyvään olemiseen” ja ”virtaavaan ajatteluun” perustuva *feminiininen perinsiippi* ei voi hyväksyä tai osaltaan toteuttaa. Yhtä kaikki, Pohjonen päätyy lopulta itsekin suosittamaan rikosoikeuden – eli väkivaltaisen ja väitetysti maskuliinista perinsiippiä toteuttaman hierarkia-ajattelun – käytön laajentamista yhteiskunnan reaktionä parisuhteessa tapahtuviin väkisinmakaamistapauksiin, jolloin tekstin argumentaatio on tehnyt täyden ajatuksellisen kuperkeikan.⁴⁹

(15) *Objektikielen ja metakielen tahaton yhteenkietoutuminen* tekstissä.

Valehtelijan paradoksi havainnollistaa objektikielen ja metakielen ongelmaa. Kun kreetalainen sanoo: ”kaikki kreetalaiset valehtelevat”, onko lause tosi vai epätosi? Toisaalta, oikeudellisessa diskurssissa objektikielen ja metakielen erottaminen ei ole ongelmatonta, koska tutkimuskohde eli voimassa oleva oikeus on paitsi *radikaalisti tulkinnanvarainen* myös määritelmällisesti *tekstisidonnainen* yhteiskunnallinen käytäntö, ja lainopin tulkintalauseiden avulla pyritään usein paitsi kuvaamaan voimassa olevan oikeuden tietynhetkistä tulkinnallista merkityssisältöä eli sitä, mitä oikeus on (lat.: *de lege lata*), myös aktiivisesti vaikuttamaan oikeuden vastaiseen tulkintaan eli siihen, mitä oikeuden kirjoittajan mielestä pitäisi olla (lat.: *de sententia ferenda*).

(16) *Semanttinen naivismi* eli perusteeton usko kielen ja todellisuuden täydelliseen, totuuden korrespondenssiteorian mukaiseen vastaavuuteen, kielellisten ilmausten läpinäkyvyyteen ja tyylillisten ratkaisujen merkityksettömyyteen sekä tekstin väistämättä *intertekstuaalisten* eli muihin teksteihin viittaavien ja tukeutuvien piirteiden kieltäminen.

Espanjalaisen Arturo Pérez-Reverten teoksessa *Yhdeksäs portti* varoitetaan naiivista tekstiluennasta: ”Se ei ollut helppoa, sanoin hänelle, sillä kirjallisuudessa ei koskaan ole selviä rajoja. Kaikki liittyy kaikkeen, asiat limittyvät ja lomittuvat toisiinsa muuttuen lopulta monimutkaiseksi intertekstuaaliseksi peliksi. Kirjallisuus on kuin peilien ja maatuskojen maailma: siinä eksaktien tulkintojen tekemiseen ja konkreettisten alkuperien osoittamiseen liittyy vaaroja, joille vain hyvin typerät tai hyvin itsekkäät tutkijat asettavat itsensä alttiiksi. Se on kuin sanoisi että Robert Gravesin tuotannossa näkyy *Quo Vadiksen* muttei Svetoniuksen tai Rhodoksen Apolloniuksen vaikutus. Minä puolestani tiedän vain sen, etten tiedä mitään. Ja kun minun pitää ottaa jostain asiasta selvää, etsin kirjoista, joiden muisti ei petä koskaan.”⁵⁰

⁴⁹ Pohjonen, ”Naiset, väkivalta ja rikosoikeus”, etenkin s. 173–175 ja 198–200.

⁵⁰ Arturo Pérez-Reverte, *Yhdeksäs portti eli Richelieun varjo*, s. 119.

(17) Tarkoitukselliset tai tahattomat *semanttiset monitulkintaisuudet*, joita kirjoittaja ei havaitse tai ainakaan ei hyödynnä.

Ranskan kielen termi *discipline* voi tarkoittaa yhtä hyvin sekä tieteenalaa että kurinpitoa, ja *assujetissement* voi tarkoittaa sekä subjektin muodostumista että vallankäytöllistä alistamista, mitä semanttista kaksitulkintaisuutta Michel Foucault hyödyntää taitavasti *Tarkkailla ja rangaista* -teoksen ranskankielisessä laitoksessa *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. Samoin ranskan kielen termi *sujet disciplinaire* voi tarkoittaa sekä erilaisten kurinpitokäytäntöjen muotoamaa että ihmistieteellisen tiedon konstituoiamaa subjektia.⁵¹

(18) *Kvasilingvistiset* ja *kvasietymologiset* argumentit, kuten kielen käsitteiden tai ”alkutermien” foneettisesta analyysistä tehdyt filosofiset päätelmät, sekä ilmeiset *käännösvirheet*.

Viittasin edellä Carl Schmittin saksankielen ”alkutermien” *Raum* ja *Meer* foneettisesta analyysistä tekemiin fenomenologisiin päätelmiin, joiden perusteltavuus osoittautui tieteellisen metodiopin vähimmäiskriteerien valossa vähintäänkin pulmalliseksi.⁵² – Thomas S. Kuhnin *The Structure of Scientific Revolutions* -teoksen suomenkielinen laitos, *Tieteellisten vallankumousten rakenne*, ei ole kaikin osin luotettavin mahdollinen. Omituisin käännösvirhe on kirjan sivulla 81: ”1500-luvun alussa yhä useampi Euroopan parhaista tähtitieteilijöistä oivalsi, että perinteisiin ongelmiinsa sovellettava astronominen paradigma oli pettämässä. Tämä havainto oli sen edellytys, että Kopernikus hylkäsi ptolemaiolaisen paradigman ja etsi sen tilalle uutta. Hänen kuuluisa esipuheensa on edelleen *valtiokriisin* klassisia kuvauksia.”⁵³ Alkutekstissä Kuhn toki käyttää ilmaisua *crisis state*, viitaten sillä kuitenkin tähtitieteen *kriisitilaan*, ei käännöstekstin virheellisesti tarkoittamaan valtiokriisiin.

(19) Itsetarkoituksellinen kielellinen vaikeaselkoisuus, *käsitteelliset labyrinthit*, idiosynkraattisen yksityiskielen ilmaisut ja muut kielelliset eksytykset.

Ludwig Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksen keskeispäätelmän voi hyvin yleistää oikeustieteen yhtä hyvin kuin minkä tahansa muunkin tieteelliseen kontrolloitavuuteen tähtäävän kielellisen käsitteellistämisen säännöksi:⁵⁴ ”Minkä ylipäänsä voi sanoa, sen voi sanoa selvästi, ja mistä ei voi puhua, siitä on vaiettava.” Selkeästi kirjoitettu on myös selkeästi ajateltu, ja kääntäen. – Se, mikä on kielellisesti yksiselitteistä ja mikä tietoisien vaikeaselkoista, on samalla suhteessa määrättyyn aikaan, kulttuuriin sekä oikeus- ja yhteiskuntakäsitykseen. Näin 2000-luvun kriteerein arvioituna 1970-luvun ja

⁵¹ Ks. luku 9.8. ”Modernin oikeuden subjektikonstituutio: Locke – Kant – Foucault”.

⁵² Minkkinen, *Thinking without Desire*, s. 61 *in fine*; vrt. tämän teoksen luku 7, ”Tieteellinen metodi”, sekä luku 9.9. ”Kielen ja maailman rajat, I: ’Oikeus, joka on kuin sementtiä ...’”.

⁵³ Kuhn, *Tieteellisten vallankumousten rakenne*, s. 81 (kursivointi lisätty). Vrt. sama, *The Structure of Scientific Revolutions*, s. 69.

⁵⁴ Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*, s. 3.

1980-luvun alun vaihtoehtoisen tai marxilaisen lainopin keskeiskäsitteet – kuten pääoma itseään uusintavana *transsendentaalisubjektina*, pääoman liikelakeja toteuttavat *vakioidut keskimääräissubjektit*, *olemus-ilmiö -kategorioiden* ilmentämä *'ekspressiivinen yhteys'* yhteiskunnan syvärakenteen ja muiden tasojen välillä sekä tasojen *suhteellinen itsenäisyys*, missä alemman tason ilmiöt 'leimaavat' ylemmän tason ilmiöitä mutta eivät niitä lopullisesti määrää, yhteiskunnallinen *arvomuo*, *oikeusmuoto* ja *fetissimuoto* sekä muut marxilaisen yhteiskuntafilosofian teoreettiset konstruktiot⁵⁵ – edellyttävät niiden taustalla olevan marxilaisen yhteiskuntakäsityksen varsin hyvää sisäistämistä. – Analyyttisen ja lingvistisen filosofian näkökulmasta mielekäs kysymys saattaisi sitä vastoin olla: ”Mitä oikein tarkoitat, kun (esimerkiksi) sanot, että ... *'oikeuden eri tasoille sijoittuvien ilmiöiden välillä vallitsee olemus-ilmiö -kategorioiden ilmentämä ekspressiivinen yhteys'*?”⁵⁶

(20) *Päättymättömään regressiin* eli loputtomaan taaksepäin palautuvaan perusteluketjuun johtavat argumentit.

Kelsen tunnetusti katkaisi A.J. Merklin ja hänen itsensä ideoiman oikeusnormihierarkian äärettömän takautuvan regression ylemmänasteisiin oikeusnormeihin *transsendentaalis-logi*sen *perusnormin* (saks.: *Grundnorm*) avulla, mutta perusnormin itsensä pulmallinen ontologinen status jäi vielä avoimeksi ja ratkaisematta.

(21) *Ajattelun taloudellisuuden lakia* eli *Occamin partaveistä* loukkaavat metafysiset oletukset tai muut lisäpremissit, jotka eivät ole tarpeen esitettyjen tutkimuksellisten väitteiden perustelemiseksi.

Usein ”vähemmän on enemmän” (engl.: *less is more*), ei: ”enemmän on enemmän” (engl.: *mess is more*). Riittävät perustelut ovat toisin sanoen riittävät, eikä tieteellistä tekstiä ole tarkoitus arvioida metrimitalla vaan esitettyjen päätelmien ja niiden tueksi esitettyjen perustelujen oikealla kohdentuvuudella ja vakuuttavuudella. Kielifilosofi John L. Austin tarvitsi vain kaksi tekstiriviä siihen, mihin joku toinen olisi tarvinnut useita hyllymetrejä: ”En voi sanoa, 'The cat is on the mat but I do not believe it is.' (= Kissa on matolla, mutta en usko, että se on.), tai 'I promise to do X but I am under no obligation to do it.' (= Lupaen menetellä tavalla X, mutta minulla ei ole mitään velvollisuutta toimia siten.), syyllistymättä käsitteelliseen ristiriitaan.”⁵⁷

(22) Kirjoittajan omien ja muilta lainattujen ajatusten sekoittuminen tekstissä, jolloin lukija ei kykene tekstin ja sen alaviitteiden kokonaisuudesta päätelemään, ”kuka puhuu”⁵⁸ eli kenen ajatuksista on kulloinkin kyse.

⁵⁵ Vrt. Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 1, s. 74–77; sama, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 2, s. 12–13; sama, *Oikeus, valta ja demokratia*, s. 26–27; sama, ”Ideologiatieteistä kriittiseen positivismiin”, s. 312–316.

⁵⁶ Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 1, s. 74.

⁵⁷ Austin, *How to Do Things with Words*, s. 48, 54.

⁵⁸ Kysymys, ”kuka puhuu?”, viittaa ranskalaisfilosofi Michel Foucault’n ihmistieteiden tiedonarkeo-logian keskeistematikkaan. Foucault, *L'ordre du discours*, *passim*.

On kahdenlaisia alaviitteitä, *dokumentoivia* ja *keskustelevia*. Edellisten tehtävänä on määrittää esitettyjen oikeudellisten väitteiden suhde opilliseen traditioon, ja jälkimmäiset jatkavat tekstin argumentaatiota sen petiitiillä painetussa osassa. Esitettyjen väitteiden dokumentoitavuus on *tieteellisen kontrolloitavuuden* perusedellytys, niin kuin edellä luvussa 7, ”Tieteellinen metodi”, perustelin.

(23) Erilaiset *rakenteellisen epätasapainon* ilmentymät tekstissä, kuten itse-tarkoituksellisen *teoriapöhhön* paisuttamat tahi puutteellisen oikeusteoreettisen tai tieteenteoreettisen reflektion näivettämät ja tutkimuksellisesti ohuet tekstikohdat; *ajatuksellisen keskiön ja marginaali(e)n* epävakaa ja perustelematon suhde tekstissä; itsetarkoitukselliset *tekstikollaašit*, missä kirjoittaja esittelee lopputtomiin erilaisia malleja, teorioita, käsitteitä, tulkintoja, metaforia tai analogioita ilman minkäänlaista kiinnekohtaa tekstin tutkimukselliseen jäsennykseen tai tekstinarraation punaiseen lankaan; *diskursiiviset tajunnanvirrat*, joissa oikeuden sanojen ja asioiden suhde on mennyt sijoiltaan James Joycen *Finnegans Waken*, Lewis Carrollin *Liisa*-kirjojen *nonsense*-runojen tai *beatnik*-runoilijoiden hengentuotteiden tavoin; epäitsenäiset *sitaattikokoelmat*, jotka eivät tue tutkimuksen keskeisargumentaatiota; sisällöllisesti tyhjät *tutkijaluetteloinnit* (engl.: *name-dropping*), joilla kirjoittaja pyrkii vain osoittamaan oppineisuuttaan ilman varsinaisia tutkimuksellisia päämääriä; *tutkimukselliset mantrat* eli vallitsevasta muotifilosofiasta poimitut termit, iskulauseet tai teoriakatkelmat, joita tekstissä itsetarkoituksellisesti toistellaan; *irralliset tekstirönsyt*, jotka eivät mitenkään tue varsinaista tutkimusteemaa sekä *tutkimukselliset väistöt* eli merkitsevät hiljaisuudet siinä, missä tutkijan omaehtoista kannanottoa nimenomaan edellytettäisiin.

Tieteelliset muotisuuntaukset vaihtelevat tiedeyhteisön kollektiivisten preferenssien ja torjuntajen mukaisesti, eikä tutkijan omakohtainen *tutkijanideologian* tai tutkimuksellisen näkökulman valinta ole loppuun asti rationaalisesti perusteltavissa. Kyse on viime kädessä *aksiologisesta* eli arvosidonnaisesta ja *yhteiskuntaideologisesta* eli poliittisesta valinnasta. Omaksuttua oikeus- ja yhteiskuntafilosofista lähtökohtaa tulisi kuitenkin soveltaa johdonmukaisesti, jottei tekstiin jää sisällöllistä epäyhtenäisyyttä. Marxilainen yhteiskuntateoria oli 1960-luvun lopun, 1970-luvun ja 1980-luvun alun muotiteoria myös oikeustieteessä. Niinpä marxilaisesta oikeus- ja yhteiskuntafilosofiasta omaksuttuja käsitteitä, teorioita, heuristisia malleja ja analyysimenetelmiä sovellettiin silloinkin, kun niiden selitysvoima ei aivan kantanut varsinaiseen tulkintajuridiikkaan asti tai kun marxilaisen yhteiskunta-analyysin tutkimuksellista potentiaalia ei jostain muusta syystä tahdottu täysimääräisesti hyödyntää.

(24) Tutkimuskohdetta *totalisoivat*, kaikelle ulkoiselle kritiikille määritelmällisesti immuunit tekstit tai teoriat, joiden todenperäisyyttä on mahdoton koetella eli todentaa eli verifioida tai kumota eli falsifioida, koska kaikki ajateltavissa

olevat vasta-argumentit on mahdollista tulkita sanotun teorian valossa sitä osaltaan tukeviksi argumenteiksi.

Psykoanalyttista teoriaa on usein syytetty määritelmällisestä immuniteetista ulkoiselle kritiikille, samoin kuin erilaisia uskonnollisia uskomusjärjestelmiä sekä Hegelin filosofian kaltaisia totaalisia maailmanselityksiä, joissa abso-luuttinen henki tai vastaava toimija toteuttaa itseään maailmanhistoriassa.

(25) *Performatiiviset ristiriidat*, jolloin kirjoittaja toimii itse räikeästi vastoin julistamiaan metodisia, tutkimuseettisiä tai muita tutkimuksen tekoon liittyviä periaatteita, esimerkiksi argumentaation avoimuuden tai kritiikin sallittuisuuden suhteen.

Performatiivinen ristiriita on läheistä sukua itsensä kumoavalle argumentille (engl.: *a self-defeating argument*), jota edellä kohdassa (3) käsittelin. Jos siis kirjoittaja julistautuu avoimen eli, asian habermasilaisittain ilmaisten, ”her-ruudesta vapaan” oikeudellisen diskurssin puoltajaksi, on lupa odottaa, että hän menettelee myös omissa kirjoituksissaan esittämänsä ideaalin mukaisesti.

Tieteellisen tekstin kirjoittaminen on varsin vaikea taitolaji, siinä missä sellai-sen lukeminenkin. Mitään yhtä ainoaa oikeaa tapaa kirjoittaa ei ole, kuten ei ole mitään yhtä ainoaa oikeaa tapaa lukea tieteellistä tai mitään muutakaan tekstiä. Kyse on vain ja ainoastaan kirjoittajan tekemien tutkimuksellisten sitoumusten ja kirjoitusprosessiin liittyvien valintojen perustelemisesta tai perusteltavuudesta lukijalle sekä tietenkin myös kirjoittajalle itselleen. Vaikka tekstiluennan lähtö-kohtana onkin hyväntahtoinen tekstin ja sen kirjoittajan julkilausuttujen motii-vien *parhain päin ymmärtäminen*, tekstin ajatukselliset katkokset, metodiset hal-keamat, sisäisen perustelukohereenssin vajeet ja muut mahdolliset ongelmakoh-dat eivät senkaltaisen lähestymistavan avulla löydy. Siksi myös tekstin *kriittisel-le lähiluvulle* on varattava oma sijansa oikeustieteen tutkijan työkalupakissa.

2. TUTKIJANPOSITION JÄLJILLÄ: OIKEUTEEN EI OLE ”NÄKÖKULMAA EI-MISTÄÄN”

Alla esitetyt kymmenen oikeudellisen metodiopin fragmenttia havainnollistavat tieteellisen tekstin kriittistä lähilukua. Niille on yhteistä kulloisenkin tutkimuk-sen *teoreettisen viitekehyyksen* eli sen tutkimuksellisten sitoumusten kriittinen arvioiminen. Oikeuteen ei ole, eikä voi olla, *näkökulmaa ei-mistään*, niin edellä perustelin amerikkalaisfilosofi Thomas Nagelin onnistunutta sanontaa lainaten. Niinpä alla olevissa teksteissä on kyse kirjoittajan oman *tutkijanposition* eli *tut-kijanäkökulman* paikantamisesta: mistä tutkimuksellisista lähtökohdista käsin

kirjoittaja esittää väitteensä ja mikä on kirjoittajan oman tutkijanposition suhde tekstissä esitettyihin väitteisiin? Lähiluvun kriittisyys viittaa ajatukseen myötäsukaisen, tekstiä parhain päin tulkitsevan lukutavan hylkäämisestä tekstin ajatuksellisten halkeamien, katkosten tai epäjatkuvuuksien sekä muiden mahdollisten ongelmakohtien tunnistamiseksi.

On tavallista, että tutkijan kerran omaksuma ja hyväksi havaitsema tutkimuksellinen ja kerronnallinen logiikka eli – hieman yksinkertaistaen – kerran omakuttu tapa tehdä tutkimusta toistuu ja kertautuu myös hänen myöhemmissä teksteissään, vaikka tutkimuskohde ja näennäisesti myös sovellettava analyysitapa vaihtuvatkin. Esimerkiksi Juha Pöyhösen väitöskirja *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* sekä hänen myöhempi teoksensa *Uusi varallisuusoi-keus* soveltavat ulkoisista eroavuuksista huolimatta varsin samankaltaista lähestymistapaa oikeuteen, missä olennaista on vakioidun ja kohdeneutraaliksi otak- sutun tutkimuksellisen kiintopisteen valinta sekä tutkimuskohteen tarkastelu sanottua referenssiä vasten, oli sitten kyse voimassa olevan sopimusoikeuden mal- lintamisesta *yleisen sopimusmallin* idean avulla tai eri sukupolvien perusoikeuk- sien välillä vallitsevien keskinäissuhteiden analyysistä kohdeneutraaleiksi oletet- tujen *yleisten horisontaalisten sidosperiaatteiden* eli vastavuoroisuuden, suh- teellisuuden ja yhdenvertaisuuden avulla.⁵⁹ Samoin esimerkiksi Kaarlo Tuorin teksteissä toistuu pyrkimys keskenään vastakkaisten ja ristiriitaisten tutkimuk- sellisten sitoumusten yhdistämiseen, oli sitten kyse kaksiosaisen väitöskirjapro- jektin *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta, 1–2* sisäisestä jännitteestä yh- täältä Sakari Hännisen edustaman marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntakäsityksen sekä keskeisin osin vallitsevan eli porvarillisen tulkintalainopin sitoumusten vä- lillä⁶⁰ tai myöhemmän *Kriittinen oikeuspositivismi* -teoksen sisäisestä jännitteestä yhtäältä tahdonvaltaisen ja positivistisen sekä toisaalta aidon moraaliperustai- sen sisältökritiikin mahdollistavan oikeuskäsityksen välillä.⁶¹

Minkäpä tiikeri raidoilleen mahtaa! Kirja on aina tekijänsä näköinen. Tark- kaavainen lukija havainnee nopeasti myös itse soveltamani dekonstruktivisen lukutavan sisäiset lainalaisuudet.

⁵⁹ Vrt. luvut 9.3. ”Sopimusmalliajattelun piilevät premissit” ja 9.6. ”Perusoikeusjärjestelmän sisäinen logiikka”.

⁶⁰ *The lure of the mainstream*: ”Komitealaitosta koskevia positiivisoikeudellisia ongelmia eritel- lessäni tukeudun totunnaiseen lainopilliseen argumentointitapaan ja -aineistoon, painottaen tosin ehkä tavallista enemmän reaaliargumentteja; vaihtoehtoista lainoppia tutkimukseni ei ainakaan pääosiltaan ole. Vaikka en kaikissa yhteyksissä ole samaa mieltä ns. vallitsevan doktriinin kanssa, pysyttäydyn kantojani perustellessani totunnaisten lainopillisten diskurssisääntöjen rajoittamalla alueella.” Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 2, s. 24–25; vrt. Tuori, ”Ideologikritiik- kistä kriittiseen positivismiin”, s. 314 *in fine*.

⁶¹ Vrt. luku 9.5. ”Mistä puhumme, kun puhumme oikeudesta?”.

Olen valinnut paikoin kriittisestikin arvioimani tekstit viimeaikaisen oikeus(teoria)kirjallisuuden keskiöstä, en sen katvealueilta tai unohdetuista marginaaleista. Juha Pöyhönen on osoittautunut innovatiiviseksi ja uusia ajatuspolkuja avaavaksi kirjoittajaksi, joten käsittelen ensinnä hänen väitöskirjaansa *Sopimus-oikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, joka perustelee oikeusperiaatteiden merkityksen suomalaisessa sopimusoikeudessa. Markku Helinin väitöskirjaa *Lainoppi ja metafysiikka* pidetään – mielestäni syystäkin – onnistuneena oikeustieteellisenä tutkimuksena, ja sanotussa teoksessa hän tarkastelee suomalaisen lainopin tutkimuksellista siirtymää käsitelainopista analyyttiseen siviililainoppiin. Kaarlo Tuori on vaikuttanut syvällisesti viimeaikaiseen suomalaiseen oikeuskeskusteluun kehittämänsä oikeuden ja yhteiskunnan monitasomallin avulla, ja teosta *Kriittinen oikeuspositivismi* on kiiteltä sen pyrkimyksestä ylittää perinteisen oikeuspositivismin käsitteelliset ja metodiset rajat.⁶² Tapio Määtän väitöskirja *Maanomistusoikeus* on kiinnostava yritys ylittää analyyttisen omistusoikeuskäsitteen metodiset rajoitukset luonnonoikeusfilosofian tai, oikeammin, oikeusfenomenologian keskeisajatusten avulla. Kevät Nousiainen kuuluu naisoikeustutkimuksen keskeisiin edustajiin maassamme, joskin hänen väitöskirjansa *Prosessin herruus* toteuttaa vielä perinteisempää aatehistoriallista lähestymistapaa oikeuteen. Nousiainen jäsentää modernin oikeuden subjekti-konstituutiota muun muassa John Locken ja Immanuel Kantin ajatusten avulla. Juha Pöyhösen *Uusi varallisuus-oikeus* hahmottaa uudenlaista, perusoikeuslähtöistä näkökulmaa varallisuus-oikeuteen. *Oikeuden polysentria* -tutkimusprojekti on perustellut kunnianhimoisen ja radikaalilla tavalla totutusta poikkeavan näkökulman oikeuden ontologiaan ja oikeudelliseen etiikkaan. Lisäksi arvioin itävaltalaisfilosofi Ludwig Wittgensteinin perusmetriargumenttia sekä H.L.A. Hartin oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön (engl.: *rule of recognition*) itsensä pulmallista ontologiaa.

Arvioin sanottuja kirjoituksia yksinomaan niiden *tutkimuksellisten* ansioiden ja puutteiden valossa, sivuuttaen niiden yhteiskuntaideologiset, aksiologiset, poliittiset, kirjoittajan henkilöön liittyvät tai mahdolliset muut ansiot. Teksti on sen vuoksi poikkeuksellisen suoraa, ilman (ainakaan tietoista) ideologista puoltoa, sortoa tai muutakaan vinoumaa, missä tekstiä arvotettaisiin olennaisesti muiden kuin tässä teoksessa edellä esitettyjen tieteellisten kriteerien perusteella. Taustajatuksena tekstien valinnassa on ollut oletus, että professoritason tutkijat, jollaisia kaikki alla kommentoidut suomalaiset kirjoittajat ovat, kestävät myös oman tekstinsä kriittisen analyysin parhaiten. Virkaansa pysyvästi nimetty professori ei saa olla yhtä herkkähipiäinen kuin sadun prinsessa, joka tuns sänkyyn laitettun

⁶² Helin, ”Kriittinen oikeuspositivismi”, *passim*; Tolonen, ”Oikeuden tasot ja toiminnot”, *passim*; vrt. Tuori, ”Opetuksia ja väärinkäsityksiä”, s. 314–323.

herneen pistävänä kipuna kyljessään aina 20 höyhenpatjan lävitse. Vastavalmistuneen, alalle vasta pyrkivän kirjoittajan tekstiä en alistaisi yhtä ankaran kritiikin kohteeksi: *quod licet bovi, non licet Iovi*.

Roomalainen sanonta kuuluu tietenkin oikeasti käänteisesti: *quod licet Iovi, non licet bovi* – ”se, mikä on sallittua [roomalaisten jumalalle] Iuppiterille, ei ole sallittua härälle.” Jumalilla on toisin sanoen omat lakinsa, kuolevaisilla omansa. Tässä tutkimuksellisessa kontekstissa olen kääntänyt sanonnan toisin päin. Pysyvästi virkaansa nimitetyn professorin virkaan liittyy kosolti valtaa vastaisen tutkijarahoituksen kohdentamiseen ja nuorempien tutkijoiden tieteellisten ansioiden arviointiin liittyen, mikä merkitsee samalla vastuuta monimuotoisen ja kriittisen tutkimuksen jatkuvuudesta.

Termi *kritiikki* saa nyt eri merkityksen kuin suomalaisessa kriittisen oikeusopin traditiossa. Kyse ei ole oikeuden ideologiakritiikistä *vaihtoehtoisen lainopin* avoimen marxilaisen, Frankfurtin koulun kriittisen teorian tai poliittisesti tiedostavien italialaistuomarien *uso alternativo del diritto* -ideologian valossa tulkittun vasemmistolaisen oikeus- ja yhteiskuntaideologian merkityksessä; *sosiaalisen siviilioikeuden* hyvinvointivaltiollisen, aineellisten resurssien uusjakoon pyrkivän tutkimustavan merkityksessä; *naisoikeustutkimuksen* feministisen oikeus- ja yhteiskuntakritiikin merkityksessä; tai *kriittisen oikeuspositivismin* edustaman porvarillisen oikeuden immanentin kritiikin merkityksessä. Kyse on sen sijaan oikeustieteellisten tekstien *kriittisestä lähiluvusta* ja etenkin niiden piilevien tieteenteoreettisten sitoumusten tarkastelusta. Vaikka termiä *filosofinen dekonstruktio* ei aina ääneen lausuta, toteuttamani oikeudellisten tekstien kriittinen lähiluenta on saanut vaikutteita ranskalaisfilosofi Jacques Derridan ajattelusta. Filosofisen dekonstruktion mottona on Derridan komea lausuma:⁶³

”... the unlimited right to ask any question, to suspect all dogmatism, to analyze every presupposition, even those of the ethics or the politics of responsibility.”

Tutkijalle sallittujen kysymysten alaa ei siis ole ennalta rajattu, vaan tutkijalla on rajoittamaton oikeus esittää mikä tahansa tutkimuksellisesti perusteltu kysymys, oikeus epäillä kaikkea älyllistä dogmatismia sekä oikeus alistaa mikä tahansa tutkimuksellinen ennako-oletama kriittisen tarkasteltun kohteeksi, oli sitten kyse vaikkapa yhteiskunnallisen vastuun eettisistä ja poliittisista – tai oikeudellisista – perusteista.

Väitöskirjassaan *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* Juha

⁶³ Derrida, *On the Name*, s. 28. Valitsin Jacques Derridan alun perin kirjallisuutta koskeneen lausahduksen väitöskirjani *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to A Post-Analytical Philosophy of Law* motoksi.

Pöyhönen analysoi sopimusoikeutta *sopimusmallin* idean avulla. Sopimusmalli on oikeudellinen systematisointi- ja tulkintaskaema, jonka avulla yksityisoikeudellinen sopimus ja siihen liitetyt oikeusvaikutukset ovat konstituoitavissa. Sopimusmalli on Pöyhösen mukaan *oikeudellisten peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktioiden* kokonaisuus, ja sen avulla määritetään muun muassa se, mikä on tietyssä tilanteessa pääsääntö ja mikä suhteessa suppeammin tulkittava poikkeus pääsääntöön. Sopimusmallin yleinen idea, muoto tai rakenne on tarkoitettu tutkimuksen kohdeneutraaliksi referenssiksi eli viitekohdaksi suhteessa siihen aineelliseen sisältöön, jonka se voi saada Pöyhösen lähemmin analysoimien sopimus-oikeudellisen tahtomallin, luottamusmallin, oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön ja sopimustasapainon mallin (eli kohtuusmallin) sekä heikomman sopijapuolen hyvittämisen mallin merkityksessä. Oikeuteen ei ole *näkökulmaa ei-mistään*, joten arvioin alla sitä, millainen *esioikeudellinen* sopimuskäsitys on jo piilevästi sisäänrakennettuna Pöyhösen sopimusmallin yleiseksi ja kohdeneutraaliksi jäsennykseksi tarkoitettuun sopimusmallin ideaan.

Väitöskirjassaan *Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960* Markku Helin jäljittää skandinaavisen oikeusrealismin vaikutusta suomalaiseen lainoppiin. Teoksen ajatuksellinen jänneväli ulottuu filosofi Axel Hägerströmin todellisuuden teoriasta Karl Popperin *maailma 3:n* ja John Searlen institutionaalisten eli sääntösidonnaisten faktojen ontologiaan, joiden väliin kertomus skandinaavisen oikeusrealismin ja suomalaisen lainopin tieteenkuvasta sijoittuu. Kirjan teoreettinen viitekehys tukeutuu Thomas S. Kuhnin tieteen sosiologiassa esitettyyn tutkimusparadigman eli tieteenkuvan käsitteeseen. *Tieteenkuva* tarkoittaa määrätyn tieteenalan omaksumien ontologisten, metodologisten, käsitteellisten ja arvoja koskevien sitoumusten kokonaisuutta. ”Paradigma tarjoaa tutkijalle ontologian, arvot ja metodit, jotka osoittavat hyväksyttävän tavan tehdä tutkimusta”, Helin kirjoittaa. Mutta tieteenkuvan voi Kuhnin mukaan määritellä myös toisin, esimerkinomaisena malliratkaisuna tai eräänlaisena ”prejudikaattina”, jota tutkimusalalla tavanomaisesti seurataan. Kuhn itse painotti jälkimmäistä tulkintaa tieteenkuvasta.

Helinin tutkimus etenee samalla jommallakummalla tai molemmilla kahdesta tarkastelu- tai abstraktiotasoista, joista kumpikin toteuttaa ratkaisevasti erilaista tiedonintressiä. On kyse valinnasta, Helinin terminologiaa lainatakseni, yhtäältä filosofin tai muun tutkijan *reflektoidun teoreettisen tiedon*, toisaalta käytännön lainoppineen *hiljaisen tekijän tiedon* välillä. ”’Hiljainen tekijän tieto’ voi joskus olla reflektoitua teoreettista tietoa parempaa”, niin kuin Helin päättelee kirjan kokoavassa loppuluvussa, mutta miten kirjoittajan oma tutkijanäkökulma on sijoitettavissa suhteessa sanottuun oikeudellisen tiedon ja tiedonintressin kahtiajakoon? Axel Hägerströmin ja hänen seuraajiensa vaativa tieteenfilosofia ei Helinin itsensä mukaan tavoittanut suomalaisia lainoppineita, jotka tyytyivät skandi-

naavisen realismin ja etenkin Alf Rossin välittämään opilliseen traditioon, ja Upsalan koulun tieteenteoria sai väistyä juristien käytännönläheisemmän tiedonintressin tieltä. Entä toteuttaako Helinin oma kertomus skandinaavisesta oikeusrealismista ja sen vaikutuksista suomalaiseen lainoppiin itsessään tutkijan teoreettista tiedonintressiä vaiko lainopin harjoittajan praktista, hiljaisen tekijän tiedon mukaista tiedonintressiä?

Kaarlo Tuorin *Kriittinen oikeuspositivismi* on kunnianhimoinen yritys toteuttaa samalla kertaa positivistinen ja kriittinen teoria oikeudesta. Tuori kritisoi Hans Kelsenin ja H.L.A. Hartin ”traditionaalista” eli analyttistä oikeuspositivismia, joka ei hänen mukaansa kykene vastaamaan kahteen keskeiseen oikeusteorian kysymykseen: yhtäältä kysymykseen oikeuden *rajoista* ja toisaalta kysymykseen oikeuden *hyväksyttävyyden* eli legitiimisyyden kriteereistä. Tuori sitoutuu teoksessa myös Frankfurtin koulukunnan esittämään ajatukseen *immanentistä kritiikistä*, jonka mukaan tutkimuskohde, voimassa oleva oikeus, tarjoaa itse välineet ja mittapuut omalle kritiikilleen.⁶⁴

”Kriittisen positivismin ohjelmassa kritiikki on immanenttia, kuten sen oli määrä olla marxilaisväritteisessä ideologiakritiikissäkin: *kohde itse, oikeus, tarjoaa välineet ja mittapuut omalle kritiikilleen*. Kriittisen positivismin ohjelmassa kritiikin immanentti luonne on jotain, mihin sen pakottaa jo positiivisuus modernin oikeuden tunnusmerkkinä. Positiivisena oikeutena moderni oikeus sallii itseään kritikoitavan vain sisältä käsin. Positiivinen oikeus ei tunnusta ulkopuolisen kritiikin oikeudellista relevanssia; tämän havaitsi jo Kelsen.”

Otsikoinniltaan Raymond Carver -vaikutteisessa luvussa ”Mistä puhumme, kun puhumme oikeudesta?” käännän Tuorin (ja Frankfurtin koulun) immanentin kritiikin ohjelman sen itsensä edellyttämällä tavalla ”sisäänpäin”, kohdistuen siis nyt kriittisen oikeuspositivismin teoriaan itseensä: mitkä ovat *oikeuden rajat* kriittisessä oikeuspositivismissa, ja miten hyvin kriittinen oikeuspositivismi kykenee itse vastaamaan oikeuden sisällöllisen *hyväksyttävyyden*, *kriittisyyden* ja *legitiimisyyden* haasteeseen? Onko teoria, joka pyrkii yhdistämään positivistisen oikeuskäsityksen perustavan tahdonvaltaisuuden sekä aidosti kriittisen oikeus-tutkimuksen keskenään, vakaa tutkijanpositio? Voiko oikeusteoria olla samanlaisesti positivistinen ja kriittinen ilman, että yhdestä tai toisesta joudutaan väistämättä tinkimään?

Juha Pöyhösen kirja *Uusi varallisuus-oikeus* on merkittävä tutkimuksellinen puheenvuoro *perusoikeuskeskeisen* oikeudellisen tulkinnan, systematisoinnin ja punninnan suuntaan. Pöyhönen perustelee kannan, jonka mukaan *vastavuoroisuus*, *yhdenvertaisuus* ja *suhteellisuus* ovat vallitsevan eli voimassa olevan perus-

⁶⁴ Tuori, ”Ideologiakritiikistä kriittiseen positivismiin”, s. 324 (kursivointi lisätty).

tuslain hyväksymän perusoikeusjärjestelmän kolme horisontaalista sidosperiaa-
 tetta. Perusoikeudet on tapana jakaa kolmen (tai neljän) eri sukupolven perusoi-
 keuksiin: (1) suojattuihin vapausoikeuksiin kuten hengen, terveyden, omaisuu-
 den ja yksityisyyden suojaan, (2) TSS-oikeuksiin eli taloudellisiin, sosiaalisiin ja
 sivistyksellisiin oikeuksiin sekä (3) aidosti yhteisöllisiin, kollektiivisiin oikeuk-
 siin, kuten vähemmistöryhmien oikeuksiin, ympäristöä koskeviin oikeuksiin tai
 etnisten ryhmien oikeuteen omaehtoiseen kulttuuriin. Luontoa koskevat oikeudet
 erotetaan vielä joskus omaksi ryhmäkseen, kuten oikeus kestävään kehitykseen
 ja eläinten oikeudet.

Perusoikeudet muodostavat perusoikeusjärjestelmän, niin kuin Pöyhönen oi-
 kein toteaa, mutta missä mielessä vastavuoroisuus, yhdenvertaisuus ja suhteelli-
 suus ovat Pöyhösen tarkoittamalla tavalla *koko perusoikeusjärjestelmää* koossa-
 pitävät horisontaaliset sidosperiaatteet? Mitä voi olla vastavuoroisuus sovellettu-
 na toisen sukupolven TSS-oikeuksiin, kolmannen sukupolven aidosti yhteisölli-
 siin oikeuksiin tai luontoa koskeviin oikeuksiin? Luvussa ”Perusoikeusjärjestel-
 män sisäinen logiikka” on jälleen kyse kirjoittajan oman tutkijanposition epistee-
 misten ja metodisten reunaehtoien jäljittämisestä: noudattavatko toisen sukupol-
 ven hyvinvointivaltiolliset perusoikeudet sekä kolmannen (ja neljännen) suku-
 polven aidosti kollektiiviset perusoikeudet samanlaista systeemistä logiikkaa
 kuin ensimmäisen sukupolven suojatut vapausoikeudet?

Tapio Määtän väitöskirjatutkimus *Maanomistusoikeus. Tutkimus maanomis-
 tusparadigmoista maaomaisuuden käytön ympäristöoikeudellisen sääntelyn nä-
 kökulmasta* perustelee poikkeuksellisen kiinnostavan näkökulman maanomistus-
 ja ympäristöoikeuteen. Lähtökohtana on Simo Zittingin jo 1950-luvulla esittele-
 mä omistusoikeuskäsitteen esineoikeudellinen ja vahvasti analyyttinen jako tek-
 nisiin alaelementteihin omistajan suojatun käyttövapauden, disponointikompe-
 tenssin ja määrätynasteisen dynaamisen suojan merkityksessä. Määttä riitauttaa
 analyyttisen lähestymistavan soveltuvuuden maanomistusoikeuteen sen tutki-
 muskohteen ympäristöoikeudellisten erityispiirteiden vuoksi. Niinpä hän perus-
 telee vahvan väitteen, jonka mukaan maanomistuskäsitteeseen kuuluu myös
apriorinen eli lainsäädäntöä edeltävä, *luonnonoikeudellinen* tai, oikeammin,
fenomenologinen elementti omistusoikeuden kollektiivisen historiallisen alkupe-
 rän, syvärakenteen justifikaation, erilaisten opillisten kerrostumien sekä biolo-
 gis-etologisten perusteiden nojalla. Teoksen jälkimmäisessä, soveltavassa osassa
 Määttä tarkastelee maanomistusoikeutta systemaattisesti oikeudellisena institu-
 tion voimassa olevan oikeusnormiston valossa. Luvussa ”Analyyttinen omis-
 tusoikeuskäsitys ja sen luonnonoikeudelliset rajoitukset” arvioin Määtän itsensä
 soveltamaa omistusoikeusparadigmaa: onko Määtän omaksuma tutkimuspara-
 digma analyyttinen vaiko luonnonoikeudellisen tarkastelutavan mukainen?

Kevät Nousiainen on naisoikeustutkimuksen keskeisiä edustajia maassamme,
 mutta hänen väitöskirjansa *Prosessin herruus. Länsimaisen oikeudenkäytön*

’modernille’ ominaisten piirteiden tarkastelua ja alueellista vertailua edustaa vielä yleisemmin oikeus- ja aatehistoriallista tutkimusotetta. Sen teoreettinen viitekehys rakentuu muun muassa Max Weberin sosiologian ideaalityyppitarkastelun sekä ranskalaisfilosofi Michel Foucault’n ihmistieteiden tiedonarkeologian varaan. Nousiainen jäljittää teoksessa modernin subjektin syntyedellytyksiä eli *subjektikonstituutiota* osana oikeudellista modernisaatioprosessia. John Locken *tabula rasa* -filosofia on *empiirisen* tiedon ja sitä vastaavan empiirisen subjektikäsitteen syntyedellytys, kun taas *transsendentaalinen*, oikeudellis-moraalinen subjektin näki päivänvalon vasta Königsbergin suuren ajattelijan, Immanuel Kantin, filosofisen tuotannon myötä. Nousiainen kytkee Locken filosofian *common law* -oikeuden *jury*-laitoksen ilmentämään empiiriseen tietokäsitykseen, kun taas vasta Kantin transsendentaalifilosofia teki oikeudellisen ja moraalisin subjektin synnyn mahdolliseksi. Nousiainen tieto-opillinen narratiivi etenee sujuvasti Lockesta Kantiin, mutta kertomus modernin, oikeudellisesti merkityksellisen subjektin konstituutiosta katkeaa äkillisesti kesken, kun eräs kolmas keskeinen subjektifilosofi on unohtunut sen ulkopuolelle. Tulkinnallisesta johtoa oikeudellisen ja filosofisen subjektikonstituution myöhempiin vaiheisiin onkin haettava Michel Foucault’n vallankäytön genealogiaa kartoittavista kirjoituksista, kuten *Tarkkailla ja rangaista* -teoksesta.

Ari Hirvosen toimittama teos *Polycentricity. The Multiple Scences of Law* on kiinnostava keskustelunavaus moniäänisen ja hajautuneen eli *polysentrisen* oikeuskäsityksen suuntaan, joka Lars D. Erikssonin, Ari Hirvosen, Panu Minkkisen ja Juha Pöyhösen mukaan saa syrjäyttää perinteisen eli oikeuspositivistisen oikeusajattelun monotonisen yksiiäänisyyden ja systeemisen suljettuisuuden. Kaksisaisessa kirjoituksessani ”Kielen ja maailman rajat” tarkastelen sanottua teosta kahdesta erillisestä näkökulmasta, joita molempia yhdistää kielen ja todellisuuden keskinäissuhteen arviointi. Luvussa ”Kielen ja maailman rajat, I: ’Oikeus, joka on kuin sementtiä ...’” arvioin ruotsalaisen tutkijan Håkan Gustafssonin artikkelia ”Immanence of Law”, joka rinnastaa kiinnostavalla tavalla Hans Kelsenin ja Baruch Spinozan ajattelun tietyt elementit keskenään. Keskityn tekstissä kirjoittajan hyödyntämään käsitteellis-foneettiseen argumenttiin sekä siitä tehtäviin päätelmiin: ranskankielen *commencement* (= alku, aloitus) ääntyy foneettisesti samoin kuin *comment se ment?* (= ”miten valehdellaan?”). Oman tekstini metodisena lähtökohtana ovat Alf Rossin klassinen ”Tû-Tû” -artikkeli sekä filosofi Ludwig Wittgensteinin ajatus kielen rajoista, joita (oikeus)filosofisenkaan ajattelun ei ole syytä rikkoa. Jälkimmäisessä luvussa ”Kielen ja maailman rajat, II: Polysentrisen oikeuden manifesti” arvioin Lars D. Erikssonin, Ari Hirvosen, Panu Minkkisen ja Juha Pöyhösen esittämää viisikohtaista ohjelmanjulistusta, ”Introduction: A Polytical Manifesto”, sekä sen suhdetta yhtäältä polysentrisen ja toisaalta monosentrisen oikeuden ideaan. Molemmat kirjoitukset, ”Kielen ja maailman rajat, I: ’Oikeus, joka on kuin sementtiä ...’” ja ”Kielen ja maailman

rajat, II: Polysentrisen oikeuden manifesti” perustuvat *Polycentricity. The Multiple Scences of Law* -teosta koskevaan kirja-arvosteluuni, jonka keskeisargumentaatiota olen tässä jatkanut.⁶⁵

Luku ”Metrin pituudesta” perustuu väitöskirjani ohjaajan, professori Aulis Aarnion kanssa käymääni lyhyeen wittgensteinilaiseen ajatustenvaihtoon 1990-luvun lopulla. Aarnio kirjoitti *lectio praecursoriaani* ”The Quest for the Ultimate Premises of the Law”⁶⁶ kriittisen vastineen otsikolla ”Oikeusfilosofi kevätjäljälä”.⁶⁷ Aarnio nosti esiin filosofi Ludwig Wittgensteinin perusmetrin pituutta koskevan argumentin, jonka pätevyyden olin väitöskirjassani *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law* riittauttanut. Wittgenstein kirjoitti:⁶⁸

”On olemassa yksi esine, josta ei voi väittää, että se on 1 metrin pituinen, eikä, että se ei ole 1 metrin pituinen: Tämä esine on Pariisissa säilytettävä perusmetri. – Näin sanoessamme emme ole tietenkään liittäneet tähän esineeseen mitään merkillistä ominaisuutta, vaan ainoastaan luonnehtineet sen omalaatuista roolia metrimittalla tapahtuvalla mittaamisen pelissä. – Kuvitelkaamme sitten, että vastaavalla tavalla kuin perusmetriä Pariisissa säilytettäisiin myös värin malleja. Niinpä määrittelemme: ’Seepia’ on siellä ilmatiiviissä tilassa säilytetyn perusseepian väri. Silloin ei olisi mieltä väittää tästä mallista, että sillä on tai että sillä ei ole tätä väriä.”

Aarnio puolusti Wittgensteinin kantaa omaa tulkintaani vasten. Hänen kriittinen puheenvuoronsa tarjosi oivan tilaisuuden perusmetriargumentin edelleen kehittelyyn Wittgensteinin postuumisti julkaistun *Varmuudesta*-kirjan ajatusten pohjalta. Sanotussa teoksessa Wittgenstein pohti senkaltaisten filosofi G.E. Mooren ajatuksiin palautuvien lauseiden totuusarvoa kuin ”Tiedän että maa on ollut olemassa jo kauan ennen syntymääni.”⁶⁹ tai ”Tiedän, etten ole koskaan käynyt kuussa.”⁷⁰ Niissä ei Wittgensteinin mukaan ole lainkaan kyse *propositio-naalisesta* totuudesta tai epätotuudesta vaan *esitiedollisesta varmuudesta*, johon *tosilepäatosi* -kvaliteetti ei lainkaan sovellu. Niissä on toisin sanoen kyse vallitsevan maailmankuvan viimekätisistä perusteista eli tietoteorian lukituista ajatuksellisista koordinaateista, jotka rinnastuvat foucault’laisen tiedonarkeologian keskeiskäsitteeseen *historiallinen a priori* (ransk.: *épistémè*). Mikä on Pariisin perusmetrin tai sen nykyisen, valon tyhjiön nopeuden avulla määritellyn pituusmittaamisen viimekätisen referenssin itsensä ontologinen ja epistemologinen status?

⁶⁵ Siltala, ”’Sateenkaaren tuolla puolen’ – polysentrisen oikeuden manifesti”, s. 306–313.

⁶⁶ Siltala, ”The Quest for the Ultimate Premises of the Law”, s. 420–423.

⁶⁷ Aarnio, ”Oikeusfilosofi kevätjäljälä”, s. 75–77.

⁶⁸ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, § 50 (s. 55).

⁶⁹ Wittgenstein, *Varmuudesta*, § 84 (s. 48) *et seq.*

⁷⁰ Wittgenstein, *Varmuudesta*, § 111 (s. 54).

Englantilainen H.L.A. Hart (1907–1992) on itävaltalaisen Hans Kelsenin ohella merkittävimpiä 1900-luvun analyttisen oikeuspositivismin edustajia. Oikeuden viimekätinen *tunnistamissääntö* (engl.: *ultimate rule of recognition*) on hänen oikeusteoriaansa kulmakivi ja eräänlainen empiiris-sosiologisesti määriteltä vastine Kelsenin puhtaan oikeusopin transsendentaalis-loogiselle perusnormikonstruktiolle. Tunnistamissäännön avulla tuomarit ja muut lainsoveltajat kykenevät tunnistamaan voimassa olevan oikeuden säännöt ja erottamaan ne kaikesta, mikä ei ole oikeutta, esimerkiksi yhteiskuntamoraalin, uskonnon tai tapaetikein käyttäytymissääntöjen merkityksessä. Mutta onko tunnistamissääntö oikeus/eioikeus -differentiaation perimmäisenä rajakriteerinä itse *velvoittava (oikeus-)sääntö*, niin kuin Hartin sääntökeskeinen terminologia ja selväsanaisesti oikeuspositivistinen lähtökohta tuntuisivat edellyttävän, vai onko kyse vain *yhteiskunnallisesta tosiasia*stä tuomarien ja muiden viranomaisten keskuudessa tosiasialisesti vallitsevan, sinänsä kontingentin säännönmukaisuuden merkityksessä? Tarkkanäköisenä kirjoittajana Hart esitti kysymyksen tunnistamissäännön itsensä ontologiasta *The Concept of Law* -teoksessa, kykenemättä kuitenkaan antamaan siihen tyydyttävää vastausta.

Kuten edellä Wittgensteinin perusmetriargumenttia arvioitaessa, kyse on jälleen määrätynlaisen, tietyt ”sanat” ja ”asiat” yhteenliittävän filosofisen luokittelujärjestelmän viimekätisten premissien pulmallisesta luonteesta.⁷¹ Väitöskirjassani käytin sanotunlaisista kriteereistä Jacques Derridan ja Rodolphe Gaschéen ehdottamaa termiä (oikeudellinen) *infrastruktuuri*.

3. SOPIMUSMALLIAJATTELUN PIILEVÄT PREMISSIT

3.1. Peruskäsitteet, dogmit, konstruktiot

Juha Pöyhönen on analysoinut sopimusoikeutta yleisen *sopimusmallin* idean avulla väitöskirjassaan *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*.⁷² Sopimusmalli sisältää määrätyn (1) *oikeudelliset peruskäsitteet*, (2) *dogmit* ja (3) *konstruktiot*.⁷³ Pöyhönen määrittelee sopimusmallin tehtävän seuraavasti:⁷⁴

⁷¹ Hart viittaa itsekin perusmetrianalogiaan. Hart, *The Concept of Law*, s. 106. – Kirjoituksessa ”Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia?” on jonkin verran päällekkäisyyttä edellisen, perusmetrin pituutta ja Wittgensteinin *Varmuudesta*-teosta käsitelleen luvun ”Metrin pituudesta” kanssa, mutta en ole muuttanut kirjoitusten rakennetta argumentaation eheyden säilyttämisen vuoksi.

⁷² Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, *passim*. – Vrt. myös Pöyhönen, ”Korvausmallit vahingonkorvausoikeudessa”, s. 299–372.

⁷³ Pöyhönen, mts. 80–87.

⁷⁴ Pöyhönen, mts. 87 (kursivoinnit Pöyhösen).

”*Sopimusmalli määrittelee sopimuksen konstituution*, siis sen, mitkä oikeusjärjestyksen normeista muodostavat juuri sopimusinstituutin määrittävien konstitutiivisten normien joukon. Konstitutiiviset normit luovat näin juridisen kvaliteetin ’sopimus’. Tällaista konstituutiota on ehkä paras verrata prismaan, jonka läpi sekä katsotaan todellisuuteen että todellisuus siivilöityy tarkastelijalle. Se määrittää sekä sen, *mitä* ja *minkälaisena* voi nähdä että sen, *mitä ei voi nähdä*.”

Tekijä hahmottelee kirjassa neljä sopimusmallia, joista hän käsittelee tarkemmin kolmea: sopijapuolten tahtojen konsensukseen perustuva *tahtomalli*, vaihdannan intressin ja vilpittömän mielen suojan ympärille rakentuva sopimuksen *luottamusmalli* sekä kohtuusperiaatteen ja sopimustasapainon idean varaan jäsentyvä *oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön malli*.⁷⁵ Neljäntenä mallina Pöyhönen viittaa vielä heikomman sopijapuolen hyvittämisen eli *heikomman suojelun malliin*, mistä Thomas Wilhelmssonin sosiaalinen siviilioikeus mainitaan esimerkkinä. Onko sopimusmallin yleinen idea, rakenne tai muoto oikeudellisten peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktoiden yhdistelmänä *kohdeneutraali* eli käsitteellisesti riippumaton ja neutraali suhteessa siihen konkreettiseen sopimusoikeudelliseen sisältöön, jonka se voi saada (ainakin) tahto-, luottamus-, kohtuus- ja heikomman hyvittämisen mallin merkityksessä? Nähdäkseni teoksen keskeisargumentaatio rakentuu senkaltaisen episteemisen, käsitteellisen ja metodisen oletaman varaan. Pöyhösen yleinen sopimusmalli on eräänlainen Kelsenin ja Rossin oikeusajattelun mukainen *tulkinta-avain* eli *tulkintaskeema* (saks.: *Deutungschema*; tansk.: *tydningsskema*)⁷⁶ tai, täsmällisemmin ilmaisten, oikeudellinen *tulkinta- ja systematisointikehys*, jonka avulla erilaiset sopimusoikeuden ilmiöt ja etenkin velvoittava sopimus ovat oikeudellisesti konstituoitavissa. Kyse on toisin sanoen siitä, miten määrätty yhteiskunnalliset ilmiöt ovat *kohteellistettavissa* ja *käsitteellistettävissä* voimassa olevaan sopimusoikeuteen kuuluviksi ilmiöiksi. Pöyhönen käyttää teoksen alaviitteessä myös Thomas S. Kuhnin tieteensosiologiaan viittaavaa termiä ”sopimusparadigma”.⁷⁷

Perustelen alla väitteen, jonka mukaan sopimusmallin yleinen idea, rakenne tai muoto sellaisena kuin Pöyhönen sen oikeudellisten peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktoiden yhdistelmänä määrittelee, ei ole sisällöllisesti *kohdeneutraali*, vaan siihen on jo sisäänrakennettuna tietynlainen ennakkollinen käsitys sopimusoikeuden loogis-semanttisesta konstituutiosta, joka tehokkaasti rajaa sopimusmallin ja siten sopimusoikeuden ”mahdollisten maailmojen” semantiikkaa ja ontologiaa. Oikeuteen ei ole *näkökulmaa ei-mistään*, ja sama pätee tietenkin myös sopimusoikeuteen. Sopimusmalli Pöyhösen tarkoittamalla tavalla oikeu-

⁷⁵ Oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön mallista voinee käyttää myös lyhennettyä muotoa *yhteisöllinen kohtuusmalli*.

⁷⁶ Ross, *Om ret og retsfærdighed*, s. 41; Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 3 *et seq.*

⁷⁷ Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 80, alav. 214.

dellisten peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktioiden yhdistelmänä sisältää käsitteellisen tai jopa vähintään heikosti *käsitelainopillisen* ainesosan, joka ei kohtele eri sopimusmalleja samalla tavalla.

”Varsinaisten oikeuskäsitteiden” varaan rakentuva yleinen sopimusmalli toimii tyydyttävällä tavalla sääntösidonnaisten sopimusmallien eli Pöyhösen tahtomallin ja luottamusmallin kohdalla, mutta se vinouttaa oikeudellista analyysia heikommin formaalien sopimusmallien eli avoimeen oikeusperiaatteiden punnintaan perustuvan oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön mallin ja heikomman sopijapuolen hyvittämisen mallin kohdalla. Sopimusmalli vastaa toisin sanoen tahto- tai luottamusperustaista, käsitteellistävää ja vahvasti systeemistä sopimusajattelua, mutta se ei taivu samalla tavoin avoimeen ja tilannekohtaiseen periaatepunnintaan palautuvan yhteisöllisen kohtuusmallin tai heikomman sopijapuolen hyvittämiseen tähtäävän sosiaalisen siviilioikeuden vakioiduksi referenssiksi. Tämä on Pöyhösen argumentaation kriittinen kohta eli, väitöskirjani termein, *metodinen halkeama*: sopimusmallin yleinen rakenne tai muoto oikeudellisten peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktioiden yhdistelmänä ei ole kohdeneutraali suhteessa sen aineelliseen sisältöön eli neljään eri sopimusmalliin. Se, mitä Pöyhönen kirjoittaa Simo Zittingin Telaranta-kritiikistä, kuvastaa sen vuoksi myös nyt puheena olevaa ongelmaa:⁷⁸

”Systeemi-idean puute näkyy keskeisesti heikkoutena tunnistaa ja käsitellä sopimusnormistoon kuuluvia oikeusperiaatteita. Ei liene sattuma, että oikeuskäsitteille asetetut puhtauden vaatimukset johtivat suosimaan kaksijakoisia, sääntöhakuisia luokitteluja. Puhtauden seurauksena myöskään peruskäsitteille ei jäänyt lainkaan justifikaatioulottuvuutta vaan ainoastaan ongelmanratkaisulottuvuus. Samalla katosi käsitteiden systeemiä luova ominaisuus. Tämä on sekä voima että heikkous: *heikkous oikeusperiaatteiden mutta voima oikeus-sääntöjen käsittelyssä*.”

De te fabula narratur – näinhän asia on myös sopimusmalliin sisältyvän *oikeudellisten peruskäsitteiden* ja niiden varaan rakentuvan lainopillinen *dogmi/konstruktio* -ajattelun osalta: ”heikkous oikeusperiaatteiden mutta voima oikeus-sääntöjen käsittelyssä.”

Katsotaan Pöyhösen argumentaatiota hieman tarkemmin. *Oikeudellinen peruskäsite* on hänen mukaansa varsinainen oikeuskäsite, jolla ”pyritään tiivistetyssä muodossa antamaan tietoa voimassaolevan oikeuden sisällöstä”.⁷⁹ Pöyhönen viittaa Markku Helinin ”Käsitteistä päättelystä” -artikkelin kautta Julius Lassenin kirjoitukseen ”Nogle bemærkninger om definitioner i retslitteraturen”, missä Lassen kritisoi käsitelainopillisen päättelyn ongelmakohtia. Pöyhösen

⁷⁸ Pöyhönen, mts. 109–110 (kursivointi lisätty).

⁷⁹ Pöyhönen, mts. 81.

kanta käsitelainoppiin on hyväksyvämpi kuin Helinin tai Lassenin, olkoonkin, että hän viittaa myös intressilainopin edustajana tunnetun Philip Heckin käsityksiin. Oikeudelliseen peruskäsitteeseen ”pyritään kokoamaan ne yhdistävät ja tärkeät seikat, joiden katsotaan sisältyvän kaikkiin sopimuksiin”.⁸⁰ Esimerkkeinä sopimusoikeudellisista peruskäsitteistä Pöyhönen mainitsee tahdon, toiminnan, luottamuksen, oikeustoimen ja tahdonilmaisun käsitteet, jotka ovat kuitenkin yksinomaan Pöyhösen tahto- ja luottamusmalleista. Entä mikä tai mitkä olisivat kohtuusperustaisen oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön tai heikomman hyvittämisen mallin vastaavat oikeudelliset peruskäsitteet? Sitä tarina ei kerro, eikä se nähdäkseni voisi sitä kertoakaan, siitä yksinkertaisesta syystä, ettei yksittäistapauksellinen, tilannesidonnainen kohtuus ole formalisoitavissa, systematisoitavissa, käsitteellistettävissä tai vakioitavissa senkaltaisten varsinaisten oikeuskäsitteiden muotoon, jollaista Pöyhösen yleinen sopimusmalli sopimusoikeuden konstituutiolta yhtä kaikki edellyttää.

Entä sopimusoikeuden *dogmit*? Dogmeja luonnehditaan systeeminrakennuksen kiintopisteiksi, joiden avulla muun muassa määritetään, kumpi kahdesta säännöstä on pääsääntö ja kumpi poikkeus. Esimerkkeinä dogmeista Pöyhönen mainitsee tahtojen konsensuksen tahtomallissa ja vilpittömän mielen suojan luottamusmallissa. Kohtuusmalli sivuutetaan jälleen: yhtäkään esimerkkiä kohtuusmallia määrittävistä lainopillisista dogmeista ei anneta. Sellaisena saattaisi tulla kyseeseen *sopimustasapaino* termin aristotelisessä *iustum pretium* eli yksittäistapauksellisen oikeudenmukaisen hinnan merkityksessä.⁸¹ Vastaavasti oppi sosiaalisesta suoritusesteestä saattaisi toimia Wilhelmssonin ajatuksiin palautuvan heikomman sopijapuolen hyvittämisen mallin lainopillisena dogmina. Mutta kummassakin oikeusperiaatteiden varaan rakentuvassa sopimusmallissa, eli yhteisöllisessä kohtuusmallissa ja heikomman sopijapuolen hyvittämiseen perustuvassa mallissa, ehdottamani lainopillisen dogmin systeeminen vakioitavuus oikeudellisen analyysin kiintopisteeksi Pöyhösen edellyttämässä merkityksessä on puutteellinen, sillä kyse on määritelmällisesti vain tapaus- ja tilannekohtaisesti määritettävissä olevasta lainopillisesta kiintopisteestä, jos oikeusperiaatteiden määrittely aidosti tilannekohtaisina argumentteina tahdotaan säilyttää.

Lainopilliseksi dogmiksi vakioituna (esimerkiksi) sopimustasapaino tai sosiaalinen suorituseste merkitsisi sanottujen sopimusmallien taustalla vaikuttavien tilannesidonnaisten oikeusperiaatteiden muuntamista sääntöformaaleiksi argumenteiksi, eikä lainopillinen dogmi voi siksi tarkoittaa yhteisöllisen kohtuusmallin tai heikomman hyvittämisen mallin tarkoittamassa tilannesidonnaisessa harjinnassa samaa kuin tahto- tai luottamusmallin yleistävien premissien vallitessa. Miten aidosti kontekstuaalinen, periaatteiden tilannekohtaisen punninnan avulla

⁸⁰ Pöyhönen, mts. 82.

⁸¹ Vrt. Pöyhönen, mts. 262.

määriteltävissä oleva sopimuskohtuus tai abstraktit oikeuskäsitteet jo määritelmällisesti hylkäävä heikomman hyvittämisen malli voitaisiin ylipäätään käsitteellistää, systematisoida, vakioida tai formalisoida oikeudellisten peruskäsitteiden ja niiden varaan rakentuvien dogmien/konstruktioiden muotoon ilman, että mallin oikeusperiaatesidonnaisuudesta jouduttaisiin samalla luopumaan?

Konstruktio ovat Pöyhösen mukaan keino ulottaa sopimusmalli tapauksiin, jotka lainopillinen dogmi jättää tulkinnallisesti avoimeksi tai joissa dogmin soveltaminen johtaisi jollain tavoin epätydyttävään tilanteeseen tai tutkimukselliseen anomaliaan. Esimerkkeinä konstruktioista Pöyhönen mainitsee hiljaisen tahdon, murto-osaisen yhteisomistuksen sekä lopultakin myös sopimusoikeuden yhteisölliseen kohtuusmalliin viitaten perusoikeusvaikutuksen. Pöyhönen korostaa niin lainopillisten dogmien kuin konstruktioidenkin fiktivistä luonnetta,⁸² vaikka täsmällisempää olisi nähdäkseni puhua niiden roolista sopimusoikeuden konstitutiivisina tulkinta- ja systematisointikehyksinä Kelsenin ja Rossin tarkoittamassa merkityksessä, joskaan Pöyhönen ei sitoudu Alf Rossin tavoin *institutionaaliseen tuomarireferenssiin* eli tuomarien tai muiden lainsoveltajien oikeuslähde- ja laintulkintaopilliseen näkökulmaan myös lainopin vakioituna tutkimuksellisenä kiintopisteenä.

Pöyhösen ajatus lainopillisista dogmeista vastaa nähdäkseni tieteenteoreettisesti Thomas S. Kuhnin normaalitieteen *tutkimusparadigmaa* eli yleistettävissä olevaa tieteellistä malliratkaisua määrittäviä tekijöitä, kun taas lainopillinen konstruktio vastaa Kuhnin tieteesosiologian termiä tutkimuksellinen *anomalialia*.⁸³ Lainopillisen konstruktion avulla määrätty oikeudellinen dogmi, esimerkiksi sopimusoikeudellisen tahtoperiaatteen kunnioittamisen tai luottamuksensuojan soveltamisalan laajentamisen merkityksessä, ”pelastetaan” tapauksessa, jossa sanotun lainopillisen dogmin oikeudellinen selitys- ja justifikaatiovoima on vain heikko.

3.2. Luonnos sopimusmallin kohdesidonnaiseksi määrittelyksi

Pöyhönen perustelee neljä sopimusmallia, jotka lomittuvat tai kerrostuvat ajallisesti päällekkäin: sopijapuolten tahtojen konsensukseen palautuva tahtomalli, vaihdannan intressiä ja sopijapuolen vilpittömyyttä mieltä suojaava luottamusmalli, aristotelista sopimustasapainoa tai sopimusehtojen yksittäistapauksellista kohtuullisuutta painottava oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön malli eli kohtuusmalli sekä kirjan ulkopuolelle rajattu ja vain maininnalla sivuutettu heikom-

⁸² Pöyhönen, mts. 86.

⁸³ Pöyhönen ei kuitenkaan viittaa Kuhnin tieteesosiologiaan, vaan kyse on tältä osin omasta tulkinnastani.

man hyvittämisen tai heikomman suojelun malli, jota Thomas Wilhelmssonin ajatus sosiaalisesta siviilioikeudesta toteuttaa.

Tahtomalli on avoimesti käsitelainopillinen tapa jäsentää sopimusoikeutta, missä oikeudelliset peruskäsitteet vastaavat käsitelainopin varsinaisia oikeuskäsitteitä. Kyse on siis varsinaisista oikeuskäsitteistä, joiden avulla ”pyritään tiivistetyssä muodossa antamaan tietoa voimassaolevan oikeuden sisällöstä”.⁸⁴

Luottamusmallia voi tulkita tahtokeskeisen sopimusmallin muunnoksena tai edelleen kehittelynä, jolloin vilpittömän mielen suoja saa korostettua merkitystä sopijapuolen tosiasiallisesti ilmaiseman tahdon ohella. Niinpä Pöyhösen mukaan af Hällströmillä ”ilman tahtoa ei mikään oikeusvaikutus astu voimaan” ja ”luottamus ei voi syntyä ilman tahdonilmaisua”.⁸⁵ Köndgenillä ”tahtomallin ydin jää kuitenkin koskemattomaksi: yksityisautonomian, vapauspiirien leikkauksen, avulla annetusta syväjulistifikaatiosta johtuvaan tahdon ensisijaiseen systeemin sisäiseen merkitykseen sinänsä ei puututa, vaan vain sille annettuun ja ehdottomana vastuukriteerinä epäonnistuneeseen operationalisointiin, tahdonilmaisuuksiin ja siihen liittyvään konsensusdogmiin”.⁸⁶ Näin määriteltynä sopimusoikeudellinen luottamusmalli on varsin lähellä tahtomallin loogis-semanticista konstituutiota, mikä tietenkin helpottaa oman tulkintani mukaan tahtokeskeisestä sopimusoikeusajattelusta yleistetyn *oikeudelliset peruskäsitteet + dogmit + konstruktio* -tyyppisen yleisen sopimusmallin ulottamista siihen.

Myös toisenlainen, vahvemmin analyttisen siviilioikeusajattelun premissihin tukeutuva määrittely olisi mahdollinen. Itse asiassa Pöyhönen mainitsee analyttisen siviilioikeuden sopimusoikeudellisen luottamusmallin yhtenä mahdollisena taustaideologiana,⁸⁷ ja esimerkiksi Telarannan käsitelainopillista tahtojattelua sopimusoikeudessa kritisoidaan Pöyhösen kirjassa Zittingin edustaman perianalyttisen lähestymistavan avulla.⁸⁸ Luottamusmallia ja siihen kiinteästi liittyvää vilpittömän mielen suojaaja voisi näin tarkastella analyttisen siviililainopin funktionaalisen käsitteistön valossa, jolloin kytkös tahtomallin edustamaan käsitelainopilliseen päättelyyn katkeaisi. Sopimuksen *prosessimalli*, jossa sopimukseen liitetyt oikeusvaikutukset syntyvät, kehittyvät ja lakkaavat vaiheittain, vastaisi lähinnä senkaltaista sopimusoikeuden jäsenystä, mihin myös Pöyhönen tekstissään viittaa.⁸⁹ Yhtenäinen sopimuskäsitys on tällöin hajotettu niin asiallisessa, ajallisessa kuin henkilöllisessäkin suhteessa, kun sopimuksen prosessikäsitys on saanut sijaa perinteisemmältä sopimuksen pistekäsitykseltä.⁹⁰

⁸⁴ Pöyhönen, mts. 81.

⁸⁵ Pöyhönen, mts. 153, 154.

⁸⁶ Pöyhönen, mts. 159.

⁸⁷ Pöyhönen, mts. 210.

⁸⁸ Pöyhönen, mts. 106–110.

⁸⁹ Pöyhönen, mts. 210 *et seq.*

⁹⁰ Pöyhönen, mts. 244.

Yhteisöllinen kohtuusmalli eli oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön malli esitetään tahto- ja luottamusmallien kompromissina,⁹¹ vaikka oikeampaa olisi puhua sääntökeskeisen tahto- tai luottamusperustaisen sopimusoikeusajattelun korvaamisesta oikeussysteemiseltä painoarvoltaan vain tilanne- ja tapauskohtaisesti määräytyvien periaatteiden punnintamallilla, missä Aristoteleen ajatuksiin palautuvalla sopimustasapainon tai oikeudenmukaisen hinnan (lat.: *ius-tum pretium*) tavoittelulla on sopimusta keskeisesti konstituiva merkitys. Sopimustasapainoa toteutetaan Pöyhösen yhteisöllisen kohtuusmallin alaisuudessa muuntamalla myös sääntöhakuiset tahto- ja luottamusmalli punnintaan taipuviksi oikeusperiaatteiksi. Niinpä sopimuksen tapauskohtaista kohtuullisuutta oikeustoimilain 36 §:n (17.12.1982/956) tarkoittamalla tavalla arvioitaessa seuraavat oikeusperiaatteet tulevat keskenään punnittaviksi (engl.: *weighing and balancing*): tahtomallia ilmentävä sopimusvapauden periaate, luottamusmallia ilmentävä vaihdannan intressi, yhteisöllinen kohtuusperiaate sekä heikomman hyvittämisen periaate.

Pöyhönen havainnollistaa periaatteiden keskinäistä painoarvopunnintaa myös numeeristen esimerkkien avulla, missä eri periaatteille on yksittäisen sopimuksen kohtuusarvioinnissa annettu painoarvot asteikolla $(-3) - (+3)$.⁹² Mutta mistä senkaltaiset periaatteiden painoarvot on johdettu, ja miksi sopimuskohtuuden painoarvo on enimmillään kaksinkertainen muihin periaatteisiin verrattuna? Lie-nee realistista tulkita sanotut numeeriset kaaviot ja niistä johdettu sopimuksen *kohtuuttomuusarvo* vain jonkinlaiseksi ongelman heuristiseksi jäsennykseksi, vailla varsinaista metodista sovellettavuutta. Yhteisöllisen kohtuusperiaatteen enimmillään kaksinkertainen painoarvo suhteessa tahtoperiaatteeseen ja luottamuksensuojaan jää yhtä kaikki perustelematta muutoin kuin kehäpäättelmän omaisella viittauksella sopimusoikeudelliseen kohtuullisuuteen.⁹³

Edellä sanotun valossa on luovuttava yleisestä sopimusmallin ideasta, joka olisi yhteinen kaikille neljälle sopimusoikeuden konstitutiivisille malleille. Sopimusmallin rakenne tai muoto tulee sen sijaan määritellä *kohdesidonnaisesti* eli erikseen kunkin neljän sopimusmallin osalta. Syynä tähän on sopimusmallien toisistaan poikkeava käsitys oikeudellisten käsitteiden asemasta ja tehtävästä samoin kuin niiden varsin erilaisesta sitoutumisesta kiinteän ja vakioitavissa olevan oikeudellisen systematiikan ideaan. Keskeinen rajalinja kulkee sääntösidonnaisten tahto- ja luottamusmallin sekä periaatesidonnaisten yhteisöllisen kohtuusmallin ja heikomman hyvittämisen mallin välillä. Tämän voi ilmaista myös siten, että *kohtuus ei ole formalisoitavissa* tai lukittavissa kiinteän oikeu-

⁹¹ Pöyhönen, mts. 161–162.

⁹² Pöyhönen, mts. 313, 327.

⁹³ Pöyhönen, mts. 312: ”Kohtuusperiaatteen maksimiaron valinta voidaan myös perustella *sopimusmallista riippumatta* ajatuksella kohtuusperiaatteen ensisijaisuudesta sovitteluharkinnassa”. (Kursivointi Pöyhösen.)

dellisen systeemin muotoon,⁹⁴ *eikä formaali, sääntöhakuinen oikeusajattelu ole avattavissa tilannekohtaiselle periaatepunninnalle*⁹⁵ ilman, että oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden määritelmällisistä kriteereistä joudutaan samalla luopumaan. Oikeusperiaatteista ei voi rakentaa aukotonta ja ennalta vakioitavissa olevaa oikeudellisten peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktioiden systeemiä ilman, että Ronald Dworkinin idea oikeusperiaatteista vain heikosti formalisoituna, ratkaisuharkintaa vain heikosti tiettyyn suuntaan ohjaavina ja painoarvoltaan tapauskohtaisesti määrittyvinä oikeudellisen ratkaisuharkinnan kriteereinä menetetään.

Sopimuskohtuuttomuuden voi toki formalisoida ja lukita osaksi kiinteää ja vakioitua oikeudellista systematiikkaa säätämällä standardityyppisten kohtuuttomuustilanteiden, kuten esimerkiksi vakiosopimusehtojen tai yksipuolisesti hyödyttävien sopimusehtojen, tyyppitapauksellisesta kohtuuttomuudesta. Tällöin kuitenkin joudutaan luopumaan oikeusperiaatteiden ”kelluvan”, ei-systeemisen ja aidosti tilannesidonnaisen punninnan ideasta, missä oikeusperiaatteita arvioidaan tilannekohtaisesti niiden ilmentämien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoitenäkökohtien valossa (engl.: *weighing and balancing*), ja kohtuudesta on tehty vähintään heikosti systeeminen ja säännönkaltaisia ominaisuuksia saava eli *sääntöformaali* oikeudellinen ratkaisuperuste aidosti tilannekohtaisesti vaikuttavan oikeudellisen punninta-argumentin sijaan. Vastaavasti formaalit, muodollisesti pätevät oikeussäännöt taipuvat heikosti, jos lainkaan, puhtaasti sisällöllisen ratkaisuharkinnan metodiseksi työvälineeksi. Pöyhösen ehdottama ratkaisumalli noudattaa samalla Ronald Dworkinin mallia, jonka mukaan oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden keskinäinen normikollisio joudutaan siirtämään ja ratkaisemaan oikeusperiaatteiden tasolla.⁹⁶

Pöyhösen hahmottelemat sopimusmallit voitaisiin luonnostella uudelleen seuraavasti:

- (1) vahvasti käsiteläinopillinen tai käsiteläinopillinen sopimusoikeuden tahtomalli peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktioiden yhdistelmänä siinä muodossa kuin Pöyhönen sen esittää,

⁹⁴ Vrt. ainakin osin toisin Pöyhönen, mts. 5 (kursivointi lisätty): ”Käsillä olevan teoksen käyttövoimana on sovittelun aiheuttama sopimusoikeuden sisäinen jännite. Teos on yritys selvittää tämän jännitteen taustoja ja syitä, tapoja, joilla se on yritelty ratkaista sekä lopuksi sitä, miten sovittelua voidaan käyttää mahdollisimman rationaalisesti. Rationaalisuuden tavoittelu edellyttää, että *sovitteluinstituutti on systematisoitava, tehtävä osaksi Suomen sopimusoikeuden järjestelmää*. Sitä ei saa jättää järjestelmän ulkopuolelle, sillä jos sovittelua ei liitetä systeemiin, on vaarana, että sopimusoikeuden järjestelmä rikkoutuu sovittelun takia ja järjestelmän toiminta muuttuu ennalta arvaamattomaksi. Sopimusoikeudesta tulee kasuistista ja yhdenvertaisen kohtelun vaatimuksen toteuttamisaste laskee.”

⁹⁵ Vrt. toisin Pöyhönen, s. 311 *et seq.*

⁹⁶ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 77–78.

- (2) analyyttis-funktionaalinen prosessikäsite sopimuksen synnystä, aineellista oikeusvaikutuksista sekä sopimuksen lakkaamisesta, missä oikeuskäsitteillä on puhtaasti esitystekninen ja tarkoitussidonnainen funktio,
- (3) oikeusperiaatteiden tapauskohtainen punninta yksittäistapauksellisen sopimuskohtuuden tai aristotelisen sopimustasapainon (lat.: *iustum pretium*) toteuttamisen merkityksessä, ja
- (4) abstraktien oikeuskäsitteiden hylkääminen konkreettisten, tilanne- ja henkilösidonnaisten sekä tarverationaalisuutta toteuttavien roolikäsitteiden hyväksi sosiaalisen siviilioikeuden mukaisessa heikomman sopijapuolen suojelun mallissa.

Näin tulkiten sopimusoikeuden käsite-evoluutio on kulkenut neljänlaisen oikeudellisen kerrostuman kautta: *käsitelainopin* abstrakteista, varsinaisista oikeuskäsitteistä *analyyttis-funktionaalisen oikeustieteen* puhtaasti esitysteknisiin funktioikäsitteisiin, joilla ei ole lainkaan semanttista referenssiä teknisten oikeustositseikka – oikeusseuraamus -relaatioiden ulkopuolella, edeten systemaattisesti eivakioitujen ja ei-vakioitavissa olevien *oikeusperiaatteiden tilannekohtaiseen painoarvopunnintaan*, missä aristotelisen sopimustasapainon tai oikeudenmukaisen hinnan (lat.: *iustum pretium*) tavoittelu on keskeisessä asemassa, päätyen lopulta *sosiaalisen siviilioikeuden* konkreettisiin tilannesidonnaisiin ja tarverationaalisiin roolikäsitteisiin, kuten ”velallinen, jolla on rajalliset varat”, ”työtön velallinen”, ”velallinen, jolla on suppea ammattikokemus ja koulutus” tai ”pienyrittäjä, jolla on rajoitettu taloudellinen kantokyky”.⁹⁷ Eri sopimusmallien ratkaisuarvo eli tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaava vaikutus ei ole yhtäläinen, eivätkä sopimusmallit ole ajallisessa katsannossa toisensa poissulkevia, vaikka niiden synty osana suomalaista lainoppia sanotunlaista kronologiaa toteuttaakin. Käsitykseni mukaan analyyttinen sopimuskäsite on edelleen vallitseva sopimusoikeuden malli ainakin tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien ratkaisuharkinnassa, kun taas kohtuusperustainen tai heikomman sopijapuolen suojeluun perustuvat sopimusmallit ovat siihen nähden aineellista epäoikeudenmukaisuutta oikaisevan keinon asemassa. Toisaalta, kuluttajansuojaoikeudessa kohtuusperiaatteella ja heikomman sopijapuolen suojaamisella on todennäköisesti vallitsevan sopimusmallin asema.

Tilannesidonnaisen periaatepunninnan varaan rakentuva kohtuusmalli samoin kuin heikomman hyvittämiseen tähtäävä sosiaalinen siviilioikeus ovat varsin kaukana siitä käsitteellisestä ja systemaattisesti vakioidusta sopimusoikeuden määrittelystä, mihin käsitelainopillinen tahtomalli ja analyyttisen siviililainopin valossa tulkittu sopimusoikeuden prosessimalli kumpikin tahollaan sitoutuivat.

⁹⁷ Pöyhönen, mts. 274. Pöyhönen viittaa myös Wilhelmssonin teokseen *Social civilrätt*. Vrt. Wilhelmsson, mts. 139 ja 221.

Edellä mainittu formaalin ja käsitteellistävän oikeusajattelun perusominaisuus, ”heikkous oikeusperiaatteiden mutta voima oikeussääntöjen käsittelyssä”,⁹⁸ viinouttaa Pöyhösen analyysia siltä osin kuin yleinen sopimusmalli oikeudellisten peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktoiden yhdistelmänä mielletään *kohdeneutraalina* sopimusoikeudellisen analyysin ulkoisena kiintopisteenä. Sopimus-oikeuteen ei ole *näkökulmaa ei-mistään* (engl.: *view from nowhere*), filosofi Thomas Nagelin sanontaa lainatakseen.⁹⁹ Väitetysti täydellisen kohdeneutraalin ulkoisen referenssin sijaan on tyydyttävä abstraktiotasoltaan huomattavasti vaatimattomampaan oikeudellisen analyysin lähtökohtaan eli ideaan sopimusmallista, jonka loogis-käsitteellinen konstituutio on kiinteästi sidoksissa siihen aineelliseen sisältöön, jonka se sopimusoikeutta jäsentävänä oikeudellisena *systematisointi- ja tulkintakehyksenä* voi kulloinkin saada. Tällöin myös Pöyhösen sopimusmalliajattelua rasittava *metodinen halkeama* sulkeutuu.

4. REFLEKTOITUA TEOREETTISTA TIETOA VAI HILJAISTA TEKIJÄN TIETOA?

4.1. Axel Hägerström ja suomalaisen lainopin ontologian taju

Markku Helinin ansiokas väitöskirja *Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960* käsittelee otsikkonsa mukaisesti skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvaa ja sen vaikutusta Suomen siviilioikeuden tutkimukseen.¹⁰⁰ Keskeistä siinä on suomalaisen siviililainopin tutkimuksellinen siirtymä käsitelainopista analyyttiseen oikeustieteeseen 1950- ja 1960-luvulla. Keskityn tässä kirjoituksessa piirteeseen, joka on jäänyt sanottua teosta koskevassa keskustelussa vähemmälle huomiolle: kirjoittajan oman tutkijanposition sekä tutkimuksen teoreettisen viitekehyksen reunaehtojen tarkasteluun. Oikeuteen ei ole *näkökulmaa ei-mistään*, niin kuin olen edellä todennut.

⁹⁸ Vrt. Pöyhönen, mts. 110.

⁹⁹ Nagel, *The View from Nowhere*.

¹⁰⁰ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960*. Kirjoittajan lukeneisuus sekä skandinaavisen realismin että suomalaisen siviililainopin osalta on poikkeuksellisen laaja. Teksti on tiivistä, hyvin dokumentoitua ja kielellisesti nautittavaa. On valitettavaa, ettei teosta ole saatavilla englannin- tai ruotsinkielisenä käännöksenä. Etenkin Helinin perusteltu ja oikeuskirjallisuuden tavanomaisesta käsityksestä poikkeava (analyttis-)hermeneuttinen Ross-tulkinta ansaitsi laajemman kuin vain suomalaisen lukijakunnan.

Skandinaavista realismia edustavat Helinin teoksessa Karl Olivecrona, Vilhelm Lundstedt, Per Olof Ekelöf, Östen Undén, Ingemar Hedenius, Alf Ross ja Knud Illum. Oikeussosiologisen ohjelmanjulistuksen esittänyt Theodor Geiger rajataan alussa tutkimuksen ulkopuolelle, eikä siten ole yllättävää, että Helinin mukaan ”ajatus juridiikan muuttamisesta sosiologiaksi oli kaikille [skandinaavisen oikeusrealismin edustajille] vieras, ja monet – Alf Ross kärjessään – asettuivat sitä aktiivisesti vastustamaan”.¹⁰¹ Tutkimuksen piiriin rajattujen oikeusajattelijoiden tieteellinen tavoitteenasettelu ja suhde lainoppiin oli toisin sanoen vahvasti rekonstruktiivinen, ja yritykset määritellä lainoppi uudelleen esimerkiksi empiiriseksi oikeussosiologiaksi johdonmukaisesti torjuttiin. Tavoitteena oli pelastaa lainopin tieteellisyys Axel Hägerströmin ja Upsalan koulun esittämältä filosofiselta kritiikiltä, joka kielsi spekulatiivisen metafysiikan ja kaikenlaisten arvoarvostelmien – ja samalla tietenkin myös lainopin tulkintalauseiden – tieteenteoreettisen oikeutuksen. Kyse oli lainopin kriitikoiden mielestä vain epätieteellisistä yrityksistä vaikuttaa tunteenomaisesti kuulijaan, eikä lainoppineiden puheella esimerkiksi erilaisista ”oikeuksista” ja ”velvollisuuksista” ollut lainkaan *semanttista referenssiä* todellisuuden ilmiöiden joukossa.

Jakso skandinaavisesta realismista jakautuu Helinin teoksessa kahteen osaan. Edellisessä käydään läpi Karl Olivecronan käsitys oikeustieteen tutkimuskohteesta ja tehtävistä, Vilhelm Lundstedtin ajattelulle keskeinen yhteiskuntahyödyn periaate, Ekelöfin teleologinen metodi sekä Alf Rossin ja Knud Illumin käsitys oikeustieteen kohteesta ja metodista. Jälkimmäisessä osassa Helin keskittyy subjektiivisten oikeuksien ja oikeusasemien analyysiin, joka kulminoituu Rossin ”Tû-Tû” -kirjoituksen funktionaalisesti ja tarkoitussidonnaisesti määriteltujen oikeuskäsitteiden analyysiin. Skandinaavista oikeusrealismia ei varsinaisesti määritellä muutoin kuin viittaamalla yhtäältä Hägerströmin ja Upsalan koulun tieteenfilosofian ohjelman oikeustieteelle esittämään haasteeseen, johon sanotut kirjoittajat pyrkivät kukin osaltaan vastaamaan, sekä toisaalta wittgensteinilaiseen perheyhtäläisyyden käsitteeseen, joka vain väljästi sitoo käsiteltyt oikeusajattelijat yhteen.

Helinin oma käsitys oikeustieteen tutkimuskohteesta ja metodista vastannee lähinnä kahden tanskalaisen oikeusajattelijan esittämiä ajatuksia: yhtäältä varttuneen Alf Rossin analyttisesti ja hermeneuttisesti sävytynyttä oikeudellista ennusteteoriam, missä tuomarinideologialla on keskeinen sija, ja toisaalta oikeudellisen asiantuntijaeliitin merkitystä korostaneen Knud Illumin ajatuksia, vaikkei tätä kirjoittajan oman tutkijanposition sidonnaisuutta lausutakaan kirjassa selväsanaisesti julki.¹⁰² Yhtä kaikki, skandinaavisen oikeusrealismin esittely huipentuu kirjassa Rossin ja Illumin ajatuksiin. Rossin teoria oikeusnormeista tulkin-

¹⁰¹ Helin, mts. 50–51, 249.

¹⁰² Vrt. Helin, mts. 177–181.

taskeemoina rinnastetaan lopuksi John Searlen puhetekojen teorian institutionaalisiin tosiseikkoihin, minkä ontologisen katsantokannan Helin osaltaan hyväksyy.¹⁰³ Kirjoittajan myöhempi metodinen itsereflektio antaa puolestaan tukea Helinin oikeuskäsityksen Illum-vaikutteille.¹⁰⁴

Suomalaisen siviililainopin analyysi etenee kronologisesti ja tutkijakohtaisesti neljän pääotsikon alla: lainopin tutkimuskohde ja sen kuvaaminen, juridinen argumentaatio, oikeuslähteiden keskinäisen painoarvon muuttuminen sekä lainopillinen kysymyksenasettelu. Helin kuvaa, miten varhaisempi saksalaisperäinen käsitelainoppi sai vähitellen väistyä yhtäältä Simo Zittingin 1950-luvulla edustaman analyttisen siviililainopin sekä toisaalta reaalisia argumentteja ja oikeudellista instrumentalismia painottaneen 1940-luvun *reella överbäganden* eli *social engineering* -juridiikan tieltä. Jälkimmäistä suuntausta ovat edustaneet etenkin Suomen ruotsinkieliseen juristikuntaan kuuluneet tutkijat Berndt Godenhielm, Erik af Hällström, Lars Erik Taxell ja C.H. Ek.¹⁰⁵ Lainopin tieteenkuva muuttui ratkaisevasti, kun käsitelainopin metafyyssiset ja oikeussysteemiset olemuspohdinnat hylättiin teknisiin oikeustositseikka – oikeusseuraamus -relaatioihin perustuvan *oikeusasema-analyysin* (= Zitting & analyttinen siviilioikeus) tai, vaihtoehtoisesti, avoimen oikeudellisen kasuistiikan, oikeudellisten yleislausekkeiden, reaalisen argumentaation ja oikeuden yhteiskunnallisten seurausten arvioinnin tieltä (= Godenhielm, af Hällström, Taxell ja Ek eli *reella överbäganden* -juridiikka).

Helinin kirjan *teoreettinen viitekehys* jäsentyy nähdäkseni kahden tai kolmen kiintopisteen varaan. Teoksen johdantoluvussa,¹⁰⁶ keskivaiheen siirtymäjaksossa skandinaavisesta realismista suomalaiseen siviililainoppiin¹⁰⁷ sekä lopun kokoaavassa yhteenvetojaksossa¹⁰⁸ Helin jäsentää omaksumaansa tutkijanäkökulmaa Thomas S. Kuhnin tieteen sosiologian keskeiskäsitteen tieteenalakohmainen *paradigma* tai *tieteenkuva* avulla. Hän viittaa Kuhnin kautta myös Ludwig Wittgensteinin myöhäisfilosofiassaan omaksumaan *perheyhtäläisyyden* ideaan: skandinaavisia oikeusrealisteja yhdisti oikeastaan vain heidän reaktionsa Axel Hägerströmin ja Upsalan koulun tieteenfilosofiaan. Toisena tutkimuksellisenä kiinnekohtana on teoksen alun ja lopun huikea ajatuksellinen jänneväli Axel Hägerströmin todellisuuden teoriasta Karl Popperin yhteisöllis-kulttuuristen artefaktien *maailma 3:n* sekä John Searlen kielifilosofian *institutionaalisten puhetekojen* eli

¹⁰³ Helin, mts. 429–430.

¹⁰⁴ Vrt. Helin, ”Kieli oikeustodellisuuden rakentajana”, s. 1035, jossa korostetaan oikeudenalakohittaisen eliitin suhteellista yksimielisyyttä oikeussääntöjen voimassaolon takeena.

¹⁰⁵ Helin kuvaa Godenhielmin, af Hällströmin, Taxellin ja Ekin oikeustiedekäsityksestä myös Robert S. Summersilta lainatulla termillä *pragmaattinen instrumentalismi*. Helin, s. 371.

¹⁰⁶ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 7–10.

¹⁰⁷ Helin, mts. 248.

¹⁰⁸ Helin, mts. 429–430.

sääntösidonnaisten tosiasioiden ontologiaan,¹⁰⁹ joiden kiintopisteiden väliin teoksen keskiosan havainnot skandinaavisen oikeusrealismin ja suomalaisen siviililainopin tieteenkuvasta asettuvat. Helinin tutkimus etenee kahdella tarkastelu- tai abstraktiotasolla, joista kumpikin toteuttaa ratkaisevasti erilaista tiedonintressiä. On kyse valinnasta, Helinin terminologiaa lainatakseni, yhtäältä filosofin tai muun tutkijan *reflektoidun teoreettisen tiedon*, toisaalta käytännön lainoppi- neen tai muun ammatinharjoittajan *hiljaisen tekijän tiedon* välillä.¹¹⁰ Varsinaiset tieteenfilosofit, kuten Hägerström, Popper ja Searle, kuuluvat itsestäänselvästi edelliseen kategoriaan, kun taas suomalaisen siviililainopin harjoittajat, yhtä hyvin ajanjaksona 1920–1960 kuin sitä ennen tai sen jälkeenkin, toteuttavat tavallisesti jälkimmäistä tehtävää. Kolmas ”ajatuksellinen kahva”, josta Helinin tekstiin voi metatasolla tarttua, on ajatus *parhain päin ymmärtämisestä* historiallisen tekstitulokinnan lähtökohtana,¹¹¹ mutta siihen en puutu tässä sen enemmälti.

Helin toteaa aiheellisesti kirjan kokoavissa loppusanoissa:¹¹²

”Kun siis lainopillinen tutkimus itsepintaisesti – ja osaamatta menettelyään tyydyttävästi selittää – kieltäytyi kokonaan luopumasta vanhasta ’metafyysisestä’ (s.o. institutionaaliin tosiseikkoihin viittaavasta) käsitteistöstään, se menetteli epäilemättä viisaasti. ’Hiljainen tekijän tieto’ voi joskus olla reflektoitua teoreettista tietoa parempaa, mikä teoreetikoiden on hyvä muistaa.”

Axel Hägerströmin ja hänen seuraajiensa vaikeaselkoinen ja vaativa tieteenfilosofia ei toisin sanoen tavoittanut suomalaisia lainoppineita, jotka tyytyivät skandinaavisen oikeusrealismin ja etenkin Alf Rossin välttämään opilliseen traditioon, ja näin Upsalan koulun tieteenteoria sai väistyä juristien käytännölläheisemmän tiedonintressin tieltä. Reflektoidun teoreettisen tiedon ja hiljaisen tekijän tiedon keskinäinen kohtaanto voi yleisemminkin osoittautua pulmalliseksi, jollei esitetyn tieteenteoreettisen ohjelmanjulistuksen kohderyhmä oivalla vaaditun tiedereformin välttämättömyyttä tai jollei se suostu radikaalisti muuttamaan omaa ammatillista itseymmärrystään ja ammatillisia käytäntöjään. Voi ehkä sanoa, että suomalaisilta juristeilta puuttui senkaltaista *ontologian taju*,¹¹³ jollaista Hägerströmin tieteenfilosofisen ohjelman uskottava läpivieminen lain-

¹⁰⁹ Helin, mts. 19 *et seq.* ja mts. 427–430.

¹¹⁰ Helin, mts. 429.

¹¹¹ Helin, mts. 51.

¹¹² Helin, mts. 429.

¹¹³ Osuvan termin *ontologian taju*, joka viittaa epäsuorasti Peter Hoegin romaaniin *Lumen taju*, olen velkaa Suianna Hakalehto-Wainion, Salla Lötjösen, Kirsi Piispasen ja Sampo Teittisen muodostamalle tutkijaryhmälle, joka suuntasi Lapin Levi-tunturille keväällä 1999, matkavarustuksestaan Helinin väitöskirja ja tutkijan oivaltava mielenlaatu. Helinin kirjaa käsiteltiin johtamassani tutkijaseminaarissa Helsingin oikeustieteellisessä tiedekunnassa syksyllä 1999 kaikkiaan kolmessa istunnossa, joista viimeisessä myös teoksen kirjoittaja oli paikalla. Yksi istunnoista oli lisäksi omistettu Rossin *Om ret og refærdighed* -teokselle, josta Kaijus Ervasti piti alustuksen.

opissa olisi edellyttänyt. Lainopin keskeisdilemma pelkistyy näin muotoon: reflektoitua teoreettista tietoa vai hiljaista tekijän tietoa eli, hieman yksinkertaistaten, filosofista metafysiikkaa vai tutkimuksellista pragmatiikkaa?

4.2. Lainopin tieteenkuva ja eksemplaarit

Helinin väitöskirjan kerronnallinen rakenne voidaan jakaa kahteen tasoon: yhtäältä *objektitason* narratiiviin, joka noudattaa muotoa ”Axel Hägerströmin metafysiikan kritiikki → skandinaavinen oikeusrealismi → suomalainen siviililainoppi → paluu ontologiaan: Popper & Searle”, sekä toisaalta *metatason* kehyskertomukseen, jossa kirjoittaja perustelee tieteenteoreettiset valintansa Thomas S. Kuhnin tieteensosiologian, kahden erilaisen tutkimuksellisen tiedonintressin eli teoreettisen/praktisen, filosofin/lainoppineen tai reflektoidun/hiljaisen tekijän tiedon sekä historiallisen tekstiaineiston parhain päin ymmärtämisen avulla. Mutta mikä on Kuhnin tieteensosiologian ja suomalaisen lainopin kehityskertomuksen suhde sanottuun kaksijakoiseen tiedonintressien luokitteluun? Ilmentääkö Helinin oma tutkijanpositio ja hänen toteuttamansa yhdistelmä *Kuhn + skandinaavinen oikeusrealismi + suomalainen lainoppi* pyrkimystä reflektoituun teoreettiseen tietoon vai onko siinä kyse vain lainoppineiden hiljaisen tekijän tiedon hienovaraisesta jälkikäteisestä rekonstruktiosta?

Läpimurtoteoksessaan *The Structure of Scientific Revolutions* (1962) Thomas S. Kuhn perusteli tieteensosiologisen ja tieteenhistoriallisen mallin, jonka mukaan (luonnon)tiede edistyy yhtäältä kumulatiivisen normaalitieteen, toisaalta äkillisten murrosten ja katkosten eli tieteellisten vallankumousten vuorottelun kautta. Tiede – tai oikeammin luonnontiede (engl.: *science*)¹¹⁴ – oli Kuhnille käytännönläheistä *ongelmanratkaisua* (engl.: *puzzle-solving*) eli vastausten etsimistä empiirisen todellisuuden tiedeyhteisölle asettamiin pulmiin. Normaalitieteen vaiheessa omaksuttu tutkimusparadigma kykenee tuottamaan tiedeyhteisöä tyydyttäviä ratkaisuja käsillä oleviin tutkimuksellisiin ongelmiin, ja tieteellinen tieto on tällöin kumuloituvaa eli varhaisempien tutkimusten ja niiden tuottamien tulosten varaan rakentuvaa. Ajan myötä tutkimusparadigman selityskyky saattaa kuitenkin ehtyä. Syntyy tieteellisiä *anomalioita* eli tapauksia, joita vallitseva paradigma ei kykene tyydyttävällä tavalla selittämään. Anomaliat johtavat kasvavaan omaksutun tutkimusparadigman kritiikkiin sekä lopulta sen korvaamiseen toisella paradigmalla, jonka selitysvoima ja ongelmanratkaisukyky ovat merkittävästi paremmat kuin sen opillisella edeltäjällä. Kuhn kutsuu tutkimuk-

¹¹⁴ Kuhnin ajatusten soveltuminen luonnontieteistä poikkeaviin ihmis- ja sosiaalitieteisiin eli, tämän kirjan termein, oikeuden tulkinta-, ihmis-, kulttuuri- ja yhteiskuntatieteisiin ei ole aivan ongelmatonta, mutta sivuutan kysymyksen tässä yhteydessä. Vrt. kuitenkin tämän teoksen luvussa 3, ”Mitä oikeustiede on?”, lausuttuun.

sellista paradigmanvaihdoista *tieteelliseksi vallankumoukseksi*. Tyypiesimerkkejä tieteellisestä vallankumouksesta ovat siirtyminen maakeskisestä aurinkokeskiseen maailmankuvaan eli ns. kopernikaaninen vallankumous uuden ajan alun tähtitieteessä sekä siirtyminen Newtonin mekaniikasta Einsteinin suhteellisuusteorian määrittämään todellisuuskuvaan 1900-luvun alussa.

The Structure of Scientific Revolutions -kirjan ensipainoksessa Kuhn käytti keskeistermiä *paradigma* varsin epämääräisesti. Margaret Mastermanin kriittisen arvion mukaan Kuhn käytti sanottua termiä vähintäänkin 21 eri merkityksessä. Niinpä Masterman luokitteli termin ”paradigma” merkitykset Kuhnin kirjassa kolmeen kategoriaan: (1) *metafyysiset* paradigmmat eli metaparadigmat, (2) *sosiologiset* paradigmmat sekä (3) *konstruktiiiset* paradigmmat.¹¹⁵ *The Structure of Scientific Revolutions* -teoksen toiseen, vuoden 1970 laitokseen Kuhn kirjoitti jälkisanat, missä hän luopui aiemmasta paradigma-käsitteestä ja otti sen sijaan käyttöön termin *tieteenalakohtainen matriisi*.¹¹⁶ Matriisi käsittää neljänlaisia elementtejä:¹¹⁷ (1) *symboliset yleistyks*et, jotka viittaavat matriisin formalisoitavissa oleviin ainesosiin, kuten $E = mc^2$, (2) *metafyysiset uskomukset*, joista voidaan myös johtaa joukko hyväksyttyjä tutkimuksellisia analogioita, metaforia ja heuristisia malleja, (3) *tiedeyhteisöä yhdistävät arvositoumukset*, ja (4) *eksemplaarit* eli esimerkinomaiset ongelmanratkaisumallit.¹¹⁸

Myös Kuhnin tieteen sosiologiaa voi nähdäkseni lukea kahdesta eri näkökulmasta tai kahdelta eri tarkastelutasolta käsin, joko tieteenkuvan yleisiä ja teoreettisia tai yksittäistapauksellisia ja käytännön soveltamistapauksiin liittyviä määreitä painottaen.¹¹⁹ Reflektoidun teoreettisen tiedonintressin mukainen Kuhn-tulkinta määrittelee tieteenkuvan tai tieteenalakohtaisen matriisin tiedeyhteisössä omaksuttujen ontologisten, metodologisten, käsitteellisten sekä aksiologisten eli arvoja koskevien sitoumusten avulla, ja juuri näin Helin menettelee *Lainoppi ja metafysiikka* -teoksen puolivaiheilla.¹²⁰ Listaani voi vielä lisätä tiedeyhteisön kollektiivisesti hyväksymät *epistemologiset* eli tietoteoreettiset sitoumukset tiedon perusteista, lähteistä ja arviointikriteereistä. Lainopin kontekstissa nämä kääntyvät kysymykseksi noudatettavasta institutionaalisesta oikeuslähteopista. Reflektoidun teoreettisen tiedonintressin alaisuudessa tiede määritellään tiedeyhteisön kulloinkin hyväksymien tietenteoreettisten sitoumusten ja uskomus-

¹¹⁵ Masterman, ”The Nature of a Paradigm”, s. 59–89, etenkin s. 61–65.

¹¹⁶ Englanniksi: *disciplinary matrix*. Ranskan kielen tavoin englanti on kiinnostavalla tavalla kaksimerkityksinen: *discipline* ja *disciplinary* viittaavat yhtäältä tiedettä koskevaan ja toisaalta kurinpidolliseen seikkaan.

¹¹⁷ Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, s. 181–191.

¹¹⁸ Kuhn huomauttaa, että hänen alkuperäinen terminsä *paradigma* soveltuu hyvin nyt puheena olevaan ajatukseen esimerkinomaisista malliratkaisuista eli eksemplareista. Kuhn, mts. 186–187.

¹¹⁹ Vrt. Kuhn, mts. 175.

¹²⁰ Helin, mts. 248.

ten kokonaisuutena, ja tarkastelun abstraktiotaso on tietoisien korkea. ”Paradigma tarjoaa tutkijalle ontologian, arvot ja metodit, jotka osoittavat hyväksyttävän tavan tehdä tutkimusta”, niin kuin Helin kirjoittaa.¹²¹

Vaihtoehtoinen, hiljaista tekijän tietoa painottava tulkinta tieteenalakohtaisesta matriisista kiinnittyy sen sijaan Kuhnin kohdan (4) *eksemplaareihin* eli paradigmaan esimerkinomaisina malliratkaisuina tai eräänlaisina ”prejudikaatteina”, joita tutkimusalalla tavanomaisesti seurataan.¹²² Myös tieteen määrittely on tällöin toisenlainen. Hiljaisen tekijän tiedon premissien vallitessa tiede on käytännönläheistä ongelman- tai pulmanratkaisua (engl.: *puzzle-solving*), jossa toimiviksi osoittautuneet aiemmat ratkaisut toimivat myöhemmän tutkimuksen esikuvina ja malleina. Yksittäisiltä tutkijoilta ei edellytetä syvällistä tieteenteoreettista itseyymmärrystä, saati omaehtoista metafysiikan tai ontologian tajua. Helinin kirjan alussa esittämä lausuma, jonka mukaan ”paradigmaan kuuluu myös konkreettisia tutkimuksia, esimerkillisiä ongelman ratkaisuja, joita voidaan käyttää malleina ja esikuvina muita saman alan tutkimuksia tehtäessä”¹²³ viittaa osaltaan tämänlaiseen tiedekäsitykseen.¹²⁴

Lainoppi ja metafysiikka -teoksen alun kehyskertomuksen yleisten Kuhn-pohdintojen jälkeen Helinin objektitason kertomus suomalaisesta lainopista ja sen suhteesta skandinaaviseen oikeusrealismiin myötäilee yhtä kaikki tutkijan teoreettis-reflektoitua tiedonintressiä, ei lainopin harjoittajan hiljaista tekijän tietoa. Lainopin tieteenkuva tai matriisi määritellään tiedeyhteisössä omaksuttujen *ontologisten, metodologisten, käsitteellisten ja arvoja* koskevien sitoumusten avulla, eikä tieteenkuvan malliratkaisu- eli *eksemplaari*-ulottuvuutta enää juurikaan käsitellä.¹²⁵ Tavoitteena on skandinaavisen oikeusrealismin ja suomalaisen lainopin tieteenkuvan teoreettinen rekonstruktio, jonka tarkastelutaso on huomattavan korkea – näin siitäkin huolimatta, että suomalaisten lainoppineiden *ontologian taju* osoittautui Helinin itsensä mukaan kovin ohueksi, eikä Hägerströmin ankara tieteenteorian ohjelma saanut Suomessa jalansijaa muutoin kuin skandi-

¹²¹ Helin, mts. 8.

¹²² Kuhn korostaa tiedematriisin eksemplaari-ulottuvuutta voimakkaasti *The Structure of Scientific Revolutions* -kirjan toisen laitoksen julkaisanoissa, Kuhn, mts. 187–204. Hän myös viittaa Michael Polanyin termiin *tacit knowledge*, joka opitaan ”pikemminkin tekemällä tutkimusta kuin hankkimalla tietoa sitä koskevista säännöistä” (”by doing science rather than acquiring rules for doing it”). Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, s. 191. Yhtymäkohdat Polanyin ja Helinin hiljaiseen tekijän tietoon ovat ilmeiset.

¹²³ Helin, mts. 8.

¹²⁴ Helin myös toteaa Kuhnin ja Wittgensteiniin viitaten: ”Paradigma *perheyhtäläistää* tutkimusta. Paradigmaa ilmentäville eksemplaareille ei ole yhteistä se, että ne täyttäisivät jotkin eksplisiittiset tai edes täysin selvitetävissä olevat säännöt ja olettamukset. Sitä vastoin ne suhtautuvat toisiinsa *muistuttamalla* toisiaan ja pitämällä esikuvina jotakin, mutta ei välttämättä samaa osaa kyseisessä traditiossa.” Helin, s. 9 (kursivoinnit Helinin).

¹²⁵ Helin, mts. 248.

naavisten oikeusrealistien välittämänä ja lainopin tarpeisiin muuntamana. Käytännön suomalaisen lainopin tasolla hiljainen tekijän tieto osoittautui toisin sanoen Upsalan koulun reflektoitua teoreettista tietoa vahvemmaksi.¹²⁶ Entä mikä olisi ollut kirjassa toisin, jos tutkimukselliseksi kiintopisteeksi olisikin valittu lainopin praktinen tiedonintressi eli juristin *hiljainen tekijän tieto* filosofin teoreettisen ja reflektoidun tiedonintressin sijaan? Mikä olisi voinut olla senkaltaisen tutkimuksellinen esikuva tai ratkaisumalli, jota suomalaisen analyyttisen siviililainopin tutkijat olisivat saattaneet seurata Hågerströmin ja Upsalan koulun vaikeatajuisten filosofiapohdintojen sijaan?

4.3. Hohfeld, Ross, Zitting

Analyyttisen siviililainopin keskeinen tutkimuksellinen malliratkaisu eli eksemplaari löytyy Simo Zittingin väitöskirjan *Omistajanvaihduksesta silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia* ensimmäiseltä tekstisivulta. Sen ensimmäisellä sivulla, toisessa alaviitteessä Zitting viittaa hyväksyvästi amerikkalaistutkija Wesley Newcomb Hohfeldin *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning* -teoksessa¹²⁷ esittämään ideaan, jonka mukaan yleinen oikeus-käsite (engl.: *right*) voidaan hajottaa neljäksi relationaalisesti määritellyksi alakäsitteeksi, joista kutakin vastaa samalla tavalla hajotetun velvollisuus-käsitteen alakäsite.¹²⁸

Hohfeldin analyysissä staattisessa oikeustilassa A:n oikeudellista kannevaltaa (engl.: *right*) vastaa sivullistaho B:n samansisältöinen velvollisuus (engl.: *duty*), ja A:n esineen käyttövapautta (engl.: *privilege*) vastaa B:n ”ei-oikeus” (engl.: *no-right*). Dynaamisessa eli omistusoikeuden vaihdanta- tai muussa disponointitilanteessa A:n oikeudellista kompetenssia eli toimivaltaa (engl.: *power*) vastaa sivullistaho B:n oikeudellinen sidonnaisuus (engl.: *liability*), ja A:n tietynasteista dynaamista suojaa (engl.: *immunity*) vastaa B:n voimattomuus tai kyvyttömyys (engl.: *disability*). Hohfeld kutsui käsittepareja oikeudellisiksi *korrelatiiveiksi*, koska A:n tietynsisältöistä oikeutta vastaa aina sivullistaho B:n samansisältöinen velvollisuus, ja kääntäen. Oikeudellisia *vastakohtia* ovat puolestaan Hohfeldin käsitteistössä *right* ja *no-right*, *privilege* ja *duty*, *power* ja *disability* sekä *immunity* ja *liability*. Oikeudet ja velvollisuudet ovat lisäksi olemassa vain määrättyyn henkilötahoon, ei esimerkiksi määrättyyn esineeseen, nähden.

¹²⁶ Helin, mts. 429.

¹²⁷ Hohfeldin kirjan ensipainos ilmestyi vuonna 1919. Kyse on itse asiassa kahdesta laajasta artikkelista, jotka julkaistiin kirjana Hohfeldin varhaisen kuoleman jälkeen.

¹²⁸ Zitting, *Omistajanvaihduksesta silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia*, s. 1–2 (alaviite 2). – Helin käsittelee Hohfeldia teoksessaan kahdesti, Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 304 ja 347.

Oikeuksien ja velvollisuuksien mieltäminen Hohfeldin tavoin relationaalisina eli suhdekäsitteinä tarjosi toimivan tutkimuksellisen mallin eli, asian kuñnilaisittain ilmaisten, *eksemplaarin*, jota myöhemmät lainopin tutkijat saattoivat seurata.¹²⁹

Loppu onkin suomalaisen analyttisen oikeustieteen hyvin tunnettua historiaa. Simo Zitting toi Hohfeldin ehdottaman sekä Rossin, Vinding Krusen ja muiden skandinaavisten kirjoittajien välittämän analyttisen omistusoikeuskäsit-tyksen osaksi suomalaista lainoppia ilman, että Axel Hägerströmin vaikeaselkoi- sia ontologian ja filosofisen tietoteorian pohdintoja oli tarpeen liittää osaksi suo- malaisjuristien tavallisesti varsin käytännönläheistä oikeudellista maailmanku- vaa. Hohfeldin analyttinen käsitteistö kääntyi Zittingillä muotoon: omistajan suojattu käyttövapaus (Hohfeld: *right + privilege*), disponointikompetenssi (Hoh- feld: *power*) sekä määrätynasteinen dynaaminen suoja (Hohfeld: *immunity*), joita kutakin vastasi yleisen tai erityisen sivullissuojatahon samansisältöinen velvolli- suus-elementti. Zittingin väitöskirjan alkujakso, jossa Hohfeldin käsiteanalyysi nostetaan teoksen tutkimukselliseksi esikuvaksi, jatkuu viittauksella Alf Rossin teoksiin *Virkelighed og gyldighed i Retslæren* (1934), *Towards a Realistic Juris- prudence* (1946) ja *Ejendomsret og Ejendomsøvergang med særligt Henblik paa dansk Retspraksis* (1935). Axel Hägerströmin subjektiivisten oikeuksien kritiik- ki mainitaan Rossin ja ”uusimman pohjoismaisen oikeustieteen” taustalla mutta ilman, että tekstiä sidottaisiin Hägerströmin keskeistuantoon lähdeviitetasolla.

Opillinen vaikutusketju ei toisin sanoen ehkä ollutkaan Helinin ehdottamaa muotoa *Axel Hägerström* → (muut) *skandinaaviset realistit* → *Alf Ross* → *Simo Zitting*, vaan suoremmin *Wesley Newcomb Hohfeld* → *Alf Ross* → *Simo Zitting*, missä Hohfeldin toteuttama omistajan oikeusaseman analyysi tarjosi tut- kimuksellisen oikotien ohi Hägerströmin vaikeaksi tunnetun tieteenteorian. Ana- lyttisen oikeusajattelun myöhempi reseptio Suomessa noudatti otaksuttavasti hyvin samantapaista kaavaa, kun myöhemmät tutkijat saattoivat hyödyntää paitsi Rossin ja muiden skandinaavisten kirjoittajien tuotantoa myös Simo Zittingin tutkimuksia eli etenkin väitöskirjaa *Omistajanvaihdoksesta* sekä kaksiosaista ar- tikkelia ”Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista, I–II”. Niinpä analyttisen koulun seuraavan tutkijapolven edustaja Aulis Aarnio aloittaa väitöskirjansa *Pe- rillisen oikeusasemasta* vuonna 1967 viittauksella oppi-isänsä Simo Zittingin varallisuus-oikeudelliseen väitöskirjaan, joka nyt tarjosi perintöoikeuden tutki- mukselle metodisen mallin.¹³⁰

¹²⁹ Hohfeld jatkoi käsiteanalyttistä traditiota, jota John Austin oli luonnostellut 1860-luvun Eng- lannissa. Ensimmäinen omistusoikeutta systemaattisesti alaelementteihin jakanut filosofi lienee ollut keskiajan filosofi ja nominalisti Wilhelm Occamilainen (1285–1347), jonka nimiin *ajattelun taloudellisuuden laki* eli *Occamin partaveitsi* on tapana liittää.

¹³⁰ Aarnio, *Perillisen oikeusasemasta*, s. 3 *et seq.* ja etenkin mts. 3 alaviite 1. – Aarnion väitöskirjan otsikon viittaus *oikeusasema-analyysiin* on samoin analyttiselle tutkimustavalle ominainen.

4.4. Suomalainen lainoppi ja tieteellisten vallankumousten rakenne

Skandinaavisen realismin vaikutus jakaantui siis Suomessa kahtaalle. Yhtäältä oli kasuistinen, yleislausekkeita suosiva ja argumentaatioltaan avoin *reella överväganden* -juridiikka (= Godenhielm, af Hällström, Taxell, Ek) eli *pragmaattinen instrumentalismi*, toisaalta Zittingin edustama *analyyyttinen siviililainoppi*, missä oli runsaasti vaikutteita Kelsenin *Puhtaasta oikeusopista*¹³¹ sekä – edellä esittämäni tulkinnan mukaan – myös suoraan W.N. Hohfeldin käsiteanalytiikasta. Kirjan loppusanoissa Helin huomauttaa, miten ”[suomalainen] siviilioikeuden tutkimus muuttui miltei kaikessa olennaisessa skandinaavisen realismin mallin mukaiseksi”,¹³² mutta suhteessa yhtäältä Zittingin edustamaan analyyyttiiseen siviililainoppiin ja toisaalta Suomen ruotsinkielisten kirjoittajien edustamaan *reella överväganden* -juridiikkaan sanottu väite ei ole täysin ongelmaton.

Reella överväganden -juridiikan ajatus oikeuden yhteiskunnallisten ja etenkin taloudellisten vaikutusten aiempaa suuremmasta huomioon ottamisesta oikeustieteessä on toteutunut vähintään heikossa merkityksessä. Kyse on Aarnion ja Peczenikin oikeusläheopin yhtä hyvin kuin edellä ehdottamani institutionaalisen ja dynaamisen oikeusläheopin valossa vain sallitusta tulkinta-argumentista, joka täydentää tuomaria vahvemmin velvoittavia *institutionaalisia* oikeuslähteitä, kuten lainsäädäntöä, lainvalmisteluaineistoa, prejudikaatteja, vallitsevaa sopimuskäytäntöä sekä tavanomaisoikeudellisia käytäntöjä. Samalla *reella överväganden* -juridiikan keskeisajatus oikeudellisen sääntelyn perimmäisestä instrumentalistisuudesta on nykyisin yleisesti hyväksytty, yleislausekkeiden käyttö oikeudellisena instrumenttina on laajaa ja oikeuskäytännölle annetaan nykyisin huomattavasti enemmän merkitystä kuin puoli vuosisataa sitten, jolloin pragmaattinen instrumentalismi eli *reella överväganden* -juridiikka sanotut teesit ensi kertaa esitti. Tässä merkityksessä Godenhielmin, af Hällströmin, Taxellin ja Ekin vaatimukset oikeustieteen ja oikeudellisen argumentaation muodonmuutoksesta ovat siis toteutuneet. Koska on kuitenkin kyse reaalisista argumenteista vain varsinaisia institutionaalisia oikeuslähteitä täydentävinä tulkinta- ja ratkaisuperusteina, varsinaisesta tieteellisestä vallankumouksesta ei Kuhnin merkityksessä voi puhua.

Toisaalta, analyyyttisen siviililainopin osalta tuo tutkimuksellinen muutos on monitulkintaisempi. Keskeisartikkelissaan ”Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista, I–II” Zitting sitoutui vahvasti Kelsenin (ja Felix Kaufmannin) ajatukseen puhtailla oikeuskäsitteillä operoimisesta:¹³³

¹³¹ Helin, *Lainoppi ja metafyysikka*, s. 396.

¹³² Helin, mts. 423.

¹³³ Zitting, ”Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista, I”, s. 391.

”Saadaksemme esille omistajan oikeusaseman eri momentit sekä niiden oikeudellisen luonteen ja keskinäiset suhteet yhtenäisen järjestelmän puitteissa, on työskenneltävä puhtailla oikeudellisilla käsitteillä ja oikeuslauseilla. Metodin puhtaus ja järjestelmän yhtenäisyys ovat erottamattomasti toisiinsa kytketyt, kuten *Felix Kaufmann* on esittänyt. Oikeudelliselta kannalta vieraat ainekset näet estävät järjestelmän osien aukotonta yhteenliittymistä. Jos esim. esine kytketään yhteen puhtaiden oikeuskäsitteiden kanssa, syntyy sekakäsite (der gemischte Rechtsbegriff), jollaisesta esimerkkinä on esineoikeus käsitettynä oikeudelliseksi vallaksi esineen yli. Vastaavasti on sosiaalinen, taloudellinen tms. intressi oikeudellisesti vierasta ainesta.”

Kelsenin *Puhtaan oikeusopin* normativismista omaksuttu vaatimus oikeustieteen käsitteellisestä puhtaudesta ohentaa tuntuvasti Zittingin oikeusajattelun sidonnaisuutta muuhun skandinaaviseen oikeusrealismiin kuin Alf Rossin *analyttisen hermeneutiikan* mukaisesti painottuneeseen myöhäistuotantoon. Helin toteaa Zittingiin ja Jorma Vuorioon viitaten, miten ”(k)elseniläisen tradition myötä osa käsitelainopillisen tieteen kuvan rakenteesta säilyi siviilioikeudessamme”.¹³⁴ Zittingin ajattelussa on siten pohjimmiltaan kyse vain aiempaa tarkemmasta oikeudellisesta kysymyksenasettelusta sekä oikeudellisten ongelmien ”käsitteistämisestä”, Helinin johtamassani tutkijaseminaarissa keväällä 1999 käyttämää termiä lainatakseni, ei lainopin menetelmällisen painopisteen siirtämisestä aidosti tuomioistuinrealistiseen tai empiristiseen suuntaan. Zittingin edustama analyttisen siviililainopin traditio tulisikin nähdäkseni luokitella lähemmäs Hans Kelsenin *Puhtaan oikeusopin* oikeudellista normativismia ja Wesley Newcomb Hohfeldin oikeudellista käsiteanalytiikkaa tutkimuksen varsinaisesti oikeusrealististen painotusten sijaan.

Kun analyttisen koulun edustajat sanoutuivat irti käsitelainopin olemuspohdinnoista, he selvisivät edeltäjiään kevyemmällä metafysiikan tarpeistolla, mutta vahva *käsitesidonnaisuus* yhdistää molempia ajatussuuntia. Se on samalla tekijä, joka erottaa sekä käsitelainopin että analyttisen siviililainopin vahvemmin yhteiskunnallisesta *reella överväganden* -juridiikasta, joka korostaa oikeuden taloudellisten ja muiden yhteiskunnallisten vaikutusten ennakoimista oikeudellisessa argumentaatiossa oikeuskäsitteiden puhtauden tai hienojakoisen oikeudellisen käsiteanalyysin sijaan. Helinin mukaan Zittingillä esiintyy vielä jonkin verran käsitelainopillista päättelyä, missä analyttisen katsannon uusi ja aiempaa ”tieteellisempi” käsitteistö sai toimia käsitesidonnaisen lainanalogian pohjana.¹³⁵ On siten jonkin verran arvostuksenvaraista, korostetaanko käsitelainopin ja analyttisen koulun keskinäisiä eroja vai yhtäläisyyksiä eli lainopin tutkimuksellista

¹³⁴ Helin, mts. 396.

¹³⁵ Helin, mts. 350.

murrosta vaiko tutkimuksellista jatkuvuutta käsitelainopista analyyttiseen suuntaukseen.

Väite suomalaisen siviililainopin syvällisestä *paradigmanvaihduksesta* tai tieteellisestä vallankumouksesta käy kuitenkin pulmalliseksi suhteessa käsitelainoppiin ja analyyttiseen oikeustieteeseen. Thomas S. Kuhnin tieteenteoriassa tieteellinen vallankumous merkitsi siis normaalitieteen tieteenkuvan radikaalia hylkäämistä ja uudenlaisen tiedematriisin läpimurtoa tiedeyhteisössä. Senkaltainen tieteellinen murros olisi arvatenkin toteutunut myös oikeustieteessä, mikäli Axel Hägerströmin ja Upsalan koulun ankara tieteenfilosofian ohjelma olisi saanut johtaa lainopin tutkimuskohteen ja tutkimusmetodin radikaaliin uudelleenmäärittelyyn esimerkiksi Theodor Geigerin empiirisen oikeussosiologian merkityksessä, mistä olisi seurannut jyrkkä katkos suhteessa aiempaan tutkimustraditioon. On vaikeampi nähdä, miten lainopin perinteisen tieteenkuvan ”pelastaminen” (engl.: *saving the phenomena*) varovaisen rekonstruktivisen uudelleentulinnan keinoin – eli lainopin tieteenkuvan kiinnittäminen tuomarikunnan kollektiivisesti sisäistämään tuomarinideologiaan (= Ross), aiempaa tarkempaan oikeudelliseen käsiteanalyyysiin (= Hohfeld, Ross, Zitting) tai vaatimukseen oikeudellisten käsitteiden puhtaudesta (= Kelsen, Zitting) – voisi täyttää Thomas S. Kuhnin tavoin ymmärretyt tieteellisen vallankumouksen kriteerit.

Kyse on pikemminkin, filosofi Otto Neurathin oivallista metaforaa lainatakse-
ni, *laivan korjaamisesta avomerellä* kuin koko oikeudellisen ajattelujärjestelmän täydellisestä purkamisesta ja alusta pitäen uudelleen rakentamisesta.¹³⁶

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

Myös oikeustieteessä tutkimukselliset murrokset ja tutkimuksellinen jatkuvuus lomittuvat toinen toisiinsa, kun oikeustiedettäkin ei ole mahdollista ”viedä telakalle” purettavaksi ja täydellisesti uudelleen rakennettavaksi.¹³⁷

¹³⁶ Neurath, ”Protokollalauseet”, s. 96 (kursivoinnit Neurathin).

¹³⁷ Vrt. Aarnio, *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*, passim ja etenkin s. 255–256 ja 268–273, missä on esitetty paljolti omaa Kuhn-tulkintaani vastaava käsitys suomalaisen lainopin muutoksen ja pysyvyyden keskinäissuhteesta suhteessa käsitelainoppiin ja analyyttiseen oikeustieteeseen.

5. MISTÄ PUHUMME, KUN PUHUMME OIKEUDESTA?

5.1. ”... kohde itse, oikeus, tarjoaa välineet ja mittapuut omalle kritiikilleen”

Kaarlo Tuorin *Kriittinen oikeuspositivismi* perustelee kiinnostavan teorian modernista oikeudesta. Tuori ilmoittaa kehittävänsä edelleen ja kritisoivansa Hans Kelsenin *Puhtaan oikeusopin* ja H.L.A. Hartin *The Concept of Law* -teoksen edustamaa ”traditionaalista” oikeuspositivismia.¹³⁸ Yhteistä kaikille kolmelle – Kelsenille, Hartille ja Tuorille – on ajatus, jonka mukaan moderni oikeus on ”positiivista, nimenomaisilla päätöksillä asetettua ja jatkuvasti muutettavissa olevaa oikeutta.”¹³⁹ Moderni oikeus erotetaan näin tavanomaisoikeudellisesta oikeustraditiosta sekä erilaisista luonnonoikeusopin ja oikeusfenomenologian muunnelmista, joissa oikeus on johdettu apriorisesti (itse)annetusta asioiden luonnosta (saks.: *Natur der Sache*), uskonnollisen auktoriteetin erehtymättömästä tahdosta tahi ihmisluonnon muuttumattomista ja järjen avulla tavoitettavista lainalaisuuksista (lat.: *ratio*). Oikeus on Tuorin mukaan kaksijakoinen ilmiö. Se on yhtäältä joukko velvoittavia oikeusnormeja, toisaalta erilaisten oikeusnormeja tuottavien ja uusintavien yhteiskunnallisten käytäntöjen kokonaisuus. Oikeus sijoittuu näin ontologisen *Sein/Sollen* -kahtiajaon molemmille puolille, tanskalaisen Alf Rossin sekä meillä Hannu T. Klamin korostamaan tapaan.

Kriittinen oikeuspositivismi on kokonaisvaltainen rekonstruktio modernista oikeudesta *yhteisöllis-kulttuurisena ilmiönä*, jota oikeuden *kolme tasoa* eli oikeuden pintataso, oikeuskulttuurin taso ja oikeuden syvätkä taso ja oikeuden *kaksi ulottuvuutta* eli oikeusnormit ja oikeudelliset käytännöt yhteisesti määrittävät.¹⁴⁰ Kirjan teoreettinen viitekehys jäsentyy yhtäältä frankfurtilaisen *immanentin kritiikin*, toisaalta monimuotoisen *oikeuden monitasomallin* varaan. Analyttinen kolmijako oikeuden *käsitteellisiin*, *normatiivisiin* ja *metodisiin* elementteihin saa lisäksi toimia apuna oikeuskulttuurin ja oikeuden syvätason jäsennyksessä. Rakenteeltaan kirja jakautuu selkeästi kahtia. Johdantoluvun jälkeen on laaja ja teorian keskeisajatuksen myöhemmän kehittelyn kannalta tarpeettoman perinpohjainen esittely Max Weberin formaalista rationaalisuudesta, François Ewaldin ”Normin rationaliteetista” ja Jürgen Habermasin kommunikatiivisesta ratio-

¹³⁸ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 7–8.

¹³⁹ Tuori, mts. 16. Samoin Tuori, mts. 5: ”Kutsun modernin oikeuden varhaisemmista oikeustyypeistä erottavaa piirrettä sen positiivisuudeksi. Modernin oikeuden oloissa oikeus ymmärretään tulokseksi tietoisesta inhimillisestä toiminnasta, inhimillisistä päätöksistä. Oikeus perustuu päätöksiin, ja uusilla päätöksillä voidaan luoda uutta oikeutta sekä kumota ja muuttaa vanhaa.” Vrt. myös Tuori, mts. 336–337, 342.

¹⁴⁰ Oikeuden monitasomalleista, vrt. myös Aarnio, *Laintulkinnan teoria*, s. 48–49; Peczenik, *Vad är rätt?*, 225–226 (”rättskälennormernas motivering”); Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, s. 220–221 (”levels of legal justification”).

naalisuudesta. Kirjan loppuluvuissa Tuori perustelee omaehtoisen idean oikeuden monitasorakenteesta ja oikeuden erilaisista ulottuvuuksista. Keskityn tässä teoksen teoreettiseen viitekehykseen sen itsensä osoittamien perusteiden valossa.

Tuori on perustellut immanentin kritiikin tutkimusohjelmaa metodisessa itse-reflektiossaan, joka sisältyy Juha Häyhän toimittamaan teokseen *Minun metodini*.¹⁴¹

”Kriittisen positivismin ohjelmassa kritiikki on immanenttia, kuten sen oli määrä olla marxilaisväritteisessä ideologikritiikissäkin: *kohde itse, oikeus, tarjoaa välineet ja mittapuut omalle kritiikilleen*. Kriittisen positivismin ohjelmassa kritiikin immanentti luonne on jotain, mihin sen pakottaa jo positiivisuus modernin oikeuden tunnusmerkkinä. Positiivisena oikeutena moderni oikeus sallii itseään kritikoitavan vain sisältä käsin. Positiivinen oikeus ei tunnusta ulkopuolisen kritiikin oikeudellista relevanssia; tämän havaitsi jo Kelsen.”

Kritiikki on sallittu vain sisältäpäin, positiivisen oikeuden itsensä tarjoamin käsitteellisin, normatiivisin ja metodisin apuvälinein, ja samaan tapaan Tuori perustelee immanentin kritiikin ohjelmaa nytkin.¹⁴² Tuorin lähtökohta on kiinnostavalla tavalla sisäisesti jännitteinen: miten perustella samalla kertaa *positiivinen* ja *kriittinen* teoria oikeudesta? Immanentin kritiikin tiukka kohdemääräytyneisyys ja ulkoisten kritiikin mittapuiden torjunta tuntuvat ainakin *prima facie* sulkevan pois aidosti kriittisen tutkijanposition mahdollisuuden.

Tuorin kehitelemä oikeuden monitasomalli on teoreettisilta sidonnaisuuksiltaan varsin raskas ja monisärmäinen. Monitasomallin varhaisempi versio, joka pohjautui Sakari Hännisen ja Georg Lukácsin marxilaiseen yhteiskuntateoriaan sekä yhteiskunnallisen subjektirakenteen ja tietoisuusmuotojen erotteluun, oli teoreettisessa katsannossa yksinkertaisempi ja taloudellisempi (termin kahdessa merkityksessä), kun yhteiskunnallisen subjektirakenteen ja sitä vastaavien tietoisuusmuotojen eriyttäminen tarjosi erottelukriteerin oikeudellisten ilmiöiden jakamiseksi kolmelle eri tasolle. Toisaalta, mallin varhaisversio edellytti varsin vahvaa sitoutumista marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian teoreettis-metafyysisen perustaan.¹⁴³

¹⁴¹ Tuori, ”Ideologikritiikistä kriittiseen positivismiin”, s. 324 (kursivointi lisätty). Vrt. myös Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 30.

¹⁴² Esim. Tuori, mts. 30–31 sekä kokoavasti s. 334: ”Kriittisen positivismin kritiikissä oikeus on samanaikaisesti sekä kohde että mittapuu. Kritiikki on sisäistä kritiikkiä; sitä harjoitetaan yhdessä modernin yhteiskunnan erikoistuneista oikeudellisista käytännöistä, oikeustieteessä. Sisäisenä kritiikkinä se on luonteeltaan immanenttia siinä mielessä, että se ammentaa normatiiviset kriteerinsä positiivisesta oikeudesta itsestään, sen pinnanalaisista kerrostumista.”

¹⁴³ Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 1, s. 74, 76 (kaikki kursivoinnit Tuorin). – Ks. myös Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, 2, s. 12–13; sama, *Oikeus, valta ja demokratia*, s. 26–27; sama, ”Ideologikritiikistä kriittiseen positivismiin”, s. 312–316.

”Kuvauksen lähtökohtana on porvarillisen yhteiskunnan subjektirakenteen eriyttäminen. Ensimmäisellä tasolla, *yhteiskunnan syvärakenteessa*, voi puhua pääomasta ’transsendentaalisubjektina’ sekä pääoman liikelakeja toteuttavista vakioiduista keskimääräissubjekteista. Toisella, *joukkomittaisten ilmiöiden tasolla* agentteina ovat ryhmätasoiset kollektiivisubjektit ja kolmannella, *yhteiskunnan konkreettisen pinnan tasolla taas intentionaaliset ja ajattelevat yksilösubjektit*. Kunkin tason subjektia luonnehtii sille ominainen ajatusmuoto: ensimmäisellä, syvärakenteen tasolla Häninen puhuu *tajuntamuodosta*, toisella, joukkomittaisten ilmiöiden tasolla *tietoisuusmuodosta* sekä kolmannella, intentionaalisesti käyttäytyvien yksilösubjektien tai yhteiskunnan konkreettisen pinnan tasolla taas *ajattelumuodosta*. Eri tasoille sijoittuvat ilmiöt kehittyvät ja muuntuvat erityyppisten lainalaisuuksien ohjaamina ja erilaista historiallista rytmiä noudattaen, eri ajassa. Niiden välillä on kuitenkin olemusilmiö -kategorioiden ilmentämä ’ekspressiivinen’ yhteys. (...) *Yhteiskunnan syvärakenteen aspektina on oikeus oikeusmuotona, pääoman uusintamisprosessin oikeudellisena välitysmuotona, joukkomittaisten ilmiöiden tasolla erityisenä tietoisuusmuotona, oikeusideologiana, ja konkreettisen pinnan tasolla taas lakimuotona, konkreettisina oikeudellisina sääntelyinä ja niitä toteuttavien yksilösubjektien – mukaan luettuna valtio-organit – käytäntöinä.*”

Näin 2000-luvulla on kyse ”myöhäis-marxilaisesta” oikeusteoriasta,¹⁴⁴ missä marxilaisittain ymmärretty oikeuden subjektirakenne ja yhteiskunnallis-transsendentaalinen pääomalogiikka oikeuden eri tasoja välittävine ekspressiivisine yhteyksineen on saanut valtaosin väistyä oikeuden perustavan tahdonvaltaisuuden sekä oikeuden tasojen välisten suhteiden uudelleen määrittelyn tieltä. Samalla teorian taustalla vaikuttavat teoreettiset ja metodiset sitoumukset ovat sen aiempaa versiota huomattavasti monimuotoisemmat.

Kriittisen oikeuspositivismin teoriassa yhdistyvät ainakin Jürgen Habermasin kommunikatiivisen rationaalisuuden teoria sekä tämän *Faktizität und Geltung* -teoksessa esittämä modernin oikeuden oikeusparadigmojen rekonstruktio; Max Weberin *Wirtschaft und Gesellschaft* -teoksen ideaalityyppitarkastelu oikeudelliseen kontekstiin sovellettuna esimerkiksi formaalin ja materiaalisen rationaalisuuden merkityksessä;¹⁴⁵ Michel Foucault’n tiedonarkeologian *historiallinen a priori*, millä hän viittasi ”sanat” ja ”asiat” yhdistäneen maailmankuvan tai tietomuodon (ransk.: *épistémè*) käsitteellisiin ja tieto-opillisiin ennakkoehtoihin, jotka – toisin kuin Immanuel Kant oli *Puhtaan järjen kritiikissään* esittänyt – ovat historiallisesti määräytyneitä ja ajallisesti muuntuvia; François Ewaldin sosiaalivaltion syntyä jäljittäneen *L’Etat providence* -teoksen idea ”Normin rationaalisuudesta” teollisten standardien kaltaisena ja perinteisestä sallittu/kielletty

¹⁴⁴ Kriittisen oikeuspositivismin suhteesta marxilaiseen teoriaan, Tuori, ”Ideologikritiikistä kriittiseen positivismiin”, s. 312–316 ja etenkin s. 319; sama, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. VI–IX.

¹⁴⁵ Myös oikeuden monitasomallia itseään voi pitää ideaalityyppitarkastelun yhtenä ilmentymänä, niin kuin Kaijus Ervasti aiheellisesti huomautti johtamassani tutkijaseminaarissa 4.10.2000.

-tyyppisestä binäärilogiikasta poikkeavana oikeudellisen sääntelylogiikan vaihtoehtona; Ranskan annalistisen historian tutkimuksen koulukunnan ja etenkin sen edustajan Fernand Braudelin monitasoinen aikakäsitys, jonka mukaan ”aika liikkuu historian eri tasoilla eri nopeuksilla”;¹⁴⁶ Pierre Bourdieun oikeudellisen kentän pelitilanteen ja lakimieshabituksen muodostumisen analyysi; sekä edelleen Sakari Hännisen marxilaiseen yhteiskuntafilosofiaan ja Georg Lukács -tulkintaan palautuva yhteiskunnan subjektirakenteen ja tietoisuusmuotojen eriytetty monitasomalli;¹⁴⁷ Ronald Dworkinin ajatus oikeussääntöjä heikompaan institutionaalista tukea nauttivista oikeusperiaatteista sekä John L. Austinin ja John Searlen ajatuksiin palautuva sääntösidonnaisten puhetekojen teoria, jota sovelletaan oikeutta tuottavien ja uusintavien yhteiskunnallisten käytäntöjen analyysiin.

Teoreettinen ja menetelmällinen moninaisuus saattaa olla ongelma siinä missä rikkauskkin:

”Eri tahoilta saadut teoreettiset ja metodiset vaikutteet saattavat olla keskenään vaikeasti yhteensovitettavia, ja kovin monien sivujuonien seuraaminen saattaa kadottaa pääjuonon näkyvistä”, Tuori totesi Kevät Nousiaisen väitöskirjan *Prosessin herruus. Länsimaisen oikeudenkäytön ’modernille’ ominaisien piirteiden tarkastelua ja alueellista vertailua* virallisen vastaväittäjän lausunnossaan.¹⁴⁸ Vastaväittäjänä Tuori moitti Nousiaista etenkin Weberin ideaalittyyppitarkastelun sekä Foucault’n ihmistieteiden tiedonarkeologian keskeisideoiden yhdistämisestä, mikä Tuorin mukaan ei ollut tutkimuksellisesti mielekkäällä tavalla toteutettavissa: ”Mutta nimenomaan sitä Foucault’n tuotannon vaihetta, jota Nousiainen työssään lähinnä hyödyntää, on peruslähtökohdiltaan vaikeata ellei peräti mahdotonta sovittaa yhteen Weberin katsomusten kanssa.”¹⁴⁹ – Yhtä kaikki, nyt Tuorin kriittinen oikeuspositivismi siis yhdistää sanotut kaksi teoriafragmenttia – eli Max Weberin ideaalittyyppitarkastelun ja Michel Foucault’n tiedonarkeologian – keskenään, samoin kuin muun muassa Jürgen Habermasin, François Ewaldin, Fernand Braudelin, Pierre Bourdieun, Sakari Hännisen, Ronald Dworkinin, John L. Austinin ja John Searlen ajatuksia oikeudesta, kielestä ja yhteiskunnasta oikeuden monitasorakenteen analyysin osatekijöinä. Tutkimuksellisen eklektismin teoreettisena perusteluna Tuori viittaa Jürgen Habermasin omissa kirjoituksissaan toteuttamiin tutkimuksellisiin valintoihin.¹⁵⁰

¹⁴⁶ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 164.

¹⁴⁷ Tuori, mts. 166–167, 207–208.

¹⁴⁸ Tuori, ”Virallisen vastaväittäjän Kaarlo Tuorin Helsingin yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle antama 3.9.1993 päivätty lausunto”, s. 1250.

¹⁴⁹ Tuori, mas. 1252.

¹⁵⁰ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 333, missä Tuori viittaa Habermasin toteuttamiin tutkimuksellisiin valintoihin Niklas Luhmannin systeemitteorian ja Habermasin oman diskurssiteorian yhdistämisen merkityksessä. Sanotussa tekstikohdassa Tuori pohtii myös mahdollisuutta yleisen diskurssiteorian, foucault’laisen valta-analyysin sekä Pierre Bourdieun toteuttaman oikeudellisen kentän erittelyn yhdistämiseen.

Lisäksi Hans Kelsenin ja H.L.A. Hartin analyttinen oikeuspositivismi tarjoaa tutkimuksellisen teoriareferenssin eli, kirjoittajan termein, ”poleemisen vastapoolin”,¹⁵¹ johon Tuori oman ajattelunsa suhteuttaa.¹⁵² François Ewaldin *L’Etat providence* -teoksen terminologiaa seuraten Tuori asettaa *kriittisen oikeuspositivismin* vasten Kelsenin ja Hartin edustamaa perinteistä oikeuspositivismia, joka hänen mukaansa ei kykene vastaamaan kahteen oikeusteorian keskeiskysymykseen: kysymykseen *oikeuden rajoista* sekä kysymykseen *oikeuden hyväksyttävyyden* eli legitimitisyyden kriteereistä.¹⁵³

Keskityn tässä kahteen keskeiskysymykseen, jotka myötäilevät Tuorin kirjan kaksijakoista otsikkoa *kriittinen/positivistinen*. Sovellan Tuorin *immanentin kriitiikin* ohjelmaa kriittiseen oikeuspositivismiin itseensä, jolloin kohde itse, *kriittinen oikeuspositivismi*, tarjoaa välineet ja mittapuut omalle kritiikilleen: mitkä ovat modernin oikeuden rajat Tuorin kriittisessä oikeuspositivismissa, ja miten hyvin kriittinen oikeuspositivismi kykenee itse vastaamaan sisällöllisen hyväksyttävyyden, kriittisyyden ja legitimitisyyden haasteeseen? Tuori korostaa, miten kriittisessä oikeuspositivismissa ”modernia oikeutta lähestytään monitasoisena ilmiönä ja ulotetaan positiivisuuden tunnusmerkki oikeuden pintatason ohella oikeuskulttuuriin ja oikeuden syvärakenteeseen.”¹⁵⁴ Tämä modernin oikeuden määritelmällisen positiivisuuden *credo* toistuu teoksessa moneen otteeseen.¹⁵⁵ Kun Tuori pitää kiinni modernin oikeuden positiivisuuden vaatimuksesta aina oikeuskulttuurin ja oikeuden syvätason ilmiöitä myöten, on lupa kysyä, kirjailija Raymond Carveria mukaillen, *mistä puhumme, kun puhumme oikeudesta?*¹⁵⁶

¹⁵¹ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 7–8.

¹⁵² Vaikka Tuori siis viittaa Kelsenin ja Hartin analyttiseen oikeuspositivismiin oman teoriansa ”poleemisena vastapoolina”, oikeuden monitasomallin teoreettiset perusteet käyvät paremmin ymmärrettäväksi sen marxilaista varhaisversiota vasten, missä oikeuden ja yhteiskunnan kerrostunut subjektirakenne ja oikeudelliset tietoisuusmuodot erotettiin toisistaan Sakari Hännisen tarkoittamalla tavalla. Ajatus oikeuden kerrostuneisuudesta oikeuskulttuurin tason ja oikeuden syvätason merkityksessä on Kelsenin ja Hartin analyttiselle oikeuspositivismille lähtökohtaisesti vieras.

¹⁵³ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 7–8.

¹⁵⁴ Tuori, mts. 342.

¹⁵⁵ Näin esim.: ”Kriittisen positivismin perusajatuksen mukaisesti positiivinen oikeus tarjoaa itse välineet omalle kritiikilleen ja vetää itse omat rajansa.” Tuori, mts. 87. Samoin: ”Jos pitää paikkansa, että modernia oikeutta luonnehtii perustava positiivisuus, tästä myös seuraa, että modernin oikeuden sisällölliset rajat ja legitimitisyydskriteerit on löydettävä positiivisen oikeuden sisältä: oikeuden normatiivisten raja- ja legitimitisyydskriteerien on myös täytettävä oikeuden positiivisuuden tunnusmerkki.” Tuori, mts. 30. – Niin kuin jäljempänä lähemmin perustelen, tätä loppuun asti viedyn positiivisuuden vaatimusta on mahdoton ainakaan täysimääräisenä täyttää.

¹⁵⁶ Vrt. Carver, *What We Talk About When We Talk About Love*; sama, *Mistä puhumme kun puhumme rakkaudesta*.

5.2. Oikeuden tasot ja ulottuvuudet

Oikeuden tasoja on kolme: *oikeuden pintataso*, *oikeuskulttuurin taso* ja *oikeuden syvätaaso*.¹⁵⁷ Oikeuskulttuurin taso ja oikeuden syvätaaso on jaettu analyttisesti käsitteellisiin, normatiivisiin ja metodisiin ainesosiin. Jakokriteereitä on kolme, joista pääpaino on nyt kahdella jälkimmäisellä:

- (a) marxilaiseen yhteiskuntateoriaan palautuva ajatus *yhteiskunnallisesta subjektirakenteesta* sekä sitä vastaavasta yhteiskunnallisesta *tietoisuusmuodosta*, jota ilmentävät oikeuden pintatason *intentionaaliset yksilösubjektit*, oikeuskulttuurin tason *ryhmätason kollektiivisubjektit*, kuten lakimiesprofessio eli juristien ammattikunta ja sen sisäistämä normatiivinen oikeusideologia, sekä oikeuden syvätaason oikeussubjekti *vakioituna keskimääräisubjektina*, rinnastuen pääomaan itseään uusintavana ja pääoman liikelakeja toteuttavana transsendentaalisubjektina,¹⁵⁸
- (b) oikeuden toteuttama *aikarytmi* eli lyhyt kesto (ransk.: *temps court*) oikeuden pintatasolla, suhdanteiden aika (ransk.: *conjoncture*) oikeuskulttuurin tasolla sekä pitkä aika (ransk.: *longue durée*) oikeuden syvätasolla;¹⁵⁹ oikeuden pintatason muuttamiseen tarvitaan vain ”kolme sanaa” lainlaati-jalta tai lakia soveltavalta tuomioistuimelta, oikeuskulttuuri muuttuu hitaammin lakimiesten ammatillisen itseymmärryksen muuttuessa, ja oikeuden syvätaaso muuttuu oikeuden kolmesta tasosta kaikkein hitaimmin, ja
- (c) oikeuden *alueellinen laajuus* eli oikeuden pintatason ainakin lähtökohtaisesti kansallinen ulottuvuus, jota eurooppaoikeudellinen ja muu ylikansallinen oikeus modifioivat, sekä kansallisen oikeuden ylittävät piirteet oikeuskulttuurin tasolla ja oikeuden syvätasolla.¹⁶⁰

Entä missä ovat oikeuden rajat oikeuden pintatasolla, oikeuskulttuurin tasolla ja oikeuden syvätasolla?

Teorian varhaisversiossa Tuori puhui epämääräisesti tasojen ”suhteellisesta itsenäisyydestä” ja ”ekspressiivisestä yhteydestä, jonka kautta syvärakenne määrittää oikeuden muita tasoja”.¹⁶¹ Nyt tasojen välisiä suhteita on kaikkiaan kuusi erilaista: *konstituutio-*, *rajoitus-*, *justifikaatio-*, *kritiikki-*, *sedimentaatio-* ja *konkretisaatiosuhde*. Näistä konstituutio- ja rajoitussuhde samoin kuin justifikaatio- ja kritiikkisuhde suhtautuvat nähdäkseni toisiinsa kuin kolikon kaksi puolta: jonkin oikeudellisen ilmiön mahdollistava konstituutiosuhde samalla rajoittaa ja sulkee oikeudellisesti mahdollisten maailmojen sfäärin, kun taas oikeudellinen

¹⁵⁷ Aiemmin Tuori puhui *lakimuodosta*, *oikeusideologiasta* ja *oikeusmuodosta*. Muuntosuhde on siis: lakimuoto → oikeuden pintataso; oikeusideologia → oikeuskulttuurin taso; oikeusmuoto → oikeuden syvätaaso.

¹⁵⁸ Tuori, mts. 166–167.

¹⁵⁹ Tuori, mts. 164.

¹⁶⁰ Tuori, mts. 205.

¹⁶¹ Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, I, s. 75.

justifikaatiosuhde merkitsee ei-totaalisen, immanentin normatiivisen kritiikin mahdollisuutta. Tuorin kanta on tosin hieman horjuva. Yhtäältä hän nimeää konstituutio- ja rajoitussuhteen toistensa vastinpareiksi, mutta toisaalta hän kirjoittaa, että justifikaatiosuhde voidaan tulkita rajoitussuhteen kääntöpuoleksi.¹⁶²

Toisaalta Tuori siis korostaa modernin oikeuden kahta *ulottuvuutta*: oikeus koostuu yhtäältä *oikeusnormeista*, toisaalta *oikeudellisista käytännöistä* kirjoittajan omaksuman dualistisen ontologian mukaisesti. Molemmat, oikeusnormit ja oikeudelliset käytännöt, edellyttävät toinen toistaan. Konstitutiiviset ja regulatiiviset oikeusnormit määrittelevät tietyt yhteiskunnalliset käytännöt, kuten lainsäätämisen tai lainkäytön, oikeudellisiksi käytännöiksi, ja oikeusnormit ovat puolestaan luotavissa, muutettavissa, pantavissa täytäntöön ja kumottavissa vain sanottujen oikeudellisten käytäntöjen kautta.¹⁶³ Tuori määrittelee oikeudelliset käytännöt seuraavasti:¹⁶⁴

”Oikeudelliset käytännöt ovat yhteiskunnallisia käytäntöjä, jotka tuottavat ja uusintavat oikeutta normatiivisena ilmiönä, oikeusjärjestyksenä. (...) Oikeudellisissa käytännöissä on kyse *kieliteoista*, jotka nostavat esiin ja tematisoivat erityisiä oikeudellisia pätevyysvaatimuksia.”

Oikeudellisiin käytäntöihin kuuluvat etenkin tuomioistuinten toteuttama lainkäyttö ”jo-oikeutena” sekä oikeustiede – tai oikeammin lainoppi – oikeudellisia systematisointi- ja tulkintalauseita tuottavana ammatillisena käytäntönä. Lainsäädäntö on Tuorin mukaan eräässä mielessä vasta ”ei-vielä-oikeutta”, joka täsmentyy ”jo-oikeudeksi” oikeudenkäytön ja oikeustieteen käsittämien oikeudellisten systematisointi- ja tulkintakäytäntöjen kautta. Oikeusnormeihin kuuluvat (ainakin) oikeuden pintatason oikeussäännöt sekä oikeuden syvempien tasojen normatiiviset oikeusperiaatteet.

5.2.1. Oikeuden pintataso: lainsäädäntö ”ei-vielä-oikeutena”, tuomioistuinten tuottama ”jo-oikeus” sekä lainopin tulkintalauseet

Oikeuden pintataso käsittää Tuorilla kolmenlaisia elementtejä, jotka liittyvät lainsäädäntöön, tuomioistuinratkaisuihin sekä lainopin tuottamiin tulkintalauseisiin. Oikeuden pintatasolla poliittisen päätöksentekoprosessin tuloksena syntynyt lainsäädäntö on Tuorin mukaan ”eräässä mielessä vasta oikeuden raaka-

¹⁶² Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 234–235 ja 263.

¹⁶³ Tuori, mts. 138.

¹⁶⁴ Tuori, mts. 147. – Tuori erottelee toisistaan oikeudelliset käytännöt *laajassa ja suppeassa* merkityksessä. Edelliseen kuuluu kaikki yhteiskunnallinen viestintä, jonka sisältönä on oikeusjärjestyksen soveltaminen, tulkitseminen tai muuttaminen. Jälkimmäiseen kuuluvat käytännöt, joiden pääasiallisina toimijoina ovat ammatillisen erityiskoulutuksen saaneet lakimiehet ja jotka tuottavat ja uusintavat oikeutta oikeusjärjestyksenä. Tuori, mts. 148–149.

ainetta, 'ei-vielä-oikeutta'", kun taas vasta yksittäiset tuomioistuinratkaisut ovat "jo-oikeutta".¹⁶⁵ Samoin hän perustelee tekstissä myöhemmin:¹⁶⁶

"Vaikka lainsäädäntö on modernin, positiivisen oikeuden oloissa tärkein oikeuslähde, se kuitenkin edustaa eräässä mielessä vasta oikeuden raaka-ainetta, 'ei-vielä-oikeutta'. 'Jo-oikeudeksi' se muuntuu niissä tulkinta-, soveltamis- ja systematisoimisprosesseissa, joista oikeudellisten käytäntöjen työnjaossa vastaavat lainkäyttö ja oikeustiede."

Tuorin tavanomaisesta poikkeava käsitys lainsäädännöstä selittyy ammatillisesti eriytyneelle *lakimiesprofession* annetulla keskeisroolilla. Tältä osin Tuorin teoria kantaa vahvoja vaikutteita Max Weberiltä: kun moderni oikeus määrittää ammatillisesti eriytyneen lakimiesprofession avulla, lainsäädäntö kuuluu – hallinnon tavoin – pikemminkin poliittiseen kuin aidosti oikeudelliseen diskurssiin ja toteuttaa tavoiterationaalista mallia varsinaisesti oikeudellisen rationaalisuuden sijaan.¹⁶⁷ Tuori huomauttaa, että lakiehdotuksen perustuslainmukaisuuden ennakovalvontaan sisältyy oikeudellinen asiantuntijaelementti, mutta muutoin lainsäädäntö toteuttaa poliittisen argumentaation *tavoiterationaalista* mallia aidommin oikeudellisen rationaalisuuden sijaan.¹⁶⁸ Toisaalta myös perustuslakivaliokunta on kokoonpanoltaan poliittinen, osaltaan parlamentaarista demokratiaa toteuttava elin, joka tosin kuulee säännönmukaisesti oikeudellisia asiantuntijoita.

Mutta mitä on oikeudellinen rationaalisuus? Tuori viittaa oikeuden syvatasoa jäsentäessään Weberin formaaliin rationaalisuuteen, Ewaldin "Normin rationaalisuuteen" sekä Habermasin kommunikatiiviseen rationaalisuuteen erilaisina tulkitointina vallitsevasta oikeudellisesta rationaalisuudesta. Otaksuttavasti sosiaalisen siviilioikeuden korostama hyvinvointivaltiollinen *tarverationaalisuus* kuuluu osaltaan oikeudellisten rationaalisuusmallien joukkoon. Myös oikeudelliseen päätöksentekoon on sisäänrakennettuna *arvo-*, *tarve-* tai *tavoiterationaalii-*

¹⁶⁵ Tuori, mts. 149–154 ja etenkin s. 153: "Moderni oikeus on positiivista, asetettua oikeutta. Modernin oikeuden oloissa lainsäädännön asema oikeuslähteenä korostuu, joskin eri oikeuskulttuureissa vaihtelevalla tavalla, kuten voidaan todeta *Common Law* -maiden ja Manner-Euroopan valtioiden välillä vieläkin havaittavista eroista. Lainsäädäntö edustaa kuitenkin eräässä mielessä vasta oikeuden raaka-ainetta, 'ei-vielä-oikeutta', pikemminkin kuin 'jo-oikeutta'. Muuttuakseen 'jo-oikeudeksi', aloittaakseen matkansa kohti yhteiskunnallisia vaikutuksiaan, lainsäädännön on suodatuttava erityisten muuntamismekanismien lävitse. Näiden muuntamismekanismien rooli pakottaa meidät jättämään jäähyväiset tyypillisen poliitikon ja byrokraatin yksinkertaistetun instrumentalistiselle oikeuskäsitykselle."

¹⁶⁶ Tuori, mts. 300.

¹⁶⁷ Tuori, mts. 149–153. Samoin Tuori, mts. 155: "Hallinto noudattaa poliittisen päätöksenteon ja argumentaation tavoin *tavoiterationaalista mallia*, ja tämä myös erottaa hallinnon lainsäätämismenetelyyn kuuluvista oikeudellisista käytännöistä."

¹⁶⁸ Tuori, mts. 150–151.

nen elementti esimerkiksi silloin, kun tuomioistuimen arvioitavana on yksittäisen sopimuksen tai sopimusehdon kohtuullisuus tai kohtuuttomuus oikeustoimilain 36 §:n (17.12.1982/956) mukaan, kun arvioitavana on korkolain 11 §:n tarkoittama sosiaalinen suorituseste eli sosiaalinen *force majeure* -tilanne tai kun on yleisesti kyse oikeusperiaatteiden tai vastaavien standardien punninnasta oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa. Tällöin ei ole kyse aidosti oikeudellisesta rationaalisuudesta Weberin formaalin, Habermasin kommunikatiivisen tai Ewaldin ”Normin rationaalisuuden” merkityksessä, vaan pikemminkin instrumentaalisesta eli poliittis-tavoitteellisesta rationaalisuudesta. Rajalinja yhtäältä oikeudellisen rationaalisuuden, toisaalta tarkoitussidonnaisen poliittisen päätöksentekorationaalisuuden välillä on toisin sanoen varsin joustava ja epämääräinen myös muodollisesti oikeudellisen päätöksentekomenettelyn piirissä.

Etenkin vaihtoehtoisen lainopin sekä kriittisen oikeusopin suuntauksista sosiaalisen siviilioikeuden ja naisoikeuden kirjoituksissa on korostettu oikeudellisen päätöksenteon arvo- ja/tai tavoiterationaalista sekä tilannesidonnaista luonnetta, ja vaihtoehtoisen lainopin traditioonhan Tuorin oma kaksiosainen väitöskirja-projekti *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta, 1–2* osin sijoittui.¹⁶⁹ Lars D. Erikssonin mukaan juuri tavoiterationaalisuus oli se porvarillisen oikeuden sisällä vaikuttava räjähdysaine (ruots.: *sprängstoff*), joka rikkoi käsitelainopin ja analyttisen koulun syllogistisen ratkaisulogiikan ja jonka avulla vaihtoehtoiset tulkinnot voimassa olevasta oikeudesta kävivät mahdollisiksi.¹⁷⁰

Tuorin ajatus lainsäädännöstä *ei-vielä-oikeutena* eli eräänlaisena tuomioistuimissa toteutuvan *jo-oikeuden* raaka-aineena poikkeaa tavasta, jolla voimassa oleva oikeus on totutusti määritelty analyttisen ja oikeuspositivistisen tutkimustradition piirissä. Lainsäädäntö on siinä sijoitettu oikeuspositivistisen oikeuskäsitelyksen keskiöön, ja tuomioistuinten asettamat yksittäistapaukselliset ratkaisunormit on jopa saatettu rajata näin määritellyn oikeuden tai oikeusjärjestelmän ulkopuolelle. Analyttisen oikeuspositivismin perustaja, John Austin, erotti yleiset lait (engl.: *laws or rules*) tilannekohtaisista tai yksittäistapauksellisista käskyistä (engl.: *occasional or particular commands*).¹⁷¹ Tuomioistuinratkaisut oli Austinin oma esimerkki yksittäistapauksellisista määräyksistä.¹⁷² Samoin puola-

¹⁶⁹ Tuori väitteli kaksisosaisen teoksen jälkimmäisellä ja vahvemmin lainopillisella niteellä.

¹⁷⁰ Ks. esim. Eriksson, ”Om olika argumentationsmodeller”, *passim*. Vrt. Eriksson, ”Marxilaisen lainopin lähtökohtia”, s. 26; sama, ”Utkast till en marxistisk jurisprudence”, s. 53: ”... den målrationella modellen, då det är denna som sas. utgör *sprängstoffet i den borgerliga rätten*”. (Kursivointi lisätty.)

¹⁷¹ ”Commands are of two species. Some are *laws or rules*. The others have not acquired an appropriate name, nor does language afford an expression which will mark them briefly and precisely. I must, therefore, note them as well as I can by the ambiguous and inexpressive name of ‘occasional or particular commands’.” John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 25. – Kirja perustuu Austinin pitämiin luentoihin, joilla kerrotaan olleen vain muutama kuulija. Austinin perianalyttisen lähestymistavan läpimurto toteutui vasta paljon myöhemmin.

¹⁷² Austin, mts. 27. Vrt. myös Austin, mts. 29.

lainen Jerzy Wróblewski rajasi yksittäiset tuomioistuinratkaisut oikeusjärjestelmän käsitteen ulkopuolelle *The Judicial Application of Law* -teoksessaan:¹⁷³

”The legal system is constituted by sufficiently general and abstract rules, but does not include individual law applying decisions and *inter alia* judicial decisions.”

Itävaltalainen Hans Kelsen katsoi puhtaan oikeusopin teoriassaan, että hierarkkisesti eritasoiset säädännäiset oikeusnormit ja yksittäiset viranomais- tai tuomioistuinratkaisut eroavat toisistaan ainoastaan normin abstraktio- tai yleisyyssuhteen suhteen.¹⁷⁴ Valtiosääntö ja parlamentin säätämät lait ovat Kelsenin ja A.J. Merklin ideoiman oikeusnormihierarkian huipulla, kun taas yksittäiset tuomioistuin- ja viranomaisratkaisut sijoittuvat sen alimpiin osiin. Lainsäätäjän asettamat yleiset ja abstraktit oikeusnormit konkretisoituvat vain vähitellen hierarkkisesti alemman asteisten norminasettajien sekä viime kädessä lakia soveltavien tuomioistuinten ja viranomaisten toimesta. H.L.A. Hartilla oikeus määrittyi tuomarikunnan ja muiden viranomaisten ratkaisutoiminnassaan hyväksymän oikeuden *tunnistamissäännön* kautta. Jos tunnistamissäännön kohdereferenssi käsittää myös parlamentin asettamat normit, niin kuin tavallista on, ei ole estettä lukea säädännäistä oikeutta velvoittavien oikeusnormien joukkoon. Itse asiassa Hartin oma esimerkki englantilaisen tuomarin operatiivisesta tunnistamissäännöstä painottuu vahvasti lainsäätäjän tuottamien normien suuntaan: *what the Queen in Parliament enacts is law*.¹⁷⁵

Tuorin ajatus lainsäädännöstä poliittisen diskurssin tuottamana ja poliittisen rationaalisuuden läpäisemänä *ei-vielä-oikeutena*, joka muuntuu *jo-oikeudeksi* tuomioistuinten ratkaisutoiminnassa, on itse asiassa lähempänä esimerkiksi John Chipman Grayn varhaista tuomioistuinrealismia kuin Kelsenin tai Hartin lainsäädäntökeskeistä oikeuspositivismia. Gray päätteli, että lainsäädäntö on vain yksi oikeuslähteistä, joihin ratkaisua tekevä tuomari voi tukeutua ratkaisua tehdessään, ja vasta lopullinen tuomioistuinratkaisu on aidossa mielessä oikeutta.¹⁷⁶

”And this is the reason why legislative acts, statutes, are to be dealt with as sources of Law, and not as part of the Law itself, why they are to be coördinated with the other sources which I have mentioned. It has been sometimes said that the Law is composed of two parts, – legislative law and judge-made law, but, in truth, all the Law is judge-made law.”

¹⁷³ Wróblewski, *The Judicial Application of Law*, s. 296.

¹⁷⁴ Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 242–245.

¹⁷⁵ Hart, *The Concept of Law*, esim. s. 99, 104, 108, 113, 117.

¹⁷⁶ Gray, *The Nature and Sources of the Law*, s. 125.

Toisaalta, Tuori lukee myös *lainopin tulkintalauseet* osaksi oikeuden pintata-soa, mikä ei ole ongelmatonta teorian julkilausutusti oikeuspositivististen lähtö-kohtien valossa. Lainoppi tulkitsee ja systematisoi lainsäätäjän ja tuomioistuinten asettamia oikeusnormeja, eikä se kykene omaehtoiseen pätevän oikeusnormin asettamiseen.¹⁷⁷ Kun lainopin lauseet ovat siten ”vain” oikeudellisia tulkintalauseita eivätkä velvoittavia oikeusnormeja, mikä oikeuttaa niiden rinnastamisen aidosti velvoittaviin oikeuslähteisiin, lainsäädäntöön ja tuomioistuinratkaisuihin, teorian julkilausutusti oikeuspositivististen premissien vallitessa? Tuori ei myöskään tee tässä erottelua yhtäältä lainopin *vallitsevan doktriinin*, toisaalta *vaihtoehtoisen*, *kriittisen* tai avoimen *poliittisen lainopin* tuottamien tulkintalauseiden välillä. Vallitsevan doktriinin systematisointi- ja tulkintalauseet pyrkivät kuvaamaan voimassa olevan oikeuden tietynhetkistä sisältöä niiden oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena, joille tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat ovat antaneet ja joille ne tulevat todennäköisesti myös tulevaisuudessa, vallitsevan tuomariniideologian perusteella, antamaan tehokasta oikeus-suojaa. On toisin sanoen kyse *toteutuneesta* ja myös (todennäköisesti) *toteutettavissa* olevasta oikeudesta.¹⁷⁸

Vaihtoehtoisen lainopin tulkinta-, systematisointi- ja punnintalauseet jäsentävät puolestaan oikeutta *ideaalina* tai *yhteiskunnallisena mahdollisuutena* semanttisesti ja/tai oikeudellisesti ylipäättään mahdollisten tulkintojen merkityksessä. Kyse ei siis ole oikeudellisista tulkinta- tai punnintakannanotoista, jotka todennäköisesti saisivat myös oikeussuojaa ja muuntuisivat siten toteutuvaksi oikeudeksi tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien tulevas-sa ratkaisukäytännössä. Lainopin tulkintalauseita voitaisiinkin ehkä kutsua, Tuorin lainsäädäntöön ja oikeuskäytäntöön soveltamaa terminologiaa jatkaen, *ei-vielä-mutta-ehkä-joskus-oikeudeksi* tai *ei-vielä-eikä-ehkä-koskaan-oikeudeksi*, siitä tutkijanideologisesta valinnasta riippuen, onko kyse lainopin vallitsevan doktriinin institutionaaliseen tuomarireferenssiin sidotuista oikeudellisista tulkinta- ja systematisointilauseista vaiko vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin tuottamista tulkinta- ja systematisointilauseista, joiden toteutuminen vastaisessa tuomioistuinikäytännössä *jo-oikeutena* on jo määritelmällisesti epätodennäköistä.¹⁷⁹ Mutta missä mielessä vaihtoehtoisen lainopin tulkintalauseet, jotka määritelmällisesti eivät saa hyväksyntää maan tuomioistuimissa ja

¹⁷⁷ Vielä 1600-luvulla sovelletusta saksalaisesta *Aktenversendung*-käytännöstä, missä vaikeaksi osoittautuneen oikeusjutun asiakirjat lähetettiin läheiseen lainopin tiedekuntaan ”kollektiivisen ja sitovan ratkaisun” saamiseksi jutussa, Dawson, *The Oracles of the Law*, s. 200–205.

¹⁷⁸ Tämä voimassa olevan oikeuden ja lainopin vallitsevan doktriinin määrittelyni perustuu siis H.L.A. Hartin ja Alf Rossin käsitykseen oikeudesta, joka on Tuorin käsitystä oikeusrealistisempi.

¹⁷⁹ Tuori on samalla oikeassa huomauttaessaan, että käsitys lainopin lauseiden puhtaasti deskriptiivisestä luonteesta, mihin Kelsen päätyi *Puhtaan oikeusopin* toisessa, vuoden 1960 laitoksessa, ei ole kestävä. Lainopin lauseisiin sisältyy aina tulkinnallinen, voimassa olevan oikeuden tutkinnallista merkityssisältöä jäsentävä elementti, joka poikkeaa senkaltaisesta tutkimuskohteen arvova-

muissa viranomaisissa eivätkä vastaa Suomen voimassa olevan oikeuden sisältöä, ovat Tuorin tarkoittamalla voimassa olevaa oikeutta tuottavia ja uusintavia oikeuslauseita?

Tuori huomauttaa yllättäen, etteivät edes lainoppineiden muita oikeusjärjestyksiä koskevat lausumat ole ”normatiivisesti viattomia” vaan jakavat nekin oikeustieteen ”pakotetun normatiivisuuden”. Kun maineikas skotlantilainen juristi ja oikeusfilosofi Neil MacCormick kirjoitti vuonna 1981, että ”Neuvostoliiton kansalaiset eivät saa pitää hallussaan vieraita valuuttoja eivätkä käydä niillä kauppaa”,¹⁸⁰ tällä lausumalla hän Tuorin mukaan osallistui oman, tuon ajan Skotlannin tai Iso-Britannian oikeuden uusintamiseen. Miten? Jos oikeustieteen professori lausuu Kiinan muurilla käsityksensä Kiinan keisarin oikeudellisesta asemasta, millä tavoin tuo lausuma uusintaa Suomen voimassa olevaa oikeutta velvoittavien oikeusnormien ja/tai oikeudellisesti eriytyneiden yhteiskunnallisten käytäntöjen kokonaisuutena?¹⁸¹ Ei mitenkään. Se, että tuon lauseen puhuja kuuluu suomalaisen lakimiesprofession eliittiin, ei asiaa muuksi muuta.¹⁸² Edes se, että kysymystä tarkemmin analysoitaessa jouduttaneen turvautumaan senkaltaisiin kielellisiin konventioihin ja opillisiin konstruktioihin kuin keisarin *oikeusasema*, keisarin *ulkopoliittiset valtaoikeudet* tai keisarin *valtaoikeuksien rajoitukset*, ei sanottavasti uusinnassa Suomen voimassa olevaa oikeutta ja siinä omaksuttuja valtiosääntöoikeudellisia järjestelyjä, meillä kun ei keisarivaltaa tunneta.

Jos oikeusoppinut NN kirjoittaa historiallisen näytelmän Suomen oikeusoloista, uusintaako tuo fiktio Suomen voimassa olevaa oikeutta? Entä oikeustieteen tutkija NN, joka torkahtaa kesken valtiosääntöoikeuden tutkijaseminaarin ja huudahtaa äkkiä kesken unennäkönsä: ”Kauan eläköön Väinö I, oikeamielinen kuninkaamme!”?

Tutkimuksellinen hinta Tuorin sitoutumisesta weberiläisittäin määriteltyyn *juristiprofessioon* eräänlaisina modernin *oikeuden oraakkeleina*, joiden joko vah-

paan kuvaamisen ideaalista, mihin Kelsen omassa puhtaan oikeusopin teoriassaan päätyi. Sittenkin lainopin tulkintalauseet ovat aina vain tulkintalauseita, ilman omaehtoisesta oikeusnormin voimaansaattamisen, sanktion langettamisen tai oikeusvaikutusten toteuttamisen eli täytäntöönpanon mahdollisuutta. Tässä suhteessa lainoppineiden tuottamat tulkintalauseet poikkeavat olennaisesti lainsäätäjän ja tuomioistuinten oikeutta konstituovista *perlokutionaarisista puheteoista*.

¹⁸⁰ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 315.

¹⁸¹ Tuori määrittelee oikeudelliset käytännöt seuraavaan tapaan: ”Oikeudelliset käytännöt suppeassa mielessä määrittyvät siis kahdella tunnusmerkillä, joista toinen koskee niiden subjekteja ja toinen niiden tuloksia. Oikeudellisia käytäntöjä suppeassa mielessä ovat käytännöt, joiden pääasiallisina toimijoina ovat oikeuden ammattilaiset ja jotka tuottavat ja uusintavat oikeutta oikeusjärjestyksenä.” Tuori, mts. 149. – Jos oikeuden uusintaminen määritellään viittaamalla puhuntaan, jotka oikeudellisen erityiskoulutuksen saaneet lakimiehet tuottavat täysin vieraankin oikeuden järjestelystä, miten voimassa oleva oikeus erotetaan ei-oikeudesta?

¹⁸² Tuori, mts. 315–316.

vasti (= tuomarikunta) tai vain heikosti institutionalisoiduista lausumista (= muu lakimiesprofessio) voimassa olevan oikeuden pintataso osin koostuu, maksetaan siis kahdella tapaa. Lainsäädäntö yhteiskuntapoliittista tavoiterationaalisuutta toteuttavana institutionalisoituna päätöksentekomuotona rajautuu osin voimassa olevan oikeuden ulkopuolelle *ei-vielä-oikeutena*, ja toisaalta lainopin tuottamat tulkintalauseet ja jopa juristien omaa oikeusjärjestystä millään tavoin sivuamattomat lausumat esimerkiksi Neuvostoliiton tai keisarikunnan Kiinan oikeusoloista väitetysti uusintavat Skotlannin tai Suomen voimassa olevaa oikeutta, kun puhujana vain on skotlantilainen oikeusfilosofi Neil MacCormick tai, jälkimmäisessä tapauksessa, suomalainen oikeustieteen professori. Teorian selväsanaisesti oikeuspositivististen premissien valossa vallitsevan tai kriittisen lainopin tulkintalauseiden liittäminen voimassa olevan oikeuden osaksi on vaikea puoltaa,¹⁸³ ja samalla oikeuden rajat käyvät oikeuden pintatasolla epämääräisiksi. Jotta teorian julkilausuttu positivistisuus voitaisiin pelastaa, lainopin tulkintalauseet tulisi rajata voimassa olevan oikeuden ulkopuolelle *ei-vielä-mutta-ehkä-joskus-oikeutena* tai *ei-vielä-eikä-ehkä-koskaan-oikeutena*, omaksutuista tutkijanideologisista sitoumuksista sekä tuomioistuinten tulevista ratkaisuksista riippuen.

5.2.2. Oikeuskulttuurin taso

Oikeuden syvempiä tasoja on Tuorin mukaan kaksi: oikeuskulttuurin taso ja oikeuden syvätkä. Oikeuskulttuurin taso edustaa oikeudellista asiantuntijakulttuuria, missä erityiskoulutuksen saaneilla lakimiehillä, ”oikeuden ammattilaisilla” on keskeinen rooli.¹⁸⁴ Oikeuskulttuurin taso koostuu oikeudellisen asiantuntijakulttuurin *käsitteellisistä*, *normatiivisista* ja *menetelmällisistä* aineksista. Oikeudenalakohdalliset yleiset opit eli oikeuden *peruskäsitteet* ja *yleiset normatiiviset oikeusperiaatteet* kuuluvat oikeuskulttuurin käsitteellisiin-normatiivisiin aineksiin. Oikeudelliset argumentaatiomallit eli *oikeuslähdeoppi* ja *normikonfliktien ratkaisustandardit*, kuten *lex superior derogat legi inferiori* ja *lex posterior derogat legi priori*, sekä *oikeudellista tulkintaa ohjaavat standardit*, kuten sanamuodon mukainen tulkinta, systemaattinen tulkinta, analogia- ja vastakohtaispäätelmät sekä teleologinen tulkinta, kuuluvat oikeuskulttuurin menetelmällisiin aineksiin.¹⁸⁵ Ajatus oikeuskulttuurin oikeuden pintatasoa vitkaammin muuttuvista elementeistä on intuitiivisesti helposti hyväksyttävissä ja saa tukea suomalaisten

¹⁸³ Näin myös Tuori, mts. 160–161: ”Oikeustiede ei tuota sellaisia välittömästi velvoittavia päätöksiä, jotka ovat ominaisia positiiviselle, asetetulle oikeudelle. (...) Sen lausumat saavat positiivisen oikeuden sitovan voiman vasta muiden oikeudellisten käytäntöjen, lainsäätämisen ja lainkäytön, välityksellä.”

¹⁸⁴ Tuori, mts. 178.

¹⁸⁵ Tuori, mts. 184–185.

juristien ammatillisesta itseymmärryksestä. Kyse on siis ammatillisesti eriytyneen lakimieskunnan ylläpitämästä ja uusintamasta ammatillisesta traditiosta.

Mutta missä määrin oikeudenalakohtaiset yleiset opit ja oikeudelliset argumentaatiomallit ovat osa ”positiivista, nimenomaisilla päätöksillä asetettua ja jatkuvasti muutettavissa olevaa oikeutta”?¹⁸⁶ Eikö oikeuskulttuurin tason ilmiöissä ole pikemminkin kyse vakiintuneeseen yhteisölliseen käytäntöön rinnastuvasta aineksesta, joka jäsentää keskeisesti lakimieskunnan ammatillista itseymmärrystä oikeuden positiivisen pintatason alla? Oikeudenalakohtaisille yleisille opeille ja oikeudellisille argumentaatiomalleille on ominaista, niin kuin Tuori itsekkin korostaa, suhteellisesti suurempi ajallinen pysyvyys ja muutosvastarinta tai jopa heikko immuniteetti suhteessa lainsäätäjän ja tuomioistuinten tietoisiin muutospyrkimyksiin: oikeudenalakohtaiset yleiset opit eivät ole lainsäätäjän tai tuomioistuinten tahdonvaltaisesti kertakaikkisesti muutettavissa tai kumottavissa. Monitasoiseksi määritelty positiivinen oikeus rakentuu toisin sanoen keskeisin osin ei-tahdonvaltaisen, historiallisesti ja yhteisöllisesti määräytyneen aineksen varaan.

Oikeusjärjestykseen kuuluville normatiivisille oikeusperiaatteille on ominaista sisällöllisen *painoarvon ulottuvuus*,¹⁸⁷ mikä avaa oikeutta sisällöllisten moraaliperiaatteiden ja mahdollisesti myös yhteiskuntapolitiikan tavoitteiden suuntaan,¹⁸⁸ sekä toisaalta ajatus oikeusperiaatteiden nauttimasta *institutionaalisesta tuesta*.¹⁸⁹ Tuorin institutionaalisen tuen vaatimuksen määrittely ei olennaisesti poikkeakaan Ronald Dworkinin vastaavasta määrittelystä, ja Dworkiniin myös Tuori tältä osin viittaa.¹⁹⁰ Erona on nähdäkseni vain se, että Dworkinille oikeusperiaatteet ovat avoinna sekä yhteiskuntamoraalin että yhteiskunnallisten tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien suuntaan. Tuori sitä vastoin liittää yhteiskunnalliset poli-

¹⁸⁶ Tuori, mts. 16.

¹⁸⁷ ”Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. (...) it makes sense to ask how important or how weighty it [a principle] is.” Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 26–27.

¹⁸⁸ Tuori, mts. 202: ”Oikeusperiaatteet, joilla on välitön sisällöllinen yhteys moraaliin, vaikuttavat yleensä vasta oikeuskulttuurin tasolla. Niiden muotoilemisessa tuomioistuimilla ja oikeustieteellä on keskeinen asema.”

¹⁸⁹ Tuori, mts. 200.

¹⁹⁰ Tuori, mts. 197–198: ”Lainsäätäjä saattaa oikeuskäsitteiden legaalin määritelmien ohella antaa myös oikeusperiaatteille nimenomaisen ilmauksen. Tällaisia periaatesäännöksiä sisältyy esimerkiksi perustuslain perusoikeuslukuun. Silti periaatteille on ominaista, että niiden tarvitsema institutionaalinen tuki on usein muissa oikeuslähteissä kuin lainsäädännössä. Periaatemuotoiluja voi löytää hallituksen esityksistä ja muista lakien esitoista, joissa perustellaan lainsäädännössä omaksettuja ratkaisuja, taikka sitten oikeuskäytännöstä tai oikeuskirjallisuudesta. Periaatteiden yhteydessä korostuu jälleen lainkäytön ja oikeustieteen asema oikeudellisina käytäntöinä. Tolosen mainitsema painavuusheito viittaa oikeuslähdeopissa auktoritatiivisten ja sisällöllisten oikeuslähteiden väliseen erotteluun. Jälkimmäisillä on merkitystä juuri periaatteiden lähteenä.” – Vrt. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 40–41, 68; Tolonen, ”Säännöt, periaatteet ja tavoitteet: oikeuden, moraalien ja politiikan suhteesta”, s. 347–348.

tiikka-argumentit ja tavoiterationaalisuuden oikeuden pintatasolle lainsäädäntömenettelyn yhteyteen, ja vain oikeuskulttuuritason käsittämät yleiset oikeusperiaatteet ”avaavat oikeusjärjestystä moraalín suuntaan”.¹⁹¹

Mutta missä mielessä Dworkinin oikeusteoriaan palautuva ajatus yleisistä oikeusperiaatteista, joilla on sisällöllisen painoarvon ulottuvuus ja riittävä institutionaalinen tuki yhteiskunnan oikeudellisesti määrittyneissä käytännöissä, täyttää Tuorin määritelmän, jonka mukaan moderni oikeus on ”positiivista, nimenomaisilla päätöksillä asetettua ja jatkuvasti muutettavissa olevaa oikeutta”¹⁹² tai idean modernista oikeudesta ”päätöksiin perustuvana, asetettuna ja tässä mielessä positiivisena oikeutena”?¹⁹³ Dworkin on profiloitunut pikemminkin Hartin sääntökeskeisen oikeuspositivismin kriittikkona kuin sen edustajana, onhan hän korostanut, miten Hartin oikeusteorian edellyttämä formaali oikeuden tunnistamissääntö, jonka avulla voimassa olevan oikeuden säännöt erotetaan kaikesta, mikä ei ole oikeutta, ei sovellu oikeusperiaatteiden tunnistamiseen, koska oikeusperiaatteet ovat määritelmällisesti kietoutuneet yhteen yhteiskuntamoraalin arvoperiaatteiden sekä yhteiskuntapolitiikan tavoiteperiaatteiden kanssa.¹⁹⁴

”The test of institutional support provides no mechanical or historical or morally neutral basis for establishing one theory of law as the soundest. Indeed, it does not allow even a single lawyer to distinguish a set of legal principles from his broader moral or political principles.”

Kun oikeuspositivismin keskeisenä tunnusmerkkinä on perinteisesti pidetty yhtäältä olemisen (saks.: *Sein*, engl.: *Is*) ja pitämisen (saks.: *Sollen*, engl.: *Ought*), toisaalta oikeussääntöjen ja moraalínormien tarkkarajaista erottamista toisistaan, niin kuin Tuori itsekín toteaa,¹⁹⁵ Dworkinia on vaikea pitää erityisen *oikeuspositivistisena* ajattelijana. Sama pätee luonnollisesti myös Tuorin kriittiseen oikeuspositivismiin siltä osin kuin se sitoutuu ideaan moraaliperustaisten arvojen kanssa tiiviisti yhteenkietoutuneista oikeusperiaatteista. Dworkin hyväksyy lisäksi erottelun kansalaisten yksilöllisiä oikeuksia tukevien arvoperustaisten oikeusperiaatteiden sekä yhteiskunnan kollektiivisia hyviä tai tavoitteita tukevien tarkoitussidonnaisten näkökohtien (engl.: *policies*) välillä. Vain edelliset ovat Dworkinin mukaan ”oikeudellisia valttikortteja”, jotka ristiriitatilanteessa voittavat kollektiiviset yhteiskunnalliset tavoiteperusteet. Neil MacCormick on riitauttanut Dworkinin arvo/tavoite -erottelun katsoen, että moraaliset arvot ja yhteiskunnalliset tavoitteet ovat aina käännettävissä toinen toisensa kielelle.

¹⁹¹ Tuori, mts. 200.

¹⁹² Tuori, mts. 16.

¹⁹³ Tuori, mts. 336–337.

¹⁹⁴ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 68. Vrt. myös mts. 40.

¹⁹⁵ Tuori, mts. 7.

Tuori kuitenkin torjuu tältä osin MacCormickin käsityksen ja katsoo, että arvot ja tavoitteet voidaan pitää tutkimuksellisesti erillään.

Perinteisistä analyttisistä oikeuspositivisteista suuntauksen perustaja John Austin rajasi oikeuden ja moraalin suhdetta *The Province of Jurisprudence Determined* -teoksessa tunnetusti seuraavaan tapaan:¹⁹⁶

”The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation or disapprobation.”

H.L.A. Hart puolusti oikeuden ja moraalin käsitteellistä erottamista toisistaan Lon L. Fullerin kanssa käymässään paikoin varsin kiivassanaaisessa debatisa, otsikolla ”Positivism and the Separation of Law and Morals”.¹⁹⁷ Hans Kelsen suorastaan ylpeili *Puhtaan oikeusopin* metodisella puhtaudella, mikä ilmeni muodollisesti pätevän normihierarkian sisältövapaana formalismina sekä täydellisenä ideologisena avoimuutena ja arvovapautena suhteessa erilaisiin yhteiskunnallisiin tai uskonnollisiin katsomuksiin.¹⁹⁸ Tämä oli hänen mukaansa paras osoitus teorialle asetettujen tieteellisten tavoitteiden saavuttamisesta. Instituutionaalista oikeusteoriaa merkittävästi kehittänyt Neil MacCormick on puolestaan määritellyt oikeuspositivismin kahden keskeisen kriteerin avulla:¹⁹⁹

- (i) Lakien voimassaolo ei riipu siitä, täyttävätkö ne jotkin määrätyt, yhtäläisesti kaikkiin oikeusjärjestyksiin sovellettavat moraaliset arvot, ja
- (ii) Lakien voimassaolo riippuu siitä, onko ne tahdonvaltaisesti asetettu ihmisten toimesta määrättyssä yhteisössä.

Kun oikeuskulttuurin tason (ja oikeuden syvätason) sisältämät normatiiviset oikeusperiaatteet on määritelty – Ronald Dworkinin oikeusteorian tavoin – niiden *sisällöllisen hyväksyttävyyden* ja *painoarvon ulottuvuuden* sekä yhteiskunnassa nauttiman monimuotoisen *instituutionaalisen tuen* avulla, ei ole enää kyse puhtaasti positivistisesta oikeusteoriasta, missä oikeuden voimassaolo ja oikeuden sisällöllinen hyväksyttävyys voitaisiin erottaa tarkkarajaisesti toisistaan ana-

¹⁹⁶ Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 157. Tekstikatkelma jatkuu Sir William Blackstonen luonnonoikeudellisten käsitysten kritiikillä.

¹⁹⁷ Hart, ”Positivism and the Separation of Law and Morals”, *passim*.

¹⁹⁸ Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. V; sama, *Reine Rechtslehre* (1934), s. 24.

¹⁹⁹ MacCormick & Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, s. 128–129: ”(i) The existence of laws is not dependent on their satisfying any particular moral values of universal application to all legal systems, (ii) The existence of laws depends upon their being established through decisions of human beings in society.”

lyyttisen oikeuspositivismin ja sen edustajien John Austinin, Hans Kelsenin, H.L.A. Hartin ja Neil MacCormickin tarkoittamalla tavalla, vaan oikeuden muodollinen *voimassaolo* ja oikeuden sisällöllinen *hyväksyttävyys* kietoutuvat Tuorilla ja Dworkinilla erottamattomalla tavalla yhteen.

Tuori myöntää kirjan loppujaksossa, että ”(k)riittisessä positivismissä ymmärretään tosin modernin oikeuden positiivisuuskin toisin kuin Kelsenin ja Hartin traditionaalisessa oikeuspositivismissä”.²⁰⁰ Mutta onko oikeusteoria, joka yhdistää oikeuden pintatasolla Austinin, Kelsenin ja Hartin ajatuksen oikeuden perustavasta tahdonvaltaisuudesta²⁰¹ sekä oikeuskulttuurin tasolla Dworkinin ajatuksen institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivista, vallitsevan yhteiskuntamoraalin kanssa tiiviisti yhteenkietoutuneista oikeusperiaatteista, aidosti *oikeuspositivistinen* teoria oikeudesta? Mitä on oikeuskulttuurin (ja oikeuden syvätason) ilmiöiden positiivisuus, ja onko siinä kyse ylimalkaan samanlaisesta positiivisuudesta kuin mitä on edellytetty oikeuden tahdonvaltaisella pintatasolla? Luonnehdinta, jonka mukaan moderni oikeus on ”positiivista, nimenomaisilla päätöksillä asetettua ja jatkuvasti muutettavissa olevaa oikeutta”,²⁰² tuntuu tosin sanoen soveltuvan vain oikeuden pintatason ilmiöihin ja niistäkin ongelmitta vain lainsäätäjän ja tuomioistuinten asettamiin oikeusnormeihin, ei lainopin tuottamiin oikeudellisiin tulkintalauseisiin, jotka eivät täyty määritelmällistä kriteeriä sanotunlaisen oikeudellisen käytännön tuottamien tulosten oikeusnormiluonteisuudesta.

5.2.3. Oikeuden syväataso

Oikeuden syväataso käsittää oikeuskulttuurin tason tavoin kolmenlaisia elementtejä: käsitteellisiä, normatiivisia ja metodisia. Syvätason *käsitteellisiin* aineksiin kuuluvat oikeussubjektin tai suvereenin lainsäätäjän käsitteen kaltaiset *perustavat oikeuskategoriat*, jotka toimivat modernin oikeuden käsitteellisinä ennakkoehtoina. Tuori viittaa ranskalaisfilosofi ja tiedonarkeologi Michel Foucault’n ajatukseen *historiallisesta a priorista* eli historiallisesti määräytyneistä, välttämättömistä episteemisistä ja käsitteellisistä ennakkoehdoista sille, että ylipäättään voimme tietää tai sanoa jotain esimerkiksi modernin oikeuden ilmiöistä. Syvätason *normatiivisiin* aineksiin kuuluvat senkaltaiset *perustavat normatiiviset oikeusperiaatteet* kuin Habermasin *Faktizität und Geltung* -teoksessaan analysoima ihmisoikeusperiaate tai lainsäädännön suvereniteettiperiaate. Syvätason

²⁰⁰ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 337.

²⁰¹ Tosin tätä perinteisen oikeuspositivismin lähtökohtaa Tuori siis modifioi yhtäältä lainsäädännön ja toisaalta lainopin tulkintalauseiden osalta.

²⁰² Tuori, mts. 16.

kolmantena, *metodisena* elementtinä on modernin oikeuden vallitseva *rationaalisuustyyppi*, josta esitettyinä tulkintoina Tuori mainitsee Weberin formaalin rationaalisuuden, Ewaldin ”Normin rationaalisuuden” sekä Habermasin kommunikatiivisen rationaalisuuden.²⁰³

Entä miten oikeuden syvätason elementit tunnistetaan? Ulotetaanko oikeuskulttuurin tason oikeusperiaatteille ominainen *institutionaalisen tuen* vaatimus koskemaan myös oikeuden syvätasoa, vai ovatko syvätason elementit lainkaan *rekonstruoitavissa* tai *käsitteellistettävissä* osaksi kiinteää ajatuksellista järjestelmää eli positiivisen oikeuden kokonaisuutta? Tuori vertaa oikeuden syvärakennetta freudilaisen psykoanalyysin keskeiskäsitteeseen alitajunta, joka määritelmällisesti jää tietoisuuden ja loppuun asti rekonstruoitavissa olevan inhimillisen tiedon ulkopuolelle.²⁰⁴ Samaan tapaanhan senkaltaiset positiivisen oikeuden viimekätiset premissit tai rajakriteerit kuin Hans Kelsenin perusnormi (saks.: *Grundnorm*) tai H.L.A. Hartin oikeuden tunnistamissääntö (engl.: *rule of recognition*) eivät ole luokiteltavissa niiden avulla määritellyn *oikeus/ei-oikeus* tai *normil/fakta* -kahtiajaon kumpaankaan käsitekategoriaan, niin kuin väitöskirjassani *A Theory of Precedent* perustelin.²⁰⁵ Kyse on tältä osin oikeuden perimmäisten eli *infrastruktuuritason* premissien radikaalista *luokittelemattomuudesta* eli *ratkeamattomuudesta* tuon käsitejärjestelmän itsensä sallimien käsitekategorioiden avulla, minkä kysymyksenasettelun kriittinen oikeuspositivismi kykenee sivuuttamaan vain osittaisen eli normatiivisiin oikeusperiaatteisiin ja oikeuden pintatason lainopin tulkintalauseisiin liittyvän argumentatiivisen avoimuutensa ansiosta. Yhtä kaikki, esittämistään rekonstruktioepäilyistä huolimatta Tuori esittää kirjassa oman tulkintansa oikeuden syvärakenteesta.

Tuori on omaksunut väitöskirjani *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to A Post-Analytical Philosophy of Law* (1998/2000) keskeisteesin H.L.A. Hartin analyyttisen oikeusteorian edellyttämän oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön (engl.: *ultimate rule of recognition*) pulmallisesta ontologiasta aina täsmällistä kysymyksenasettelua (= onko oikeuden tunnistamissääntö velvoittava normi vai yhteiskunnallinen säännönmukaisuus?), otsikko-terminologiaa (= oikeuden pätevyyskriteerin ratkaisematon – tai oikeammin: *ratkeamaton* – ongelma)²⁰⁶ sekä filosofiseen pulmaan ehdotettua avointa rat-

²⁰³ Tuori, mts. 211–212.

²⁰⁴ Tuori, mts. 204.

²⁰⁵ Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 221–231; ks. myös tämän teoksen luku 9.12. ”Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia?”.

²⁰⁶ ”Ratkaisematon” viittaa toistaiseksi ei-ratkaistuun mutta silti ratkaistavissa olevaan ongelmaan, kun taas *ratkeamaton* tarkoittaa ongelmaa, joka ylipäätään ei ole ratkaistavissa käytettävissä olevilla analyysivälineillä. Oikeuden tunnistamissäännön ongelma on siis aidosti ratkeamaton analyyttisen oikeuspositivismin (tai oikeusrealismin) itsensä tarjoamien analyysivälineiden avulla.

kaisuehdotusta myöten (= oikeuden tunnistamissääntö on samalla kertaa velvoittava sääntö ja empiirinen säännönmukaisuus eli radikaalisti luokittelematon sääntö/tosiasia -merkityksessä). Tuori ei kuitenkaan viittaa lähdetekstiin asianmukaisella tavalla, vaan esittää sanotut päätelmät keskeisesti oman pohdintansa tuloksina.²⁰⁷

Tuorin oikeuden syvätasoa käsittää nähdäkseni kaksi erillistä tasoa tai kerrostumaa, käsitteellisen ja normatiivisen elementin, joita kutsun oikeuden *historialliseksi a prioriksi* ja – Tuorin terminologiasta tältä osin poiketen – oikeuden *historialliseksi a posterioriksi*, samoin kuin niitä yhdistävän metodisen eli oikeuden rationaalisuuteen liittyvän elementin. Oikeuden syvätason käsitteellinen kerrostuma tai *historiallinen a priori* viittaa modernin oikeuden välttämättömiin, historiallisesti määräytyneisiin käsitteellisiin ja episteemisiin ennakkoehtoihin Michel Foucault’n tiedonarkeologian keskeiskäsitteen *épistémè* tarkoittamalla tavalla. Oikeuden syvätason normatiivinen kerrostuma tai *historiallinen a posteriori* käsittää modernin oikeuden perustavat normatiiviset premissit, kuten ihmisoikeusperiaatteen tai oikeusvaltioperiaatteen. Nähdäkseni oikeuden *historiallinen a priori* edeltää loogis-käsitteellisesti oikeuden *historiallista a posterioria*. Näin nähdäkseni myös Tuori päättelee, vaikkei termiä ”historiallinen a posteriori” käytäkään: ”Ihmisoikeusperiaatteita ei voida ajatella ilman ’oikeussubjektuuden’ ja ’subjektiivisen oikeuden’ kaltaisia käsitteellisiä apuvälineitä.”²⁰⁸

Modernin oikeuden perustavien normatiivisten periaatteiden konstitutiivisena edellytyksenä on määrättyjen käsitteellisten ja/tai tieto-opillisten ennakkoehtojen täyttyminen, jollaisina Kelsenin *Puhtaan oikeusopin* transsendentaalis-looginen perusnormi (saks.: *Grundnorm*) ja Hartin oikeuden viimekätinen tunnistamissääntö (engl.: *ultimate rule of recognition*) toimivat näiden perinteisessä oikeuspositivismissa. Vasta senkaltaisten ehtojen tultua ensin täytettyä käyvät oikeuden perustavat normatiiviset periaatteet yhtä hyvin kuin syvätason vallitseva oikeudellinen rationaalisuusmuoto mahdolliseksi, esimerkiksi formaalin rationaalisuuden (= Max Weber), kommunikatiivisen rationaalisuuden (= Jürgen Habermas) tai ”Normin rationaalisuuden” (= François Ewald) merkityksessä.

Tuorin analyysi päättyy oikeuden syvätasolle, modernin oikeuden käsitteellisen perustan eli historiallisen a priorin, sen perustavien normatiivisten periaatteiden eli historiallisen a posteriorin sekä modernin oikeuden vallitsevan rationaalisuustyyppin esittelyyn. Entä oikeuden viimekätisten premissien edellytetty posi-

²⁰⁷ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 26–28, 283 *in fine* ja 289. Ainoa viittaus on ”ks. myös”-tyyppinen viite esitetyn keskeisargumentaation päätteeksi, Tuori, mts. 28; vrt. Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 221–231, 255–260, 264–267. Väitöskirjani omakustannelaitos ilmestyi vuonna 1998, ja puolustin sitä julkisesti 3.10.1998 Helsingin yliopistossa Edinburghin yliopiston professorin Neil McCormickin toimiessa virallisena vastaväittäjänä. Teoksen laajalevikkinen kaupallinen versio ilmestyi samalla nimikkeellä Hart Publishing Ltd. -kustannustalon toimesta vuonna 2000.

²⁰⁸ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 215.

tiivisuus? Tuori korostaa, miten kriittisessä oikeuspositivismissa ”modernia oikeutta lähestytään monitasoisena ilmiönä ja ulotetaan positiivisuuden tunnusmerkki oikeuden pintatason ohella oikeuskulttuuriin ja oikeuden syvärakenteseen”.²⁰⁹ Mutta missä mielessä oikeuden syvätason elementit, ja etenkin sen käsitteelliset ja episteemiset reuna- tai ennakkoehdot Foucault’n *historiallisen a priorin* tarkoittamassa merkityksessä, voivat toteuttaa senkaltaista tahdonvaltaista positiivisuutta, joka oikeuden pintatason ja tätä heikommassa merkityksessä oikeuskulttuurin tason ilmiöihin edellä liitettiin niiden tahdonvaltaisen muutettavuuden merkityksessä? Oikeuden syvätason perustavat normatiiviset periaatteet, kuten ihmisoikeusperiaate, täyttävät helpommin edellytetyn positiivisuuden vaatimuksen, jos ne on hyväksytty myös oikeuden pintatason lainsäädännössä ja/tai tuomioistuinkäytännössä. Myös oikeuden syvätason metodinen aines on tässä katsannossa pulmallinen: missä mielessä modernin oikeustyyppin perustava formaali rationaalisuus, kommunikatiivinen rationaalisuus, ”Normin rationaalisuus” tai sosiaalisen siviilioikeuden edellyttämä tarve- tai tavoiterationaalisuus voi edustaa oikeudellista positiivisuutta samassa merkityksessä kuin oikeuden pintatason (tai oikeuskulttuuritason) ilmiöiden määritelmällinen tahdonvaltainen muutettavuus?

Myös analyttiset oikeuspositivistit Hans Kelsen ja H.L.A. Hart olivat nähdäkseni varsin hyvin perillä niistä ongelmista, jotka tutkija kohtaa koettaessaan määritellä oikeuden viimekätisten premissien asemaa osana positivistista, moraalin, uskonnon ja muiden ”ei-oikeudellisten” alojen suuntaan suljetuksi ymmärrettyä positiivista oikeutta. Kelsenin erilaiset perusnormiluonnehdinnat puhtaana oikeusopin teorian eri kehitysvaiheilta ovat tästä osoituksena, samoin kuin Hartin kokemaa älyllinen huimaus ja epäröinti, kun hän koetti sijoittaa oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön *oikeus/ei-oikeus* tai *normi/fakta* -luokittelun alaisuuteen, siinä kuitenkin onnistumatta: oikeuden (ja ei-oikeuden) viimekätisen mittapuu ei tuntunut soveltuvan oikein kumpaankaan tarjolla olleista vaihtoehtoista, niin kuin Hart joutui lopulta toteamaan. Itse arvioin, että kyse on aidosti ratkeamattomasta filosofisesta pulmasta: ei ole ”vapaata” käsitteistöä, jonka avulla suljetuksi systeemiksi määritellyn oikeuden viimekätinen pätevyyskriteeri voitaisiin itse luokitella.²¹⁰

²⁰⁹ Tuori, mts. 342.

²¹⁰ Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 197–267; sama, ”The Quest for the Ultimate Premises of the Law”, s. 420–423; sama, ”Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia?”, s. 671–689. – Tekstikatkelmassa, joka toistaa väitöskirjani sanottua teemaa koskevan keskeisargumentaation, Tuori siis puhuu oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ”ratkaisemattomasta ongelmasta”, mutta kyse on oikeammin *ratkeamattomasta* dilemmasta, josta ei ole ulospääsyä oikeuspositivismin itsensä tarjoamin menetelmällisin perustein. Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 230–231, 258–260, 264–267; vrt. Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 26–28.

Entä mille tasolle oikeuden tasomalli itsessään sekä tasojen välisten suhteiden rekonstruktio on sijoitettavissa? Onko siinä kyse lakimiesprofession tavasta käsitteellistää omaa ammatillista itseymmärrystään, jolloin olisi kyse oikeuskulttuurin tason ilmiöstä, vai sijoittuuko sanotunlainen rekonstruktio pikemminkin oikeuden syvätason metodisten elementtien joukkoon vallitsevan rationaalisuustyyppin osana tai sen rinnalla? Vai onko kyse tasomalliin nähden ulkopuolisesta näkökulmasta oikeuteen, eli mistä? Oikeuteen ei ole, eikä voi olla, *näkökulmaa ei-mistään*. Entä ovatko oikeuden viimekätiset premissit, joiden avulla muun muassa keskeisjaottelu *oikeus/ei-oikeus* toteutetaan, lainkaan lukittavissa kiinteän käsitesystematiikan osaksi, niin kuin Tuori itsekin epäilee, ennen kuin päättää yhtä kaikki ryhtyä oikeuden syvätason elementtien rekonstruktioon.²¹¹

5.3. Voimassa oleva oikeus Tuorin mukaan?

Tuori ei esitä kirjassaan voimassa olevan oikeuden määritelmää. Rekonstruktio voimassa olevan oikeuden määritelmästä kriittisen oikeuspositivismin tutkimuksellisten premissien vallitessa voisi ehkä olla seuraava:²¹²

Voimassa oleva oikeus on *oikeuden pintatason* lainsäädännön, tuomioistuinratkaisujen sekä lainopin tuottamien systematisointi- ja tulkintalauseiden, *oikeuskulttuurin tason* oikeuskäsitteiden, yleisten oikeusperiaatteiden ja oikeudellisten argumentaatiomallien sekä *oikeuden syvätason* perustavien oikeuskategorioiden, normatiivisten oikeusperiaatteiden ja vallitsevan oikeudellisen rationaalisuustyyppin kokonaisuus.

Mutta onko tällöin puhe *voimassa olevasta oikeudesta* samassa merkityksessä kuin esimerkiksi Kelsenin ja Hartin oikeusteoriassa, missä edellytetty perusnormi ja oikeuden tunnistamissääntö rajasivat voimassa olevan oikeuden säännöt erilleen ”ei-oikeudesta”? Voimassa olevaan oikeuteen kuuluvat Tuorin käsitteistössä kiistatta ainakin lainsäädännön ja oikeuskäytännön sisältämät tai niistä oikeudellisen päättelyn avulla johdettavissa olevat *oikeussäännöt* sekä oikeuden syvempien tasojen eli oikeuskulttuurin tason ja oikeuden syvätason *oikeusperiaatteet*. Entä vallitsevan tai kriittisen lainopin *systematisointi- ja tulkintalauseet*, joilla määritelmällisesti ei ole oikeusnormien velvoittavuutta mutta jotka Tuori yhtä kaikki lukee osaksi modernin oikeuden konstitutiivista rakennetta, joka tuottaa ja uusintaa voimassa olevaa oikeutta?

Lainoppi on toisin sanoen *oikeudellinen käytäntö*, jonka tuottamat oikeudelliset systematisointi- ja tulkintalauseet uusintavat oikeutta ilman lainsäädännön ja

²¹¹ Tuori, mts. 204.

²¹² Vrt. Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 1–33, 137–345 sekä kokoavasti mts. 342.

tuomioistuinkäytännön tuottamien oikeusnormien pakottavuutta.²¹³ Samoin oikeuskulttuurin tason oikeuskäsitteet ja oikeudelliset argumentaatiomallit sekä oikeuden syvätason perustavat oikeuskategoriat ja vallitseva oikeudellinen rationaalisuustyyppi eivät voi kuulua voimassa olevan oikeuden käsitteen alaan samassa merkityksessä kuin lainsäädännön ja tuomioistuinkäytännön tuottamat oikeusnormit. On pikemminkin kyse voimassa olevan oikeuden tietynhetkisen, institutionaalisten oikeuslähteistä johdettavissa olevan tulkinnallisen merkityssisällön määrittämisen reunaehdoista, joita olen edellä tarkastellut oikeuden *äärellisyyden analytiikan* ja *institutionaalisen positivitteen* konstitutiivisten, oikeuslähteopillisten, tulkintaopillisten ja lingvistis-käsitteellisten edellytysten alla.²¹⁴

Jos voimassa olevan oikeuden määritelmässä oikeusnormit ja oikeudelliset käytännöt erotetaan toisistaan, on tuloksena seuraavanlainen rekonstruktio, joka kuitenkin rajaa Tuorin dualistisen oikeudellisen ontologian toisen vastinparin, oikeutta uusintavat ja tuottavat oikeudelliset käytännöt, varsinaisen oikeuskäsitteen ulkopuolelle:

Voimassa oleva oikeus on oikeuden pintatason lainsäädännöstä ja tuomioistuinratkaisuksista johdettujen *oikeussääntöjen* sekä oikeuskulttuurin tason yleisten *oikeusperiaatteiden* ja oikeuden syvätason perustavien normatiivisten *oikeusperiaatteiden* kokonaisuus.

Lainopin tuottamat systematisointi- ja tulkintalauseet voidaan jakaa yhtäältä vallitsevaan doktriiniin, toisaalta eri tavoin kriittiseen, vaihtoehtoiseen tai avoimen poliittiseen lainoppiin. Tutkijanideologisessa katsannossa vallitsevan ja kriittisen oikeusopin suhde voimassa olevaan lainsäädäntöön ja vallitsevaan oikeuskäytäntöön on varsin erilainen, minkä tulisi myös näkyä voimassa olevan oikeuden konstitutiivisia kriteereitä määriteltäessä. On kyse tutkimuksellisesta valinnasta, jossa ovat vastakkain yhtäältä lainopin vallitsevan doktriinin sitoutuminen vallitsevaan tuomarinideologiaan sekä ajatukseen oikeudesta *toteutuneena* ja myös tulevaisuudessa todennäköisesti *toteutettavissa* olevana *yhteiskunnallisena tosiasiana* sekä toisaalta vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin ajatus oikeudesta *yhteiskunnallisena ideaalina* tai *yhteiskunnallisena mahdollisuutena*, jonka tosiasiallinen toteutuvuus tai toteutettavuus tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien vastaisessa ratkaisukäytännössä on enemmän tai vähemmän epätodennäköinen vallitsevan tuomarinideolo-

²¹³ "... kriittisessä positivismissa korostetaan traditionaalisesta oikeuspositivismista poiketen oikeustieteen asemaa yhtenä oikeusjärjestystä tuottavista ja uusintavista käytännöistä. Samalla kuitenkin myös tähdennetään, että oikeustieteen tulokset saavat pakotuksen takaaman sitovuuden vasta muissa oikeudellisissa käytännöissä, lainsäätämässä ja lainkäytössä, tehtyjen päätösten välityksellä." Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 337.

²¹⁴ Ks. luku 6, "Oikeustieteen tieteenkuva".

gian käsittämien oikeuslähdeopin ja argumentaatioteorian sitoumusten valossa. Lainopin systematisointi- ja tulkintalauseet ovat siten – tutkijan tutkijanideologiasta sitoumuksista riippuen – *ei-vielä-mutta-ehkä-joskus-oikeutta* tai *ei-vielä-eikä-ehkä-koskaan-oikeutta*, eivät osa (voimassa olevaa) oikeutta.

5.4. Onnellista positivismia?

Esitin kirjoitukseni aluksi Tuorin *immanentin kritiikin* ohjelmaa seuraten kaksi kysymystä: mitkä ovat oikeuden rajat, ja miten hyvin kriittisen oikeuspositivismin teoria kykenee itse vastaamaan oikeuden kriittisyyden, hyväksyttävyyden tai legitiimisyysongelmaan? Kysymykseen oikeuden rajoista pyrin vastaamaan edellä. Entä Tuorin teorian *kriittinen potentiaali*? ”Onnellinen positivist”, niin kuin tiedonarkeologi Michel Foucault itseään ja omaa ihmistieteiden tiedonarkeologian projektiaan luonnehti,²¹⁵ tyytyy oikeudellisesti määrittäneen tutkimuskohteen mahdollisimman arvovapaaseen kuvaamiseen sekä sen rajojen mahdollisimman tarkkaan määrittämiseen suhteessa muihin yhteiskuntatodellisuuden ilmiöihin. Kriittinen oikeusoppi perustelee sitä vastoin käsityksen oikeudesta, joka toteuttaa *parhaalla mahdollisella* tavalla esimerkiksi marxilaisen yhteiskuntaideologian premissit (= vaihtoehtoinen lainoppi), sosiaalisen tai sukupuoli-sidonnaisen yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden kriteerit (= sosiaalinen siviilioikeus; naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus) tai vaikkapa taloudellista kustannustehokkuutta, liiketoiminnan transaktiokustannusten minimointia ja yhteiskunnallista resurssiallokaatiota toteuttavat määreet (= oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi), jolloin voimassa olevan oikeuden normeja ja vallitsevia oikeudellisia käytäntöjä voidaan kriittisesti arvioida sanottua mittapuuta vasten. Entä kriittinen oikeuspositivist? Onko yhdistelmä *kriittinen* ja *positivistinen* oikeusteoria vakaa ja kestävä tutkijanpositio? Nähdäkseni vastaus on kielteinen.

Oikeuskulttuurin yleiset oikeusperiaatteet ja oikeuden syvätason perustavat normatiiviset periaatteet toteuttavat, Tuorin sanoin, *normatiivista sensuuria* eli *kriittis-justifioivaa* tehtävää oikeuden pintatasolla toteutuneisiin ilmiöihin nähden. Lainsäädäntö ”ei-vielä-oikeutena”, tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien oikeuskäytäntö ”jo-oikeutena” sekä lainopin tulkintalauseet alistetaan sisällölliselle kritiikille, jonka käsitteelliset ja normatiiviset kriteerit löytyvät oikeuden *immanentin kritiikin* ohjelman mukaisesti tutkimuskohteesta itsestään oikeuskulttuurin tason yleisten oikeusperiaatteiden sekä oikeuden syvätason perustavien normatiivisten periaatteiden merkityksessä. Kriittisen positivismin rajat osoittautuivat edellä epätarkoiksi tai aukollisiksi oikeuden pintatasolla vallitsevan tai kriittisen lainopin lauseiden osalta, oikeuskulttuurin

²¹⁵ ”... je suis un positiviste heureux.” Foucault, *L’Archéologie du savoir*, s. 164–165.

tasolla yleisen oikeusperiaatteiden osalta sekä oikeuden syvätasolla oikeuden viimekätisten kriteerien määrittelyn osalta. Teorian kriittinen potentiaali on sitä vastoin helpommin perusteltavissa, ja tässä Tuori menestyy olennaisesti Kelsenin ja Hartia paremmin.

Kelsenin *Puhtaassa oikeusopissa* oikeus rajoittui oikeuden pintatason sinänsä hierarkkisesti eritasoiseen lainsäädäntöön sekä yksittäisiin tuomioistuin- ja viranomaisratkaisuihin. Ainoastaan edellytetty perusnormi (saks.: *Grundnorm*) sijoittui – Tuorin termin – oikeuden syvätasolle. Ajatus *hypoteettisesta, edellytetyistä, transsendentaalis-loogisesta* tai *fiktiivisestä* perusnormista, niin kuin Kelsen luonnehti perusnormia puhtaan oikeusopin eri versioissa, on teoreettisessa katsannossa varsin epätydyttävä: voimassa olevan oikeuden tieto-opillinen ja käsitteellis-normatiivinen konstituutio on vain juristikunnan kollektiivisesti ja hiljaisesti hyväksymän hypoteesin tai suoranaisen fiktion varassa. Jos perusnormikonstruktio kuitenkin hyväksytään oikeusteorian lähtökohdaksi, se tarjoaa suhteellisen tarkkarajaisen operatiivisen kriteerin voimassa olevan oikeuden erottamiseksi ei-oikeudesta. On kyse oikeussääntöjen muodollisesta syntytavasta eli, Ronald Dworkinin termin, niiden ”sukupuusta” tai ”kantakirjasta” (engl.: *pedigree*): vain ne oikeussäännöt, jotka on säädetty voimassa olevan perustuslain edellyttämällä tavalla, ovat voimassa olevaa oikeutta. Käsitystä voi kritisoida Dworkinin ja Tuorin tavoin oikeuden institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden sivuuttamisesta, mutta tällöin oikeuspositivistien ylläpitämästä erottelusta oikeuden *systeemisen voimassaolon* ja oikeuden *sisällöllisen hyväksyttävyyden* välillä joudutaan luopumaan: ”The existence of law is one thing; its merit or demerit is another.”²¹⁶

Lakimiesprofession rooli tyypistyi Kelsenillä voimassa olevan oikeuden pintatason normikollisioiden ratkaisemiseen *lex superior derogat legi inferiori* ja *lex posterior derogat legi priori* -tyyppisten formaalien metasääntöjen avulla sekä velvoittavan oikeusjärjestelmän loogis-käsitteelliseen konstituutioon edellytetyn perusnormikonstruktion avulla. Mitään normatiivisia, ei-positiivisia oikeusperiaatteita Kelsenin teoria ei määritelmällisesti tuntenut tai hyväksynyt. Puhtaan oikeusopin teoria on toisin sanoen puhtaasti *formaali* teoria oikeuden sisäisestä normirakenteesta ja konstituutioehdoista määrättyjen kantilaisten tieto-opillisten ehtojen vallitessa.²¹⁷ Se ei sisällä mitään nimenomaista aineellista käsitystä oikeudesta, mihin sisällöllis-normatiivisen kritiikin voisi kiinnittää. Se, että Kelsenin *Puhdas oikeusoppi* oli eri kirjoittajien arvioissa luokiteltu milloin fasistiseksi, milloin liberalistiseksi, kapitalistiseksi, bolsevistiseksi, katolilaiseksi, protes-

²¹⁶ Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 157. – Poikkeuksen muodostaa Alf Rossin tarkoittaman *tuomarinideologian* tai vastaavan vertailukohdan hyväksyminen lainopin tieto-opilliseksi referenssiksi, joka käsittää myös tuomarikunnan hyväksymät oikeusperiaatteet.

²¹⁷ Kelsen viittaa analogiaan *Puhtaan oikeusopin* ja Kantin *Puhtaan järjen kritiikin* kysymyksenasettelun kesken. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 204–205.

tanttiseksi, ateistiseksi tai suorastaan anarkistiseksi teoriaksi oikeudesta, aina kulloisenkin kriitikon omista ideologisista preferensseistä tai torjunnoista riippuen, oli Kelsenin itsensä mukaan paras osoitus teorialle asetettujen tavoitteiden saavuttamisesta: puhtaan oikeusopin metodisesta puhtaudesta, tieteellisyydestä ja ideologisesta riippumattomuudesta.²¹⁸ Oikeuden kritiikki oli siis Kelsenin mukaan mahdollinen vain muodollisin, säädöshierarkiaan liittyvin perustein.

Hartin oikeusteoriassa oikeuden viimekätisellä tunnistamissäännöllä (engl.: *ultimate rule of recognition*) on vastaava tieto-opillinen tehtävä kuin Kelsenin perusnormilla: tunnistamissääntö käsittää viittauksen siihen institutionaaliseen oikeuslähteoppiin, jonka tuomarikunta ja muut lainsoveltajat ovat kollektiivisesti hyväksyneet voimassa olevan oikeuden erottamiseksi kaikesta mikä ei ole oikeutta, esimerkiksi yhteiskuntamoraalin, uskonnon tai tapaetiketin käyttäytymisnormien merkityksessä, ja jota ne soveltavat arvioidessaan tehtyjen oikeudellisten ratkaisujen lainmukaisuutta ja oikeellisuutta.²¹⁹ Hartin oma, tietoisesti yksinkertaistettu esimerkki Englannin oikeuden tunnistamissäännöstä oli: *what the Queen in Parliament enacts is law*.²²⁰ Oikeuden rajat piirtyvät tavallisesti suhteellisen tarkkarajaisina oikeuden tunnistamissäännön oikeudellista ratkaisukäytäntöä tosiasiallisesti yhtenäistävän vaikutuksen vuoksi. Jos tuomarikunta on sovellettavasta oikeuden viimekätisestä pätevyyskriteeristä riittävän yksimielinen, oikeuden rajat voidaan siis tavallisesti varsin tarkasti määrittää. Jos tuomarikunta on vahvasti jakautunut suhtautumisessaan oikeuden tunnistamissääntöön, oikeuden rajat käyvät epämääräisiksi. Esimerkiksi vallankumousten tai muiden yhteiskunnallisten levottomuuksien aikana senkaltainen oikeudellinen epävarmuus on todennäköinen, sillä vallankumous merkitsee katkosta Hartin oikeuden tunnistamissäännön yhtä hyvin kuin Kelsenin perusnormin takaamaan oikeudelliseen jatkuvuuteen.

Hartin oikeusteoria ei tunnusta aidosti ei-positiivisten, normatiivisten kriteerien merkitystä positiivisen oikeuden osana, jollei teorian hieman irralliseksi jäävää ajatusta *luonnonoikeuden vähimmäissisällöstä* (engl.: *minimum content*

²¹⁸ Kelsen, mts. V.

²¹⁹ Tai oikeammin: tunnistamissääntö *on yhtä kuin* sanottujen institutionaalisten oikeuslähteiden kokonaisuus. Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 221–231, 254–255.

²²⁰ Hart, *The Concept of Law*, esim. s. 108. – Hartin *Queen rule* käsittää kriteerit (vain) lainsäädännön kautta syntyneiden oikeussääntöjen tunnistamiseksi. Täydellisesti formuloituna tunnistamissääntö käsittää tietenkin viittauksen myös muihin oikeuslähteisiin, kuten prejudikaatteihin, lainvalmisteluaineistoon, tavanomaiseen oikeuteen ja yksityisoikeudellisiin sopimuksiin, joita tuomarit ja muut institutionaaliset lainsoveltajat hyödyntävät oikeudellisessa ratkaisuharkinnassaan. Rekonstruktio suomalaisen tuomarin oikeuden tunnistamissäännöstä on esitetty tämän teoksen luvussa 4.6. ”Suomen voimassa olevan oikeuden tunnistamissääntö”.

of natural law) katsota sellaiseksi.²²¹ Hart perusteli luonnonoikeuden vähimmäissääntöjen avulla tiettyjen, ihmisyhteisön elossapysymistä välittömästi palvelevien oikeussääntöjen välttämättömyyden, joka tulkintani mukaan rinnastuu teknisen normin kaltaiseen tehokkuusvaatimukseen. Lainsäätäjä, joka täysin sivuuttaisi kansalaisten hengen, terveyden, ruumiillisen koskemattomuuden ja jonkinlaisen omaisuuden tai aineellisten resurssien suojan, ei voisi luottaa näiden normikonformiteettiin eli vapaaehtoiseen oikeusnormien noudattamiseen minkään muunkaanlaisten oikeussääntöjen kohdalla. Muuta oikeuden sisältökriittikin, hyväksyttävyyden tai legitiimisyyden mittapuuta Hartin oikeusteoria ei tunne.

Tuorin kriittinen oikeuspositivismi sitoutuu vahvasti lakimiesprofession ammatilliseen itseymmärrykseen modernin oikeuden pintatason, oikeuskulttuurin tason sekä oikeuden syvätason normatiivisten, käsitteellisten ja metodisten elementtien tulkitsijana. Nähdäkseni Tuori käyttää määritelmällistä sidonnaisuutta juristiprofessioon myös oikeuden ja ei-oikeuden rajakriteerinä yhtäältä lainsäädännön ja toisaalta oikeustieteen tuottamien tulkintalauseiden osalta oikeuden pintatasolla. Kyse on *oikeudellisesta asiantuntijakulttuurista* ja asiantuntijavalasta, jota lakimieskunta ammatillisissa (ja ehkä muissakin) käytännöissään toteuttaa. Ajatus muistuttaa Kelsenin ja Hartin oikeusteoriaa siinä, että tuomioistuimille ja muille lakia soveltaville viranomaisille annetaan keskeisrooli voimassa olevan oikeuden sääntöjen tunnistamisessa, eikä yksittäisten kansalaisten oikeuskäsityksillä ole vastaavaa merkitystä. Poikkeuksen muodostavat vain yksityisoikeudelliset toimivaltanormit, joiden tarkoittamalla tavalla yksittäiset oikeussubjektit voivat vaikuttaa oikeusasemaansa. Kriittinen oikeuspositivismi onnistuu yhtä kaikki perustelemaan oikeuden sisällöllis-normatiivisen kritiikin edellytykset huomattavasti paremmin kuin analyttiset oikeuspositivistit John Austin, Hans Kelsen tai H.L.A. Hart. Taustaoletuksena on kuitenkin se, että oikeuskulttuuritason ja oikeuden syvätason elementit siinä muodossa kuin – Markku Helinin käyttämin termein – *elitistinen lakimiesprofessio*²²² on ne rekonstruoinut osana vallitsevaa oikeuskulttuuria koetaan oikeudenmukaisina ja hyväksyttävinä myös juristikunnan ulkopuolisessa, periaatteessa kaikkien rationaaliseen harkintaan kykenevien kansalaisten muodostamassa laajassa oikeusyhteisössä.

²²¹ Kun Hart kritisoi kitkerästi Lon L. Fulleria ja tämän keskeisajatusta ”oikeuden sisäisestä moraalista” (engl.: *internal morality of law*), Hartin luonnonoikeusperiaatteet lienee tulkittava vain lainlaatijalle osoitetuiksi teknisiksi normeiksi: jos tahdot laatia edes jollain tavoin tehokkaan oikeusjärjestyksen, älä riko senkaltaisia oikeudellisen sääntelyn itsestään selviä lähtökohtia kuin ihmisten haavoittuvuus, (vain) rajallinen altruistisuus sekä näistä johdetut hengen, terveyden ja omaisuuden vähimmäissuojan tarve, ja niin edelleen.

²²² Helin, ”Kieli oikeustodellisuuden rakentajana”, s. 1035.

5.5. Huokoinen legaliteetti

Kriittisessä oikeuspositivismissa oikeuden kritiikin pontimena ovat ennen muuta oikeuskulttuuritason yleiset oikeusperiaatteet sekä oikeuden syvätason perustavat normatiiviset periaatteet, minkä ohella ainakin vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin tulkintalauseet sisältävät määritelmällisesti kriittisen elementin. Tuori hyväksyy käsityksen, jonka mukaan oikeuskulttuuritason yleisillä oikeusperiaatteilla on ”välitön sisällöllinen yhteys moraaliin”,²²³ jolloin John Austinin jo 1800-luvulla esittämästä keskeiserottelusta oikeuden *systeemisen voimassaolon* ja oikeuden *sisällöllisen hyväksyttävyyden* eli olemisen (saks.: *Sein*; engl.: *Is*) ja pitämisen (saks.: *Sollen*; engl.: *Ought*) välillä on ainakin osin luovuttu. Tutkimuksellinen hinta voimassa olevan oikeuden rajojen avaamisesta moraalin arvoperiaatteille ja yhteiskunnallisille tavoitenäkökohdille on oikeuden rajojen käyminen tältä osin epätarkoiksi, niin Dworkinin kuin Tuorinkin oikeusajattelussa. Lisäksi oikeuden syvätason perustavat normatiiviset periaatteet, kuten ihmisoikeusperiaate, ovat määritelmällisesti avoinna arvoteoreettisten tai moraalifilosofisten perusteiden suuntaan.

Oikeuskulttuurin tasolla ja oikeuden syvätasolla kriittisessä oikeuspositivismissa on kyse, Boaventura de Sousa Santosin sattuvaa termiä lainatakseni, *huokoisesta positivismista* eli *huokoisesta legaliteetista*,²²⁴ jossa moraaliperiaatteet (ja Dworkinilla myös yhteiskunnalliset tavoitenäkökohdat) lomittuvat tiiviisti yhteen voimassa olevan oikeuden normien kanssa. Jos ja kun oikeuskulttuurin tason yleisiä oikeusperiaatteita tai oikeuden syvätason perustavia normatiivisia periaatteita ei voi autonomisesti määrittää tai tunnistaa ilman viittausta systeemisesti positiivisen oikeuden ulkoisiin moraaliperiaatteisiin ja/tai yhteiskunnallisiin tavoitteisiin, oikeuden sisäpuoli ja oikeuden ulkopuoli kietoutuvat yhteen *Moebiuksen silmukan* tavoin. Mutta mitä voi silloin olla oikeuden *immanentti* kritiikki?

Kaarlo Tuorin *Kriittinen oikeuspositivismi* on ansiokas teoria modernista oikeudesta yhteisöllis-kulttuurisena ilmiönä, jossa oikeuden näkyvä pintataso on – väitöskirjani termein – vain ”jäävuoren huippu”, jonka alla oikeuskulttuurin tason ja oikeuden syvätason käsitteelliset, normatiiviset ja metodiset elementit vaikuttavat oikeuden *konstituutio*-, *rajoitus*-, *justifikaatio*-, *kritiikki*-, *sedimentaatio*- ja *konkretisaatiosuhteen* merkityksessä. Tuori käsittelee muun muassa Max Weberin, Jürgen Habermasin, Michel Foucault’n, Sakari Hännisen, François Ewaldin, Fernand Braudelin, Pierre Bourdieun, John L. Austinin ja

²²³ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 202.

²²⁴ ”We live in a time of porous legality or of legal porosity, of multiple networks of legal orders forcing us to constant transitions and trespassings.”, de Sousa Santos, ”Law: A Map of Misreading. Towards a Postmodern Conception of Law”, s. 279–302 ja etenkin s. 298.

John Searlen, Hans Kelsenin, H.L.A. Hartin sekä Ronald Dworkinin ajattelua ja luo niistä omaehtoisen ajatuksellisen synteesin. Olen keskittynyt tässä vain kirjan teoreettis-metodiseen viitekehykseen sen itsensä osoittamien arviointikriteerien valossa, jättäen monisärmäisen teorian muut tutkimukselliset polttopisteet ja kohtaamispaikat huomiotta.

Yhdistelmä *positivistinen/kriittinen* oikeusteoria on yhtä kaikki aidosti ongelmallinen. On kyse *nollasummapelistä*, missä teorian molempia julkilausuttuja tavoitteita ei voi yhtä aikaa saavuttaa: oikeuden ulkoisten rajojen tarkentaminen suhteessa moraalien ja yhteiskunnallisten tavoitteiden suuntaan eli teorian oikeuspositivistisen elementin vahvistaminen vähentää samalla normatiivisen kritiikin mahdollisuutta, ja oikeusajattelun kriittisen potentiaalin lisääminen siten, että voimassa olevaa oikeutta avataan sisällöllisille moraaliperiaatteille (ja Dworkinilla myös yhteiskunnallisille tavoiteperusteille), tekee rajan oikeuden ja ei-oikeuden välillä epätarkaksi, kun oikeus kietoutuu määritelmällisesti yhteen yhteiskunnallisten moraaliperusteiden kanssa. Oikeuskulttuurin tason oikeusperiaatteita ei voi tunnistaa Hartin formaalin tunnistamissäännön avulla, niin kuin Dworkin on uskottavasti perustellut, jolloin oikeuden rajat jäävät tältä osin aukollisiksi tai ”huukoiksi”, ja sama pätee vaihtoehtois-kriittisen lainopin tulkitalauseisiin oikeuden pintatasolla sekä oikeuden perustaviin normatiivisiin periaatteisiin oikeuden syvätasolla.

Oikeuden aidosti normatiivinen sisältökritiikki on mahdollinen vain siltä osin kuin sen ankan oikeuspositivistisesta määrittelystä on luovuttu ja oikeuspositivistien pystyttämää raja-aitaa oikeuden muodollisen voimassaolon ja oikeuden sisällöllisen hyväksyttävyyden välillä on tietoisesti madallettu.²²⁵ Toisaalta vaatimus, jonka mukaan ”modernia oikeutta lähestytään monitasoisena ilmiönä ja ulotetaan positiivisuuden tunnusmerkki oikeuden pintatason ohella oikeuskulttuuriin ja oikeuden syvärakenteeseen”,²²⁶ ei ole eikä edes voi olla täysimääräisesti toteutettavissa, koska suljettuna systeeminä määritellyn positiivisen oikeuden viimekätiset premissit väistävät onnistuneesti senkaltaisen luokittelun. Ei ole sanotusta käsitejärjestelmästä ”vapaata” käsitteistöä, jonka avulla oikeuden viimekätinen pätevyyskriteeri voitaisiin luokitella esimerkiksi *normi/fakta* tai *oikeus/ei-oikeus* -merkityksessä.²²⁷ Lisäksi oikeuskulttuuritason ja oikeuden sy-

²²⁵ ”The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it, or though it vary from the text, by which we regulate our approbation or disapprobation.” Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 157.

²²⁶ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 342.

²²⁷ Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 32–39, 229–231, 255–260, 264–267; ks. myös luku 9.12. ”Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia?”.

vätason elementtien väitetty positiivisuus osoittautui varsin erilaiseksi kuin lainsäädännön ja tuomioistuinratkaisujen edustama tahdonvaltaisuus oikeuden pinta-atasolla, missä ”kolme sanaa lainsäätäjältä” saattaa muuttaa kokonaiset kirjastot oikeushistorian arkistoiksi.

Siksi on lopulta tehtävä valinta, hyväksytäänkö tutkimuksen lähtökohdaksi käsitys, jonka mukaan moderni oikeus on ”positiivista, nimenomaisilla päätöksillä asetettua ja jatkuvasti muutettavissa olevaa oikeutta”,²²⁸ jolloin päädytään suhteellisen tarkkarajaiseen oikeuskäsitykseen Austinin, Kelsenin ja Hartin tavoin mutta samalla oikeuden sisältökritiikki käy mahdottomaksi muilla kuin positiivisen oikeuden itsensä tunnustamilla kriteereillä, vai sallitaanko tutkijalle aidosti normatiivinen, moraaliperiaatteille ja/tai yhteiskunnallisille tavoiteargumenteille avoin kritiikki ja siten avautuva mahdollisten maailmojen semantiikka, oikeudellinen epistemologia ja ontologia, jolloin oikeuden ankaran positivistisesta määrittelystä on kuitenkin irtauduttu. Jollei tietoista valintaa tee, käy niin kuin tarinan harakalle tervatulla sillankaiteella: kun nokka irtoaa, pyrstö tarttuu; kun pyrstö irtoaa, nokka tarttuu.

5.6. Käsitteet, kartat, koordinaatit

Tuori on vastannut esittämäni kritiikkiin poikkeuksellisen kovasanaeisessa kirjoituksessaan ”Opetuksia ja väärinkäsityksiä”.²²⁹ *Opetuksilla* Tuori viittaa Markku Helinin ja Hannu Tolosen esittämiin tulkintoihin teoriastaan, *väärinkäsityksillä* puolestaan allekirjoittaneen käsityksiin.²³⁰ Tässä olen jonkin verran lyhentänyt kirjoitustani, mutta keskeisargumentit olen valtaosin pysyttänyt. Oman kirjoitukseni otsikkokysymys – *mistä puhumme, kun puhumme oikeudesta?* – oli tarkoitettu vastattavaksi: missä ovat *oikeuden rajat* Tuorin kriittisen oikeuspositivismin mukaan, ja mikä on niiden suhde oikeuden *kriittiseen tarkasteluun*?

Tutkimuksellinen erimielisyytemme palautuu nähdäkseni keskeistermien *oikeuspositivismi* määrittelyyn. Itse pidän perusteltuna pitäytyä termin vakiintuneeseen käyttötapaan, jota John Austinin, Hans Kelsenin ja H.L.A. Hartin kirjoitukset ilmentävät. Kaikki kolme hyväksyivät käsityksen, jonka mukaan oikeuden muodollinen voimassaolo on voitava erottaa oikeuden sisällöllisestä tai arvoperustaisesta hyväksyttävyydestä. Se, *mitä oikeus on*, on voitava erottaa siitä, *mitä oikeuden pitäisi olla*, kun asiaa tarkastellaan luonnonoikeusfilosofian, oikeusteologian tahi vallitsevan tai kriittisen yhteiskuntamoraalin näkökulmasta. Entä miten sanottu oikeuden ja moraalien *erotteluteesi*²³¹ (engl.: *separation thesis*) on toteutet-

²²⁸ Tuori, mts. 16.

²²⁹ Tuori, ”Opetuksia ja väärinkäsityksiä”, s. 314–326.

²³⁰ Tuori, mas. 314 ja 323–326.

²³¹ Hart, ”Positivism and the Separation of Law from Morals”, *passim*.

tavissa kriittisen oikeuspositivismin teorian edellyttämällä tavalla yhtäältä oikeuden tahdonvaltaista pintatasoa syvemmällä tasoilla eli oikeuskulttuurin tasolla ja oikeuden syvätasolla sekä toisaalta oikeuden pintatasolla suhteessa vallitsevan ja vaihtoehtois-kriittisen lainopin tuottamiin tulkinta- ja systematisointilauseisiin?

Tuori korostaa, miten kriittisessä oikeuspositivismissa ”modernia oikeutta lähestytään monitasoisena ilmiönä ja ulotetaan positiivisuuden tunnusmerkki oikeuden pintatason ohella oikeuskulttuuriin ja oikeuden syvärakenteeseen.”²³² Nyt hän lisäksi toteaa:²³³

”Siltalan näyttää olevan mahdotonta hyväksyä ajatusta, että oikeuden syvempiä kerrostumia ei voida rajata millään Hartin tunnistamissäännön kaltaisilla täsmällisillä kriteereillä. Mutta, kuten olen yllä sanonut, tällaisten kriteerien perääminen oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen rajaamiseksi vain osoittaa, että monitasoidea ei ole mennyt perille. Oikeus ja oikeuskäsitykset eivät kuitenkaan – onneksi – alistu siisteihin ja suljettuihin lokeroihin ahdettaviksi; oikeus on positiivisenakin moraalinen ja etiikan suhteen avoin ja dynaaminen järjestelmä.”

Sed ipse dixit! On siis kyse ehdottamallani tavalla *huokoisesta legaliteetista*, jossa Kelsenin perusnormi ja Hartin oikeuden viimekätinen tunnistamissääntö suhteellisen tarkkarajaisena *oikeus/ei-oikeus -differentiaation* erottelukriteerinä saavat oikeuden syvemmällä tasoilla väistyä määritelmällisesti arvosidonnaisten oikeusperiaatteiden sekä oikeuden pintatasolla vallitsevan ja kriittisen lainopin tuottamien, oman arvioni mukaan *ei-vielä-mutta-ehkä-joskus-oikeutta* tai *ei-vielä-eikä-ehkä-koskaan-oikeutta* -tyyppisten oikeudellisten tulkintalauseiden tieltä. Mutta mitä tapahtui oikeuden rajoille, joiden epämääräisyydestä Tuori – mielestäni aiheetta – moitti Kelsenin ja Hartin analyyttistä oikeuspositivismia?²³⁴ Hartin ja Kelsenin analyyttisen teorian sijaan kriittisen oikeuspositivismin tutkimukselliset referenssit tulisi pikemminkin kiinnittää Ronald Dworkinin konstruktiviseen oikeusteoriaan, missä arvosidonnaisilla oikeusperiaatteilla on keskeinen sija. Entä miten kriittisen oikeuspositivismin teoriaa on ylipäättään mahdollista arvioida, jollei sen itsensä asettamia tutkimuksellisia arviointikriteereitä eli kysymystä *oikeuden rajoista* sekä kysymystä *oikeuden legitimitetistä* ole lupa kääntää sanottuun teoriaan itseensä Tuorin itsensä ehdottaman *immanentin kritiikin* metodiohjelman mukaisesti?

Oikeuspositivismi on toki tulkinnanvarainen termi, mutta modernissa oikeuskirjallisuudessa sen merkityssisältö on vakiintunut tavalla, jota Austinin, Kelsenin ja Hartin keskeistuotanto sekä oikeuspositivismin määritelmälliset kriteerit – eli oikeuden perustava tahdonvaltaisuus, oikeuden erottaminen vallitsevan tai

²³² Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 342.

²³³ Tuori, ”Opetuksia ja väärinkäsityksiä”, s. 326.

²³⁴ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 7–8.

kriittisen yhteiskuntamoraalin normeista sen syntytapaan liittyvien, formaalien kriteerien perusteella sekä oikeuden velvoittavuuden sanktioperustaisuus²³⁵ – hyvin ilmentävät. Kieli on määritelmällisesti yhteisöllinen ilmiö, eikä yksittäinen tutkija voi poiketa vakiintuneista tutkimuksellisista ja semanttis-käsitteellisistä konventioista ilman perustavan väärinymmärryksen vaaraa. Tilanne on sama kuin jos yksittäinen kartanpiirtäjä kääntäisi varoituksesta karttapohjan koordinaatit siten, että pohjoinen onkin nyt luoteessa ja etelä lounaassa. Tutkimuksen tietoteoreettiset ja käsitteelliset koordinaatit käyvät toisin sanoen epämääräisiksi, jos oikeuden ”sanojen” ja ”asioiden” yhteisöllisesti määräytyneet liitokset päästetään höltymään.

6. PERUSOIKEUSJÄRJESTELMÄN SISÄINEN LOGIIKKA

6.1. Modernin oikeuden muutostekijät

Juha Pöyhösen kirjassa *Uusi varallisuus-oikeus* esitetään poikkeuksellisen kiinnostava tulkinta modernista varallisuus-oikeudesta *perusoikeuslähtöisestä* näkökulmasta käsin. Rakenteeltaan kirja etenee selkeästi yleisestä erityiseen ja abstraktista konkreettiseen: (1) *perusoikeusjärjestelmän sisäisistä, horisontaalisista sidosperiaatteista* eli vastavuoroisuus-, suhteellisuus- ja yhdenvertaisuusperiaatteesta, (2) *varallisuus-oikeusnormiston aineellisten soveltamisreuna-ehdojen* eli hyvän tavan vastaisuuden kiellon, kohtuuttomien sopimussuhteiden voimaansaattamisen kiellon sekä oikeuden väärinkäytön kiellon ja (3) *varallisuus-oikeuden yleisten periaatteiden* eli varautumisperiaatteen, avoimuusperiaatteen ja luottamuksensuojaperiaatteen kautta (4) *varallisuus-oikeudellisen soveltamisharjinnan kontekstisidonnaisiin rakenne-elementteihin* oikeudellisen toimintaympäristön, kokonaisjärjestelyn, intressitahon ja riskiposition merkityksessä.

Pöyhönen erottaa modernissa oikeudessa neljä keskeistä muutostendenssiä: *sosiaalistumisen, markkinaistumisen, ekologisoitumisen sekä informatisoitumi-*

²³⁵ Hart kiteytti edeltäjänsä John Austinin oikeuskäsityksen muotoon *orders backed by threats*: Austinin oikeuskäsitys rinnastui Hartin sarkastisen esimerkin mukaan pankkiryöstäjään, joka – Austinin suvereenin lainsäätäjän tavoin – esittää hänkin viime kädessä fyysiseen pakkoon perustuvia määräyksiä, tosin nyt vain yksittäiseen pankkivirkailijaan kohdistuen: ”Rahat tai ammun!” Hart, *The Concept of Law*, s. 18–25. Kelsenin *Puhtaan oikeusopin* oikeuskäsitys perustui selväsanaisesti oikeudellisen sanktion mahdollisuuteen. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 51–55. Hartin oman oikeusteorian käsitteet toisen asteen toimivalta- ja täytäntöönpanosäännöt (engl.: *rules of change & adjudication*) sekä ontologisessa katsannossa pulmallinen oikeuden tunnistamissääntö (engl.: *rule of recognition*) ovat kuitenkin poikkeus oikeuden sanktioperustaiseen määrittelyyn analyttisen oikeuspositivismin kirjoituksissa.

sen.²³⁶ Näillä hän viittaa sosiaalisen siviilioikeuden, oikeustaloustieteen, oikeus-ekologian ja oikeusinformatiikan edustamiin erityisiin näkökulmiin oikeuteen heikomman osapuolen suojelun, taloudellisen kustannustehokkuuden, ympäristöarvojen suojelun sekä uuden informaatioteknologian mukanaan tuomien muutosten merkityksessä. Valtiosääntöoikeudellinen *perusoikeusnäkökulma* on tavallaan viides muutostekijä, ja juuri sen varaanhan Pöyhönen oman tarkastelutapansa rakentaa. Jokseenkin yllättäen kansalliset rajat ylittävä globalisaatio, eurooppalainen integraatio ja vastaavat muut oikeudelliset *kansainvälistymistendenssit* eivät ole päässeet oikeuden muutostekijöiden joukkoon, vaikka kirjan argumentaatio toimivien markkinoiden perusoikeusluonnehdinnasta tuntuukin edellyttävän juuri senkaltaista ajatuksellista premissiä.²³⁷ Kirja päättyy ideaan *tilanneherkästä* eli aidosti kontekstisidonnaisesta oikeudesta ja oikeustieteestä, joka saa syrjäyttää Hans Kelsenin systeemisisidonnaisen ja formaalin käsityksen oikeudesta.

Kirja käsittelee siis yksityisoikeuden yleisten oppien tason kysymyksiä. Aineistoa on valtavasti niin omistusoikeuden, sopimusoikeuden ja vahingonkorvaus-oikeuden kuin valtiosääntöoikeuden alaan kuuluvien perusoikeuksienkin osalta, eivätkä tuon palapelin osat nivoudu täysin saumattomasti yhteen. Ajatuksellinen kaari perusoikeusjärjestelmän horisontaalisuhteista (= *vastavuoroisuus* + *suh-teellisuus* + *yhdenvertaisuus*) tilanneherkän varallisuusoikeudellisen soveltamisharkinnan rakenne-elementteihin (= *toimintaympäristö* + *kokonaisjärjestely* + *intressitaho* + *riskipositio*) on pitkä ja monivaiheinen, eivätkä teoksen alun perusoikeusanalyysin tulokset kaikin osin kannan sen lopussa esitettyyn varallisuus-oikeuden rakenneanalyysiin asti. Varallisuus-oikeudellisen soveltamisharkinnan rakenne-elementit tuntuvat sinänsä toimivan varsin hyvin ilman nimenomaista kytkentää teoksen alussa esitettyyn perusoikeusjärjestelmän analyysiin.

Keskityn tässä Pöyhösen kirjan perusoikeusulottuvuuteen, sivuuttaen monisärmäisen teoksen muut kerronnalliset, tutkimukselliset tai ajatukselliset polttopisteet. Soveltamani lähestymistapa on jälleen muotoa: *yksi askel taaksepäin* ja katse kirjoittajan tekemiin tutkimuksellisiin valintoihin. Tavoitteena on selvittää kirjoittajan tutkijanäkökulmaan sekä etenkin valittuun ajatukselliseen kiintopisteeseen tai viimekätiseen tutkimukselliseen referenssiin sisäänrakennetut teoreettiset ja metodiset sitoumukset. Muina mahdollisina tarkastelutapoina kyseen voisivat tulla ainakin teoksen loppujakson *oikeudellinen toimintaympäristö* + *kokonaisjärjestely* + *intressitaho* + *riskipositio* -kehikon ilmeiset liittymät analyttisen siviilioikeustieteen toteuttamaan tekniseen oikeusasema-analyysiin,²³⁸

²³⁶ Pöyhönen, *Uusi varallisuus-oikeus*, s. 20–23.

²³⁷ Vrt. Pöyhönen, mts. 82–84.

²³⁸ Ks. myös luku 8.3.11. ”Tulkintamatriisien yhdistelmät, esimerkkinä Juha Pöyhösen *Uusi varallisuus-oikeus*”.

niin kuin Pöyhönen itsekin myönsi vieraillessaan johtamassani tutkijaseminaarissa maaliskuulla 2001, tai toisaalta varallisuus oikeuden aineellisten reunaehtojen ja yleisten periaatteiden tarkempi analyysi ja niiden liittymät sekä ”taaksepäin” vallitsevaan perusoikeusjärjestelmään että ”eteenpäin” varallisuus oikeudellisen soveltamisharkinnan kontekstisidonnaisiin rakenne-elementteihin. Mutta niihin en siis nyt syvemmmäلتi puutu.²³⁹

6.2. Perusoikeusjärjestelmä ja sen horisontaaliset sidosperiaatteet

Perusoikeudet voidaan jakaa kolmeen ryhmään eli kolmen eri sukupolven perusoikeuksiin. *Yksilölliset vapausoikeudet*, kuten hengen, terveyden, omaisuuden ja yksityisyyden suoja, kuuluvat ensimmäisen sukupolven perusoikeuksiin. *TSS-oikeudet* eli taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet kuuluvat perusoikeuksien toiseen sukupolveen, kuten esimerkiksi oikeus koulutukseen, terveydenhuoltoon, toimeentuloturvaan tai työttömyysturvaan. Kolmannen sukupolven perusoikeuksilla tarkoitetaan kansoille ja ihmisryhmille kuuluvia *yhteisöllisiä tai kollektiivisia oikeuksia*, kuten kansojen itsemääräämisoikeutta, oikeutta rauhanomaiseen kehitykseen tai oikeutta omaehtoiseen kulttuuriin.²⁴⁰ Toisinaan erotetaan vielä neljännen sukupolven perusoikeuksina erityiset luontoa koskevat oikeudet, kuten oikeus kestävään kehitykseen ja eläinten oikeudet.²⁴¹ Esitän alla Pöyhösen teoriaan nojautuen oman tulkintani perusoikeusjärjestelmästä ja sen sisäisestä systematiikasta tai logiikasta.

Pöyhönen erottaa perusoikeusjärjestelmän sisäisinä, *horisontaalisina sidosperiaatteina* kolme periaatetta, jotka määrittävät perusoikeuksien keskinäissuhteita: vastavuoroisuus, suhteellisuus ja yhdenvertaisuus. *Vastavuoroisuus* on palautettavissa Kantin praktisen järjen kritiikin *kategoriseen imperatiiviin* ehdotettu-

²³⁹ Vrt. myös Aarnio, ”Uusi varallisuus oikeus – vai vanha”, missä kirjoittaja arvioi Pöyhösen teorian suhdetta perinteiseen analyttiseen lähestymistapaan.

²⁴⁰ Kolmannen sukupolven yhteisölliset perusoikeudet eivät sovellu ongelmitta perinteiseen perusoikeusluokitukseen, ja esimerkiksi TSS-oikeuksien vahvana puolustajana tunnettu Heikki Karapuu suhtautuu niihin melkoisin varauksin alan peruskommentaariteoksessa. Hän toteaa loppupäätelmänään: ”Ainakin toistaiseksi lienee selkeintä ymmärtää perusoikeudet nimenomaan ihmisyyksilön oikeuksiksi ja käsitellä ryhmien ja luonnon oikeuksia niistä käsitteellisesti erillisinä. Uudistetun perusoikeusluvun edellämainitut viitteet perusoikeusajattelun muuttamisesta ovat aatehistoriallisesti kiinnostavia, mutta eivät niin merkittäviä, että ne tekisivät välttämättömäksi luopua perusoikeusajattelun kulmakivistä, perusoikeuksien ymmärtämisestä ihmisyyksilön oikeuksiksi.” Karapuu, ”Perusoikeuksien tausta ja yleinen sisältö”, s. 73–74. – W.N. Hohfeldin analyttinen oikeus/velvollisuus -käsitteistö ei tavoita kolmannen sukupolven kollektiivisia oikeuksia, niin kuin Karapuu oikein toteaa, mts. 86. Oikeudelliset käsitteet eivät kuitenkaan saisi muututtua käsitteelliseksi pakkopaidaksi, joka estää oikeudellinen ajattelun mielekkään uudistumisen.

²⁴¹ Esim. Karapuu, mts. 72–73. – Käytännössä luontoa koskevat oikeudet voitaisiin toteuttaa asiamiesjärjestelmän avulla, jollaista nytkin sovelletaan oikeudellisesti vajaavaltaisten asioiden hoitamiseen.

jen oikeuksien ja velvollisuuksien yleistettävyyden ja keskinäisen vastavuoroisuuden merkityksessä:²⁴²

”Kun vetoan toista vastaan omiin oikeuksiini, minun on johdonmukaisuussyistä vuorostani tunnustettava, että toinen, jolta (jonka suhteen) oikeuksiani vaadin, on itseni kaltainen. Tämän tunnustamisen myötä minun on myös tunnustettava mahdollisuus siihen, että tuolla toisella on itseäni kohdistuvia vastaavan kaltaisia oikeuksia kuin ne, joiden toteuttamista itse olen vaatimassa. Tunnustamisen kautta minulle asettuvat noita toisen oikeuksia kohtaan niitä vastaavat velvollisuudet aina kun vetoan omiin oikeuksiini.”

Kyse on, niin kuin Pöyhönen kirjoittaa, ”oikeuksien ja velvollisuuksien vuorottelusta toistensa kanssa vuorovaikutuksessa olevien toimijoiden välillä”.²⁴³ Pöyhönen viittaa kaksivaikutteisiin *oikeusvelvollisuussnormeihin* senkaltaisen vastavuoroisuuden ilmentäjinä, jollaisia esimerkiksi yhtäältä väistämismvelvollisuutta ja/tai pakollista pysähtymistä sekä toisaalta etuajo-oikeutta koskevat liikennesäännöt tyypillisesti ovat.

Suhteellisuusperiaate on, niin kuin Pöyhönen oikein toteaa, luonteeltaan erilainen kuin muut, ”varsinaiset” perusoikeusperiaatteet.²⁴⁴ Kyse on perusoikeusjärjestelmän metatason normeista, joiden avulla ratkaistaan kahden tai useamman perusoikeusperiaatteen, kuten esimerkiksi sananvapauden ja yksityisyyden suojan tai hätävarjelu-oikeuden ja toisen ihmisen tahallisen vahingoittamisen kiellon, keskinäinen normikollisio tai ristiriitatilanne. Suhteellisuusperiaate tekee Ronald Dworkinin ja Robert Alexyn tarkoittaman periaatteiden arvosidonaisen painoarvopunninnan mahdolliseksi.

Yhdenvertaisuusperiaate on nimenomaisesti tunnustettu voimassa olevan perustuslain 6 §:ssä. Yhdenvertaisuus lain edessä eli oikeudellinen yhdenvertaisuus ja syrjinnän kielto tarkoittaa yhdenvertaisuutta myös suhteessa perusoikeuksiin. Erityyppiset perusoikeudet ovat Pöyhösen mukaan keskenään samanarvoisia, eivätkä esimerkiksi ensimmäisen sukupolven perinteiset vapausoikeudet nauti lähtökohtaisesti suurempaa systeemistä painoarvoa kuin toisen sukupolven TSS-oikeudet eli taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet tai kolmannen sukupolven ympäristöön ja muihin aidosti kollektiivisiin arvoihin liittyvät perusoikeudet.²⁴⁵ Tästä olen eri Pöyhösen kanssa eri mieltä: on mahdoton kuvitella tilannetta, jossa jokin toisen sukupolven TSS-oikeuksista, kolmannen sukupol-

²⁴² Pöyhönen, *Uusi varallisuus-oikeus*, s. 72.

²⁴³ Pöyhönen, mts. 72.

²⁴⁴ Pöyhönen, mts. 76.

²⁴⁵ Pöyhönen, mts. 77–78: ”Perusoikeuksien välisessä vertailussa yhdenvertaisuus merkitsee sitä, että monesti käytetty erottelu eri sukupolvien perusoikeuksiin ei muodosta tärkeysjärjestystä. Siten vapausoikeuksille ei kuulu lähtökohtaisesti suurempaa systeemi-arvoa kuin taloudellisille, sosiaalisille tai sivistyksellisille perusoikeuksille. Myöskään ympäristö ja muut kollektiiviset perusoikeudet eivät lähtökohtaisesti ole vähemmän tärkeitä kuin yksilölliset perusoikeudet.”

ven yhteisöllis-kollektiivisista oikeuksista tai neljännen sukupolven tarkoittamista luontoa koskevista oikeuksista voisi sivuuttaa yksilön hengen ja terveyden suojan.

Esimerkkinä on tiettyihin afrikkalaisiin ja islamilaisiin kulttuureihin kuuluva tyttöjen sukeluksen silpominen eli ympärileikkaus, joka kiistatta täyttää rikosoikeudellisesti moitittavan teon tunnusmerkistön Suomen rikoslain mukaan. Perusoikeusnäkökulmasta asiaa arvioiden on kyse yhteisöllis-kulttuuristen perusoikeuksien sekä yksilövapauden suojan kollisiosta. Jos etnisten ryhmien oikeus omaehtoiseen kulttuuriin olisi todella samanarvoinen yksilön hengen ja terveyden suojan kanssa, sanotunlainen käytäntö tulisi yhteisöllis-kulttuurisena oikeutena sallia, mikä länsimaista oikeustraditiota vasten tuntuu mahdottomalta hyväksyä.

Perusoikeusjärjestelmässä on toisin sanoen sisäänrakennettuna heikko systeemin etusija sanottujen perusoikeuksien kesken. Itse lisäisin totuttuihin TSS-oikeuksiin vielä omana ryhmänään *O-oikeudet*: TSS + O tai TSSO -oikeudet eli taloudelliset, sosiaaliset, sivistykselliset ja *oikeudelliset* oikeudet, joista viimeksi mainittu viittaa toimivaan oikeuslaitokseen, kansalaisten oikeusturvaan sekä hallinnon lainalaisuuteen eli oikeuden saatavuuteen tai kansalaisen oikeuksiinsa pääsemiseen *access to justice* -ideologian tarkoittamassa merkityksessä. Voimassa olevan perustuslain 21 § (11.6.1999/731) säätää juridisista oikeuksista seuraavasti:

Oikeusturva. Jokaisella on oikeus saada asiansa käsitellyksi 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.

Mutta ovatko vastavuoroisuus, suhteellisuus ja yhdenvertaisuus *koko perusoikeusjärjestelmää* koossapitävät horisontaaliset sidosperiaatteet, niin kuin Pöyhönen kirjassaan väittää? *Suhteellisuusperiaate* on jo lähtökohtaisesti eri asemassa kuin kaksi muuta perusoikeuksien sidosperiaatetta, sillä siinä on kyse metatason periaatteesta, jota sovelletaan muiden, varsinaisten tai sisällöllisten perusoikeuksien keskinäisissä kollisiotilanteissa, niin kuin Pöyhönen itsekin toteaa. *Yhdenvertaisuus* on sidosperiaatteista ongelmattomin, mitä kuvastaa osaltaan sekin, että lainsäätäjä on selväsanaisesti tunnustanut oikeudellisen yhdenvertaisuuden merkityksen osana vallitsevaa perusoikeusjärjestelmää. On jokseenkin vaikea kuvitella ainakaan länsimaista perusoikeusjärjestelmää, johon yhdenvertaisuuden periaate ei jossain muodossa lukeutuisi.²⁴⁶ Eri asia on se, että yhdenvertai-

²⁴⁶ Vastakkaisia historiallisia esimerkkejä on helppo esittää: natsi-Saksan rotuopit, Etelä-Afrikan *apartheit*-järjestelmä sekä Intian kastilaitos ovat kolme esimerkkiä perusoikeuksien radikaalista eriyttämisestä eri ihmisryhmien kesken.

suus ei välttämättä ulotu ainakaan samanvahuvisena kaikkialle perusoikeusjärjestelmässä. Ensimmäisen sukupolven vapausoikeuksiin yhdenvertaisuusperiaate soveltuu sellaisenaan, mutta toisen sukupolven TSS + O -oikeuksien sekä kolmannen sukupolven yhteisöllisten ja kollektiivisten oikeuksien osalta siitä on tietoisesti poikettu. Etnisten ja muiden vastaavien yhteiskunnallisten vähemmistöryhmien tai naisten tietoinen ja kollektiivinen suosiva erityiskohtelu (engl.: *positive discrimination*), esimerkiksi edustuksellisten kiintiöpaikkojen varaamisen merkityksessä (engl.: *affirmative action*), merkitsee yhden kansalaisryhmän asettamista tietoisesti eriarvoiseen asemaan toisiin vastaaviin ryhmiin nähden. Samoin tulevien sukupolvien oikeuksien turvaaminen esimerkiksi kestävän kehityksen periaatteen muodossa merkitsee nyt elossa olevien ihmisten toimintamahdollisuuksien rajoittamista tulevien sukupolvien oikeuksien ja elinmahdollisuuksien hyväksi, joskin nuo rajoitukset saattavat koskea yhtäläisesti kaikkia tällä hetkellä elossa olevia ihmisiä.

Perinteiset liberalistiset vapausoikeudet rakentuvat selväsanaisesti kantilaisen *vastavuoroisuuden* periaatteen varaan, mutta mitä voi tarkoittaa vastavuoroisuus toisen sukupolven TSS + O -oikeuksien haltijoiden keskinäisuuhteissa, kun sanotunkaltainen perusoikeussäätely kohdentuu julkisyhteisön ja yksittäisten kansalaisten väliseen vertikaaliseen suhteeseen, ei horisontaaliseen suhteeseen yksittäisten kansalaisten kesken kuten perinteisissä vapausoikeuksissa? TSSO-oikeudet pyrkivät turvaamaan kansalaisille erilaisten julkishyödykkeiden saatavuuden tai pääsyn erilaisten julkishyödykkeiden markkinoille esimerkiksi koulutuksen, terveydenhuollon tai yleisen sosiaaliturvan merkityksessä. Usein TSSO-sääntelyn nimenomaisena tavoitteena on ollut taloudellisesti, sosiaalisesti, sivistyksellisesti tai oikeudellisesti²⁴⁷ heikommassa asemassa olevien kansalaisten suosiminen julkisyhteisön toimenpiteiden avulla, jolloin ensimmäisen sukupolven yksilöllisten vapausoikeuksien toteuttama kantilainen vastavuoroisuus sulkeutuu samalla pois. Kolmannen sukupolven perusoikeudet ovat puolestaan jo määritelmällisesti kollektiivisia, yliyksilöllisiä oikeuksia, joten etnisten ja muiden vähemmistöjen, ympäristön tai tulevien sukupolvien oikeuksiin sovellettuna sekä yhdenvertaisuus että kantilainen vastavuoroisuuden idea ovat vähintäänkin pulmallisia. Etenkin ihminen – ympäristö -suhteeseen sekä kahden tai useamman eri sukupolven väliseen suhteeseen ulotettuna sanotunlainen vastavuoroisuus on jo lähtökohdiltaan virheellinen, jollei sitten ajatella, että luonto ja vielä synty-mättömät sukupolvet ”kostavat” kokemansa vääryydet ympäristökatastrofien ja onnettomuuksien muodossa.

Tarvitaan analyttisempää kysymyksenasettelua.

²⁴⁷ Viittaan esimerkiksi maksutonta oikeudenkäyntiä ja oikeusapua koskeviin säännöksiin juridiksiksi TSSO-oikeuksiksi tulkittuina oikeuksina.

6.3. Perusoikeuksien analyttinen tarkastelu

Ehdotan perusoikeuksien jakoa kolmeen ryhmään tai ”sukupolveen” seuraavien kriteerien avulla:²⁴⁸

- I. *Yksilölliset vapausoikeudet*: suoja toisten kansalaisten mahdollisia oikeudenloukkauksia vastaan hengen, terveyden, henkilökohtaisen koskemattomuuden, omaisuuden ja yksityisyyden suojan merkityksessä (= *protected rights* -tyyppiset oikeudet),
- II. *Yksilöllisesti kohdennettavissa olevat TSSO-oikeudet*: taloudelliset, sosiaaliset, sivistykselliset ja oikeudelliset oikeudet julkishyödykkeiden saatavuuden eli kansalaisten julkishyödykkeiden markkinoille pääsyn merkityksessä (= *access to* -tyyppiset oikeudet):
 - taloudelliset perusoikeudet: elinkeino- ja ammatinharjoittamisvapaus eli pääsy toimiville tuotanto- ja hyödykemarkkinoille (engl.: *fair access to market*)
 - sosiaaliset perusoikeudet: sosiaaliturvan eri muodot kuten perustoimeentuloturva, lasten päivähoito, työttömyysturva, sairausvakuutus, työkyvyttömyysvakuutus, eläkevakuutus (= *access to social welfare*),
 - sivistykselliset perusoikeudet: oikeus ammatilliseen ja muuhun koulutukseen, pääsy yleiseen tietoverkkoon ja tiedonsiirron infrastruktuuriin (= *access to learning & education*)
 - oikeudelliset eli juridiset perusoikeudet: oikeuden saatavuus sekä hallinnon lainalaisuus (= *access to justice*)
- III. *Aidosti kollektiiviset oikeudenmukaisuusoikeudet* (= *justice as* -tyyppiset oikeudet):
 - oikeus terveelliseen ympäristöön (ja vastuu ympäristöstä)
 - sukupolvet ylittävä oikeudenmukaisuus (engl.: *intergenerational justice*)
 - = kestävä kehityksen periaate (oikeus terveelliseen ympäristöön + sukupolvet ylittävä oikeudenmukaisuus)
 - vähemmistöryhmien kiintiöpaikat ja tietoinen suosiva erityiskohtelu
 - etnisten ja muiden ryhmien oikeus omaehtoiseen kulttuuriin, jne.

Jaottelu kolmen (tai neljän) sukupolven perusoikeuksiin on oikeuskirjallisuudessa yleisesti hyväksytty. Uutta on nähdäkseni luokittelun jakokriteerinä käytetty *protected rights – access to – justice as* -kolmikantajaottelu, esteettömän yleiseen tietoverkkoon (*world wide web, internet*) pääsyn lukeminen TSSO-oikeuksiin²⁴⁹ sekä kansalaisten oikeusturvan saatavuuteen liittyvien juridisten eli *oikeudellisten oikeuksien* lisääminen perinteisten TSS-oikeuksien rinnalle.

Kukin kolmesta perusoikeustypistä noudattaa omaa sisäistä logiikkaansa:

²⁴⁸ Vastaavista perusoikeusluokitteluista, vrt. Karapuu, ”Perusoikeuksien tausta ja yleinen sisältö”, s. 68–74.

²⁴⁹ Käytännössä tämä toteutuu esimerkiksi pääsynä kirjastoihin ja muihin julkisiin tiloihin sijoitetuihin yleisöpäätteisiin, joista on yhteys yleiseen tietoverkkoon.

- I. PROTECTED RIGHTS -tyyppiset perusoikeudet: liberalistisen oikeusvaltion yksilölliset vapausoikeudet, kuten hengen, terveyden, henkilökoh-taisen koskemattomuuden ja omaisuuden suoja, jotka on suojattu toisten kansalaisten ja julkisyhteisön oikeudenloukkauksia vastaan,
- II. ACCESS TO -tyyppiset perusoikeudet: hyvinvointivaltion yksilöllisesti kohdennettavissa olevat TSS + O -oikeudet, kuten oikeus koulutukseen, terveydenhuoltoon ja sosiaaliturvaan, eli kansalaisten esteetön pääsy institutionaalisten reunaehto- ja rajaamien julkishyödykkeiden markki-noille,
- III. JUSTICE AS -tyyppiset perusoikeudet: globaalin vastuuyhteiskunnan ai-dosti kollektiiviset ”oikeudenmukaisuusoikeudet” ja vastuuperustaiset toimintarajoitukset, kuten oikeus terveelliseen ympäristöön ja vastuu ympäristöstä sekä sukupolvet ylittävä oikeudenmukaisuus kestävän kehityk-sen periaatteen tarkoittamien toimintarajoitusten merkityksessä, yhteisöl-linen oikeudenmukaisuus vähemmistöryhmien kollektiivisena suojana esimerkiksi edustuksellisten kiintiöpaikkojen ja suosivan erityiskohtelun merkityksessä, oikeudenmukaisuus etnisten ja muiden ryhmien omaeh-toisen kulttuurin suojeluna, ja niin edelleen.

Yksilöllisistä vapausoikeuksista on filosofisessa kirjallisuudessa kirjoitettu suhteellisesti eniten aina J.S. Millin (1806–1873) ja klassisen liberalismiin ajoista lähtien. TSS + O -oikeudet ovat osa modernin hyvinvointivaltion ideologiaa, ja niissä on kyse julkisyhteisön kansalaisille takaamista positiivisista toimintamahdollisuuksista pelkän negatiivisen vapausoikeuksien suojan sijaan. TSSO-oikeudet edellyttävät määrätyn institutionaalisen rakenteen, oikeudellisen toiminta-ympäristön tai infrastruktuurin esimerkiksi koulutukseen, terveydenhuoltoon, ta-loudelliseen vaihdantaan, verkottuneeseen tiedonsiirtoon ja kommunikaatioon tai oikeuslaitokseen ja viranomaiskoneistoon liittyvien reunaehto- ja rajaamien merkityk-sessä.²⁵⁰ TSSO-oikeuksissa on näin kaksi puolta: yhtäältä edellytetty *institutio-naalinen rakenne*, toisaalta kansalaisten esteetön pääsy määrätynlaisten julkis-hyödykkeiden markkinoille.

Pöyhösen mukaan *toimivat (vaihdanta)markkinat* on yksi nykyisen perusoi-keusjärjestelmän perusoikeuksista.²⁵¹ Siinä hän on nähdäkseni oikeassa – sen vuoksi, että Euroopan yhteisön perustamissopimus eli Rooman sopimus myö-hempine muutoksineen ja lisäyksineen, jonka määrittämiin oikeudellisiin vel-voitteisiin myös Suomi Euroopan yhteisön jäsenvaltiona on sitoutunut, rakentuu olennaisesti senkaltaisten taloudellisten ja institutionaalisten reunaehto- ja vaihdantamarkkinoi-den toimivuus. Yllättäen Pöyhönen rajaa eurooppalaisen yhtä hyvin kuin globaa-

²⁵⁰ Kahta viimeksi mainittua eli kansalaisten esteetöntä pääsyä yleiseen tietoverkkoon tiedon saa-tavuuden ja mielipiteiden vaihdon merkityksessä sekä juridista oikeutta oikeusturvan ja hallinnon lainalaisuuden (engl.: *access to justice*) merkityksessä Pöyhösen teoria siis ei tunne, vaan ne ovat omaa perusoikeustulkintaani.

²⁵¹ Pöyhönen, *Uusi varallisuus-oikeus*, s. 82–84.

lin oikeudellisen integraatiokehityksen keskeisten oikeudellisten muutostekijöiden ulkopuolelle ja keskittyy sen sijaan sosiaalisen siviilioikeuden, oikeustalous-tieteen, oikeusekologian, oikeusinformatiikan sekä keskeisen perusoikeusideo-logian ilmentämiin erityisiin näkökulmiin oikeuteen. Ylikansalliset integraatio- ja globalisaatioprosessit ovat yhtä kaikki jättäneet pysyvän ja syvällisen jäljen Suomen oikeuteen, mitä myös toimivien tuotanto- ja vaihdantamarkkinoiden rooli osana TSS + O -oikeuksien kokonaisuutta heijastaa, ja Euroopan yhteisön perustamissopimus myöhempien muutoksineen ja lisäyksineen on rinnastetta-vissa oikeudelliselta merkitykseltään Euroopan yhteisön jäsenvaltioiden, kuten Suomen, kansalliseen valtiosääntöön, jonka määräykset se saattaa normikollisio-tilanteessa sivuuttaa.

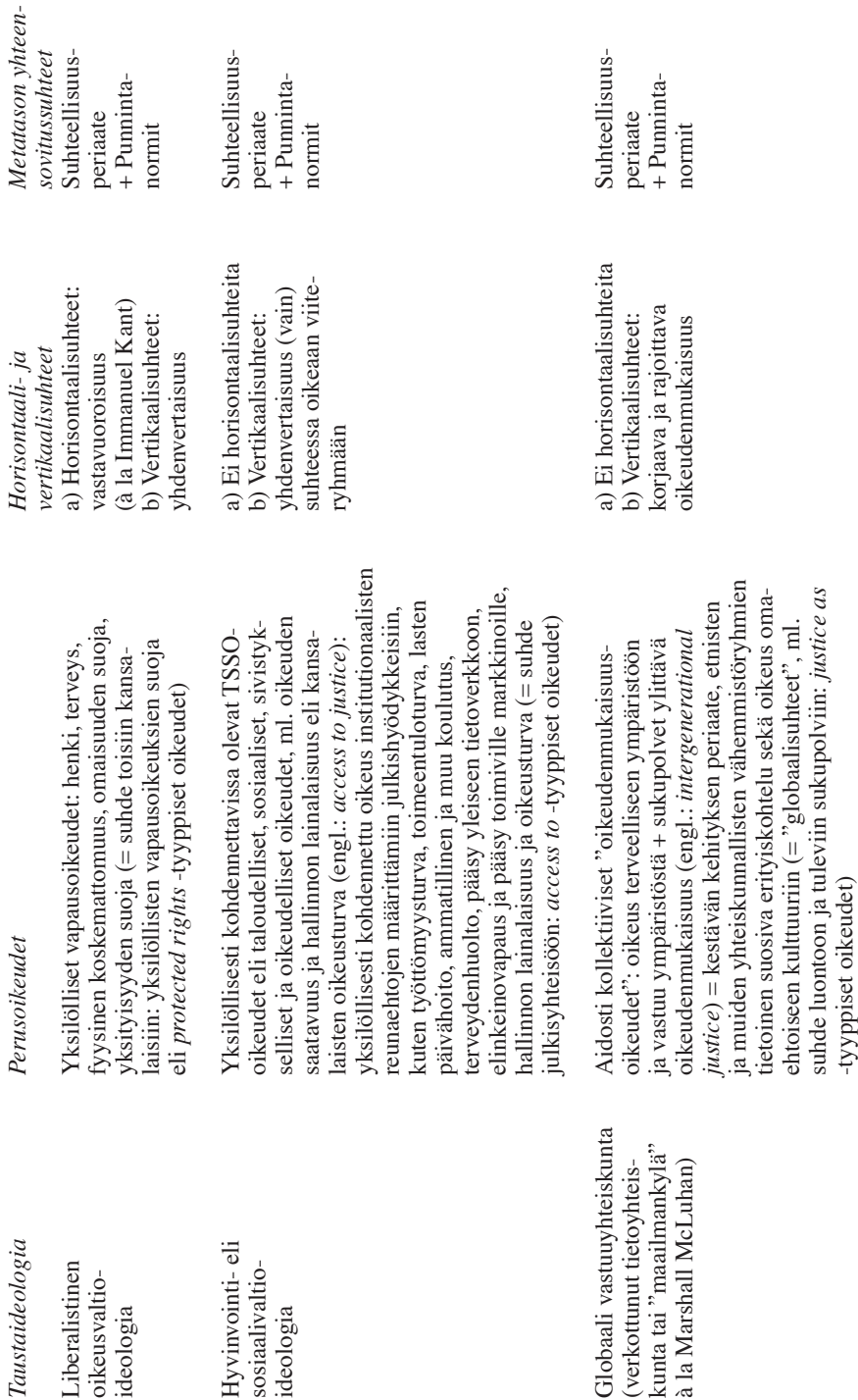
Pöyhösen jäsennystä on muutettava siten, että kansalaisnäkökulmasta arvioi-den on kyse *fair access to market* -tyyppisestä oikeudesta esteettömän tuotanto- ja vaihdantamarkkinoille pääsyn sekä, siihen läheisesti liittyen, omistajan oikeu-dellisen disponointikompetenssin käyttämisen ja määrätynlaisen dynaamisen suojan nauttimisen merkityksessä.²⁵² Yleistäen TSS + O -oikeuksissa on aina kyse yhtäältä määrätyn *institutionaalisen rakenteen*, kuten Euroopan yhteisön toimielinten ja kansallisten kilpailuviranomaisten sekä muiden markkinoita oh-jaavien instituutioiden, ja toisaalta yksittäisille kansalaisille tai oikeussubjekteil-le turvatun *access to (something)* -tyyppisen oikeuden yhteisesti muodostamasta kokonaisuudesta, eikä toimivilla markkinoilla ole perusoikeusnäkökulmasta asiaa tarkastellen mitään itseisarvoa ilman kansalaisille taattua *access to* -tyyp-pistä oikeutta julkishyödykkeiden markkinoille pääsyn merkityksessä. Toimivan oikeuslaitoksen ja viranomaiskoneiston olemassaolo on puolestaan välttämätön institutionaalinen edellytys sille, että kansalaisten oikeudelliset TSS + O -oikeu-det voisivat toteutua oikeusvarmuuden, oikeuksiin pääsyn ja hallinnon lainalai-suuden (engl.: *access to justice*) merkityksessä.

Kolmannen sukupolven aidosti kollektiiviset perusoikeudet sivuuttavat kansa-lais- tai yksilönäkökulman yhteisöllisesti määritellyn oikeudenmukaisuuden hy-väksi, joten kansalaisten vastavuoroisuus rajautuu määritelmällisesti tarkastelun ulkopuolelle.

Jaan perusoikeuksien ja niiden kohteen keskinäissuhteet kahteen ryhmään: *horizontaalisuhteet* koskevat suhteita yksilöiden välillä, ja *vertikaalisuhteet* kos-kevat suhteita julkisyhteisön ja yksilöiden välillä. Tämän voi esittää kootusti seuraavan sivun kaavion avulla:

²⁵² Hohfeldilaisittain asian voi ilmaista siten, että omistusoikeuden suoja kolmatta tahoa vastaan eli *suojattu hallintaoikeus*, oikeudellinen *disponointikompetenssi* ja omistajan nauttima määrätyn-asteinen *dynaaminen suoja* kuuluvat perinteisten liberalististen suojattujen vapausoikeuksien alaan, mutta omistajan disponointioikeuksien tehokas käyttö edellyttää TSSO-oikeuksiin lukeutu-vien toimivien vaihdantamarkkinoiden olemassaoloa ja esteetöntä markkinoille pääsyä (engl.: *fair access to market*).

Kaavio 13: Perusoikeusjärjestelmän taustaideologia, perusoikeuksien luokittelu, horisontaali- ja vertikaalisuhteet sekä metatason yhteensovittussuhteet



Yksilöllisten vapausoikeuksien taustaideologiana on liberalistinen *oikeusvaltioideologia*, missä valtion tehtävänä on vain kansalaisten vapausoikeuksien suojaaminen erilaisia oikeudenloukkauksia vastaan, tulivatpa nämä sitten toisten kansalaisten tai julkisen vallan itsensä taholta. Kyse on toisin sanoen *protected rights (against invasion)* -tyyppisistä oikeuksista, jolloin valtion asiallinen tehtävämäärittely noudattaa perinteistä suppean ”yövärtijavaltion” (saks.: *Nachtwächterstaat*) käsitettä. Horisontaalisuhteissa vallitsee kantilainen vastavuoroisuuden periaate, vertikaalisuhteissa muodollinen yhdenvertaisuus kansalaisten kesken.

Hyvinvointi- eli sosiaalivaltioideologiaa toteuttavat TSS + O-oikeudet eli taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet sekä tulkintani mukaan myös kansalaisten oikeusturvaan, hallinnon lainalaisuuteen ja oikeuden saatavuuteen (engl.: *access to justice*) liittyvät oikeudelliset oikeudet noudattavat *access to* -tyyppistä logiikkaa. Kyse on institutionaalisesti määriteltujen julkishyödykkeiden saatavuudesta kansalaisnäkökulmasta arvioiden eli kansalaisten pääsystä institutionaalisten reunaehtojen rajaamille julkishyödykemarkkinoille (engl.: *fair access to market, access to social welfare, access to learning & education, access to justice*, jne.). Varsinaisista horisontaalisuhteista ei TSSO-oikeuksien kohdalla voi puhua, ja vertikaalisuhteissa vallitsee vain rajattu, viiteryhmäsidonnainen yhdenvertaisuus yksilöllisten vapausoikeuksien toteuttaman universaalin eli kaikkien kansalaisten yhdenvertaisuuden sijaan.

Aidosti kollektiiviset hyvinvointioikeudet sekä luontoa koskevat oikeudet toteuttavat puolestaan *globaalin vastuuyhteiskunnan* tai Marshall McLuhanin jo 1960-luvulla ideoidun verkottuneen ”maailmankylän” ideologiaa, jossa sääntelyn alueellinen ja ajallinen horisontti ulottuu yli perinteisten kansallisvaltioiden tai valtioliittojen rajojen sekä tällä hetkellä elossa olevien ihmisten arvioidun eliniän. Kyse on *justice as* -tyyppisistä aidosti yhteisöllisistä oikeuksista ja velvollisuuksista, jotka toteuttavat kollektiivisen vastuun ja globaalin oikeudenmukaisuuden mukaisia toimintarajoituksia. Oikeudenmukaisuus määritellään tällöin esimerkiksi kestävästä kehityksenä, etnisesti eriytyneen yhteisen kulttuuriperinnön vaalimisena tai yhteiskunnan vähemmistöryhmän etujen turvaamisena. Varsinaisia horisontaalisuhteita yksilöiden välillä ei nytkään ole, ja vertikaalisuhteet toteuttavat korjaavaa ja oikaisevaa sekä kansalaisten toimintamahdollisuuksia olennaisesti rajoittavaa oikeudenmukaisuutta joko eri ihmisryhmien tai sukupolvien välillä tai ihminen – luonto -suhteessa.

Eri perusoikeuksien välinen kollisiotilanne ratkaistaan keskinäisen painoarvopunninnan avulla. Metatason *suhteellisuusperiaate* ohjaa punnintaa: mitä tärkeämpi perusoikeus on kyseessä, sitä suurempi tulee sen kanssa kilpailevan perusoikeuden olla, jotta ensin mainittu voitaisiin tapauksessa sivuuttaa. Suhteellisuusperiaate saa eri painoarvoja siitä riippuen, millaiset perusoikeudet ovat kulloinkin vastakkain, mutta on mahdollon kuvitella tilannetta, missä yksittäisen

kansalaisen hengen tai terveyden suojan tulisi väistyä jonkin toisen, kolmannen tai neljännen sukupolven oikeuden tieltä. Samalla etenkin kolmannen sukupolven vähemmistöryhmien asemaan liittyvät kollektiiviset ja yhteisölliset oikeudet ovat viime aikoina saaneet eräänlaisen ”oikeudellisen valttikortin” aseman yhteiskunnan resursseja (uudelleen) allokoitaessa.

6.4. Vastavuoroisuus, suhteellisuus, yhdenvertaisuus

Juha Pöyhösen *Uusi varallisuus-oikeus* -teoksen perusoikeuslähtöinen oikeudellinen systematiikka on merkittävä askel kohden Ronald Dworkinin ajatusta ”(perus)oikeuksien ottamisesta vakavasti”.²⁵³ Nostaessaan perusoikeusjärjestelmän varallisuus-oikeuden keskiöön Pöyhönen edustaa oikeudellisen ajattelun *avantgardea*: juuri näin oikeudenalakohtaisten yleisten oppien esitys on syytä tänä päivänä aloittaa. Pöyhönen kirjoittaa:²⁵⁴

”Eri sukupolvien perusoikeudet ovat sidoksissa toisiinsa. Yhdessä ne muodostavat oman erityisen normatiivisen järjestelmänsä, perusoikeusjärjestelmän. Varallisuus-oikeuden kannalta on tärkeää selvittää, millä tavoin *koko tästä järjestelmästä* voidaan kehittää aineksia varallisuus-oikeuden yleisten oppien lähdekohdiksi. Enää ei voida rajoittua pohtimaan vapausoikeuksien merkitystä muusta perusoikeusjärjestelmästä irrotettuina erillisinä ja yksittäisinä normeina.”

Tämä pitää paikkansa: perusoikeudet muodostavat järjestelmän, mutta perusoikeusjärjestelmän sekä ajallisesti että toimintalogiikaltaan toisistaan eriytyneet kerrostumat saavat aikaan sen, että myös perusoikeusjärjestelmän horisontaaliset ja vertikaaliset sidosperiaatteet tulee eriyttää perusoikeustyypeittäin eli eri sukupolvien perusoikeuksien osalta.

Vastavuoroisuuden periaate toteuttaa liberalistisen oikeusvaltion logiikkaa, mitä suojatut vapausoikeudet kuten hengen, terveyden, henkilökohtaisen koskemattomuuden, omaisuuden ja yksityisyyden suoja edustavat. Sanottua periaatetta ei voi yleistää koskemaan toisen sukupolven TSS + O -oikeuksia, joissa yhtäläisten vapausoikeuksien suojaamisen sijaan on kyse tietynlaisten julkishyödykkeiden markkinoiden toimivuudesta sekä institutionaalisesti määriteltujen resurssien saatavuudesta kansalaisille, eikä myöskään koskemaan kolmannen (tai neljännen) sukupolven yhteisöllis-kollektiivisia oikeudenmukaisuusoikeuksia, joissa on kyse kansalaisten toimintavapauden rajoittamisesta oikeudenmukaiseksi koettujen yhteisöllisten päämäärien saavuttamiseksi, oli sitten kyse ympäristöarvojen ja elämälle välttämättömän biodiversiteetin suojelusta kestävästä kehityk-

²⁵³ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *passim*.

²⁵⁴ Pöyhönen, *Uusi varallisuus-oikeus*, s. 25.

sen periaatteen alla, etnisten tai vastaavien muiden vähemmistöryhmien erityisintressien kollektiivisesta suosimisesta tai vaikka kulttuurisen monimuotoisuuden säilyttämisestä. Vastavuoroisuus on toisin sanoen vain perinteisille suojatuille vapausoikeuksille ominainen horisontaalisidos, jonka Pöyhönen on mielestäni virheellisesti yleistänyt koskemaan koko perusoikeusjärjestelmää myös toisen sukupolven hyvinvointivalttiollisten TSS + O -oikeuksien sekä kolmannen (ja neljännen) sukupolven kollektiivisten oikeudenmukaisuusoikeuksien merkityksessä.

Suhteellisuusperiaate on, toisin kuin Pöyhösen kaksi muuta perusoikeusjärjestelmän sidosperiaatetta, metatason periaate tai kollisionnormi, jonka avulla ratkaistaan ristiriita- tai kollisiotilanteet varsinaisten eli sisällöllisten perusoikeuksien välillä. Suhteellisuusperiaate tekee mahdolliseksi perusoikeuksien ilmentämien oikeusperiaatteiden tilannesidonnaisen punninnan, jolloin on tarkasti ottaen kyse oikeusperiaatteiden metatason kollisionratkaisunormista. Kansalaisten *yhdenvertaisuuden* kunnioittaminen on ominaista sekä suojatuille vapausoikeuksille, missä sitä sovelletaan universaalina periaatteena, että positiivisen toimintavelvollisuuden julkisyhteisölle asettaville TSS + O-oikeuksille, missä sitä sovelletaan (vain) suhteessa määrättyyn viiteryhmään, kun taas eri yhteiskuntaryhmien välillä sanotusta ideaalista voidaan – ja aineellisia resursseja uudelleen jakavan hyvinvointivaltioideologian mukaisesti myös pitää – poiketa. Sitä vastoin kolmannen (ja neljännen) sukupolven aidosti yhteisölliset perusoikeudet eivät toteuta kansalaisten yhdenvertaisen kohtelun logiikkaa lainkaan. Niissä on pikemminkin kyse tietoisesta yhdenvertaisen kohtelun ideaalista poikkeamisesta sen varmistamiseksi, että oikeudenmukaisina koetut yhteisölliset tavoitteet voidaan myös tulevaisuudessa saavuttaa, oli sitten kyse ekologisen biodiversiteetin säilymisestä, vähemmistöjen suhteellisen aseman parantamisesta, etnisen ja muunlaisen kulttuurisen moniarvoisuuden tukemisesta tai ylipäätään tulevien sukupolvien elinehtojen turvaamisesta.

Vallitsevan perusoikeusjärjestelmän sisäinen logiikka ei ole yhtenäinen, koska se heijastaa eri sukupolvien perusoikeuksien merkittävästi toisistaan poikkeavaa oikeudellista sääntelylogiikkaa. Jos perusoikeudet ja niiden keskinäissuhteet pakotetaan yhtenäiseen muottiin Pöyhösen tarkoittamalla tavalla, oikeudelliseen analyysiin jää käsitteellinen, tieto-opillinen ja metodinen halkeama, joka poistuu vasta, kun tutkimus eriytetään sen semanttisen kohdereferenssin eli vallitsevan perusoikeusjärjestelmän käsittämien erilaisten perusoikeuksien sisäisen sääntelylogiikan tarkoittamalla tavalla.

7. ANALYYTTINEN OMISTUSOIKEUSKÄSITYS JA SEN LUONNONOIKEUDELLISET RAJOITUKSET

7.1. Vallitsevat omistusoikeusparadigmat

Väitöskirjassaan *Maanomistusoikeus. Tutkimus maanomistusparadigmoista maaomaisuuden käytön ympäristöoikeudellisen sääntelyn näkökulmasta* Tapio Määttä perustelee idean modernista, myös ympäristöoikeudelliset näkökohdat huomioon ottavasta maanomistusoikeudesta. Määttän lähtökohta on vahvasti *esineoikeudellinen* ja *analyttinen*: myös maanomistusoikeutta on mahdollista lähestyä Simo Zittingin 1950-luvulla Suomessa esittelemän oikeusasema-analyysin avulla eli omistajan suojatun käyttövapauden, disponointikompetenssin sekä määrätynasteisen dynaamisen suojan yhdistelmän merkityksessä.²⁵⁵ Toisaalta Määttä huomauttaa, ettei sanotunlainen analyttinen oikeusajattelu ole rajoitustensa vuoksi voinut toimia tutkimuksen *oikeusteoreettisena* ja *metodisena* lähtökohtana,²⁵⁶ vaan maanomistusoikeuden liittymät ympäristöoikeuden keskeisyyksiin perustelevat hänen mukaansa vaihtoehtoisen, analyttisen oikeustieteen rajoitukset ylittävän lähestymistavan välttämättömyyden. Kirjoittajan suhde analyttiseen oikeustieteeseen ei kuitenkaan ole ongelmaton.

Määttä viittaa myös Kaarlo Tuorin kehittämään oikeuden monitasomalliin tutkimuksensa yhtenä teoreettisena lähtökohtana.²⁵⁷ Määttän oma sovellus oikeuden monitasomallista on, Tuorin mallista poiketen, muotoa ”oikeuden tasoista oikeuden kehään”. Mallin I taso on oikeudellisen syväjustifikaation, yhteiskuntatodellisuuden ja oikeuspolitiikan taso, joka käsittää omistusoikeuden yhteiskunnallisena arvona, erilaisten tavoitteiden ja ideologioiden osana sekä muut omistusoikeussääntelyyn vaikuttavat arvot, II taso on oikeussäännösten, oikeuskäytännön ja lainopin taso, joka käsittää omistusoikeuden konkreettisen sääntelyn ja säännösten soveltamisen käytäntöön, ja III taso on oikeudellisen systematiikan taso, joka sisältää omistusoikeuden oikeudellisena käsitteenä sekä erilaiset omistusoikeusteoriat.²⁵⁸ Mutta mikä tekee Määttän kehämallin I tasosta oikeudellisen?

²⁵⁵ Määttä, *Maanomistusoikeus*, s. 17: ”Omistusoikeuden käsitteellisen tarkastelun osalta työ nojautuu lähtökohdiltaan *esineoikeuteen*. Esineoikeudellisesti kyse on omistusoikeuden staattisesta suojasta, omistajanhallinnan sisällöstä, omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista. (...) Tutkimuksen keskeinen lähtökohta on *analyttinen omistusoikeusajattelu* erityisesti siinä muodossa kuin Zitting on sitä väitöskirjassaan (1951) ja sitä seuranneessa laajassa omistusoikeutta koskeneessa tuotannossaan kehittänyt.” (Kursivoinnit Määttän.)

²⁵⁶ Määttä, mts. 19. – Mutta miten muuten analyttistä oikeusajattelua on mahdollista hyödyntää kuin tutkimuksen oikeusteoreettisena ja metodisena lähtökohtana?

²⁵⁷ Määttä, mts. 25–40. Määttä suhtautuu kuitenkin varauksin Tuorin mallin suoraan sovellettavuuteen: ”... lähtökohtani ei ole positivistinen eikä kriittinen enkä ainakaan tietoisesti yritä seurata Tuorin immanenttia ohjelmaa.” Määttä, mts. 35. Käsittelin Tuorin monitasomallia edellä luvussa 9.5. ”Mistä puhumme, kun puhumme oikeudesta?”

²⁵⁸ Määttä, mts. 35–57.

Määttä hahmottaa tutkimuskohdettaan *omistusoikeusparadigman* käsitteen avulla. Se sisältää seuraavanlaiset osaelementit:²⁵⁹

- 1) yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet (*yhteiskunnallinen, tavoitteellinen-instrumentaalinen elementti*),
- 2) käsitys yhteiskunnallisesta, taloudellisesta ja ekologisesta todellisuudesta, johon omistusoikeussääntelyn kokonaisuus ja sen osat kiinnittyvät (*edellytetty todellisuuskäsitys*),
- 3) voimassa olevan oikeuden konkreettinen, materiaallinen sisältö (*positiivis-normatiivinen elementti*)
- 4) systeeminrakennuksen kiintopisteenä olevat *dogmit*,
- 5) oikeudellisen systeeminmuodostuksen sisäistä johdonmukaisuutta parantavat *konstruktiot*,
- 6) oikeuden *konstitutiivinen elementti*: omistusoikeusparadigma määrittää sen, mitkä oikeusjärjestyksen normeista muodostavat juuri oikeudellisen omistusoikeusinstituutin muodostavien normien kokonaisuuden.

Määttän omistusoikeusparadigma käsittää voimassa olevaan oikeusnormistoon kuuluvia elementtejä eli kohdan (3), lainopillisessa oikeusnormien systematisoinnissa ja tulkinnassa käytettyjä metatason elementtejä eli kohdat (4), (5) ja (6) sekä oikeuden yhteiskunnalliseen kontekstiin tai taustaan liittyviä elementtejä eli kohdat (1) ja (2), joita niitäkin voidaan toki käyttää oikeudellisen systematisoinnin ja tulkinnan apuna. Tosin kohta (6) eli oikeuden konstitutiivinen elementti on nähdäkseni palautettavissa täysimääräisesti kohtien (3), (4) ja (5) alaisuuteen.

Niin kuin Määttä itsekin toteaa, omistusoikeusparadigman käsitteessä on runsaasti vaikutteita Juha Pöyhösen *sopimusmallin* ideasta.²⁶⁰ Kohdat (4) ja (5) eli lainopilliset dogmit ja konstruktiot palautuvat Pöyhösen teoriaan aina käytettyä terminologiaa myöten.²⁶¹ Lisäksi kohtien (1) ja (2) tarkoittamat yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet sekä edellytetty todellisuuskäsitys vastaavat tehtävältään Pöyhösen *Uusi varallisuusoikeus* -kirjassa esitettyä oikeudellisen *toimintaympäristön* ideaa.²⁶² Kohta (3) on Määttän omistusoikeusjäsenyyksen positiivis-oikeudellinen ja normatiivinen perusta, joka yhdistää sen analyyttisen oikeustieteen oikeuspositivistiseen oikeuden määrittelyyn. Kohta (6) eli oikeuden *konstitutiivinen elementti* vastaa Hans Kelsenin ja Alf Rossin ideaa oikeusnormeista tietopillisena *tulkintakehyksenä* eli *tulkinta-avaimena* (saks.: *Deutungschema*; tansk.: *tydningsskema*),²⁶³ jonka avulla erilaisille yhteiskunnallisille ilmiöille an-

²⁵⁹ Määttä, mts. 79.

²⁶⁰ Käsittelin Pöyhösen sopimusmalleja lähemmin luvussa 9.3. ”Sopimusmalliajattelun piilevät premissit”.

²⁶¹ Pöyhösen sopimusmallin kolmas elementti, oikeudelliset peruskäsitteet eli (käsitelainopillisesti sävyttyneet) varsinaiset oikeuskäsitteet, puuttuu Määttän omistusoikeusparadigmasta.

²⁶² Käsittelin Pöyhösen *Uusi varallisuusoikeus* -kirjaa luvussa 9.6. ”Perusoikeusjärjestelmän sisäisen logiikka”.

²⁶³ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 41; Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 3 *et seq.*

netaan oikeudellinen merkityssisältö esimerkiksi sopimuksen, maanomistusoikeuden, osakeyhtiön tai valtiopäiville kokoontuneen Suomen eduskunnan merkityksessä. Vain voimassa olevan oikeuden normeja asianmukaisesti tulkintakehyksenä käyttäen esimerkiksi maanomistusoikeus on hahmotettavissa omistajan oikeusaseman eri osatekijöiden summaksi, testamentti on tunnistettavissa asiakirjaksi, jonka oikeusvaikutukset toteutuvat vasta sen laatijan kuoleman jälkeen ja valtiopäiville kokoontunut Suomen eduskunta on erotettavissa mahdollisista muista norminasettajista, esimerkiksi perintätoimintaa harjoittavan moottoripyöräkerhon tai ammattikuntajärjestön antamien yleisten määräysten merkityksessä.

Määttän tutkimuksessa oikeuden konstitutiivista elementtiä eli tulkintakehystä sovelletaan oikeusjärjestyksen tiettyyn osa-alueeseen eli omistusoikeutta eri tavoin sääntelevään normistoon. Kyse on toisin sanoen määrätyn oikeudellisen tietomuodon edellytetystä, *apriorisesta* elementistä, jota ei voi perustella sen itsensä tarjoamien teoreettisten, käsitteellisten tai metodisten apuvälineiden avulla. Yleisemmällä tasolla voi siis puhua foucault’laisittain oikeudellisesta *tietomuodosta* (ransk.: *épistémè*) eli oikeuden *historiallisesta a priorista* siinä merkityksessä, jonka edellä perustelin lainopin tieteenkuvan yhteydessä.²⁶⁴ Esimerkiksi maanomistusoikeuteen sovellettuina eri tulkintamatriisit tuottavat varsin erilaisia oikeudellisia tutkimustuloksia ylipäätään semanttisesti mahdollisten oikeussääntöjen tulkinta- ja systematisointikannanottojen sekä arvosidonnaisten oikeusperiaatteiden punnintakannanottojen merkityksessä: analyttinen tulkintamatriisi korostaa lainsäätäjän alun perin omaksuman oikeudellisen systematiikan sekä tulkintaa palvelevien teknisten apukäsitteiden merkitystä, kun taas esimerkiksi sosiaalinen siviilioikeus painottaisi heikomman osapuolen suojelua myös maanomistusoikeudessa, naisoikeustutkimus naisten aseman ja yhteiskunnallisten intressien turvaamista myös maanomistusoikeudellisesti, ja pragmaattinen instrumentalismi eli *reella överväganden* -juridiikka tai ajallisesti myöhempi oikeustaloustieteellinen lainoppi korostaisi omistamisen yhteiskunnallisten ja etenkin taloudellisten vaikutusten huomioon ottamista maanomistusoikeuden tulkinnassa.

Pitäydyn tässä kuitenkin Määttän terminologiaan ja puhun erilaisista omistusoikeusparadigmoista lainopillisten tulkintamatriisien sijaan.

Määttä jakaa mahdolliset omistusoikeuskäsitteet tai -paradigmat kolmeen luokkaan:²⁶⁵

- 1) omistusoikeus periaatteessa täydellisenä, yksinomaisena oikeutena esiineseen (= esineoikeudellinen omistusoikeuskäsite),
- 2) omistusoikeus oikeusjärjestyksen mukaan omistajalle kuuluvien oikeuk-

²⁶⁴ Ks. luku 6, ”Oikeustieteen tieteenkuva”.

²⁶⁵ Määttä, *Maanomistusoikeus*, s. 1.

sien ja velvollisuuksien kokonaisuutena eli omistajan oikeusasema teknisenä yhteisnimityksenä (= analyttis-funktionaalinen omistusoikeuskäsitys), ja

- 3) omistusoikeus lähtökohtaisesti rajoittamattomana esineen käyttöoikeutena (= ympäristöoikeudessa ajoittain esitetty omistusoikeuskäsitys).

Kahta edellistä käytetään Määtän mukaan tavallisimmin myös ympäristöoikeudellisissa tutkimuksissa. Ajatus omistusoikeudesta rajoittamattomana, täydellisenä ja yksinomaisena oikeutena esineeseen on kuitenkin nykyisin historiallis-käsiteläinopillinen jäännös, jonka kritisoiminen on kiinnostavaa lähinnä vain (oikeus)historiallisessa katsannossa.²⁶⁶ Tosin eräissä viimeaikaisissakin kirjoituksissa sanotunlainen käsitys omistusoikeudesta on ainakin periaatteellisella tasolla omaksuttu ympäristöoikeudellisen tutkimuksen lähtökohdaksi.²⁶⁷ Jäljelle jää siten *analyttis-funktionaalinen* omistusoikeuskäsitys tutkimuksellisesti kiinnostavimpana vaihtoehtona. Analyttisen omistusoikeuskäsitteen tai tutkimusparadigman ongelmana on kuitenkin se, että se sivuuttaa ihmisen ja luonnon välisen suhteen oikeudellisesti merkityksettömänä,²⁶⁸ eikä ensisijaisesti taloudellisen vaihdannan tuottamien ongelmien jäsentämiseen kehitetty henkilörelaatiokeskeinen analyttinen omistusoikeuskäsitys ole tyydyttävä omaisuuden ympäristöoikeudellisesti hyväksyttävän käytön ongelmia pohdittaessa. Kolmanneksi, perinteinen tapa jäsentää maanomistusoikeutta ei ota riittävässä määrin huomioon vertikaalisia eli omistajan ja julkisen vallan välisiä suhteita horisontaalisten eli omaisuuden käyttäjien välisten suhteiden rinnalla.²⁶⁹

7.2. Omistusoikeuden apriorinen elementti

Määttä perustelee omistusoikeuden historiallisen alkuperän, syvärakenteen justifikaation ja erilaisten traditiokerrostumien avulla vahvan väitteen, jonka mukaan voimassa olevaan maanomistusoikeuteen kuuluu välttämättä erinäisiä positiivista oikeutta edeltäviä eli *apriorisia* tai *luonnonoikeudellisia* elementtejä, jotka sääntelevät ihmisen ja luonnon välistä suhdetta ja jotka siis eivät ole palautettavissa positiivis-oikeudellisten henkilörelaatioiden kokonaisuuteen tai analyttisen oikeusasema-analyysin suhdepositioiksi. Määttä määrittelee maanomistusoikeutta seuraavaan tapaan:²⁷⁰

²⁶⁶ Määttä viittaa Päivi Paaston *Encyclopaedia Iuridica Fennica* -oikeustietosanakirjassa esittämään omistusoikeus-hakusanan määrittelyyn: ”Omistusoikeuden rajoittamattomuudesta ei nykyisin haluta puhua edes käsitteellisellä tasolla.” Määttä, mts. 196–197.

²⁶⁷ Määttä, mts. 197–199. Määttä viittaa Hollon, Oksasen, Kivirannan ja Turpeisen tutkimuksiin.

²⁶⁸ Määttä, mts. 15: ”Oikeudelliselta kannalta ihmisen ja luonnon välistä suhdetta ei [analyttisen koulun mukaan] ole olemassa.” (Kursivointi Määtän.)

²⁶⁹ Määttä, mts. 2–3.

²⁷⁰ Määttä, mts. 180–181 (kursivoinnit Määtän).

”Maanomistusoikeus on syytä ymmärtää ympäristöoikeudellisesti paitsi ihmisten välillä ilmeneväksi oikeudelliseksi suhteeksi myös luonnon eri osiin kohdistuvaksi vallankäytöksi, omistajan ja omistettavan väliseksi oikeudellisesti relevantiksi suhteeksi. (...) Ympäristöoikeuden sääntelykohteena on myös luonto itse ja ihmisen suhde luontoon, ei vain ihmisen suhde toisiin ihmisiin. Ihmisen velvollisuuksista luontoa ja tulevia sukupolvia kohtaan seuraa oikeudellisesti merkityksellinen suhde ihmisen ja ympäristön/luonnon välille. (...) myös omistajan suhde esineeseen on yksi omistusoikeuden komponentti.”

Määtän mukaan omistusoikeuden rajoitukset ovat positiivista oikeutta edeltäviä, *apriorisia* ja *luonnonoikeudellisia*.²⁷¹ Oikeampaa olisi puhua omistusoikeuskäsitteen *fenomenologiasta*, mihin Määttä itsekin viittaa, vaikkei sanottua terminologiaa omaksukaan.²⁷² Määtän omistusoikeuden määrittely rikkoo samalla selvästi analyyttisen omistusoikeuskäsityksen rajat, sillä omistajan suhde omistamaansa esineeseen, samoin kuin kaikenlainainen substanssi- tai olemusajattelu aprioris-luonnonoikeudellisine oletuksineen, on tyypillinen käsitelainopin ja luonnonoikeusajattelun hyödyntämä metafyyksinen uskomus, jollaisia analyyttinen oikeusajattelu ankarasti kritisoi. Määttä tarkoittaa siis oikeuden apriorisella elementillä varsin eri asiaa kuin mihin edellä viittasin oikeudellisen *tietomuodon* (ransk.: *épistème*) eli *historiallisen a priorin* merkityksessä. Määttällä oikeuden aprioriset elementit viittaavat oikeusfenomenologian ja luonnonoikeusfilosofian tarkoitamiin oikeuden sisällöllisiin välttämättömyyksiin eli ”itseannettuihin” edellytyksiin senkaltaisten modernia oikeutta ja oikeustiedettä rajaavien ja määrittävien konstitutiivisten, episteesien, käsitteellisten ja metodisten reunaehtojen sijaan, joita itse analysoin edellä oikeuden äärellisyyden analytiikan ja institutionaalisen positiviteetin alla.

Määttällä omistusoikeuden *historiallinen alkuperä* viittaa omistamisen ja luonnonvarojen käytön alkuperäiseen yhteisöllis-jaottomaan luonteeseen, mitä villien eläinten ja rauhoitettujen kasvien oikeudellinen asema sekä jokamiehen-oikeus edelleenkin heijastavat osana ajallisesti kerrostunutta omistusoikeuskäsitystä.²⁷³ Omistamisen *syvärakenteen justifikaatio* viittaa omistusoikeuden yhteiskuntafilosofiseen perustaan esimerkiksi John Locken filosofian merkityksessä. Lockella omistaminen ei ollut rajoittamatonta edes yhteiskuntasopimusta

²⁷¹ Määttä, *Maanomistusoikeus*, s. 84.

²⁷² Määttä, mts. 185: ”Omistusoikeuden välttämättömiä elementtejä voitaisiin tarkastella myös *fenomenologisen oikeusfilosofian* lähtökohdista. Esittämäni ajatukset ovat eräiltä osin tarkasti eritellen ehkä pikemminkin fenomenologisia kuin luonnonoikeudellisia. Mahdollisista väärinkäsityksistä ja epätarkkuuksista huolimatta luonnonoikeudellinen on mielestäni oikeudellisesti havainnollinen – ja tässä riittävä – ilmaisu positiivista oikeutta edeltäville tai sen ylittäville omistamisen piirteille.”

²⁷³ Määttä, mts. 88.

edeltäneessä luonnontilassa, sillä riittävyiden periaate ja pilaantumattomuuden periaate sääntelivät luonnonobjektien muutoin vapaata käyttöä luonnontilassa.²⁷⁴ Termi omistusoikeus olisi kuitenkin senkaltaisessa esi-oikeudellisessa tilassa virheellinen, koska velvoittavaa oikeutta ei yhteiskuntasopimusta edeltävässä tilassa voinut olla. Omistusoikeuden *traditioerrostumat* viittaavat siihen, että vallitsevaan omistusoikeuskäsitteeseen sisältyy jokamiehen oikeuden kaltaisia tavanomaisoikeudellisia elementtejä, jotka ovat ajallisesti varhaisempia ja pysyvämpiä kuin voimassa oleva lainsäädäntö.

Lisäksi omistamisella on *etologis-antropologinen* perusta. Omistamisen etologialla Määttä viittaa ihmisen lajityypillisiin ominaisuuksiin henkilökohtaista tilaa ja sen hallintaa itselleen varaavana lajina. Omistamisella on myös antropologinen perustelu: kyse on yhteisöllisesti ”luonnollisesta ja välttämättömästä” instituutiosta, koska jokaisessa yhteisössä on jollain tavoin järjestettävä yhteisön jäsenten suhde niukkoihin luonnonvaroihin ja niiden järkevään käyttöön.²⁷⁵ Määttä määrittelee omistusoikeuden ydintä ja omistusoikeuskäsitteen välttämättömiä elementtejä tavalla, joka analyttis-funktionaalisen oikeustieteen näkökulmasta luokiteltaisiin ilman muuta käsitelainopilliseksi olemus- eli substanssijajatteluksi.²⁷⁶ Määttä viittaa muun muassa englantilaisen A.M. Honorén esittämään 11-kohtaiseen luetteloon: hallintaoikeus, käyttöoikeus, päätäntäoikeus, oikeus tuloihin, oikeus pääomaan, omaisuuden suoja, siirto-oikeus, ajallinen rajoittamattomuus, velvollisuus vahingon estämiseen, ulosottovastuu ja oikeus jäänösarvoon, joiden kaikkien elementtien on toteuduttava, jotta olisi kyse omistusoikeudesta.²⁷⁷ Lisäksi omistamisella on sosiaalinen ulottuvuus. Puhutaan yleisesti omistamisen sosiaalisesta sidonnaisuudesta tai sosiaalisesta omistusoikeudesta, joka Määtän mukaan voidaan kuitenkin liittää ongelmitta osaksi analyttis-funktionaalista omistusoikeuskäsitteistöä.²⁷⁸

7.3. Torjunta ja hyväksyntä

Määtän suhde analyttiseen omistusoikeuskäsitteeseen ja analyttiseen tutkimustraditioon on oudolla tavalla horjuva ja kahtiajakautunut, samalla kertaa torjuva ja hyväksyvä. Määttä kritisoi analyttis-funktionaalista lähestymistapaa sillä perusteella, että se sivuuttaa ihminen – luonto -suhteen sekä omistamisen

²⁷⁴ Määttä, mts. 135.

²⁷⁵ Määttä, *Maanomistusoikeus*, s. 182–183. – Samoin H.L.A. Hartin *luonnonoikeuden vähimmäisisältö* (engl.: *minimum content of natural law*) käsittää resurssien niukkuudesta johdetun omaisuuden suojan. Hart, *The Concept of Law*, s. 192–193. Hartiin myös Määttä viittaa, Määttä, mts. 184.

²⁷⁶ Määttä, mts. 258–268.

²⁷⁷ Määttä, mts. 263.

²⁷⁸ Määttä, mts. 235–241.

aprioriset, säädännäistä oikeutta käsitteellisesti edeltävät määreet oikeudellisesti merkityksettöminä.²⁷⁹ Yhtä kaikki, tutkimuksen soveltavassa eli voimassa olevaa maanomistusnormistoa systematisoivassa osassa analyttis-funktionaalista lähestymistapaa hyödynnetään ilman, että ehdotettu oikeusfenomenologinen tai luonnonoikeudellinen ajattelu saisi olennaisesti vaikuttaa tuon analyysin lopputulokseen.

Omistusoikeuden osatekijät jaetaan teoksen soveltavassa osassa seuraaviin osaelementteihin:²⁸⁰

- 1) maanomistajan oman käytön rajat,
- 2) ulkopuolisen käytön sallimisvelvollisuus,
- 3) kaksoisvaikutteiset normit: sallimisvelvollisuus ja oman käytön rajat,
- 4) positiiviset toimimisvelvoitteet,
- 5) välillinen taloudellinen ohjaus,
- 6) omistusoikeuden fyysinen ulottuvuus,
- 7) maanomistajan oikeussuoja,
- 8) korvaussääntely omistusoikeuden elementtinä,
- 9) perusoikeusjärjestelmä sääntelymahdollisuuksien rajana, ja
- 10) omistusoikeutta sääntelevät oikeusperiaatteet.

Kohta (10) eli omistusoikeutta sääntelevät oikeusperiaatteet ei sisälly Määtän *Maanomistusoikeus*-kirjan sivulla 307 esittämään yhteenvetokaavioon, mutta oikeusperiaatteita kuitenkin käsitellään myöhemmin sanotun systemaattisen jaottelun yhtenä osatekijänä.²⁸¹

Maanomistajan oman käytön rajoitukset (= kohta 1) palautuvat omistamisen julkisoikeudelliseen sääntelyyn erilaisten omistamisen sosiaalisten ja/tai ympäristönsuojeluun liittyvien näkökohtien merkityksessä. Teknisesti ja analyttisesti on kyse omistajan käyttövapauden rajoituksista, joiden tarkasteluun analyttis-funktionaalinen tarkastelutapa hyvin soveltuu. Omistajan velvollisuus sallia ja sietää omaisuutensa ulkopuolista käyttöä (= kohta 2) voidaan tulkita omistajan staattisen suojan rajoituksina: esineen omistaja ei saa esimerkiksi kieltokanteen muodossa suojaa sivullistahoa vastaan.²⁸² Esimerkiksi jokamiehenoikeus ja vesialueiden yleiskäyttöoikeus merkitsevät sanotunlaista rajoitusta omistajan oikeusasemaan, mutta analyttisessä katsannossa mitään erityisiä ongelmia tästäkään ei aiheudu. Muut sallimisvelvollisuudet (= kohta 3) noudattavat osaltaan hyvin samantapaista oikeudellista sääntelylogiikkaa, jonka analyttinen lähesty-

²⁷⁹ Määtän väite on ilmeisen virheellinen, koska analyttisessäkin katsannossa henkilörelaatioiksi ja oikeus – velvollisuus -käsittepareiksi purettu omistusoikeuskäsite sisältää ajatuksen myös omistamisen varsinaisesta kohteesta. Ks. esim. Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 220–223.

²⁸⁰ Kokoavasti Määttä, mts. 307.

²⁸¹ Määttä, mts. 452–479.

²⁸² Määttä, mts. 320.

mistapa siis hyvin tavoittaa. Omistajan positiiviset toiminta- tai käyttövelvollisuudet (= kohta 4) viittaavat esimerkiksi velvollisuuteen hoitaa ja säästää omaisuutta metsälainsäädännön tai maatalouskiinteistöjen käyttöä koskevan lainsäädännön, öljyvahinkojen torjuntavelvollisuuden tai riistahoidollisten velvollisuuksien merkityksessä. Ongelmia lähtökohtaisesti analyttisen omistusoikeuskäsitteen määrittelyn kanssa ei nytkään ole. Sitä vastoin omaisuuden käytön välillinen taloudellinen ohjaus (= kohta 5) ei sovi yhteen analyttisen oikeusasema-analyysin kanssa, koska siinä ei ole kyse lainkaan oikeudellisesta vaan taloudellisesta maanomistuksen sääntelystä.

Omistusoikeuden ulottuvuus tilassa ja sen suhde luontokappaleisiin (= kohta 6) käsittää muun muassa rauhoitetut kasvit ja luonnossa vapaina liikkuvat villit eläimet, kalat ja linnut, jotka eivät ole kenenkään omaisuutta (lat.: *res nullius*), joten analyttinen tai mikään muukaan yksityisomistukseen perustuva omistusoikeuskäsitys ei niitä sisällä. Toisaalta, kysymys omistusoikeuden mahdollisesta kohteesta ja ulottuvuudesta fyysisessä tilassa – kuten esimerkiksi: kuinka syvälle maanpinnan alle tai kuinka korkealle ilmaan omistusoikeus ulottuu tai kuka omistaa pohjaveden – eivät myöskään ole palautettavissa analyttiseksi kysymykseksi esineen omistajan oikeusasemasta. Yhtä kaikki, kysymys määrätyn oikeuden, kuten omistusoikeuden, varsinaisesta kohteesta on sanotun oikeuden subjektin, sisällön ja oikeussuojan ohella sisäänrakennettuna myös analyttisen oikeustieteen omistusoikeuskäsitteeseen.²⁸³

Maanomistajan oikeussuoja (= kohta 7) kääntyy sekin ongelmitta analyttisen oikeustieteen kysymyksenasetteluksi, onhan kyse Zittingin vakiinnuttaman omistusoikeuskäsitteen yhdestä alakohdasta. Korvaussäätely omistusoikeuden elementtinä (= kohta 8) viittaa siihen, onko omistajalle maksettava korvausta hänen käyttömahdollisuuksiensa supistumisesta käyttörajoitusten vuoksi. Kyse on vahvasti yhteiskuntaideologisesta ja poliittisesta valinnasta, joka ei ratkea puhtaasti juridisten arviointikriteerien avulla. Määttä kuitenkin korostaa, miten analyttis-funktionaalisen omistusoikeusajattelun sisältämä korostunut vaatimus argumentaation avoimuudesta ulottuu myös korvauskysymysten ratkaisuun.²⁸⁴ Perusoikeusjärjestelmä oikeudellisten sääntelymahdollisuuksien rajana (= kohta 9) kääntyy kysymykseksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen sekä voimassa olevan perustuslain perusoikeussäännösten suhteesta (maan)omistusoikeuteen. Määttä puolustaa kantaa, jonka analyttis-funktionaalinen omistusoikeuskäsitys takaa myös valtiosääntöoikeudellisille omaisuudensuojatulkinnolle eri osapuolten intressit tasapuolisesti, eriytyneesti ja avoimesti huomioon ottavan lähtökohdan.

²⁸³ Esim. Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 220–223 (tansk.: *rettighedens struktur: subjekt, indhold, genstand, beskyttelse*).

²⁸⁴ Määttä, *Maanomistusoikeus*, s. 450.

Kysymys omistusoikeutta osaltaan määrittävien yleisten oikeusperiaatteiden (= kohta 10), kuten kestävän kehityksen periaatteen tai yleisen shikaanikiellon, edellyttämästä painoarvopunninnasta ylittää analyyttis-funktionaalisen omistus-oikeusparadigman käsitteelliset ja metodiset rajat, koska ei ole kyse analyyttisen oikeustieteen analysoimista oikeussäännöistä vaan oikeusperiaatteista tai vastaavista ratkaisustandardeista, jotka ovat määritelmällisesti avoinna erilaisille arvoja/tai tavoitesidonnaisille ratkaisuperusteille. Määttä perustelee oikeusperiaatteiden avulla myös oikeudellisen argumentaation siirtymää ”sääntökeskeisestä formalismista periaatehakuiseen teleologiaan”.²⁸⁵

Määttä on siinä oikeassa, ettei omistajan oikeusasema-analyysiin ja etenkin erilaisten henkilörelaatioiden ja vaihdantatilanteessa toteutuvan dynaamisen suojan ulottuvuuteen keskittynyt analyyttinen oikeustiede ole riittävällä tavalla pohtinut omistajan käyttöoikeuden sosiaalisten ja ympäristönsuojelunäkökohtien avulla perusteltuja rajoituksia, joihin listan kohdat (1) ja (4) viittaavat. Yhtä kaikki, niissäkään ei ole kyse omistusoikeuden aprioris-luonnonoikeudellisista eli lainsäädäntöä ajallisesti ja käsitteellisesti edeltävistä (lat.: *ante legem*) osatekijöistä vaan lainsäädännön avulla toteutetuista (lat.: *post legem*) omistajan käyttöoikeuden rajoituksista. Analyyttisen lähestymistavan rajat tulevat vastaan etenkin Määtän kohtien (5), (8) ja (10) kohdalla, mutta kyse ei ole kahden ensin mainitun osalta lainkaan oikeudellisesta vaan välillisestä taloudellisesta ohjauksesta (= kohta 5) tai muutoin vahvasti arvostuksenvaraisista tai yhteiskuntaideologisista näkökohdista (= kohta 8). Niinpä omistusoikeuden aprioriset, fenomenologiset tai luonnonoikeudelliset rajoitukset voivat toteutua tehokkaalla tavalla vain omistusoikeutta rajaavien ja määrittävien yleisten oikeusperiaatteiden (= kohta 10) kohdalla. Senkaltaisen väitteen tueksi ei kuitenkaan tarvitse sitoutua oikeusfenomenologian tai varsinaisen luonnonoikeusteorian apriorisiin olemuspohdintoihin, vaan sitoutuminen esimerkiksi Ronald Dworkinin edustamaan traditiosidonnaiseen ja osin ei-positivistiseen oikeusperiaateajatteluun riittää.

Luonnonoikeudellisen lähestymistavan vaikutus Määtän omistusoikeuskäsitteeseen jää lopultakin varsin vähäiseksi: sovellettu systematiikka on itsessään vahvasti analyyttinen, ja poikkeamat analyyttisestä lähestymistavasta toteutuvat täysimääräisesti vain yhtäältä ei-oikeudellisten eli taloudellisten ohjauskeinojen (= kohta 5) ja muiden viime kädessä ei-oikeudellisten korvauskysymysten arvioinnissa (= kohta 8), toisaalta yleisten oikeusperiaatteiden punninnassa (= kohta 10). Määtän soveltama epätavallinen tieteenteoreettinen kehys, jossa analyyttinen ja luonnonoikeudellinen aines yhdistetään keskenään, aiheuttaa samalla tutkimuksellista epävakautta.

²⁸⁵ Määttä, mts. 456–461. Argumentatiivisesta avoimuudesta, myös mts. 56.

7.4. Seireenien laulu

Analyyttisen oikeustieteen *the lure of mainstream* -vetovoima ja sen samanaikainen torjunta oikeusfenomenologian tai luonnonoikeusfilosofian käsitteellisten välttämättömyyksien hyväksi johtavat Tapio Määtän *Maanomistusoikeus*-kirjassa toistuvasti ristiriitaisiin, *kiasmaattisiin* yhdistelmiin, missä kirjoittajan vasen käsi kaiken aikaa pyyhkii yli sitä, mitä hänen oikea kätensä on jo kirjoittanut ylös oikeuden konstitutiivisista synty- ja soveltamishdoista analyttisen oppitradition mukaisesti, ja laatii niiden päälle vaihtoehtoista kertomusta ihmisestä, oikeudesta ja ympäristöstä sekä maanomistusoikeuden apriorisesta sisällöstä sen kollektiivisen historiallisen alkuperän, syvärakenteen justifikaation sekä etologis-antropologisen perustan merkityksessä.

Omaksuttu omistusoikeusparadigma on Määtän mukaan perusteiltaan *apriorinen* eli lainsäädäntöä käsitteellisesti edeltävä sekä sille ehdottomia rajoituksia asettava, mutta kuitenkin se on aineelliselta sisällöltään lähes yksinomaan analyttis-funktionaalisesti eli tahdonvaltaisesti ja oikeuspositivistisesti määritelty.²⁸⁶ Lähtökohtaisesta analyttisen lähestymistavan sääntökeskeisestä, formalistisesta tulkinnasta tulee Määtän mukaan pyrkiä (ei-analyttiseen) periaatehakuiseen, teleologiseen lähestymistapaan sekä sisällöllisten kriteerien käyttämiseen,²⁸⁷ mutta Määtän oma oikeudellinen argumentaatio on vahvasti sääntökeskeistä ja analyttisen tutkimustradition mukaista. Oikeusjärjestyksen sisäisestä näkökulmasta asiaa tarkastellen ei ole olemassa lainsäädännöllisiä omistusoikeuden loukkauksia vaan kaikki omistusoikeuden käytön sääntely tai rajoittaminen on puhdasoppisen analyttis-funktionaalisen ajattelun mukaan osa omistusoikeuden varsinaista konstituomista sanottujen oikeusnormien avulla,²⁸⁸ mutta silti omistusoikeuteen kuuluu väitetysti joukko aprioris-luonnonoikeudellisia, lainsäädäntöä käsitteellisesti edeltäviä elementtejä.²⁸⁹ Analyttisen oikeustieteen metodisen puhtauden vaatimus (à la Hans Kelsen) yhdistyy Määtän ajatukseen oikeustieteen monitieteisyydestä ja oikeuden monitasoisuudesta²⁹⁰ ja analyttis-funktionaalinen ajattelu hyväksytään tutkimuksen lähtökohdaksi, mutta samalla kiistetään, että analyttis-funktionaalinen ajattelutapa ymmärrettäisiin teoksessa ”metodisesti analyttisenä”,²⁹¹ mutta miten muutoin analyttisen lähestymistavan voi ymmärtää kuin *metodisesti*?

²⁸⁶ Määttä, mts. 515–516. Kuvaavasti kirjoittaja vaihtaa käyttämänsä kielen tässä konditionaalista indikatiiviin kesken yksittäisen lauseen.

²⁸⁷ Määttä, mts. 456–461.

²⁸⁸ Määttä, mts. 463–464.

²⁸⁹ Määttä, mts. 509–510.

²⁹⁰ Määttä, mts. 24–25.

²⁹¹ Määttä, mts. 509: ”Ongelmistaan ja ympäristöoikeuden julkisoikeudelliseen luonteeseen liittyvistä huomattavista rajoitteistaan huolimatta analyttis-funktionaalinen ajattelu on mielestäni lähtökohtaisesti ajanmukaisin tapa ymmärtää omistusoikeus yhteiskunnallisena ja oikeudellisena ins-

Analyttinen oikeustiede on toisin sanoen Määtän *Maanomistusoikeus*-teoksen ambivalentti tutkimuksellinen referenssi eli viitekohta, jolle luonnonoikeusopin ja oikeusfenomenologian aprioriset totuudet ihmisestä, oikeudesta ja yhteiskunnasta edustavat – antiikin Kreikan myyttisen merenkulkijan Odysseuksen ja hänen miehistönsä kohtaaman *seireenien laulun* tavoin – samalla kertaa sekä viettelevää lupausta että peruuttamattoman tuhon uhkaa. Niinpä analyttisyys ensin päättäväisesti kielletään, mutta sen houkutusta on kovin vaikea vastustaa. Jos hyväksyt analyttisen oikeusopin teesit, saat lunastaa lupauksen aidosta tieteilisyydestä Kelsenin puhtaan oikeusopin tarkoittamassa merkityksessä, mutta joudut rajaamaan tutkimuksen ulkopuolelle juuri sen, mikä ympäristöoikeuden näkökulmasta on ylivertaisesti kiinnostavinta eli ihminen – luonto -suhteen sekä omistusoikeuden aprioriset tai luonnonoikeudelliset elementit. Jos taas torjut analyttisen oikeustieteen houkutukset, päädyt oikeusfenomenologian ja luonnonoikeusfilosofian tarkastelemien aprioristen ja itseannettujen eli lainsäädäntöä ja empiirisen todellisuuden ilmiöitä käsitteellisesti edeltävien välttämättömyyksien maailmaan, missä Kelsenin, Hartin ja analyttisen oikeustieteen lupaus tieteilisyydestä ja tutkimuksellisesta kontrolloitavuudesta ei ole voimassa. Ehkä tutkijan on vain syytä köyttää itsensä tiukasti aluksen mastoon kokeneen merenkulkija Odysseuksen tavoin ja antaa seireenien laulun käydä aluksen yli, sen suuntaa tai vauhtia muuttamatta.

8. MODERNIN OIKEUDEN SUBJEKTIKONSTITUUTIO: LOCKE – KANT – FOUCAULT

Kevät Nousiainen väitöskirja *Prosessin herruus. Länsimaisen oikeudenkäytön 'modernille' ominaisten piirteiden tarkastelua ja alueellista vertailua*²⁹² käsittelee länsimaisen oikeudenkäytön modernisoitumiskehitystä, missä modernin *subjektin* käsitteen ja subjektirakenteen muotoutumisella on keskeinen sija. Kirja jakaantuu kahteen osapuilleen yhtä suureen osaan, joista edellinen käsittelee yleisellä ja teoreettisella tasolla modernin oikeuden, oikeudellisen ajattelun, tuomiovallan ja oikeudenkäytön syntyä Englannin, Saksan, Ranskan ja Yhdysvaltain oikeudessa historiallisen aineiston perusteella ja jälkimmäinen Ruotsin ja Suomen tuomioistuinprosessin modernisoitumiskehitystä.

Tutkimuksen teoreettinen viitekehys rakentuu yhtäältä Max Weberin oikeus-

tituutiona. Omistusoikeuden käsitteellistäminen oikeuksista ja velvollisuuksista muodostuvaksi kokonaisuudeksi edellyttää kuitenkin, että ilmaisua ei ymmärretä *metodisesti analyttisenä*.” (Kursivointi lisätty.)

²⁹² Nousiainen, *Prosessin herruus. Länsimaisen oikeudenkäytön 'modernille' ominaisten piirteiden tarkastelua ja alueellista vertailua*. Kirja on vuodelta 1993.

sosiologian ideaalityyppitarkastelun,²⁹³ toisaalta ranskalaisfilosofi Michel Foucault'n tiedonarkeologian keskeisideoiden varaan.²⁹⁴ Modernisaatioprosessin arviointikriteerien määrittely eli modernin oikeuden universaali luonne ja ammatillinen eriytyneisyys on johdettu Weberin *Wirtschaft und Gesellschaft* -teoksen modernisaatiokäsityksestä,²⁹⁵ kun taas puhe erilaisista ”diskursiivisista muodostumista” eli, tämän teoksen termein, *tietomuodoista* (ransk.: *épistémè*), viittaa Foucault'n ihmistieteiden tiedonarkeologiaan.²⁹⁶ Lyhyt ja irralliseksi jäävä taitejakso ”Käsitteellisestä historialliseen”, joka liittää teoksen sanotut teoria- ja historiajaksot yhteen,²⁹⁷ rakentuu muun muassa Edmund Husserlin, Fernand Braudelin ja Julia Kristevan ajatusten varaan. Kirjassa on myös lopun yhteenvetojakso, jossa keskeiset päätelmät esitetään kootusti. Keskityn tässä teoksen teoreettisen viitekehyksen ja teoriapainotteisen alkujakson kysymyksiin, sivuuttaen Ruotsin ja Suomen tuomioistuinprosessin historiallisen rekonstruktion kirjan jälkipuolella.

Nousiaisen soveltaman teoreettisen viitekehyksen analyysin kohdentaminen kahteen keskeiseen ajattelijaan, Weberiin ja Foucault'hon, tietoisesti yksinkertaistaa monipolvisen ja ajoittain varsin kollaasimaisen teoksen narratiivista rakennetta. Tekijä viittaa itsekkin tutkimuksensa teoreettiseen hajanaisuuteen kirjan alkusanoissa:²⁹⁸

”... luovuin yrityksestä tarkastella myöhäismodernia prosessia ja sen episteesimiä lähtökohtia. Yrityksestäni jäi jäljelle joukko reunahuomautuksia ja lukuohje, jota toivon ’hartaan lukijan’ noudattavan. En ole halunnut peittää tutkimukseeni sisältyvää tietynlaista ristiriitaisuutta, katkollisuutta tai tulkinnallista monimielisyyttä, koska se ainakin osaksi on mielestäni osa tutkimani ilmiön omaa liikettä.”

”Myöhäismoderni [oikeus]prosessi ja sen episteesimiset lähtökohdat”, joihin Nousiainen tässä viittaa, eivät voine tarkoittaa alla tarkemmin käsittelemääni foucault’laista subjektikonstituutiota ihmistieteiden tuottaman sekä ”tieteellisen” kurinpidon mahdolliseksi tekemän subjektin (ransk.: *sujet disciplinaire*) kahtalaisessa merkityksessä, koska sen syntyvaiheet käyvät ajallisesti osin yksiin valistuksen eli modernin projektin kanssa. Myös sanotun teesin suhde Max Weberin keskeiseen professio- eli ammatillistumisteesiin edellyttäisi lisäselvitystä, kun uudet ihmis- ja sosiaalitieteiden ammatit syntyivät varsinaisen juristien ammattikunnan rinnalle 1800- ja 1900-luvulla. Toisaalta, Nousiaisen itsensä

²⁹³ Nousiainen, mts. 18–33, 43 *et seq.*, 119.

²⁹⁴ Nousiainen, mts. 62, 158, 302.

²⁹⁵ Nousiainen, mts. 4.

²⁹⁶ Nousiainen, mts. 62–63, 158–159, 302.

²⁹⁷ Nousiainen, mts. 299–308.

²⁹⁸ Nousiainen, mts. 8.

yksilöimät tekstin ominaispiirteet – eli kerronnan ristiriitaisuus, katkollisuus ja tulkinnallinen monimielisyys – on tavallisesti liitetty pikemmin myöhäis- tai postmodernin kuin sitä edeltävän modernin aikakauden ilmiöiden yhteyteen.

Kevät Nousiainen jäljittää siis modernin subjektin syntyä osana tuomioistuin-prosessin modernisaatiokehitystä. Tutkimuksellinen tehtävänasettelu on varsin oivallisesti valittu, sillä myös Michel Foucault on analysoinut länsimaisen filosofisen epistemologian ja oikeuskäsityksen keskinäisiä suhteita ja rinnakkaista kehitystä laajassa ”La vérité et les formes juridiques”-kirjoituksessaan.²⁹⁹ Englantilaisen John Locken *tabula rasa* -filosofia on Nousiaisen mukaan empiirisen tiedon ja sitä vastaavan *empiirisen subjektikäsitteen* edellytys. Ihmismieli on Locken mukaan ihmisen syntyessä kuin ”tyhjä taulu” (lat.: *tabula rasa*), johon empiiriset aistihavainnot piirtävät kokemuserustaiset jälkensä. Tieto maailmasta voi perustua vain empiirisiin aistihavaintoihin, eikä mitään intuitiivis-apriorista, itseannettua tai aistihavainnoista riippumatonta tietoa esimerkiksi kartesiolaisen, ajattelevan subjektin oivaltaman oman eksistenssinsä varmuuden (lat.: *cogito ergo sum*) tai minkään muunkaanlaisen rationalistis-intuitiivisen tiedon merkityksessä voinut olla. *Transsendentaalinen* eli *oikeudellis-moraalinen subjekti* näki puolestaan päivänvalon Königsbergin suuren ajattelijan, Immanuel Kantin, monumentaalisen tuotannon myötä. Ihminen on Kantin mukaan ”kahden valtakunnan kansalainen”, jonka toimintaa ja moraalisia valintoja voidaan arvioida yhtäältä syy – seuraus -suhteisten kausaalilakien, toisaalta yleisen moraalilain eli *kategorisen imperatiivin* avulla.

Nousiainen kytkee Locken filosofian *common law* -oikeuden *jury*-laitoksen ilmentämään empiiriseen tietokäsitykseen,³⁰⁰ kun taas Kantin transsendentaalifilosofia tekee oikeudellisesti ja moraalisesti vastuunalaisen subjektin synnyn mahdolliseksi.³⁰¹ Tiivistetysti:³⁰²

”... juuri tässä näkyy modernille [oikeus]prosessille ominainen oikeudenkäynnin subjektirakenteen hajoaminen oikeussubjektuuteen, joka perustuu yleiseen lakiin ja josta johtuvat oikeudelliset seuraamukset tuomari kykenee loogisesti päättelemään, sekä empiirisiin subjekteihin, joita ei arvioida oikeudellisen tai loogisen päättelyn avulla.”

²⁹⁹ Foucault, ”La vérité et les formes juridiques”, *passim*. Foucault’n kiinnostavaa kirjoitusta tuuden ja juridisten muotojen suhteesta antiikista aina nykyaikaan asti Nousiainen ei kirjassaan hyödynnä. Siitä häntä ei voi kovin moittaa, sillä sanottu kirjoitus ilmestyi ranskaksikin vasta vuonna 1994 Foucault’n koottujen ”pienempien kirjoitusten” kokoelman, *Dits et écrits 1954–1988, vols. I–IV*, yhteydessä, ja Nousiaisen *Prosessin herruus* ilmestyi jo vuotta aiemmin eli 1993. Foucault’n teksti ilmestyi alun perin portugaliksi, perustuen tämän luentoon ”A verdade e as formas jurídicas” Rio de Janeiron yliopistossa toukokuussa 1973. Tosin se käännettiin espanjaksi jo vuonna 1980 otsikolla ”La verdad e las formas jurídicas”.

³⁰⁰ Nousiainen, mts. 222–227.

³⁰¹ Nousiainen, mts. 171–175.

³⁰² Nousiainen, mts. 252.

Kirjan tieto-opillinen ja historiallinen narratiivi etenee sujuvasti Lockesta Kantiin, ja modernin oikeuden subjektirakenne hajotetaan vastaavasti kahtia: yhtäältä *oikeussubjektiin* erilaisten juridisten oikeuksien ja velvollisuuksien kantajana, toisaalta *empiiriseen subjektiin* oikeudellisen näyttöiharkinnan, esitettävän empiirisen todistelun ja oikeudellisen päättelyn faktapremissien selvittämisen kohteena.³⁰³ Yhtä kaikki, oikeudellista subjektikonstituutiota jäsentävä tarina katkeaa äkisti kesken, sillä eräs kolmas filosofi, joka on merkittäväällä tavalla analysoinut modernin subjektin konstituutiota, on jäänyt sen ulkopuolelle. Vaikka Nousiainen arvioi laajalti Michel Foucault'n *Les Mots et les choses* (ja *L'Archéologie du savoir*) -teoksen tarkasteleman ihmistieteiden tiedonarkeologian merkitystä modernin subjektin synnylle,³⁰⁴ tämän *vallankäytön genealogiaa* eli erilaisten kurinpito- ja vallankäyttötekniikoiden syntyhistoriaa sekä niiden diskursiivisia ilmentymiä erilaisissa ihmis- ja yhteiskuntatieteissä ei tekstissä juurikaan hyödynnetä. Nousiainen tosin viittaa ranskalaisfilosofin vallankäytön genealogiaa kartoittaneeseen *Tarkkailla ja rangaista* -teokseen rikollisen tunnustuksen merkityksen ja kidutuksen käytön yhteydessä,³⁰⁵ mutta sanottua teemaa voi nähdäkseni soveltaa täysimääräisesti aina teoksen keskeistematiikkaan eli tuomioistuinprosessin kautta määrittyvän oikeudellisen subjektikäsitteen syntyyn sekä sen myöhempien muodonmuutosten analyysiin.

Common law -oikeuden *jury*-instituution ilmentämä empiirinen subjektikäsite ja Kantin transsendentaalinen eli oikeudellis-moraalinen subjektikäsite ovat saaneet 1800- ja 1900-luvulla rinnalleen subjektin, joka voidaan ilmaista täsmällisesti ranskan kielen termillä *sujet disciplinaire* ja jonka (puuttuva) suomenkielinen vastine yhdistäisi kaksi ideaa keskenään: yhtäältä idean subjektista erilaisten tarkkailevien, normaalistavien ja kurinpidollisten vallankäyttötoimien kohteena sekä toisaalta idean subjektista erilaisten ihmistieteiden, kuten psykologian, psykiatrian, käyttäytymistieteen, kriminologian ja väestötieteen kaltaisten tutkimusalojen, tuottaman normaalistavan tiedon tuloksena. Michel Foucault'n mukaan ihmistieteet syntyivät vankilan, kasarmin, mielisairaalan, kasvatuslaitoksen ja muiden kurinpitolaitosten "ihmistieteiden laboratorioissa", jotka mahdollistivat inhimillisen käyttäytymisen keskeytymättömän tarkkailun sekä erilaisten normalisoivien kurinpitotoimien ja rangaistusten kohdentamisen havaittuihin poikkeavuuksiin. Sama valistuksen ja modernin järjen aikakausi, joka kehitti kansalaisten "luovuttamattomat" vapausoikeudet, kehitti myös tehokkaat kurin-

³⁰³ Nousiainen, mts. 571: "Vaitan modernin prosessin subjektirakenteen perustuvan epistemologisesti radikaaliin *oikeussubjektin* ja *empiirisen subjektin* erottamiseen. 'Kypsässä' modernissa prosessissa tämä ilmenee siinä, että prosessin tavoite on kahtaallinen: tavoitteena on sen selvittäminen, mitkä ovat asian 'faktiset seikat', ja sen vahvistaminen, mikä on 'oikein'."

³⁰⁴ Nousiainen, esim. mts. 62, 158, 161, 302.

³⁰⁵ Tunnustuksesta, Nousiainen, mts. 211; kidutuksesta, mts. 243; sekä lyhyesti vankilan ja muiden kurinpitolaitosten ilmentämästä vallankäyttötekniikasta, mts. 51.

pitotekniikat sanottujen vapauksien rajoittamiseksi erilaisissa suljetuissa laitoksissa.

Tuomioistuinprosessissa subjektikäsitteen transformaatio empiiristen havaintojen kohteesta (= Locke) oikeudellisesti ja moraalisesti vastuunalaiseen oikeussubjektiin (= Kant) sekä lopulta erilaisten ihmis- ja sosiaalitieteiden konstituoi-maan sekä normalisoivan kurinpidollisen vallankäytön mahdollistamaan subjek-tikäsitteeseen (= Foucault) ilmenee ei-oikeudellisen *asiantuntijavallan* kasvuna tuomioistuinprosessissa: sosiaalitieteen, kasvatustieteen, lääketieteen, psykiat-rian ja erilaisten kriminaalitieteiden asiantuntijat ovat saaneet juristien rinnalla puhevallan sosiaalisia poikkeavuuksia arvioitaessa sekä tarkoituksenmukaisia hoito- tai muita seuraamuksia tuomioistuinprosessissa määrättäessä. Ihmistietei-den mahdollistama normaalistava vallankäyttö ei ole ainakaan täysimääräisesti oikeudellistettavissa eli alistettavissa oikeus/velvollisuus -kategorioiden alaisuus-teen. Kyse on asetetusta (psyko)sosiaalisesta normista tai standardista, johon rikoksente kijää tai muuta ihmistieteellisen tiedon konstituoi-maa tutkimuskoh-detta verrataan. Belgialaiset rikosoikeustutkijat ovat puhuneet rikosoikeuden medikalisaatiosta, mutta ei-oikeudellisen asiantuntijavallan kasvu on yleisempi ilmiö, jonka myötä tuomiovaltaa on siirtynyt enemmän tai vähemmän pysyvästi juristeilta erilaisten psykotieteiden, sosiaalitieteiden ja kriminaalitieteiden edus-tajille. François Ewald on käyttänyt termiä ”normin rationaliteetti” teollisten standardien kaltaisena ja perinteisestä sallittu/kielletty -tyyppisestä binäärilogii-kasta poikkeavana oikeudellisen sääntelylogiikan vaihtoehtona, jollaista erilaiset ihmistieteet osaltaan hyödyntävät.

Niinpä Locken ihmismielen *tabula rasa* -filosofian edellyttämän empiirisen havaintosubjektin ja Kantin transsendentaalifilosofian oikeus- ja moraalisubjek-tin rinnalle on asetettava vielä *ihmis- ja sosiaalitieteiden konstituoi-ma* sekä *nor-malisoivan kurinpidollisen vallankäytön* mahdollistava subjekti (ransk.: *sujet disciplinaire*), jota ranskalaisfilosofi Michel Foucault analysoi tarkkanäköisesti *Tarkkailla ja rangaista* -teoksessa sekä muissa yhteiskunnallisen vallankäytön *genealogiaa* tarkastelleissa kirjoituksissaan.³⁰⁶

9. KIELEN JA MAAILMAN RAJAT, I: ”Oikeus, joka on kuin sementtiä ...”

Ari Hirvosen toimittamassa kirjassa *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law* ruotsalainen Håkan Gustafsson kirjoittaa kiinnostavasti ja tavanomaisesta Kel-sen-eksegeesistä merkittävästi poiketen Hans Kelsenin ja Baruch Spinozan ajat-

³⁰⁶ Foucault, *Tarkkailla ja rangaista*; sama, ”La vérité et les formes juridiques”.

telun suhteista otsikolla ”Immanence of Law”.³⁰⁷ Gustafsson hyödyntää tekstissä keskeisjaottelua *transsendentti/immanentti* ja perustelee väitteen, jonka mukaan Kelsenin *Puhdas oikeusoppi* on rinnasteinen Baruch Spinozan tieteellistetyn etiikan projektin kanssa. Spinozan panteistisessa maailmankäsityksessä Jumala ja luonto (lat.: *Deus sive natura*) olivat yhtä, kun taas Kelsenillä valtio ja oikeus olivat keskenään identtiset ja määritettävissä vain suhteessa toinen toiseensa. Kelsen edustaa näin eräänlaista *oikeudellista panteismia*, oikeuden *immanenssia* suhteessa valtiontahtoon, joka on ilmaistavissa vain oikeuden avulla ja oikeuden kautta.

En puutu tässä enemmälti Gustafssonin varsin omaperäiseen Kelsen-tulkintaan, joka kieltämättä saa tukea maineikkaan itävaltalaisutkijan kirjoituksista. Kelsen viittaa itsekin selväsanaisesti sanottuun analogiaan *Puhtaan oikeusopin* toisessa, vuoden 1960 laitoksessa.³⁰⁸ Keskityn sen sijaan kirjoituksen lingvistis-käsitteelliseen argumenttiin. Gustafssonin kirjoitus alkaa osuvalla lainauksella Edmont Jabés’lta:³⁰⁹

”’Commencement, ”beginning”: comment se ment? *How does the beginning lie to itself in order to compel recognition as beginning? How does it, in lying to itself, lie to us and establish its lie so firmly it makes us believe we begin with it? This is my inquiry for today*’, wrote Reb Saadoun.”

Ranskan *commencement* (= ”alku, aloitus”) ääntyy samoin kuin *comment se ment?* (= ”miten valehdellaan?”). Alku tai aloitus on siis samalla kertaa valhetta, petosta tai itsepetosta. Tällä oikeudellisen alun/petoksen yhteenkietoutumisella Gustafsson leikittelee toistuvasti tekstissä:³¹⁰ itse itsensä legitimoivalla oikeudella ei ole alkua tai perustaa ilman väkivallan vääjäämätöntä (itse)petosta. Yhteiskuntasopimuksen taustalla vaikuttaa aina huonosti peitellyn väkivallan uhka ja vahvemman oikeus, joka verhotaan fiktiivisen tasapuolisen sopimuksen muotoon.³¹¹

Gustafssonin lingvististä argumenttia voi nähdäkseni vielä jatkaa. Foneettisesti *commencement* ääntyy myös samoin kuin *comme en ciment* (t. *ciment*) (= ”kuin sementissä t. sementtiin”). ”*Saisi par le droit, (c’est) comme en ciment* (t. *ciment*)”: oikeuden kohteeksi tai määrittelemäksi joutuminen on kuin tulisi

³⁰⁷ Gustafsson, ”Immanence of Law”, s. 135–175.

³⁰⁸ Kelsen, *Pure Theory of Law*, s. 318; Gustafsson, ”Immanence of Law”, s. 154.

³⁰⁹ Gustafsson, ”Immanence of Law”, s. 135. (Kursivoinnit alkutekstissä.)

³¹⁰ Gustafsson, mts. 135, 140–141, 145, 166.

³¹¹ ”... it is easy to lie about the origin as a fixed and stable *ark[h]é* in no need of further interpretation. If the Western conception of law has violence as a theoretical foundation, this lie (*comment se ment?*) might be considered a true beginning (*commencement*) to be fulfilled as its own goal – violence and force as the transcendent ends and means of Western law.” Gustafsson, ”Immanence of Law”, s. 140–141.

valetuksi sementtiin, niin kuin eteläisen Tyynen valtameren *Noîsulli*-saarten primitiivinen *Noît-cif* -yhteisö ilmaisi asian 1900-luvun alussa murteellisella ranskallaan.³¹² Tanskalaisen Alf Rossin klassisen ”Tû-Tû”-artikkelin tunnetuksi tekemän illyrialaisen antropologin, Negni Ydobonin, mukaan tuo *Noît-cif* -yhteisön uskonnollisen rituaalikielen ilmaus on tavattu myös muodossa ”*Sujet à le droit, ...*” tai jopa ”*Frappé par le droit, ...*”. Oikeuden määrittelemäksi ja käsitteellisen haltuunoton kohteeksi joutuminen voi olla sen kohteelle eli yksittäiselle heimon jäsenelle varsin totaalinen, sekä traumaattinen että vapauttava kokemus subjektin oikeudellisen konstituution ja oikeudellisen alistamisen kaksijakoisessa merkityksessä.³¹³

”*Oikeus, joka on kuin sementtiä ...*” Rituaaliperustaisen ja uskonnollisen oikeuden ote yksittäiseen heimon jäseneen on luja ja ehdoton. Se määrittää yhteisöllisen elämän perustan ja sosiaalisten suhteiden muotokielen kuin ”sementtiin valaen”, jättäen yksilöllisille valinnoille eli, edesmenneen ranskalaissosiologi Pierre Bourdieun termin, tietoisille sosiaalisille distinktiolle vain niukalti tilaa. Heimoyhteisön oikeus on kuin yhteisöllistä sementtiä, joka jatkuvasti määrittää rajaa pyhän/epäpyhän ja yhteisöllisesti hyväksytyn/tabuna kielletyn välillä. Näin rituaaliperustainen ja alkujaan uskonnollinen oikeus estää yhteisöä hajoamasta erilaisten valta- ja intressikonfliktien kaaokseksi, niin kuin ranskalaissosiologi Émile Durkheim päätteli *Sosiaalisesta työnjaosta* -teoksessaan,³¹⁴ sillä ilman oikeuden yhteiskuntasuhteita vakauttavaa väliintuloa yhteiskunta on alituisessa vaarassa hajota kaikkien sodaksi kaikkia vastaan (lat.: *bellum omnium contra omnes*), niin kuin Thomas Hobbes esitti *Leviathan* -teoksessaan.³¹⁵ Ajatus ”oikeudesta, joka on kuin sementtiä”, tavoittaa myös hyvin idean ritualistisen, uskonnollisiin perinnäistapoihin perustuvan oikeuden ajallisesta muuttumattomuudesta tai vähintäänkin muutoksen ajallisesta vitkaudesta.

Kun kirjallista traditiota ei primitiivisen *Noît-cif* -heimon keskuudessa tunnettu eikä ranskankielen taitokaan ymmärrettävästi ollut heimon jäsenten ja sitä tutkineiden harvalukuisten eurooppalaisten lähetyssaarnaajien ja antropologien keskuudessa samaa tasoa kuin Pariisiin, Troijan ja Illyrian johtavissa yliopistoissa

³¹² Ydobon, ”Anthropological and Quasi-Semantical Remarks on the Noîtcefonian Phrase ’*Saisi par le droit, (c’est) comme en ciment*’”, *Recueils sur le langage non-analytique de la tribu archaïque Noît-cif*. Illyrian and Post-Atlantean Studies in Primitive Morpho-Phonology. Troyan University Press (ei painovuotta), *passim*. Vrt. Ross, ”Tû-Tû” (1951), s. 468–484; Ross, ”Tû-Tû” (1957), s. 812–825; Ydobon, *The Noîtcefonian Way of Life: Studies in Taboo and Tû-Tû* (1950) sekä Ross, *Tû-Tû*” (1957), s. 812, alaviite 1.

³¹³ Ranskan termi *assujettissement* viittaa yhtäältä modernin subjektin syntyyn, toisaalta siten konstituoidun subjektin vallankäytölliseen alistamiseen ihmistieteiden avulla. Foucault, *Surveiller et punir. Naissaince de la prison, passim*; Foucault, *Power/Knowledge. Selected Interviews and Other Writings 1972–1977*.

³¹⁴ Durkheim, *Sosiaalisesta työnjaosta*. Ranskankielinen alkuteos ilmestyi vuonna 1893.

³¹⁵ Hobbes, *Leviathan*. Englanninkielinen alkuteos ilmestyi vuonna 1651.

1900-luvun alkupuolella, tuo foneettinen äänneyhtymä saatettiin kirjata myös muotoon: ”*Saisi par le droit, (c’est) commencement*”. Oikeuden totalisoivien käsitteellisten ja luokittelevien pyrkimysten kohteeksi joutuminen on toisin sanoen yhteisöllisen järjestyksen alkusysäys, kun oikeudelliset keskinäisen vastuun, velvoitteiden ja käyttäytymisodotusten käsitteelliset kategoriat – kuten sopimus, lahja, vaihto, saaminen, perintö, vahingonkorvaus, rikos tai muu moitittava käyttäytyminen – saavat syrjäyttää luonnontilaisen vahvemman oikeuden sekä uskonnollis-ritualistiset yhteisöllisen käyttäytymisen luokittelut. Tämä vastaa siirtymää esi-oikeudellisesta oikeudelliseen yhteisölliseen järjestykseen, josta ei aivan samassa merkityksessä kuin mitä H.L.A. Hart sanotulla ilmauksella tarkoitti.³¹⁶

Rohkein tuntemani tulkinta *commencement/comme en ciment* eli alku/sementti tai alkusementti -ilmaisusta on nähnyt siinä katkelman myyttistä maailmanselitystä, jollaista Lauri Viidan runo *Betonimylläri* meillä edustaa:³¹⁷

”Olin ammattimies:
ainein kolmijhteisin
loihdin lujan betonin;
soran, veden, sementin
sekoitin –
niihin kuului hikikin.

Olin messiasmies:
minä kaadoin nostokauhaan!
Olin varjo Suuren Myllärin, ...”

”*Saisi (t. frappé) par le droit, ...*” -sanonta muistuttaa samalla siitä, miten oikeus ainakin *Noisulli*-saarten arkaaisen *Noit-cif* -heimon rituaaliuskomuksen mukaan on lopultakin yhtä konkreettinen ja jopa käsinkosketeltava ilmiö kuin luonnonkivi tai se karkea sementti, jonka eurooppalaiset lähetyssaarnaajat ja tutkimusmatkailijat toivat tuon heimon tietoisuuteen 1900-luvun alkupuolella. Sama ehdottoman konkretian vaatimus pätee Ludwig Wittgensteinin myöhäisfilosofian mukaan myös kieleen sekä sitä tutkivan filosofian metodiin: ”Filosofian tulokset ovat silkan mielettömyyden paljastamista ja ne kuohmut, jotka ymmär-

³¹⁶ Vrt. Hart, *The Concept of Law*, s. 91, missä Hart antaa siirtymälle esi-oikeudellisesta oikeudelliseen yhteisölliseen järjestykseen teknisemmän merkityksen. Hart viittaa toisin sanoen senkaltaisten oikeudellisten metanormien ja vastaavan institutionaalisen rakenteen käyttöönottoon (engl.: *secondary rules of change, adjudication and recognition*), joiden avulla ensiasteen oikeudelliset velvoitenormit (engl.: *primary rules of obligation*) voidaan luoda, tunnistaa, muuttaa ja panna täytäntöön. Hartin teorian yhteydessä olisi ehkä parempi puhua siirtymästä esimodernista moderniin oikeuteen esi-oikeudellisen ja oikeudellisen yhteiskuntamuodon sijaan.

³¹⁷ Viita, ”Betonimylläri”, s. 53.

ryksemme on saanut rynnätessään päin kielen rajaa. Nämä kuhmut saavat meidät käsittämään tämän paljastuksen arvon.”³¹⁸

10. KIELEN JA MAAILMAN RAJAT, II: POLYSENTRISEN OIKEUDEN MANIFESTI

Ari Hirvosen toimittama *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law* esittelee idean tai oikeammin ja monikollisesti joukon ideoita *hajautuneesta, hajautetusta* tai *hajotetusta* oikeudesta, joka saa syrjäyttää oikeuspositivistien kannattaman valtio-, suvereniteetti- ja subjektikeskeisen käsityksen oikeudesta. Kirja alkaa tekijöiden julistuksenomaisella manifestilla ”Introduction: A Polytical Manifesto” (siis: *polytical*, ei *political*), jossa Lars D. Eriksson, Ari Hirvonen, Panu Minkkinen ja Juha Pöyhönen esittelevät viisi teesiä *polysentrisestä* oikeudesta ja oikeustutkimuksesta.³¹⁹

Ensinnäkin, perinteisen oikeusteorian totalisoivat ja sentralistiset eli keskiöhaikutet piirteet tulee korvata kohteelleen paremmin oikeutta tekevällä *fenomenologisella* tutkimustavalla, josta Adolf Reinachin teoria oikeuden *apriorisista* perusteista annetaan esimerkkinä. Metafysiikkaa ei pidä kaihtaa, vaan – päin vastoin – oikeusfilosofia oikeuden ”ensimmäisen filosofian” eli aristotelisen metafysiikan tarkoittamassa merkityksessä tulee liittää kiinteäksi osaksi oikeustutkimusta.³²⁰ Oikeuden polysentria sivuuttaa näin *analyttis-lingvistisen* koulun kritiikin, jonka mukaan todellisuuden perimmäistä olemusta tutkivan perinteisen filosofisen metafysiikan väitteillä ei ole lainkaan semanttista referenssiä, *filosofisen pragmatism*in ja *amerikkalaisen oikeusrealismin* esittämän kritiikin, jonka mukaan oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset ovat aina ensisijaisia intuitiivis-apriorisiin filosofisiin pohdintoihin nähden, sekä *skandinaavisen oikeusrealismin* kritiikin, joka hylkää kaikenlaisen spekulatiivisen filosofian tieteenteoreettisen oikeutuksen, tukeutuen ruotsalaisfilosofi Axel Hägerströmin ja Upsalan koulun edustamaan arvonihilistiseen ja metafysiikkakielteiseen ajatteluun.³²¹

Toiseksi, polysentrisen oikeusajattelun tulee irtautua suljetun ja kiinteän oikeusjärjestelmän ideasta, jollaiseen esimerkiksi itävaltalainen Hans Kelsen ja englantilainen H.L.A. Hart johdonmukaisina (analyttisinä) oikeuspositivistina vielä uskoivat. ”Polysentrikkojen” mukaan oikeus ei ole Kelsenin edellytetyn, transsendentaalis-loogisen perusnormin (saks.: *Grundnorm*) tai Hartin viimekätisen

³¹⁸ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, § 119 (s. 89).

³¹⁹ Eriksson, Hirvonen, Minkkinen & Pöyhönen, ”Introduction: A Polytical Manifesto”, s. 4–7.

³²⁰ Eriksson, Hirvonen, Minkkinen & Pöyhönen, mts. 4–5.

³²¹ *Praeterea censeo metaphysicam esse delendam* oli Hägerströmin metafysiikkaan nihilistisesti suhtautunut ohjelmanjulistus. Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 32.

oikeuden tunnistamissäännön (engl.: *ultimate rule of recognition*) kaltaisen oikeus/ei-oikeus -kriteerin kertakaikkisesti sulkema ja rajaama normijärjestys, vaan se on *systeemisesti avoin* ilmiö, jolla on useita keskuksia, näyttämöitä tai kohtaamispaikkoja (engl.: *multiple scenes of law*). Oikeuden tulkintaa ei voi lukita minkään ennalta määritetyn ajatuksellisen kiintopisteen avulla, vaan oikeus on väistämättä avoinna sille määritelmälliselle toiseudelle tai ”ei-oikeudelle”, minkä oikeuspositivistit tahtoivat päättäväisesti rajata oikeuden ulkopuolelle, oli tuo oikeuden rajapinta määritelty sitten etiikan, moraalin, politiikan, uskonnon tai talouden suuntaan.³²²

Kolmanneksi, tieto oikeudesta perustuu erilaisten ja mahdollisesti myös keskenään ristiriitaisten narratiivien, myyttien ja kohdettaan totalisoivien fiktioiden varaan, mikä oikeuden tutkijan tulee avoimesti tunnustaa. Nämä oikeutta konstituoivat ja sen voimassaolon perustelevat myytit, kuten laillisuus- eli oikeusvaltioperiaate (engl.: *rule of law ideology*; saks.: *Rechtsstaatsideologie*), yhteiskuntasopimuskonstruktio, ajatus oikeusjärjestyksen sisäisestä koherenssista, idea oikeussubjekteista abstraktien oikeuksien ja velvollisuuksien kantajina, oikeudellinen yhdenvertaisuus ja niin edelleen, ovat vain vallitsevan oikeudellisen ajattelun edellyttämiä fiktioita, jotka estävät mielekkäiden kysymysten esittämisen oikeuden viimekätisestä legitimaatioperustasta ja sen keskenään ristiriitaisista ainesosista.³²³

Neljänneksi, kun modernin oikeus- ja yhteiskuntafilosofian suuret metakertomukset oikeudesta, oikeudenmukaisuudesta ja yhteiskunnasta ovat osoittautuneet vain joukoksi perusteettomia myyttejä ja fiktioita, on lopultakin hyväksyttävä se tosiseikka, ettei oikeudella ole mitään yhtenäistä perustaa, josta se voitaisiin johtaa ja johon se voitaisiin ajatuksellisesti palauttaa esimerkiksi yhteiskuntasopimuksen merkityksessä. Positivistisen oikeuskäsityksen edellä todetut puutteellisuudet perustelevat oikeuden ontologian radikaalin uudelleen arvioinnin, missä paino tulee nyt asettaa hajautuneille, alistetuille, paikallisille ja erityisille tietomuodostelmille (engl.: *fragmented, subjugated, local and specific knowledge*) analyttisen oikeuspositivismin edustaman yhtenäisen, suvereenikeskeisen, universaalien ja yleisen oikeudellisen tiedon sijaan. Näin yksittäisyyksien moninaisuus (engl.: *plurality of singularities*) ja yhtenäisyyden purkautuminen (engl.: *dissemination of unities*) saavat syrjäyttää oikeuden väitetysti yhtenäisen

³²² Eriksson, Hirvonen, Minkkinen & Pöyhönen, ”Introduction: A Polytical Manifesto”, s. 5. – Kelsenin puhtaan oikeusopin puhtaus on nimenomaan metodista puhtautta, missä oikeustiede on määrä puhdistaa kaikesta ”ei-oikeudellisesta” aineksesta, ovatpa nämä sitten (esimerkiksi) yhteiskuntamoraalin, uskonnon, talouden tai politiikan alaan kuuluvia ilmiöitä. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, (1960), s. 1.

³²³ Eriksson, Hirvonen, Minkkinen & Pöyhönen, mts. 5. Ks. myös tämän teoksen luku 9.12. ”Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia?”.

perustan,³²⁴ johon monosentrinen oikeus kiinnittyi esimerkiksi suvereenin lain-sääntäjän ja oikeusvaltioperiaatteen merkityksessä.

Viidenneksi, polysentrinen oikeustutkimus arvioi radikaalilla tavalla uudeleen oikeuden etiikan mahdollisuuden. Polysentrinen oikeusetiikka korostaa oikeudellisten tapahtumien ainutkertaista (engl.: *unique*) sekä ei-toistettavissa (engl.: *non-repeatable*) ja ei-kuvattavissa (engl.: *non-representational*) olevaa luonnetta. Polysentristä oikeutta ei voi myöskään analyyttisesti lukita kiinteän sääntö- ja periaatesysteemin muotoon, vaan sen tulee ylittää olemassa olevien doktriinien asettamat rajat.³²⁵

Erikssonin, Hirvosen, Minkkisen ja Pöyhösen *polysentrisen oikeuden manifestin* voi hieman yksinkertaistaen tiivistää seuraavasti:

- 1) paluu oikeuden ontologiaan oikeusfenomenologian ja aristotelisen metafysiikan merkityksessä,
- 2) oikeuden systeeminen avoimuus etiikan, moraalin, politiikan, uskonnon, talouden ja muiden vastaavien ilmiöiden suuntaan (*contra* Kelsenin puhdas oikeusoppi),
- 3) oikeuden ”demytologisointi” ja oikeuspositivismin ylläpitämien, kohdetaan valheellisesti totalisoivien oikeudellisten metakertomusten, kuten yhteiskuntasopimuksen, oikeusvaltioperiaatteen tai oikeussubjektin käsitteen, filosofisen oikeutuksen kieltäminen,
- 4) oikeuden ontologian radikaali uudelleen arviointi, jolloin hajautuneen oikeuden ”yksittäisyyksien moninaisuus” (engl.: *plurality of singularities*) ja ”yhtenäisyyden purkautuminen” (engl.: *dissemination of unities*) saavat syrjäyttää oikeuden väitetysti yhtenäisen perustan, ja
- 5) oikeudellisen etiikan radikaali uudelleen arviointi polysentrisen oikeusetiikan määritelmällisen ainutkertaisuuden ja ei-toistettavuuden merkityksessä.

So far, so good – mutta miten ajatus hajautuneesta, hajautetusta tai hajotetusta oikeudesta on sovitettavissa yhteen polysentrisen oikeuden manifestin kanssa? Eikö *polysentrinen* manifesti ole sekä muotokieleltään että sisäiseltä logiikaltaan osa yleistä, yhtenäistä, universaalia ja toistettavissa olevaa eli *monosentristä* oikeudellista metanarratiivia? Miten hajautunut ja fragmentaarinen oikeus- ja oikeustiedekäsitys voitaisiin lukita Erikssonin, Hirvosen, Minkkisen ja Pöyhösen tarkoittamalla tavalla yksiselitteisen ohjelmanjulistuksen tai teesikokoelman muotoon ajautumatta samalla *käsitteelliseen ristiriitaan* eli *itsensä kumoavaan argumentaatioon* sanotunlaisen teesikokoelman itsensä ilmentämän kerronnallisen logiikan merkityksessä? Entä mikä tekee Adolf Reinachin (1883–1917) oi-

³²⁴ Eriksson, Hirvonen, Minkkinen & Pöyhönen, mts. 6.

³²⁵ Eriksson, Hirvonen, Minkkinen & Pöyhönen, mts. 6–7. ”Such founding events are non-repeatable and non-representational and cannot be accounted for analytically or ordered into rules and principles.” Eriksson, Hirvonen, Minkkinen & Pöyhönen, mts. 7.

keusfenomenologian apriorisista postulaateista tutkimuskohdettaan vähemmän yhtenäistävän tai ”myyttistävän” lähestymistavan oikeuteen kuin mitä nyt torjuttu oikeuspositivistiset ja oikeusrealistiset oikeusajattelun suuntaukset edustavat? Miten vaadittu paluu oikeuden ”ensimmäiseen filosofiaan” eli aristoteliseen metafysiikkaan sekä ohjelmallinen julistus oikeuden polysentriasta voi itse välttää syytöksen oikeutta ja oikeudellista ajattelua yhtenäistävän metanarratiivin asettamisesta ja vakioimisesta? Kun oikeustutkimuksen ajatuksellinen keskiö tai polttopiste on kerran määritelty, olemme jo palanneet tukevasti takaisin *monosentriseen*, tutkimuskohdetta yhtenäistävään ja totalisoivaan tutkimustraditioon.

Erikssonin, Hirvosen, Minkkisen ja Pöyhösen *manifestoiva* tutkimusasenne ei myöskään sovi yhteen senkaltaisen oikeustieteen perustavan *episteemisen epävarmuuden* kanssa, jota Minkkinen jäsentää ansiokkaasti kirjoituksessaan ”Law, Science and Truth” ja joka sisältyy *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law* -teokseen. Oikeuden polysentrisen manifestin kritiikki kumpuaa näin immantentisti sanotusta suuntauksesta itsestään, sen ilmentämästä oikeuden ”erityisyyksien moninaisuudesta” ja oikeudellisen ”yhtenäisyyden disseminaatiosta”. Minkkinen kritisoi Costas Douzinasin ja Ronnie Warringtonin tuhoon tuomittua yritystä sitoa postmoderni oikeuskäsitys modernin logiikkaa toistavan manifestin muotoon:³²⁶

”The world-view in relation to which postmodern jurisprudence founds its alleged knowledge of law is, however, [in] an ’age of uncertainty’, something considerably more fragile and vulnerable than the solidity of a manifesto (*manifestus*, ’that can be struck with the hand’, ’tangible’) would suggest.”

Douzinasin ja Warringtonin *postmodernin* oikeuden manifesti on Minkkisen mukaan ”täydellisen sokea omalle arkeologialleen”,³²⁷ mutta samaa voi perustellusti epäillä myös Erikssonin, Hirvosen, Minkkisen ja Pöyhösen *polysentrisen* oikeuden manifestista, jonka kerronnallinen logiikka ja muotokieli toistaa ja uusintaa oikeutta yhtenäistävän, universaalin, totalisoivan ja *monosentrisen* – eikä suinkaan polysentrisen ja radikaalilla tavalla fragmentoituneen, ainutkertaisen ja moniäänisen – metanarratiivin lainalaisuuksia. Erona on vain se, että oikeus on nyt määritelty Adolf Reinachin oikeusfenomenologian aprioristen postulaattien sekä Aristoteleen ”ensimmäisen filosofian” eli metafysiikan avulla oikeuspositivistien suvereniteetti- ja oikeusvaltiokeskeisen yhteiskuntasopimusmallin tai oikeusrealistien korostaman tuomioistuin- ja viranomaiskeskeisen näkökulman sijaan. Teesikokoelmien sijaan tutkimuksellisia vaihtoehtoja oikeuden *logonomosentriselle* kerronnalle tulisi etsiä esimerkiksi ranskalaisfilosofi

³²⁶ Minkkinen, ”Law, Science and Truth”, s. 20.

³²⁷ Minkkinen, mts. 22.

Jacques Derridan *filosofisesta dekonstruktiosta*, missä länsimaisen filosofiakirjallisuuden lineaarinen ja yksiääninen kerronta on saatettu rikkoa tekstin ja merkitysten disseminaation, rakenteellisen moniäänisyyden ja monikerroksisuuden tai jopa tietoisien kerronnallisten hälyn keinoin, ja Derridaan myös Minkkinen tältä osin viittaa.³²⁸

Mistä puhumme, kun puhumme oikeudesta?³²⁹ Voiko *oikeuden* polysentriasta ylipäättään puhua ilman, että ajattelun premissit on ensin määritelty suhteessa vallitsevaan oikeudelliseen tutkimustraditioon ja oikeutta jäsentävään tietomuotoon? Määrätyn tekstin tai tutkimuksen nimeäminen *oikeudelliseksi* edellyttää sen ajatuksellisen kiintopisteen tai referenssin lukitsemista tavalla, jonka tiede- tai oikeusyhteisö kykenee tunnistamaan mielekkääksi tavaksi *kohteellistaa* ja *käsitteellistää* (moderni) oikeus ja sen käsittämät yhteisölliset ilmiöt, niin kuin edellä perustelin oikeuden *äärellisyyden analytiikasta* ja *institutionaalisesta positiviteetista*.³³⁰ Kun on puhe uskonnollisesta ”rakkauden laista” (*the law of love, caritas, ahav, agape*)³³¹ tai ”oikeudesta ja sateenkaaresta”,³³² onko enää kyse samasta oikeudesta, jota analyttiset oikeuspositivistit ja analyttiset oikeusrealistit, kuten John Austin, Oliver Wendell Holmes, Hans Kelsen, Alf Ross tai H.L.A. Hart, kirjoituksissaan tarkoittivat? Törmätessään filosofi Ludwig Wittgensteinin tarkkanäköisesti osoittamiin kielen ja maailman rajoihin polysentriseen oikeuteen sitoutunut tutkija viimeistään havahtuu todellisuuteen: ymmärrettävä, kommunikativissa oleva puhe oikeudesta edellyttää vallitsevan oikeudellisen *tietomuodon* eli *historiallisen a priorin* (ransk.: *épistémè*) tieteenteoreettisten, mukaan lukien lingvististen, sitoumusten noudattamista.

Entä voiko *polysentrisen* oikeuden ylipäättään käsitteellistää ehdottoman ja varauksettoman indikaatiivisen väitelauseen osaksi ilman, että se tulee samalla palautetuksi osaksi modernin oikeuden kerronnallista logiikkaa ja metanarratiivia eli sen määritelmällisesti monosentristä metakontekstia? Jo viaton toteamus, jonka mukaan ”polysentrisen oikeus *on* ... (jotain määrättyä)”, toteuttaa ja uusintaa vääjäämättä Platonin ja Aristoteleen ajatteluun palautuvan länsimaisen filosofian oppitradition sekä kaksiarvoisen tosi/epätosi -logiikan keskeisiä lainalaisuuksia. Ulospääsyn kielen ja länsimaisen filosofian vankilasta voi tarjota vain modernin oikeuden, oikeusfilosofian ja oikeudellisen metafysiikan radikaali poispyyhintä ja samanaikainen uudelleen kirjoittaminen tavalla, jota Jacques Derridan *filosofisen dekonstruktion* tietoisien mahdoton yritys palata ”metafy-

³²⁸ Minkkinen, mts. 23.

³²⁹ Carver, *What We Talk About When We Talk About Love*. Vrt. luku 9.5. ”Mistä puhumme, kun puhumme oikeudesta?”.

³³⁰ Ks. luku 6, ”Oikeustieteen tieteenkuva”.

³³¹ Hirvonen, ”After the Law”, s. 221–232 ja etenkin s. 223.

³³² Sivenius, ”The Law and the Rainbow”, s. 239–244.

siikkaa edeltävään metafysiikkaan” edustaa.³³³ Teesien tai manifestien avulla senkaltainen filosofinen kierto- tai väistöliike ei onnistu, sillä vastassa ovat aina *kielen ja maailman rajat*, ja lopputuloksena ovat vain ”ne kuhmut, jotka ymmärryksemme on saanut rynnätessään päin kielen rajaa.”³³⁴

Radikaalin episteemisen epävarmuuden³³⁵ vallitessa fragmentoituneen ja polysentrisen oikeuden *loogis-syntaktinen kielioppi* noudattaa – tai, oikeammin ja paljon epävarmemmin, ”mahdollisesti noudattaa” tai ”noudattaako todellakin?” – kieliopillisen *konditionaal*in, *potentiaal*in tai *kysymyslauseen* logiikkaa ”oikeus on ... (jotain määrättyä)” -tyyppisen ehdottoman, kieliopillista indikaatiivia noudattavan väitelauseen sijaan, joka yhdistäisi oikeuden sanat ja asiat perinteisen eli ”monosentrisen” oikeus- ja filosofiakäsityksen tarkoittamalla tavalla keskenään. Idea aidosti polysentrisestä oikeudesta tekee mahdolliseksi vain hajanaisen ja keskenään ristiriitaisen joukon *ehkä-oikeudellisia* tai *enemmän-tai-vähemmän-oikeudellisia* ilmiöitä, joihin voi vain ostensiivisesti viitata, sanottujen ilmiöiden *vain-mahdollisesti-oikeudellinen* luonne samalla radikaalisti kyseenalaistaen ja ylipyhyhkien. On vain lupa arvioida, että ”polysentrinen oikeus saattaa olla, enemmän-tai-vähemmän, ... (niin-tai-näin)”, tai kysyä, ”onko vielä tämäkin ... polysentristä oikeutta?”

Puhe polysentrisestä oikeudesta on vain katkonaista, epäselvää ja toistuvasti ylipyyhittyä puhetta ilmiöstä, jonka käsitteellinen ja episteeminen identiteetti on sumea ja epävarma, sillä se kaiken aikaa riitauttaa vallitsevan oikeudellisen *tietomuodon* (ransk.: *épistémè*) käsitteelliset ja episteemiset reunaehdot. Sen vuoksi väite, jonka mukaan ”polysentrinen oikeus on ... (jotain määrättyä)”, oli sitten kyse Erikssonin, Hirvosen, Minkkisen ja Pöyhösen *polysentrisen oikeuden manifestista* tai vain yksittäisestä, polysentristä oikeutta ehdottomasti ja ilman kieliopillisia varaumia määrittelevästä väitteestä, palauttaa puhujan ja siten määritellyn oikeudellisen ilmiön vääjäämättä osaksi modernin oikeuden *monosentristä* kerronnallista logiikkaa.

11. METRIN PITUDESTA

11.1. Metri institutionaalisenä tosiasiana

Professori Aulis Aarnion kriittinen puheenvuoro ”Oikeusfilosofi kevätjäällä”³³⁶ oli opettajani ja väitöskirjani ohjaajan kommentti *lectio praecursoriaani* ”The

³³³ Derridan filosofisesta dekonstruktiosta tietoisien mahdottomana yrityksenä ylittää kielen ja länsimaisen metafysiikan rajat sekä sen suhteesta Ludwig Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* -vaiheen ajatteluun, Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 32–39, 255–260 ja 265–267.

³³⁴ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, § 119 (s. 89).

³³⁵ Minkkinen, *Thinking without Desire*, s. 9–25.

³³⁶ Aarnio, ”Oikeusfilosofi kevätjäällä”, s. 75–77.

Quest for the Ultimate Premises of the Law”,³³⁷ jonka pidin Helsingin yliopistossa 3.10.1998. Perustelin *lectio praecursoriassani* sekä väitöskirjassani *A Theory of Precedent* muun muassa väitteen, jonka mukaan filosofi Ludwig Wittgensteinin perusmetriargumentti on virheellinen. Wittgenstein kirjoitti:³³⁸

”On olemassa yksi esine, josta ei voi väittää, että se on 1 metrin pituinen, eikä, että se ei ole 1 metrin pituinen: Tämä esine on Pariisissa säilytettävä perusmetri. – Näin sanoessamme emme ole tietenkään liittäneet tähän esineeseen mitään merkillistä ominaisuutta, vaan ainoastaan luonnehtineet sen omalaatuista roolia metrimitalla tapahtuvalla mittaamisen pelissä. – Kuvitelkaamme sitten, että vastaavalla tavalla kuin perusmetriä Pariisissa säilytettäisiin myös värien malleja. Niinpä määrittelemme: ’Seepia’ on siellä ilmatiiviissä tilassa säilytetyn perusseepian väri. Silloin ei olisi mieltä väittää tästä mallista, että sillä on tai että sillä ei ole tätä väriä.”

Wittgensteinin esille nostama pulma liittyy pituusmittaamisen viimekätiseen referenssiin: minkä pituinen on Pariisissa säilytettävä *perusmetri* eli ”standardimetri” (engl.: *standard metre*), jota käytettiin tuolloin pituusmittaamisen vakioituna referenssinä,³³⁹ ja minkä väriset olisivat vastaavat ”standardivärit” tai ”väri-standardit” (engl.: *standard colours*), jos värinmäärittelyn objektiivisista kriteereistä olisi vastaavalla tavalla sovittu ja myös objektiivisia standardivärejä säilytettäisiin perusmetrin tavoin ilmatiiviisti Pariisissa? Wittgenstein päätyi – mielestäni virheelliseen – käsitykseen, jonka mukaan perusmetrin pituudesta ei voi mielekkäällä tavalla lainkaan puhua eli väittää, että perusmetri joko on tai että se ei ole yhden metrin pituinen. Senkaltaiset lausumat sijoittuvat pituusmittaamisen kielipelin luvallisten käsitteellisten rajojen ulkopuolelle, jolloin puhe perusmetrin itsensä pituudesta on vailla mielekästä semanttista referenssiä.

Myöhempi filosofinen analyysi tarjoaa nähdäkseni ulospääsytien Wittgensteinin filosofisesta pulmasta. Perusmetri on Wittgensteinin oppilaiden ja analyytisen kielifilosofian eli Oxfordin luonnollisen kielen filosofian edelleen kehittäjien Elizabeth Anscomben, Peter Winchin ja John L. Austinin sekä amerikkalaisen John Searlen termein *sääntösidonnainen* eli *institutionaalinen tosiasia*.³⁴⁰ Perusmetrin pituuden vakioinut yhteisöllinen konventio on yhteisöllistä todellisuutta

³³⁷ Siltala, ”The Quest for the Ultimate Premises of the Law”, s. 420–423.

³³⁸ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, § 50 (s. 55).

³³⁹ Nykyisin metrin pituus on määritetty pituutena, jonka valo matkaa tyhjiössä sekunnin 1/299.792.458 -osassa, mutta tämä ei tietenkään vaikuta Wittgensteinin filosofisen argumentin pätevyYTEEN.

³⁴⁰ Institutionaalisista tosiasioista, Anscombe, ”On Brute Facts”, s. 69; Searle, *Speech Acts*, s. 50–53; sama, *The Construction of Social Reality*, *passim*; sekä oikeuteen sovellettuna, McCormick & Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, *passim*. – Amerikkalainen kielifilosofi John Searle ei kuulu varsinaiseen Oxfordin kouluun, mutta hän on merkittävästi kehittänyt institutionaalisten puhetekojen analyysia.

tehokkaalla tavalla konstituoiva eli muotoava sääntösidonnainen *puheteko*, jonka vaikutuksesta yhteisöllisen ja/tai oikeudellisen todellisuuden sisältö muuttuu. Perusmetri institutionaalisenä tosiasiana rinnastuu senkaltaisiin sääntösidonnaisiin yhteisöllisiin ja/tai oikeudellisiin ilmiöihin kuin avioliitto, osakeyhtiö, testamentti, valtiopäiville kokoontunut (Suomen) eduskunta, Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 234 artiklan mukainen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle tehty ennakkoratkaisupyyntö, aluksen juhlallisessa nimenantotilaisuudessa saama nimi tai yhteisöllisenä arvon mittarina ja vaihdon välineenä käytetty raha, joissa on kaikissa kyse oikeudellisten (= avioliitto, osakeyhtiö, testamentti, Suomen eduskunta, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle tehty ennakkoratkaisupyyntö) tai laajemmin yhteisöllisten (= aluksen nimi, raha) sääntöjen avulla määritellyistä tosiseikoista. Perusmetri on institutionaalinen tosiasia, jonka keskeinen ominaisuus *olla (täsmälleen) metrin mittainen* perustuu selväsanaiseen yhteisölliseen konventioon eli sopimukseen metriperustaista mittaamista harjoittavassa yhteisössä.

Pariisin vakioidun perusmetrin tai valonsäteen 1/299.792.458 sekunnissa tyhjiössä taittaman matkan pituus on tasan yksi metri, ei sen vuoksi, että sitä voitaisiin verrata johonkin muuhun mittaamisen kriteeriin, vaan koska metri institutionaalisenä tosiasiana on siten määriteltä pituusmittaamista harjoittavassa yhteisössä. Perusmetri on tasan metrin mittainen, ei sen vuoksi, että se vastaisi jotain muuta mittaamisen viimekätistä referenssiä tai mittapuuta, sillä sellaista ei määritelmällisesti voi olla, vaan siksi että se *on* – määritelmänsä mukaisesti – metri. Skotlantilainen oikeusfilosofi Neil McCormick totesi vastaväittäjän lausunnossaan:³⁴¹

”Indeed Hart himself, on the basis of his own pre-publication reading of Wittgenstein’s later work, explicitly uses the metre bar analogy in *The Concept of Law*. Yet, as Siltala rightly says, Wittgenstein’s claim that we can neither affirm nor deny that the metre bar is a metre long seems implausible. If anything is ‘a metre long’ the metre bar is (or its contemporary electronic substitute), but it is not so because it exactly matches something else which confirms it as just so long. It is so by virtue of having been instituted as a conventional linear measure. (...) This bar is not a metre because it matches some more authentic measure, but it is indeed ‘a metre’ – it is so by institution, not by imitation.”

Metrimittaamisen kielipelin käsitteellisten rajojen sisäpuolella, tuon kielipelin sääntöjä noudattaen, kysymys perusmetrin pituudesta jää vaille mielekästä vastausta, sillä sanottua standardia ei voi soveltaa siihen itseensä syyllistymättä loogisessa katsannossa kiellettyyn kehäpäätelmään tai, vaihtoehtoisesti, päättymättömään takautuvaan päättelyyn eli regressioon. Pituusmittaamisen kielipeli

³⁴¹ McCormick, ”Raimo Siltala, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to A Post-Analytical Philosophy of Law*, Opponent’s Review”, s. 430.

ei kuitenkaan ole hermeettisesti suljettu yhteisöllinen käytäntö, vaan se rakentuu toisen, siihen nähden konstitutiivisen sosiaalisen käytännön varaan: kielipelin, joka ilmentää kielen *perlokutionaarista* funktiota todellisuuden sosiaalisessa konstituutiossa ja jota voi kutsua *institutionaalisten faktojen perustamisen kielipeliksi*. Perusmetrin pituuden vakioinut yhteisöllinen konventio toteuttaa senkaltaista perlokutionaarista tehtävää metriperustaista mittaamista harjoittavassa yhteisössä. Institutionaalisten faktojen analyysi jäi siis Wittgensteinin oppilaiden ja samalla analyttisen kielifilosofian eli Oxfordin koulun lingvistisen filosofian edelleen kehittäjien, kuten Elizabeth Anscomben, Peter Winchin, John L. Austinin ja John R. Searlen, tehtäväksi.³⁴²

11.2. Wittgenstein esitiedollisesta varmuudesta

Aarnio riitautti kirjoituksessaan ”Oikeusfilosofi kevätjällä” Wittgenstein-tulkintani, perustellen konventionaalisuuden ideaa Ludwig Wittgensteinin *Varmuudesta*-teoksen keskeisideoiden avulla. Tuo postuumisti julkaistu kirja pohtii ”lauseita, joilla on omalaatuinen looginen rooli kokemuslauseidemme järjestelmässä”, kuten Wittgenstein itse asian ilmaisi.³⁴³ Hän toisin sanoen arvioi senkaltaisten G.E. Mooren filosofiaan palautuvien lauseiden totuusarvoa ja tietoteoreettista asemaa kuin: ”Tiedän että maa on ollut olemassa jo kauan ennen syntymääni”³⁴⁴ tai ”Tiedän, etten ole koskaan käynyt kuussa.”³⁴⁵ Wittgenstein päätteli, että senkaltaiset väittämät ovat kaiken epäilyn ulkopuolella eli ehdottoman varmoja, koska ne ovat vallitsevan maailmankuvan lukkoon lyöty perusta, ei-propositiionalisen esitiedon järjestelmä, kulloinkin vakioitujen tieto-opillisten ennako-oletusten kokonaisuus eli joukko filosofisten perusteluketjujen päätepisteitä. Sen vuoksi niiltä puuttuu ”tavallisten” propositioiden tosi/epätosi -ominaisuus: ”Tiedon käsite ei itse sovellu siihen, mitä sen käytössä edellytetään”, niin kuin filosofi Georg Henrik von Wright on asian ilmaissut.³⁴⁶ Ei ole myöskään mitään muuttumatonta erottelua analyttisen ja synteettisen lauseen tai loogisen välttämättömyyden ja kontingentin totuuden/epätotuuden välillä.³⁴⁷

³⁴² Wittgenstein ei pohtinut kysymystä oikeuden viimekätisestä velvoittavuusperustasta tai mittapuusta, jonka avulla oikeus ja ei-oikeus ovat erotettavissa toisistaan. Mikä siis voisi olla senkaltaisen oikeuden *standardinormi* eli mittapuu, johon väitetysti päteviä oikeusnormeja voitaisiin verrata niiden pätevyysarvioimiseksi? Kelsenin puhtaan oikeusopin transsendentaalis-looginen, edellytetty perusnormi (saks.: *Grundnorm*) sekä H.L.A. Hartin oikeusteorian viimekätinen tunnistamissääntö (engl.: *ultimate rule of recognition*) ovat kaksi mahdollista vaihtoehtoa oikeuden ”standardinormiksi”. Vrt. luku 9.12. ”Oikeuden viimekätisen kriteerin ratkeamaton pulma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia?”.

³⁴³ Wittgenstein, *Varmuudesta*, § 136 (s. 58).

³⁴⁴ Wittgenstein, *Varmuudesta*, § 84 (s. 48) *et seq.*

³⁴⁵ Wittgenstein, *Varmuudesta*, § 111 (s. 54).

³⁴⁶ von Wright, ”Wittgenstein varmuudesta”, s. 19.

³⁴⁷ von Wright, mts. 21. Vrt. Wittgenstein, *Varmuudesta*, § 319 (s. 84).

Kyse on Michel Foucault'n tiedonarkeologian *historiallisen a priorin* (ransk.: *épistémè*) kaltaisista ajattelun käsitteellisistä ja tieto-opillisista ennakkoehtoista, joita ei ole mahdollista todentaa tai osoittaa vääräksi tuon uskomusjärjestelmän itsensä mahdollistamin käsitteellisin tai metodisin välinein. Silti ne on vain oletettava paikkansa pitäviksi, jotta ylipäätään voisimme sanoa jotain määrättyllä tavalla käsitteellistetyn todellisuuden ilmiöistä. On kiinnostavaa, että Wittgensteinin *Varmuudesta*-kirjan saatesanojen kirjoittaja, Georg Henrik von Wright, käyttää termiä ”looginen säiliö”³⁴⁸ viitatessaan senkaltaiseen tosien tai epätosien väitelauseiden viimekätiseen ei-propositionaaliseen perustaan, joka ei itse voi saada määrettä tosi/epätosi. Tuo maailmankuvan perusta muistuttaa loogis-semanttiselta funktioltaan Platonin muutoin dualistisen ontologian omalaatuista termiä *khōra*, millä kreikkalaisfilosofi viittasi siihen ”vastaanottavaan säiliöön” tai tilaan, missä aistein havaittavat oliot syntyvät, muuntuvat ja lopulta häviävät, ja jonka pulmalliseen ontologiaan viittasin *lectio praecursoriassani* ja väitöskirjassani.³⁴⁹

Täsmälleen päinvastoin kuin Aarnio kirjoittaa, Wittgensteinin *Varmuudesta*-kirja käsittelee sitä, mikä ei ole – eikä edes voi olla – Pariisin metristandardin tavoin aidosti konventionaalista eli sopimuksenvaraista. Toisin kuin perusmetrin sopimuksenvarainen ominaisuus ”olla (täsmälleen) metrin mittainen” tai Wittgensteinin hypoteettisten värimallien ominaisuus ”olla (esimerkiksi) seepian värinen”, moorelais-wittgensteinilainen *esitiedollinen varmuus* siitä, että maa on ollut olemassa jo satoja vuosia ennen syntymääni, että en ole koskaan käynyt kuussa, että minulla on kaksi kättä ja että ulkomaailman esineet ovat olemassa, ei voi olla samanlaisten tieto-opillisten konventioiden kohteena. Perusmetrin pituuden vakioineella yhteisöllisellä konventiolla ja yhteisen maailmankuvan viimekätisillä perusteilla on toisin sanoen varsin erilainen tieto-opillinen asema.

Niinpä voimme pätevällä tavalla sopia, että Greenwichin standardiaika on maapallon eri aikavyöhykkeiden kesken vakioitu referenssi, johon muun muassa Suomessa virallisesti noudatettava aika on suhteutettu, että metri vastaa matkaa, jonka valo kulkee tyhjiössä 1/299.792.458 sekunnissa tai että *tämä* paloauto on punainen eikä esimerkiksi vihreä. Vastaavaa sopimusta emme voi tehdä tietyllä hetkellä vakioitujen tieto-opillisten ennakko-oletusten kokonaisuudesta tai ei-propositionaalisen esitiedon järjestelmästä, kuten siitä, että maapallo on satojen vuosien ikäinen, että ihmisillä on keho ja toisinaan kiputiloja, että en ole koskaan käynyt kuussa, että ulkoinen todellisuus on olemassa ja että toiset ihmiset näke-

³⁴⁸ von Wright, ”Wittgenstein varmuudesta”, s. 20, 23.

³⁴⁹ Platonin dualistisessa ontologiassa *khōra* on *triton genos*, kolmas olevaisen laji, joka väistää luokittelun niin ikuisten, muuttumattomien ideoiden kuin ajallisesti muuttuvien, aistein havaittavissa olevien olioiden kategoriaan. Platon, ”Timaios”, § 49a (s. 193), § 52a-d (s. 196–197). – Vrt. Siltala, ”The Quest for the Ultimate Premises of the Law”, s. 421–422; sama, *A Theory of Precedent*, s. 27, 236–237, 256.

vät ulkomaailman esineet ja ilmiöt suunnilleen samanlaisina kuin minä. Wittgensteinin pituusmittaamisesimerkkiin sovellettuna esitiedollinen varmuus saattaisi merkitä uskoa esimerkiksi siihen (analyyttiseen) totuuteen, että kappaleilla on (erilaisia) pituuksia. On myös varsin todennäköistä, että Ludwig Wittgenstein olisi käyttänyt perusmetriargumenttia havainnollistamaan *Varmuudesta* -kirjan pohdintoja kaiken epäilyn ulkopuolella olevista väitteistä, jos se vain olisi senkaltaiset ehdot hänen mielestään täyttänyt.

12. OIKEUDEN VIIMEKÄTISEN PÄTEVYYSKRITEERIN RATKEAMATON ONGELMA: ONKO HARTIN TUNNISTAMISSÄÄNTÖ VELVOITTAVA OIKEUSSÄÄNTÖ VAI YHTEISKUNNALLINEN TOSIASIA?

12.1. Modernin oikeuden rakenne Hartin mukaan

Englantilainen oikeusfilosofi H.L.A. Hart perusteli teoksessaan *The Concept of Law* idean modernista oikeudesta kahdentasoisten sääntöjen kokonaisuutena. Ensiasteen velvoitenormit (engl.: *primary rules of obligation*) määrittävät yltäältä kansalaisten keskinäisiä velvollisuuksia, toisaalta kansalaisten velvollisuuksia julkista valtaa kohtaan. Toisen asteen eli metatason oikeussäännöt on pääsääntöisesti osoitettu tuomareille ja muille lakia soveltaville viranomaisille. Poikkeuksena ovat yksityisoikeudelliset toimivalta- eli kompetenssi- eli kelpoisuusnormit, joiden tarkoittamalla tavalla myös yksityiset oikeussubjektit voivat rajoitetusti muuttaa keskinäisiä oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan pätevien yksityisoikeudellisten sopimusten avulla.³⁵⁰ Nuo toisen asteen oikeussäännöt voidaan Hartin mukaan jakaa kolmeen ryhmään: valtiosääntöoikeuden ja yksityisoikeuden kompetenssinormit (engl.: *secondary rules of change*) määrittävät, miten ja kenen toimesta ensiasteen velvoitenormeja voidaan pätevällä tavalla luoda, muuttaa ja kumota. Prosessioikeuden täytäntöönpanonormit (engl.: *secondary rules of adjudication*) määrittävät puolestaan menettelytavan, jota noudattaen ensiasteen velvoitenormit voidaan panna pätevällä tavalla täytäntöön tuomioistuinten ja muiden viranomaisten toimesta. Lopuksi viimekätinen oikeuden tunnistamissääntö (engl.: *ultimate rule of recognition*) määrittää, miten voimassa olevat oikeussäännöt ovat tunnistettavissa päteviksi oikeussäännöiksi.

³⁵⁰ Kun yksityiset oikeussubjektit voivat tehdä myös pätevän sopimuksen toimivaltaisen välitystuomioistuimen perustamisesta määrättyä oikeusriitaa varten, tuo yksityisoikeudellinen toimivalta ulottuu rajoitetusti myös prosessioikeudelliseen vallankäyttöön.

Hart huomauttaa, että toisen asteen oikeussäännöt eivät täytä John Austinin voimassa olevan oikeuden määritelmää. Austinille oikeus koostui suvereenin vallanpitäjän antamista käskyistä, joiden noudattamisen takeena oli sanktiouhka eli uhka jostain epämiellyttävästä seuraamuksesta, jollei sääntöä noudatettu. Hart kutsui edeltäjänsä liian yksioikoista käsitystä voimassa olevasta oikeudesta sarkastisesti *pankkiryöstäjämalliksi oikeudesta* (engl.: *gunman situation writ large*). Hartin mukaan Austinin käsitys lainsäätäjistä muistuttaa pankkiryöstäjää, joka esittää väkivallan uhalla tuettuja määräyksiä pankkivirkailijalle, tyyliin: ”Rahat tai henki!”³⁵¹ Hartin mukaan toisen asteen oikeudelliset toimivalta- ja täytäntöönpanonormit noudattavat pikemminkin *teknisen normin* logiikkaa, jonka mallina ei ole pankkiryöstäjän pankkivirkailijalle tai sotilaskomentajan alaiselleen antama käsky vaan kansalaisille asetettu yleinen ohje: jos tahdot tehdä (esimerkiksi) pätevän testamentin, laadi se kirjallisesti, hanki kaksi esteetöntä todistajaa samanaikaisesti paikalle, tee heille selväksi, että kyse on testamenttiasiakirjasta, ja niin edelleen. Vastaavasti lainsäätäjälle valtiosäännössä asetettu tekninen normi kuuluu: jos tahdot säätää pätevän lain, se tulee tehdä voimassa olevassa perustuslaissa säädettyä menettelyä noudattaen. Oikeudellisten kompetenssi- ja menettelytapasäännöksen rikkomisen ainoana sanktiona on virhe taroitettun oikeustoimen pätevyysperustassa.

Koska myös metatason kompetenssinormit ja täytäntöönpanonormit on voitava ennen niiden soveltamista tunnistaa, oikeuden tasoja on itse asiassa kolme: ensiasteen velvoitenormit, toisen asteen eli metatason kompetenssi- ja täytäntöönpanonormit sekä kolmannen tason (eli meta-metatason) oikeuden tunnistamissääntö. Hart myös huomautti, että yksittäisessä oikeusjärjestyksessä voi olla useita oikeuden tunnistamissääntöjä, joita eri viranomaiset toiminnassaan soveltavat, mutta vain yksi niistä voi olla hierarkkisesti ylin, viimekätinen oikeuden tunnistamiskriteeri (engl.: *supreme and ultimate rule of recognition*), jonka avulla keskeiserottelu normi/fakta tai oikeus/ei-oikeus lopulta tehdään. Mutta miten oikeuden tunnistamissääntö on itse tunnistettavissa ja erotettavissa mahdollisesti useiden keskenään kilpailevien vaihtoehtojen joukosta? Päätymätön takautuva päättely aina vain hierarkkisesti korkeamman asteisiin tunnistamiskriteereihin *ad infinitum* on suljettu pois, koska on määritelmällisesti kyse viimekätisestä erottelukriteeristä oikeuden ja ei-oikeuden välillä. Onko tunnistamissääntöä siis sovellettava paradoksaalisesti myös sen itsensä tunnistamiseen tavalla, joka olisi yhdenmukainen Niklas Luhmannin ja Gunther Teubnerin edustaman *autopoietisen* ja systeemiteoreettisen oikeuskäsityksen kanssa?³⁵²

³⁵¹ Hart ei tunnu havaitsevan, että Austinille oikeus koostuu lainsäätäjän antamista yleisistä määräyksistä, kun taas pankkiryöstäjän antamat käskyt ovat vain yksittäistapauksellisia käskyjä, vaatimuksia tai uhkauksia.

³⁵² Pohdin oikeuden tunnistamissäännön pulmallista ontologiaa ja epistemologiaa väitöskirjani *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to A Post-Analytical Philosophy of Law* kahdessa

12.2. Wittgenstein, perusmetrin pituus ja oikeuden standardinormi

Ludwig Wittgenstein kirjoitti teoksessaan *Filosofisia tutkimuksia*:³⁵³

”On olemassa yksi esine, josta ei voi väittää, että se on 1 metrin pituinen, eikä, että se ei ole 1 metrin pituinen: Tämä esine on Pariisissa säilytettävä perusmetri. – Näin sanoessamme emme ole tietenkään liittäneet tähän esineeseen mitään merkittävää ominaisuutta, vaan ainoastaan luonnehtineet sen omalaatuista roolia metrimitalla tapahtuvassa mittaamisen pelissä. – Kuvitelkaamme sitten, että vastaavalla tavalla kuin perusmetriä Pariisissa säilytettäisiin myös värien malleja. Niinpä määrittelemme: ’Seepia’ on siellä ilmatiiviissä tilassa säilytetyn perusseepian väri. Silloin ei olisi mieltä väittää tästä mallista, että sillä on tai että sillä ei ole tätä väriä.”

Wittgensteinin esille nostama pulma liittyy pituusmittaamisen tai, oikeammin, pituusmittaamisen *kielipelin* viimekätiseen referenssiin: minkä pituinen on Pariisissa säilytettävä *perusmetri* (engl.: *standard metre*), jota käytettiin Wittgensteinin elinaikana pituusmittaamisen vakioituna viimekätisenä referenssinä,³⁵⁴ ja minkä väriset olisivat vastaavat *standardivärit* (engl.: *standard colours*), jos myös värinmäärityksen objektiivisista kriteereistä olisi vastaavalla tavalla sovittu? Wittgenstein päätyi – mielestäni virheelliseen – käsitykseen, jonka mukaan emme voi väittää, että perusmetri joko on yhden metrin pituinen tai että se ei ole yhden metrin pituinen. Kun ei ole mitään perusmetristä itsestään riippumatonta ulkoista vertailukohtaa, johon senkaltaisia lauseita voitaisiin verrata, ei väitteellä perusmetrin pituudesta ole lainkaan mielekästä semanttista referenssiä.

Myöhempi filosofinen analyysi tarjoaa nähdäkseni ratkaisun Wittgensteinin filosofiseen pulmaan. Perusmetri on Wittgensteinin oppilaiden ja lingvistisen filosofian edelleen kehittäjien Elizabeth Anscomben, Peter Winchin, John L. Austinin ja John Searlen termin *institutionaalinen* eli *sääntösidonnainen tosiasia*,³⁵⁵ jonka keskeinen ominaisuus *olla (täsmälleen) metrin mittainen* perustuu selväsanaiseen yhteisölliseen konventioon eli sopimukseen metriperustaista mittaamista harjoittavassa yhteisössä. Perusmetri on tasan metrin mittainen, ei sen vuoksi, että se vastaisi jotain muuta mittaamisen viimekätistä referenssiä tai mittapuuta, sillä sellaista ei määritelmällisesti voi olla, vaan siksi että se on –

luvussa, ”The Quest for the Final Premises of Law, I–II”, joista edelliseen tämä kirjoitus perustuu.

³⁵³ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, § 50 (s. 55).

³⁵⁴ Nykyisin metrin pituus on siis määritelty matkana, jonka valo kulkee tyhjiössä sekunnin 1/299.792.458 -osassa. Vastaavasti maapallon aikavyöhykkeet ovat määriteltävissä (vain) suhteessa Greenwichin standardiaikaan (= GMT eli *Greenwich Mean Time*).

³⁵⁵ Institutionaalisista tosiasioista, Anscombe, ”On Brute Facts”, s. 69; Searle, *Speech Acts*, s. 50–53; sama, *The Construction of Social Reality, passim*; sekä oikeusteoriaan sovellettuna, McCormick & Weinberger, *An Institutional Theory of Law, passim*.

määritelmänsä mukaisesti – metri. Pariisin perusmetritangon tai valonsäteen 1/299.792.458 sekunnissa tyhjiössä taittaman matkan pituus on tasan yksi metri, koska metri *sääntösidonnaisena, institutionaalisisena tosiasiana* on siten määriteltä pituusmittaamista harjoittavassa yhteisössä.³⁵⁶

Se, että kieltäytyisi uppiniskaisesti hyväksymästä perusmetrin konventionaalista ominaisuutta *olla (täsmälleen) yhden metrin mittainen* ja vaatisi lisäperusteita ennen sen metrisyyden hyväksymistä, ei merkitsisi filosofisen analyysin perinpohjaisuutta tai asioiden hellittämätöntä kyseenalaistamista filosofisen dekonstruktion hengessä. Kyse olisi pikemminkin filosofisesta väärinymmärryksestä tai Gilbert Rylen tarkoittamasta filosofisesta ”kategoriavirheestä” (engl.: *category-mistake*), jollaista Lewis Carroll (Sir Charles Dodgson) on kuvannut oivaltavassa kirjoituksessaan ”Mitä kilpikonna sanoi Akilleelle”.³⁵⁷ Tuossa fiktiivisessä dialogissa kilpikonna, joka oli lukenut tarkkaan antiikin filosofi Zenonin muun muassa liikkeen mahdottomuutta käsitelleet paradoksit, kieltäytyi hyväksymästä Akilleen sille esittämän loogisen päätelmän johtopäätöstä, vaikka se oli yksi kerrallaan hyväksynyt kaikki tuon johtopäätöksen tekemiselle riittävät premissit, ja vaati sen sijaan vielä yhden lisäpremissin liittämistä päättelyketjuun ennen kuin hyväksyisi niistä tehtävän johtopäätöksen. Niinpä Akilles liitti kärsivällisesti aina yhden lisäpremissin päättelyketjuun, mihin kilpikonna vastasi vaatimalla vielä yhtä lisäpremissiä ennen kuin lopulta hyväksyisi johtopäätöksen.

Tarina päättyy muutamaa kuukautta myöhemmin, kun kertoja palaa paikalle ja havaitsee, miten tutunoloinen dialogi Akilleen ja kilpikonnin kesken edelleen jatkuu. Akilleen muistikirja, johon tämä on kirjannut päättelyn premissit, on jo miltei täynnä kilpikonnin vaatimia lisäpremissiä, eikä loppua kahden filosofin dialogille näy. Niin kuin filosofi Peter Winch on todennut, lisäpremissien vaatiminen siinä vaiheessa, kun looginen päätelmä on premissirakenteeltaan ”kypsä” varsinaisen johtopäätöksen tekemiseksi, ei osoita kuulijalta erityistä filosofista varovaisuutta, vaan kyse on siitä, ettei tämä ole ymmärtänyt oikein loogisen päätelmän tekemistä siirtymänä välttämättömistä tai riittävistä premissistä johtopäätökseen. Vastaavalla tavalla kysymys perusmetrin pituudesta tai sen toistuva epäileminen, onko perusmetri todellakin täsmälleen metrin mittainen, on väärin asetettu ja osoittaa vain, ettei kysyjä ole oivaltanut sanotun mittaamisstandardin *konventionaalista, sääntösidonnaista* luonnetta. Perusmetrin ”metrisyyden” vakioinut ja pituusmittaamista harjoittavassa yhteisössä yleisesti noudatettu *yhteisöllinen konventio* riisuu tehokkaasti kaikenlaisen mystiikan ja filosofisen ihmettelyn perusmetrin ympäriltä. Sen sääntösidonnainen ominaisuus *olla (täs-*

³⁵⁶ Vrt. McCormick, ”Raimo Siltala, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to A Post-Analytical Philosophy of Law*, Opponent’s Review”, s. 430.

³⁵⁷ Winch, *The Idea of a Social Science and Its Relation to Philosophy*, s. 55–57 (”What the Tortoise Said to Achilles”); sama, *Yhteiskuntatieteet ja filosofia*, s. 58–60.

mälleen) *metrin mittainen* voi perustua vain ja ainoastaan yhteisölliseen *sopimukseen* pituusmittaamista harjoittavassa yhteisössä.

Kun arvioitavana on perusnormikonvention tai minkä tahansa oikeudellisen ja/tai yhteisöllisen sopimuksen viimekätinen velvoittavuusperusta, asiat käyvät filosofisessa katsannossa aidosti pulmallisiksi. Kysymykseen, mitä (voimassa oleva) oikeus on sekä miten se voidaan tunnistaa ja erottaa kaikesta ”ei-oikeudesta”, ei voi vastata viittaamalla Pariisin perusmetrin kaltaiseen *standardinormiin*, joka tarjoaisi yksiselitteisen kriteerin oikeudellisen pätevyyden ja episteesmisen identiteetin arvioimiseksi. Moderni oikeus on, niin kuin olen edellä perustellut Thomas Morawetzin ajatuksiin viitaten, *radikaalisti tulkinnanvarainen yhteiskunnallinen käytäntö* (engl.: *deliberative practice*),³⁵⁸ joten tarjolla on useita vaihtoehtoisia ja samalla keskenään ristiriitaisia malleja oikeuden ”standardinormiksi”. Näistä kukin edustaa varsin erilaista käsitystä oikeuden episteesmisestä, käsitteellisestä, konstitutiivisesta ja metodisesta identiteetistä, sitoutuen vaikkapa analyttisen tai institutionaalisen oikeuspositivismiin, analyttisen oikeusrealismiin, uskonnollisen tai modernin luonnonoikeusfilosofian, historiallisen oikeuskoulun, oikeusfenomenologian, oikeushermeneutiikan, marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian, feministisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian, *Critical Legal Studies* -liikkeen tai jonkin muun suuntauksen käsityksiin. Lisäksi esimerkiksi analyttisen oikeuspositivismiin piirissä on useita ehdokkaita oikeuden ”standardinormiksi”: Hans Kelsenin puhtaan oikeusopin edellyttämä transsendentaalis-looginen perusnormi (saks.: *Grundnorm*), H.L.A. Hartin oikeuden viimekätinen tunnistamissääntö (engl.: *ultimate rule of recognition*), Jerzy Wróblewskin oikeudellisen justifikaation viimeisen eli viidennen tason oikeuttamisperusteet, Neil MacCormickin oikeuden viimekätiset arvo- ja/tai tavoiteperusteet (engl.: *underpinning reasons of law*), ja niin edelleen. Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ”aineettomuuden” vuoksi Wittgensteinin toinen, kuvitteellisia standardivärejä koskeva esimerkki soveltuu itse asiassa paremmin oikeudelliseen kontekstiin: kumpaakaan ei ole mahdollista todentaa viittauksella perusmetrin kaltaiseen, käsin kosketeltavan konkreettiseen arviointikriteeriin.

Oikeuskirjallisuudessa oikeutta on usein havainnollistettu pelimetaforan tai pelianalogian avulla. Alf Ross käytti oikeuden ja shakkipelin analogiaa *Om ret og retfærdighed* -teoksessa.³⁵⁹ H.L.A. Hart viittaa oikeuden ja kriketin analogiaan *The Concept of Law* -teoksessa.³⁶⁰ Niin kuin Thomas Morawetz on huo-

³⁵⁸ Ks. tämän teoksen luku 2.1. ”Oikeus radikaalisti tulkinnanvaraisena yhteiskunnallisena käytäntönä”.

³⁵⁹ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 22–26.

³⁶⁰ Pelianalogiasta, Hart, *The Concept of Law*, esim. s. 9, 34, 58, 99, 138–141. – Kielipeli-idean kerrotaan juolahtaneen Wittgensteinin mieleen hänen katsellessaan jalkapallo-ottelua. Malcolm, *Ludwig Wittgenstein. Muistelma*, s. 85. Pelianalogiasta yleisesti, Ost & van de Kerchove, *Le droit ou les paradoxes du jeu, passim*.

mauttanut,³⁶¹ on muuan seikka, joka erottaa jalkapallon, kriketin tai shakin kaltaiset suhteellisen yksinkertaiset seurapelit oikeudesta ja oikeudellisesta diskursista. Jalkapallon, jääkiekon, kriketin, shakin ja muiden seurapelien keskeiset tavoitteet ja sallitut keinot noiden tavoitteiden saavuttamiseksi on yleensä määritelty varsin riidattomalla tavalla: tehdä pelin sääntöjä noudattaen enemmän maa- leja kuin vastapuoli jalkapallossa tai jääkiekossa, matittaa vastapuoli shakissa, ja niin edelleen. Kun on kyse oikeuden käsitteestä, oikeudellisen sääntelyn ja päätöksenteon avulla tavoiteltavista yhteiskunnallisista päämääristä tai oikeustieteen tieteenkuvan keskeismääreistä, oikeusoppineet samoin kuin oikeusyhteisö laajalti ymmärrettynä ovat kaukana yksimielisyydestä. Ei siis ole mitään yleisesti hyväksyttyä, Pariisin perusmetrin kaltaista riidatonta oikeudellista ”standardinormia”, johon vetoaminen lopettaisi lainoppineiden tai oikeusteoreetikkojen pitkälliset kiistat siitä, mitä oikeus on ja miten se on tunnistettavissa.³⁶²

Lisäksi viittaus *yhteiskuntasopimukseen* tai vastaavaan yhteisölliseen konventionoon oikeuden velvoittavuuden viimekätisenä perusteena edellyttäisi ennakkollisesti velvoittavan (oikeus)normin olemassaoloa, johon sanotun sopimuksen *velvoittavuus* perustuisi. Sopimus on toisin sanoen jo oikeudellisesti määritelty institutionaalinen tosiasia, ja yhteiskuntasopimukseen tai vastaavaan konventionoon perustuva argumentaatio perustuisi tältä osin kehäpäätelmään. Ulospääsyä kehästä onkin etsittävä eri suunnalta.

12.3. Kelsen, Hart, Borges

Ludwig Wittgenstein ei pohtinut kysymystä oikeuden viimekätisestä velvoittavuusperustasta tai mittapuusta, jonka avulla oikeus ja ei-oikeus erotetaan toisistaan, mutta hänen soveltamaansa perusmetriargumenttia voi soveltaa analogisesti oikeuden viimekätiseen velvoiteperustaan. Mikä siis voisi olla oikeuden *standardinormi* eli viimekätinen kriteeri, johon väitetysti päteviä oikeusnormeja voitaisiin verrata niiden validiteetin eli pätevyyden todentamiseksi? Analyttisen ja positivistisen oikeustradition piirissä Kelsenin puhtaan oikeusopin transsendentaalis-looginen, edellytetty perusnormi (saks.: *Grundnorm*) sekä H.L.A. Hartin oikeusteorian viimekätinen oikeuden tunnistamissääntö (engl.: *ultimate rule of recognition*) ovat kaksi ehdokasta oikeuden viimekätiseksi standardinormiksi.

Onko Hartin oikeuden tunnistamissääntö itsessään samanlainen *oikeussääntö* kuin ne ensiasteen velvoitenormit ja toisen asteen oikeudelliset toimivalta- ja menettelytapasäännöt, jotka väitetysti ovat tunnistettavissa päteviksi oikeussään-

³⁶¹ Morawetz, ”Epistemology of Judging, Wittgenstein and Deliberative Practices”, s. 3–27.

³⁶² Kuten on tunnettua, Hart aloittaa *The Concept of Law* -teoksen huomauttamalla, miten itse oikeuden käsite on aidosti kiistanalainen. Hart, *The Concept of Law*, s. 1 *et seq.* Ks. myös tämän teoksen luku 2, ”Mitä oikeus on?”.

noiksi vain oikeuden tunnistamissäännön tarjoamien oikeuslähdeopillisten kriteerien avulla? Senkaltainen tunnistamissäännön määrittely tuntuisi olevan yhdenmukainen Hartin oikeusteorian selväsanaisesti oikeuspositivististen lähtökohtien kanssa, sillä muutoin voimassa olevan oikeuden ala rajautuisi viime kädessä ei-oikeudellisten eli esimerkiksi sosiologisten, moraalisten, uskonnollisten, poliittisten ja muiden kriteerien avulla. Vai onko tunnistamissääntö vain yhteiskunnallinen tosiasia eli kontingentti yhteiskunnallinen säännönmukaisuus, joka on havaittavissa tuomarien ja muiden viranomaisten tavallisesti varsin yhdenmukaisessa tavassa tunnistaa voimassa olevan oikeuden säännöt ja panna ne täytäntöön? Toisin kuin Kelsenin pelkästään hypoteettinen tai transsendentaalislooginen perusnormi (saks.: *Grundnorm*), kyse olisi tällöin empiirisesti todennettavissa olevasta kriteeristä, jolla ei kuitenkaan voi määritelmällisesti olla normatiivisesti velvoittavaa vaikutusta tuomarikuntaan nähden.³⁶³

Vaikka Hartin johdonmukaisesti käyttämä terminologia sisältää viittauksen tunnistamissäännön *sääntö*-kvaliteettiin, hän torjui varsin selväsanaisesti sen mahdollisuuden, että tunnistamissääntö voisi olla pätevä oikeussääntö:³⁶⁴

”We only need the word ‘validity’, and commonly only use it, to answer questions which arise *within* a system of rules where the status of a rule as a member of the system depends on its satisfying certain criteria provided by the rule of recognition. No such question can arise as to the validity of the very rule of recognition which provides the criteria; *it can neither be valid nor invalid but is simply accepted* as appropriate for use in this way.”

Ludwig Wittgensteinin myöhäisfilosofia on selvästi vaikuttanut Hartin argumentaatioon, sillä maineikas itävaltalaisfilosofi siis pohti samaan tapaan kysymystä perusmetrin itsensä pituudesta. Hart myös viittaa ohimennen tunnistamissäännön ja perusmetrin analogiaan.³⁶⁵ Wittgensteinin mukaan väitteet perusmetrin pituudesta ovat vailla mielekästä *semanttista referenssiä* eli toimivaa yhteisöllistä kielipelikontekstia, koska ei ole mitään perusmetristä itsestään riippumatonta vertailukohtaa, johon perusmetriä voitaisiin verrata sen pituuden määrittämiseksi.³⁶⁶ Vastaavasti, oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön itsensä ulkopuolella ei ole mitään vertailukohtaa, jota vasten voisimme ”mitata” oikeuden

³⁶³ Vastaavasti: onko Alf Rossin oikeusteorialle keskeinen tuomarikunnan sisäistämä normatiivinen ratkaisuideologia (tansk.: *den normative ideologi der besjæler dommeren*), joka käsittää tuomarikunnan sisäistämän oikeuslähdeopin sekä oikeudellisen argumentaatioteorian mallit, itsessään velvoittava normi vai onko siinä kyse pelkästään sosiaalisesta säännönmukaisuudesta ilman oikeudellista pätevyyslementtiä tai -vaadetta?

³⁶⁴ Hart, *The Concept of Law*, s. 105–106. (Hartin kursivointi sanassa ”within”; muut kursivoinnit lisätty.)

³⁶⁵ Hart, mts. 105–106.

³⁶⁶ Riitautin edellä Ludwig Wittgensteinin perusmetriargumentin. Ks. luku 9.11. ”Metrin pituudesta”.

perimmäisen pätevyyskriteerin itsensä validiteettia. Kun filosofisen analyysin päätteeksi kohtaamme oikeuden *viimekätisen* tunnistamissäännön, jonka avulla kysymys oikeudellisesta validiteetista ratkaistaan, kysymykset oikeudellisesta validiteetista eivät sen itsensä osalta ole enää mahdollisia.³⁶⁷

”... we are brought to a stop in inquiries concerning validity: for we have reached a rule which, like the intermediate statutory order and statute, provides criteria for the assessment of the validity of other rules; but it is also unlike them in that there is no rule providing criteria for the assessment of its own legal validity.”

Hart pyrki tarkoin erottamaan tunnistamissäännön Kelsenin puhtaan oikeusopin perusnormista, jonka velvoittavuus oli laadultaan vain hypoteettista tai edellytettyä, mutta keskeisvertailu Kelsenin perusnormin ja Hartin oikeuden tunnistamissäännön kesken on jostain syystä piilotettu Hartin teoksen alaviitteeseen.³⁶⁸ Siinä Hart huomauttaa, että Kelsenin perusnormista käyttämä terminologia – kuten ”oikeudellinen hypoteesi” ja ”hypoteettinen” tai ”postuloitu viimekätinen sääntö” sekä ”sääntö, joka on olemassa vain juristien tietoisuudessa” – hämärtää Hartin itsensä korostamaa ajatusta oikeuden viimekätisen validiteettikriteerin tosiasiallisesta luonteesta tai on suorastaan sen kanssa ristiriidassa.³⁶⁹ Hartin mukaan oikeuden tunnistamissääntö on olemassa (engl.: *exists*) vain tuomioistuinten, muiden viranomaisten sekä yksittäisten kansalaisten monimuotoisessa mutta yleensä varsin yhdenmukaisessa tavassa tunnistaa voimassa olevan oikeuden säännöt.³⁷⁰ Toiseksi, Kelsen puhuu johdonmukaisesti perusnormin (saks.: *Grundnorm*) pätevyydestä, kun taas Hartin mukaan ”kysymystä yleisesti hyväksytyn tunnistamissäännön pätevyydestä tai ei-pätevyydestä ei voi esittää irrallaan sen tosiasiallisesta olemassaolosta.”³⁷¹ Kolmanneksi, Kelsenin perus-

³⁶⁷ Hart, *The Concept of Law*, s. 104.

³⁶⁸ Hart, mts. 245–246 (alaviite s. 97). Hart viittaa Kelsenin *General Theory of Law and State* -teokseen, koska *Reine Rechtslehren* toisen laajennetun, vuoden 1960 laitoksen englanninkielinen käännösversio julkaistiin vasta 1967 eikä siten ollut saatavilla Hartin kirjoittaessa *The Concept of Law* -teosta.

³⁶⁹ Hart, mts. 245. Sanottu terminologia on tyypillinen Kelsenin *General Theory of Law and State* -vaiheen ajattelulle.

³⁷⁰ Hart, *The Concept of Law*, s. 107: ”... the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact.”

³⁷¹ ”... no question concerning the validity or invalidity of the generally accepted rule of recognition as distinct from the factual question of its existence can arise”. Hart, *The Concept of Law*, s. 245. Hartin argumentti on ristiriidassa hänen toisaalla esittämänsä väittämän kanssa, jonka mukaan kysymystä viimekätisen tunnistamissäännön pätevyydestä ei ylipäätään ole mahdollista esittää. Hart, *The Concept of Law*, s. 104, 105–106. Vrt. myös mts. 110, missä Hart toteaa: ”... they [judges] must generally share, accept, or regard as binding the ultimate rule of recognition specifying the criteria in terms of which the validity of laws are ultimately assessed.” (Kursivointi lisätty.)

normin sisältö on Hartin mukaan aina sama, käsittäen viittauksen historiallisesti varhaisimpaan perustuslakiin, kun taas tunnistamissäännön sisältö vaihtelee kulloinkin puheena olevan oikeusjärjestyksen omaksumasta oikeuslähdeopista riippuen. Lopuksi, ja toisin kuin Kelsen, Hart ei väitä, etteikö olisi loogisesti mahdollista pitää määrättyä oikeussääntöä pätevänä sääntönä ja samalla hyväksyä sitovaksi moraalinormia, joka kieltää oikeusnormin edellyttämän käyttäytymisen.³⁷²

Hartin oikeusteorian oikeuspositivististen lähtökohtien valossa viittaukset yleisesti velvoittavan, universaalien yhteiskuntamoraalin periaatteisiin, joihin luonnonoikeusfilosofia tukeutuu, on rajattu voimassa olevan oikeuden ulkopuolelle. Tämä ei tarkoita, etteikö vallitsevan tai kriittisen yhteiskuntamoraalin periaatteilla voisi sinänsä olla merkitystä, sillä analyttisen oikeuspositivismin näkökulmasta ne tarjoavat oikeuden *ulkoisen* kriteerin, jonka avulla voimassa olevien oikeussääntöjen sisältöä on mahdollista kriittisesti arvioida. Ajoittain kiivaassa intellektuaalisessa debatissa amerikkalaisen luonnonoikeusajattelijan Lon L. Fullerin kanssa Hart perusteli analyttiselle oikeuspositivismille keskeisen *erotteluteesin* (engl.: *separation thesis*) eli idean oikeuden ja moraalin tarkkarajaisesta erottamisesta toisistaan.³⁷³ Sanottu erotteluteesi on palautettavissa aina John Austinin tekemään erotteluun oikeuden voimassaolon (engl.: *law as it is*; ”the existence of law”) ja oikeuden sisällöllisen hyväksyttävyyden (engl.: *law as it ought to be*; ”its [law’s] merit or demerit”) välillä. Samasta syystä kuin Lon L. Fullerin luonnonoikeusoppi, skotlantilaisen Neil MacCormickin idea oikeuden viimekätisistä arvosidonnaisista ja tavoiterationaalisista perusteista, joiden avulla määrätyn oikeusjärjestyksen validiteettikriteerit hyväksytään (engl.: *underpinning reasons of law*), tai Aleksander Peczenikin ajatus oikeuden taustalla vaikuttavista perimmäisistä moraalipoliittisista taustaperusteista,³⁷⁴ eivät sovellu aidosti *oikeuspositivistisen* oikeuskäsityksen viimekätiseksi pätevyyskriteeriksi.

Hartin oikeusteoria käsittää yhtä kaikki myös luonnonoikeudellisen elementin, jota hän kutsui *luonnonoikeuden vähimmäissisällöksi* (engl.: *minimum content of natural law*). Hartin mukaan lainsäätäjä, joka sivuuttaisi täysin senkaltaiset kontingentit mutta yhtä kaikki paikkansa pitävät oikeudellisen sääntelyn tosiasialliset lähtökohdat kuin ihmisten haavoittuvuus, (vain) rajallinen altruistisuus, summittainen tasavahvuus ja (vain) rajallinen ymmärrys, ei voisi luottaa näiden vapaaehtoiseen normikonformiteettiin ylipäätään minkäänlaisen oikeudellisen sääntelyn kohdalla.³⁷⁵ Hart kritisoi varsin sarkastiseen sävyyn Lon L. Fulleria,

³⁷² Hart, mts. 246.

³⁷³ Hart, ”Positivism and the Separation of Law from Morals”, s. 49–87.

³⁷⁴ Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 226. Peczenik viittaa demokratiaan, oikeusvarmuuteen ja traditioon oikeudellisen argumentaation taustaperusteina.

³⁷⁵ Hart, *The Concept of Law*, s. 189–195.

jonka oikeuden sisäinen moraali (engl.: *internal morality of law*) rinnastui Hartin mukaan ”myrkyttämisen moraaliin” (engl.: *morality of poisoning*): jos tahdot tehokkaasti myrkyttää jonkun, niin vältä myrkkyjä, joiden muoto, väri tai koko on omiaan herättämään uhrin huomion.³⁷⁶ Tämä perustelee tulkinnan, jonka mukaan Hartin luonnonoikeuden vähimmäissisältö koostuu vain joukosta lainsäätäjälle osoitettuja *teknisiä normeja* länsimaisessa yhteiskunnassa, jonka tavoitteena on taata ihmiselämän jatkuvuus yhteisöllisen itsemurhahakuisuuden ja itsetuhoisuuden sijaan (engl.: *a non-suicidal society*),³⁷⁷ eikä Hartin tarkoituksena ollut perustella aidosti normatiivisten luonnonoikeudellisten sääntöjen kokonaisuutta oikeuspositivistisen oikeusteoriansa ytimeen. Hartin luonnonoikeuden vähimmäissisällössä on toisin sanoen kyse vain teknisistä toimintaohjeista lainsäätäjälle ja tuomioistuimille, ilman sitoutumista varsinaiseen sisällölliseen luonnonoikeusoppiin: ”jos tahdot lainsäätäjänä (tai tuomarina) saada aikaan oikeusjärjestyksen, jonka käsittämällä säännöillä on edes jonkinlaista tehokkuutta yhteiskunnassa, toimi siten, että kunnioitat asettamissasi säädöksissä (tai antamissasi tuomioistuinratkaisuisissa) kansalaisten henkeä, fyysistä koskemattomuutta ja omaisuuden suojaa, ja niin edelleen”.

Neil McCormick liittää tuomarien yhteisesti soveltaman tunnistamissäännön aikaansaaman yhdenmukaisuuden tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa varsin suorasukaisella tavalla oikeudellisen päätöksenteon rationaalisuusehtoihin.³⁷⁸

”Since only a madman would frame and adopt such a standard [i.e. rule of recognition] without conscious animadversion to the standards he sees and understands others in a like position of responsibility to be using, there are strong reasons to expect a high degree of agreement and conformity among the judiciary in this matter (...).”

McCormickin *mielipuolen tuomarin argumentti* painottaa tuomarikunnan oikeudellisen konformiteetin itseisarvoista merkitystä sekä liittää oikeuden tunnistamissääntöön tuomarien ammattikuntaan eli tuomariprofessioon sidotun normatiivisen velvoittavuuden.³⁷⁹ Oikeuden tunnistamissäännön velvoittavuuden

³⁷⁶ Hart, ”Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, s. 343–363 ja etenkin s. 350. Vrt. Fuller, *The Morality of Law*, etenkin s. 33–94.

³⁷⁷ Kyse on kontingentista kulttuurisesta tosiasiaista. Fanaattisten uskonnollisten yhteisöjen piirissä kollektiivista itsetuhoisuutta esiintyy aika ajoin eskatologisten käyttäytymismotiivien yhteydessä. Sodankäynnin tai poliittisen terrorin välineenä itsemurhaa on myös käytetty, esimerkiksi Japanin kamikaze-lentojen, New Yorkin World Trade Centeriin 11.9.2002 tehdyn terrori-iskun ja palestiinalaisten itsemurhapommi-iskujen merkityksessä. Yhteisölliseksi käyttäytymisnormiksi yleistettynä senkaltaisen itsetuhoisuus johtaisi tietenkin nopeasti koko yhteisön häviämiseen.

³⁷⁸ McCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, s. 241.

³⁷⁹ Vastaesimerkkinä voi arvioida toisinajattelevan, liberalistisesti ja ihmisoikeusmyönteisesti ajattelevan tuomarin asemaa entisen Neuvostoliiton tai minkä tahansa muun totalitaristisen valtion

perustana on *järkevän tuomarin* idea ja hänen ammatillinen itseymmärryksensä. Mutta mihin oikeudellisen yhdenmukaisuuden velvoite voidaan perustaa ilman, että ajaututaan Kelsenin edellytetyn, transsendentaalis-loogisen perusnormin kaltaisiin ajatuskonstruktioihin?³⁸⁰ Hart siis kiisti, että oikeuden tunnistamissääntöön voitaisiin liittää määre *pätevä* (tai: *ei-pätevä*) oikeussääntö, nojautuen tutkimukselliseen analogiaan Wittgensteinin perusmetriargumentin kanssa. Lisäksi hän huomauttaa, että tuomarikunnan yhteisesti hyväksymän oikeuden tunnistamiskriteerin olemassaolo on välttämätön ehto sille, että voimme ylipäättään puhua oikeusjärjestelmän eksistenssistä. Kontingentti yhteiskunnallinen tosiasia eli tuomioistuinten ja viranomaisten oikeudellisen ratkaisutoiminnan yhdenmukaisuus on näin muunnettu mielekästä yhteisöllistä kielenkäyttöä koskevaksi käsitteelliseksi kriteeriksi,³⁸¹ eikä Hart ole tässä kovin kaukana Kelsenistä, jolle edellytetty perusnormi toimii oikeusjärjestyksen yhtenäisyyden takeena.

Kun tunnistamissääntöön ei Hartin mukaan voida liittää ominaisuutta *pätevä/ ei-pätevä* tai *validi/ ei-validi*, se voi olla vain Pariisin perusmetrin kaltainen, empiirisesti havaittavissa oleva tosiasia – olkoonkin, että modernin oikeusjärjestyksen tunnistamisessa on kyse huomattavasti monimuotoisemmasta ja vaikeammin hahmotettavissa olevasta kriteeristä kuin mitä Pariisissa ilmatiiviisti säilytetty mittaamisstandardi edustaa. Hart huomauttaa, miten *The Concept of Law* -teoksessa on johdonmukaisesti omaksuttu kanta, jonka mukaan tunnistamissäännön olemassaolo voidaan todentaa ”vetoamalla tosiasioihin” (engl.: *by appeal to the facts*) eli ”tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tosiasialliseen menettelyyn niiden tunnistaessa ne oikeussäännöt, joita ne aikovat soveltaa”.³⁸² Oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön oikeudellista ratkaisukäytäntöä tosiasiallisesti yhdenmukaistava vaikutus voidaan havaita siinä, miten oikeusyhteisön käsitys voimassa olevan oikeuden säännöistä on tavallisesti varsin yhtenevä, ja vain ani harvoin jonkin velvoittavaksi väitetyt oikeussäännön validiteetti riitautetaan lainsoveltajien toimesta. Mutta kumpi on loogis-käsitteellisesti ensisijainen: oi-

virvakoneiston osana. Jos kaikki totalitaristisen oikeusjärjestelmän tuomarit, yhtä tuomaria lukuun ottamatta, pitävät tapanaan torjua vaikkapa ihmis- tai perusoikeusargumentin vallitsevan tuomarin-ideologian ja/tai tunnistamissäännön vastaisena, tulisiko siis toisinajatteleva tuomari luokitella hengenlahjoiltaan vähemmän kyvykkääksi? Oliko Oliver Wendell Holmes, Jr., joka tuli tunnetusti 1900-luvun ensimmäisten vuosikymmenten aikana eriävistä kannoistaan Yhdysvaltain liittovaltion Korkeimmassa oikeudessa (engl.: *the great dissenter*), vähäisemmässä määrin rationaalisesti toiminut tuomari kuin sanotuissa oikeustapauksissa enemmistössä olleet tuomarit?

³⁸⁰ Georg Jellinek kuvasi ihmisten taipumusta liittää riittävän pitkään jatkuneeseen yhteiskunnan tosiasialliseen tilaan normatiivista merkitystä termillä *die normative Kraft der Faktischen*. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, s. 337 *et seq.* ja s. 339–340. Jellinekin kanta oikeuden velvoittavuuteen on kuitenkin psykologinen väittäjä eikä senkaltainen väite, josta oikeuden viimekätinen pätevyysperusta voitaisiin johtaa tuon termin (oikeus)filosofisessa merkityksessä.

³⁸¹ Hart, *The Concept of Law*, s. 112–113: ”a necessary condition of our ability to speak of the existence of a single legal system”.

³⁸² Hart, mts. 245, alaviite sivulle 97.

keuden tunnistamissääntö oikeuden ja kaikenlaisen ”ei-oikeuden” viimekätisenä erottelukriteerinä vaiko se oikeudellinen tuomioistuin-, viranomais- ja kansalaiskäytäntö, jonka tosiasiallinen yhdenmukaisuus on väitetysti tuotettu oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön avulla? Jos oikeuden tunnistamissääntö ”on olemassa vain tuomioistuinten, viranomaisten ja yksittäisten kansalaisten monimuotoisena mutta tavallisesti yhdenmukaisena oikeuden tunnistamiskäytäntönä”,³⁸³ miten se voidaan käsitteellisesti (ja tieto-opillisesti) erottaa vallitsevasta tuomioistuin-, viranomais- ja kansalaiskäytännöstä?

Oikeus/ei-oikeus -erottelun ulkoisen referenssin puuttuessa Hart joutuu määrittelemään voimassa olevien oikeussääntöjen tunnistamisen³⁸⁴ sekä tunnistamissäännön itsensä tunnistamisen loogisen päättelyn kehän avulla: voimassa olevat oikeussäännöt ovat väitetysti tunnistettavissa vain oikeuden tunnistamissäännön avulla, mutta oikeuden tunnistamissääntöä itseään ei voi tunnistaa muutoin kuin viittaamalla vallitsevaan, väitetysti yhdenmukaiseen oikeussääntöjen tunnistamiskäytäntöön tuomioistuimissa ja muissa viranomaisissa, ja niin edelleen, *ad infinitum*. Tunnistamissäännön itsensä tunnistamisen edellyttämän kehämäisen määrittelyn dilemmaa voi havainnollistaa argentiinalaisen kirjailijan Jorge Luis Borgesin oivaltavalla tarinalla tieteellisestä täsmällisyydestä, *Del Rigor en la Ciencia*:³⁸⁵

”... kartanpiirtämisen taito saavutti tuossa keisarikunnassa sellaisen täydellisyys, että yksittäisen maakunnan kartta peitti kokonaisen kaupungin sekä keisarikunnan kartta kokonaisen maakunnan. Ajan myötä näitä suunnattomia kartoja alettiin pitää riittämättöminä, joten kartografiset kollegiot valmistivat

³⁸³ ”For whereas a subordinate rule of a system may be valid and in that sense ‘exist’ even if it is generally disregarded, the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact.” Hart, mts. 107.

³⁸⁴ Itse asiassa tulisi oikeammin ja täsmällisemmin puhua tuomaria velvoittavien (institutionaalisten) *oikeuslähteiden* tunnistamisesta, joista velvoittavat oikeussäännöt ovat oikeudellisen argumentaatioteorian tarkoittamalla tavalla johdettavissa. Vrt. Hart, *The Concept of Law*, s. 98, missä Hart viittaa kirjoitettuun valtiosääntöön, lainsäädäntöön sekä prejudikaatteihin tunnistamissäännön osoittamina modernin oikeuden oikeuslähteinä, mihin luetteloon myös lain esityöt (ransk.: *travaux préparatoires*) luonnollisesti kuuluvat manner-eurooppalaisen ja skandinaavisen oikeuden järjestelmissä.

³⁸⁵ Borges, ”Del rigor en la ciencia”, s. 143: ”... En aquel Imperio, el Arte de la Cartografía logró tal Perfección que el mapa de una sola Provincia ocupaba toda una Ciudad, y el mapa del Imperio, toda una Provincia. Con el tiempo, esos Mapas Desmesurados no satisficieron y los Colegios de Cartógrafos levantaron un Mapa del Imperio, que tenía el tamaño del Imperio y coincidía puntualmente con él.” (Suomenkielinen käännös on allekirjoittaneen.) – Vrt. Borges, ”On Exactitude in Science”, s. 131: ”In that Empire, the craft of Cartography attained such Perfection that the Map of a Single province covered the space of an entire City, and the Map of the Empire itself an entire Province. In the course of Time, these Extensive maps were found somehow wanting, and so the College of Cartographers evolved A Map of the Empire that was of the same Scale as the Empire and that coincided with it point for point.”

lopulta kartan, joka oli saman kokoinen kuin keisarikunta ja vastasi sitä täydellisesti ...”

Se mitä Borges kirjoitti luonnollisen kokoisesta, yksi – yhteen -mittakaavassa toteutetusta keisarikunnan kartasta maantieteellisen representaation täsmällisyyden huipentumana, soveltuu myös oikeuspositivistin unelmaan ”oikeuden valtakunnan” rajojen määrittelystä Hartin oikeuden tunnistamissäännön avulla. Jos oikeuden tunnistamissääntöä ei voi käsitteellisesti ja tieto-opillisesti erottaa siitä oikeudellisesta tuomioistuin- ja viranomaiskäytännöstä, jolle se väitetytsti tarjoaa oikeuden tunnistamisessa käytettävän kriteerin tai kriteerit, oikeuden tunnistamissääntö ja vallitseva tuomioistuin- ja viranomaiskäytäntö ovat lopultakin käsitteellisesti identtiset eli yksi ja sama asia. Oikeuden tunnistamissääntö, joka on Hartin tarkoittamalla tavalla määritelty empiiris-sosiologisena yhteiskunnallisena tosiasiana eli oikeudellisen ratkaisutoiminnan ilmentämänä säännönmukaisuutena ilman Kelsenin perusnormin kaltaista edellytettyä, transsendentaalisloogista tai mitään muunkaanlaista normatiivista velvoittavuutta, on Borgesin keisarillisten kartanpiirtäjien saavutuksen tavoin identtinen semanttisen *kohdereferenssinsä* eli vallitsevan tuomioistuin- ja viranomaiskäytännön kanssa, vailla omaehtoista käsitteellistä, ontologista tai epistemologista identiteettiä.

Hartin oikeuden tunnistamissäännön ”mahdollisten maailmojen” ontologia ja semantiikka rajautuu näin käsitteelliseen tilaan, jonka rajapyykkeinä ovat yhtäältä Kelsenin transsendentaalis-loogisen perusnormin vain hypoteettinen velvoittavuus, toisaalta Borgesin fiktiivisten kartanpiirtäjien luonnollisessa koossa toteuttama representaatio kartografisen (eli oikeudellisen) kuvauksen kohteesta. Kumpikaan ei kykene perustelemaan oikeuden tunnistamissäännölle tyydyttävää ontologista, käsitteellistä ja epistemologista perustaa. Tunnistamissäännön määrittelyminen velvoittavaksi oikeussäännöksi johtaa kiusalliseen filosofiseen pulmaan, kun kysytään, mihin oikeuden viimekätisen kriteerin itsensä velvoittavuus voidaan silloin perustaa. Kelsenin lukuisat erilaiset ehdotukset hypoteettisen, transsendentaalis-loogisen perusnormin määrittelyksi ovat tästä esimerkkinä, ja tuotantonsa viimeisessä vaiheessa hän määritteli perusnormin vain tarkoituksenmukaiseksi fiktioksi Hans Vaihingerin *als ob* eli *ikään kuin* -filosofian merkityksessä.³⁸⁶ Hart hylkäsi selväsanaisesti oikeuden tunnistamissäännön muodollisen validiteetin mahdollisuuden, todeten, että ”tunnistamissääntö ei voi olla pätevä tai ei-pätevä [oikeussääntö], vaan se on yksinkertaisesti hyväksytty tarkoitukseensa”.³⁸⁷ Toisaalta tunnistamissäännön puhtaasti empiiris-sosiologinen määrittely tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten oikeudellisessa

³⁸⁶ Kelsen, *General Theory of Norms*, s. 256.

³⁸⁷ Hart, *The Concept of Law*, s. 105: ”... it [the rule of recognition] can neither be valid nor invalid but is simply accepted as appropriate for use ...” Vrt. mts. 104: ”there is no rule providing criteria for the assessment of its [the rule of recognition’s] own legal validity.”

ratkaisutoiminnassa vallitsevana säännönmukaisuutena johtaa tilanteeseen, jossa sanotulle oikeus/ei-oikeus -differentiaation erottelukriteerille ei jää omaehtoista käsitteellistä, ontologista ja epistemistä tilaa suhteessa sen semanttiseen kohdareferenssiin eli vallitsevaan tuomioistuin- ja viranomaiskäytäntöön, *ex analogia* Jorge Luis Borgesin kartanpiirtäjäargumentti. Mutta onko vielä kolmaskin vaihtoehto, pulmallisen fakta/normi ja oikeus/ei-oikeus -erottelun ulkopuolella?

12.4. Ontologiasta epistemologiaan: ulkoisen näkökulman tosiasialauseet ja sisäisen näkökulman pätevyyslauseet

Hart oli varsin hyvin selvillä ongelmista, jotka oikeusfilosofi kohtaa koettaessaan sijoittaa oikeuden tunnistamissäännön *oikeus/ei-oikeus* tai *normi/fakta* -akselille. Hartin tutkimuksellinen itsereflektio osoittaa selvästi, miten hän oli havainnut puheena olevan ongelman ja etsi siitä (turhaan) ulospääsytieta:³⁸⁸

”The first difficulty is that of classification; for the rule which, in the last resort, is used to identify the law escapes the conventional categories used for describing a legal system, though these are often taken to be exhaustive. (...) Plainly the rule that what the Queen in Parliament enacts is law does not fall into either of these categories. (...) This aspect of things extracts from some a cry of despair: how can we show that the fundamental provisions of a constitution which are surely law are really law? Others reply with the insistence that at the base of legal systems there is something which is ‘not law’, which is ‘pre-legal’, ‘meta-legal’, or is just ‘political fact’. The uneasiness is a sure sign that the categories used for the description of the most important feature in any system of law are too crude. The case for calling the rule of recognition ‘law’ is that the rule providing criteria for the identification of other rules of the system may well be thought a defining feature of a legal system, and so itself worth calling ‘law’; the case for calling it ‘fact’ is that to assert that such a rule exists is indeed to make an external statement of an actual fact concerning the manner in which the rules of an ‘efficacious’ system are identified. Both these aspects claim attention but we cannot do justice to them both by choosing one of the labels ‘law’ or ‘fact’. Instead, we need to remember that the ultimate rule of recognition may be regarded from two points of view: one is expressed in the *external statement of fact* that the rule exists in the actual practice of the system; the other is expressed in the *internal statement of validity* made by those who use it in identifying the law.”

Tekstikatkelma välittää hyvin sen älyllisen huimauksen, jonka Hart koki oivaltaessaan, ettei ole mitään kiinteää perustaa, johon oikeuden viimekätisen pätevyys- tai erottelukriteerin voisi hänen hyväksymiensä analyyttisen oikeuspositivismin (tai oikeusrealismin) premissien vallitessa kiinnittää, olkoonkin, että

³⁸⁸ Hart, mts. 107–108 (kursivoinnit lisätty).

hän saa varsin nopeasti intellektuaalisen tasapainonsa takaisin. Hartin mukaan oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön yhtä hyvin kuin minkä tahansa muun oikeuden viimekätisen kriteerin luokittelussa on sinänsä perusteita omaksua jompikumpi tarjolla olevista vaihtoehdoista *oikeus/ei-oikeus* tai *normi/fakta* -merkityksessä, mutta kumpikaan niistä ei kuitenkaan tee täysimääräisesti oikeutta oikeuden viimekätiselle pätevyyskriteerille. Välttääkseen joutumasta epämääräiselle *ontologiaa edeltävän filosofian* alueelle, missä tavanomaiset logiikan ja filosofisen lingvistiikan lait eivät päde, Hart muotoilee kysymyksen oikeuden tunnistamissäännön sääntö/tosiasia -luonteesta nopeasti uudelleen. Hänen mukaansa on kaksi mahdollista näkökulmaa oikeuteen: yhtäältä tuomarin tai muun oikeussääntöjen velvoittavuuteen sitoutuneen oikeudellisen toimijan *sisäinen näkökulma* oikeuteen, toisaalta oikeussosiologin tai muun yhteiskuntatieteen tutkijan *ulkoinen näkökulma* oikeuteen.³⁸⁹ Samalla oikeudellisen *ontologian* pulma oikeuden tunnistamissäännön itsensä normi/fakta -luokittelusta on muuntunut oikeudellisen *epistemologian* ongelmanasetteluksi, jossa keskeistä on nyt sisäinen tai ulkoinen eli *tuomarin* tai *oikeussosiologin* tiedonintressi ja näkökulma oikeuteen, ei enää tunnistamissäännön itsensä ontallinen status normi/fakta -asteikolla.

Oikeutta *ulkoisesta* näkökulmasta koskevat tosiasiaväitteet (engl.: *external statements of fact*) viittaavat oikeussäännön empiiriseen tai tosiasialliseen voimassaoloon tuomioistuinten ja viranomaisten oikeudellisessa ratkaisukäytännössä tai kansalaisten käyttäytymisessä. Näkökulma on tällöin (oikeus)sosiologin tai muun oikeuden ulkoisen tarkkailijan tai havaintojen tekijän näkökulma, joka ei ole sitoutunut sanottuihin oikeusohjeisiin oman ja toisten käyttäytymisen normatiivisena arviointikriteerinä. Hartin esimerkki ulkoisesta näkökulmasta oikeuteen on: ”Englannissa hyväksytään oikeudeksi ... se mitä kuningatar valtiopäiville kokoontuneessa parlamentissa säätää” (*In England they recognise as law ... whatever the Queen in Parliament enacts*).³⁹⁰ Toisaalta, *sisäisestä* näkökulmasta esitetyt oikeudelliset voimassaolo-, pätevyys- eli validiteettiväitteet (engl.: *internal statements of validity*) ovat puolestaan lauseita, joissa yhteisesti hyväksyttyä sääntöjoukkoa käytetään *normatiivisena mittapuuna* eli kriteerinä, jonka avulla tai jota vasten puhuja arvioi omaansa tai jonkun toisen käyttäytymistä, oli sitten kyse juttua ratkaisevasta tuomarista tai oman toimintansa lainmukaisuutta arvioivasta yksittäisestä kansalaisesta. Sisäistä näkökulmaa edustavat lauseet sisältävät vaateen norminmukaisesta käyttäytymisestä sekä normatiivisen moitteiden tilanteesta, jossa käyttäytymisstandardeja ei ole asianmukaisesti noudatettu.

³⁸⁹ Hart, mts. 83, 86–88, 96 ja 99. – Hartin kahtiajako sisäiseen/ulkoiseen näkökulmaan ei tavoita tyydyttävällä tavalla lainopin harjoittajan erityistä näkökulmaa oikeuteen, jota Aulis Aarnio on kutsunut tieto-opillisesti sisäiseksi mutta organisatorisesti ulkoiseksi näkökulmaksi oikeuteen.

³⁹⁰ Hart, mts. 99.

Normatiivista merkitystä saavat termit, kuten ”pitää”, ”täytyy” tai ”pitäisi”,³⁹¹ ovat (tavallisesti) osoituksena sisäisestä näkökulmasta oikeuteen. Senkaltaisen kielenkäytön tarkoituksena on kiinnittää huomio voimassa olevan oikeuden kansalaisille ja viranomaisille asettamiin käyttäytymisodotuksiin. Hartin esimerkki tuomarin, muun lakia soveltavan viranomaisen tai oikeudellisen riidan osapuoleksi joutuneen yksityisen kansalaisen sisäisestä näkökulmasta oikeuteen on: ”Voimassa olevan oikeuden mukaan on siten, että ...” (*It is the law that ...*).³⁹²

Amerikkalaistuomari Oliver Wendell Holmesin oikeudellisen ennusteteorian mukainen *pahan miehen* eli potentiaalisen lainrikkokan näkökulma oikeuteen – *miten (esimerkiksi) Massachusettsin tai Englannin tuomioistuimet tulevat todennäköisesti asiassa menettelemään, jos toimin lainvastaisesti ... (niin-täin)*?³⁹³ – edustaa kiinnostavalla tavalla Hartin sisäisen ja ulkoisen näkökulman yhdistävää oikeudellista tiedonintressiä. Holmesin paha mies suhtautuu voimassa olevan oikeuden sääntöihin instrumentaalisesti ja suunnittelee niiden rikkomista oman etunsa tavoittelemiseksi. Näin ollen hän ei ole sitoutunut voimassa olevan oikeuden sääntöihin oman toimintansa normatiivisena arviointikriteerinä (engl.: *reflective critical attitude*), niin kuin Hartin sisäinen näkökulma ja sen moitetta osoittavat normatiiviset käsitteet edellyttäisivät.³⁹⁴ Hartin sisäinen näkökulma oikeuteen tuntuu toisin sanoen edellyttävän voimassa olevan oikeuden asettamien käyttäytymisvaateiden ainakin jonkinasteista hyväksyntää. Toisaalta, Holmesin ”pahan miehen” näkökulma ei ole puhtaasti ulkoinenkaan eli (oikeus)sosiologin tiedonintressiin rinnastuva näkökulma oikeuteen, koska hän aikoo joka tapauksessa sovittaa oman vastaisen käyttäytymisensä sanotunlaisen hyöty- ja haittalaskelman mukaiseksi, missä ennusteilla tulevista tuomioistuinratkaisuksista ja siten voimassa olevan oikeuden normatiivisilla käyttäytymisvaateilla on keskeinen sija. Tässä tulkintani on toinen kuin Hartin, joka rinnastaa Holmesin lainrikkokan ennusteteoreettisen tiedonintressin oikeuden ulkoiseen näkökulmaan.³⁹⁵

Entä millainen näkökulma tuomarilla, muulla viranomaisella tai yksittäisellä kansalaisella voi olla oikeuden viimekätiseen tunnistamissääntöön (engl.: *ultimate rule of recognition*)? Hartin oman määrittelyn mukaan oikeuden viimekätinen tunnistamissääntö, jonka avulla keskeiserottelu oikeus/ei-oikeus teh-

³⁹¹ Englanniksi: *ought, must, should*.

³⁹² Hart, mts. 99.

³⁹³ Holmes, ”The Path of the Law”, s. 460–461.

³⁹⁴ Hart, mts. 55–56, 86–88, 197.

³⁹⁵ Hart, mts. 197: ”Hence a society with law contains those who look upon its rules from an internal point of view as accepted standards of behaviour, and not merely as reliable predictions of what will befall them, at the hands of officials, if they disobey. But it also comprises those upon whom, either because they are malefactors or mere helpless victims of the system, these legal standards have to be imposed by force of threat of force; they are concerned with the rules merely as a source of possible punishment.”

dään, väistää oikeussääntöihin käsitteellisesti liittyvän pätevyysarvion eli ”validi/ei-validi” -luokittelun.³⁹⁶ Myöskään tunnistamissäännön moraaliperustainen pätevyys ei ole mahdollinen, jos ja kun Hartin oikeusteorian julkilausutusti oikeuspositivistisista perusteista tahdotaan pitää kiinni eikä oikeutta määritellä luonnonoikeusfilosofian tavoin viittaamalla ehdottomaan yhteisölliseen tai uskonnolliseen oikeudenmukaisuuteen sen velvoittavuuden viimekätisenä perustana. Mutta jos oikeuden tunnistamissääntöön ei voi liittää määrettä ”pätevä” tai ”velvoittava” sääntö, niin kuin Hart itse toteaa, sisäinen näkökulma oikeuteen sekä sitä ilmentävät oikeudelliset pätevyys- eli voimassaololauseet (engl.: *internal statements of validity*) eivät ole nekään mahdollisia ilman, että syyllistytään *kategoriavirheeseen* (engl.: *category-mistake*) filosofi Gilbert Rylen tarkoittamassa merkityksessä. Ilman sisäisen näkökulman mahdollisuutta ja velvoittavan (oikeus)säännön käsitettä katoaa mielekäs käyttöyhteys myös senkaltaiselta normatiivisesti arvottavalta kielenkäytöltä, jota Hartin omat ilmaisut *käyttäytymisen arviointikriteeri*, *kritiikin perusta* tai *perustelu normikonformiteetin, sosiaalisen paineen tai rangaistuksen vaateille* edustavat.³⁹⁷

Ongelma tunnistamissäännön tahi minkä tahansa muun oikeuden ja ei-oikeuden viimekätisen erottelukriteerin luokittelusta ei häviä eikä ratkea muuntamalla oikeudellisen *ontologian* oikeus/ei-oikeus tai sääntö/säännönmukaisuus -luokitteluongelma oikeudellisen *epistemologian* kysymykseksi, jolloin keskeistä onkin tuomarin ja sosiologin sisäinen tai ulkoinen näkökulma oikeuteen. Kumpikaan tarjotuista vaihtoehdoista, sisäinen tai ulkoinen tiedonintressi ja näkökulma oikeuteen, ei lisäksi ole ongelmaton oikeuden viimekätiseen tunnistamissääntöön sovellettuna. Hartin oma, tunnistamissäännön pätevyyden poissulkeva määrittely rajaa pois sisäisen näkökulman eli sanotun kriteerin velvoittavuuteen kiinnittyvän vaihtoehdon, rajaten samalla pois Kelsenin hypoteettisen perusnormikonstruktion kaltaiset ratkaisuehdotukset. Toisaalta, *ex analogia* Borgesin kartanpiirtäjäargumentti, oikeuden tunnistamissäännön puhtaasti empiiris-sosiologinen määrittely, joka toteuttaa puhtaasti ulkoista tiedonintressiä ja näkökulmaa tunnistamissääntöön, ei jätä tunnistamissäännölle itsenäistä käsitteellistä, ontologista tai episteemistä identiteettiä suhteessa sen *semanttiseen kohdereferenssiin* eli tosiasiallisesti vallitsevaan tuomioistuini- ja viranomaiskäytäntöön.

Hart viittaa edellä lainatussa tekstikatkelmassa myös kolmanteen vaihtoehtoon normi/fakta tai sääntö/tosiasia -jaottelun ulkopuolella, rajaten sen kuitenkin epätydyttävänä oman analyysinsä ulkopuolelle. Hän toteaa, miten eräät kirjoittajat ovat nimenneet oikeuden viimekätisen perustan *ei-oikeudelliseksi*, *esi-oikeudelliseksi* tai *metaoikeudelliseksi* ilmiöksi tai se on saatettu nimetä vain *poliiti-*

³⁹⁶ Hart, mts. 105: ”... it can neither be valid nor invalid but is simply accepted as appropriate for use”.

³⁹⁷ Hart, mts. 83, 96.

tiseksi tosiasiaksi. Turvautuminen välttelevään tai epäsuoraan terminologiaan osoittaa hyvin perinteisen käsitteistön riittämättömyyden, kun on kyse oikeuden perimmäisten premissien luokittelusta, eikä analyttinen oikeuspositivismi kannalyysiä tämän pidemmälle. Vastausta on etsittävä toisaalta, *post-analyttisestä oikeusfilosofiasta*,³⁹⁸ jonka avulla analyttisen oikeusteorian omat viimekätiset premissit on mahdollista ottaa lähemmän tarkastelun kohteeksi. Kysymys oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön itsensä ontologiasta ja epistemologiasta johtaa lopulta oikeuden *infrastruktuuritason* premissien eli oikeuden *infrastruktuurien* määrittelyyn post-analyttisen oikeusfilosofian tarkoittamalla tavalla.

12.4. Standardinormi ja oikeuden infrastruktuurit

Oikeuden *infrastruktuurit* eli *infrastruktuuritason* premissit vastaavat kysymykseen oikeuden viimekätisten edellytysten itsensä asemasta. Kyse on esimerkiksi oikeuden viimekätisen pätevyys- tai erottelukriteerin itsensä luokittelusta *normi/fakta* tai *velvoittava sääntö/yhteiskunnallinen tosiasia* -kategorioiden merkityksessä. *Ex analogia* Wittgensteinin perusmetrianalogia voi puhua myös oikeuden *standardinormin* määrittelystä.

Analyttinen oikeuspositivismi mieltää voimassa olevan oikeuden suljettuna normijärjestelmänä, joka on erotettavissa esimerkiksi yhteiskuntamoraalin, uskonnon tai tapaetikein käyttäytymisnormeista eri tavoin määritellyn formaalin tunnistamiskriteerin avulla. Hans Kelsenin transsendentaalis-looginen perusnormi (saks.: *Grundnorm*) ja H.L.A. Hartin viimekätinen oikeuden tunnistamissääntö (engl.: *ultimate rule of recognition*) ovat kaksi vaihtoehtoa senkaltaiseksi oikeuden ”standardinormiksi”, joka oikeuden perimmäisellä eli *infrastruktuuritasolla* rajaa voimassa olevan oikeuden käsitteellisesti, epistemologisesti ja ontologisesti eroon kaikesta, mikä ei ole oikeutta, esimerkiksi vallitsevan yhteiskuntamoraalin tai uskonnon käyttäytymisnormien merkityksessä: ”oikeussääntö, jonka velvoittavuus voidaan johtaa edellytetystä perusnormista sekä sen osoittaman historiallisesti varhaisimman perustuslain käsittämästä norminantovaltuutuksesta, on voimassa olevaa oikeutta” (Kelsen) tai ”oikeussääntö, joka on tunnistettavissa tuomarikunnan ja muiden lakia soveltavien viranomaisten kollektiivisesti ja yhdenmukaisesti hyväksymän oikeuden tunnistamissäännön avulla, on voimassa olevaa oikeutta” (Hart). Kun on kyse yksittäisen oikeusnormin validiteetin ”mittaamisesta” oikeuden viimekätisen pätevyys- tai erottelukriteerin avulla, sovellettavat arviointikriteerit ovat siis varsin etäällä Pariisin perusmetri-standardin käsin kosketeltavasta konkreettisuudesta ja havainnollisuudesta.

³⁹⁸ Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 17–39, 197–248, 255–260 ja 264–267. On toisin sanoen irtauduttava analyttisestä oikeusteoriasta filosofisen dekonstruktion keinoin.

Oikeuden systeemisen suljettuisuuden idea palautuu John Austinin tekemään erotteluun oikeuden muodollisen voimassaolon (engl.: *law as it is*) ja oikeuden sisällöllisen hyväksyttävyyden (engl.: *law as it ought to be*) välillä³⁹⁹ sekä Kelsenin *Puhtaan oikeusopin* metodisen puhtauden vaatimukseen: jotta Humen lakia ei rikottaisi ja yhteiskunnallisista tosiasioista (saks.: *Sein*; engl.: *Is*) tehtäisi loogisessa katsannossa luvattomia päätelmiä arvoihin tai oikeusnormeihin (saks.: *Sollen*; engl.: *Ought*), yksittäisen oikeusnormin pätevyys voi perustua vain toiseen, yhtä lailla pätevään ja hierarkkisesti arvioitavana olevaa normia ylemmän-asteiseen oikeusnormiin.⁴⁰⁰ Mutta silloin kysymystä tuon normijärjestelmän ulommaisista rajoista tai viimekätisistä perusteista ei voi esittää muutoin kuin sanotun systeemin oman, sanotunlaisella metafysiikalla ”kylästytyksen” käsitteistön avulla, oli sitten kyse Kelsenin perusnormista, Hartin oikeuden tunnistamissäännöstä tai mistä tahansa muusta oikeus/ei-oikeus -differentiaation viimekätisestä kriteeristä. Jos Hartin tunnistamissääntö luokitellaan joko päteväksi säännöksi tai tosiasialliseksi yhteiskunnalliseksi säännönmukaisuudeksi, joudutaan kiellettyyn *loogisen päättelyn* kehään tai *päättymättömään regressioon*: tunnistamissääntöä joudutaan soveltamaan paradoksaalisesti myös sen itsensä tunnistamiseen tai, vaihtoehtoisesti, joudutaan turvautumaan hierarkkisesti korkeampaan eli $(n+1)$ -tason tunnistamissääntöön (n) -tason tunnistamissäännön tunnistamiseksi, jolloin kysymys viimeisimmässä luokittelussa käytetyn erottelukriteerin omasta normi/fakta -statuksesta siirtää ongelmaa loputtomiin aina vain ylemmälle tarkastelutasolle.

Toisin kuin filosofi Ludwig Wittgenstein kirjoitti, hänen perusmetriargumentinsa ei nähdäkseni päde Pariisin pituusmittaamisstandardin eli perusmetrin arvioimiseen,⁴⁰¹ mutta siirrettynä oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin tarkasteluun normi/fakta tai oikeus/ei-oikeus -merkityksessä se pitää paikkansa. Voimme siten Wittgensteinia mukailien kirjoittaa:⁴⁰²

On olemassa *yksi* ”esine”, josta ei voi väittää, että se *on* pätevä sääntö, eikä, että se *ei ole* pätevä sääntö: Tämä esine on oikeuden viimekätinen pätevyyskriteeri eli oikeuden tunnistamissääntö. – Näin sanoessamme emme ole tietenkään liittäneet tähän ”esineeseen” mitään merkillistä ominaisuutta, vaan ainoastaan luonnehtineet sen omalaatuista roolia tunnistamissäännön avulla tapahtuvassa oikeussäännön pätevyuden arvioimisen pelissä.

Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin, kuten perusnormin tai oikeuden tunnistamissäännön, luokittelu *normi/fakta*, *oikeus/ei-oikeus* tai *pätevyys/tehok-*

³⁹⁹ Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 157.

⁴⁰⁰ ”Der Geltungsgrund einer Norm kann nur die Geltung einer anderen Norm sein.” Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 196. Vrt. Kelsen, *Pure Theory of Law*, s. 193.

⁴⁰¹ Vrt. luku 9.11. ”Metrin pituudesta”, missä perustelin sanotun väitteen.

⁴⁰² Vrt. Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, § 50 (s. 55).

kuus -merkityksessä on radikaalilla tavalla *ratkeamaton*. Tunnistamissääntö on samalla kertaa inklusiivinen ja eksklusiivinen eli *sekä – että ja ei – eikä* suhteessa oikeuden suljetun sfäärin perustavaan *normi/fakta, velvoittava sääntö/yhteiskunnallinen säännönmukaisuus* tai *oikeus/ei-oikeus* -jaotteluun. Se on toisin sanoen pätevä sääntö ja yhteiskunnallinen tosiasia, eikä se kuitenkaan ole aidosti kumpikaan näistä. Se väistää onnistuneesti *normi/fakta* -luokittelun, koska sen alistaminen sanotun käsitedikotomian jommankumman osatekijän alle mitätöisi sanotun jaottelun siten aiheutetun loogisen kehän myötä. Toisena vaihtoehtona on ongelman siirtäminen askelta ylemmälle argumentaation metatasolle, jolloin sama filosofinen pulma vain kertaautuu astetta ylemmällä tarkastelutasolla, *ad infinitum*. Kyse on filosofisesta dilemmasta, joka toteutuu minkä tahansa suljetun, määrätynlaiset ”sanat” ja ”asiat” keskenään yhdistävän tietoteoreettisen ja käsitteellisen luokittelujärjestelmän ulommaisten reunojen tai perimmäisten premissien kohdalla: ei ole vapaata käsitteistöä, jonka avulla oikeuden viimekätiset kriteerit voitaisiin luokitella *normi/fakta* -jaottelun säilyttävällä tavalla kyseisessä ”metafysiikasta” irrallaan.

Kun Hartin tunnistamissääntöä ei voi lukita *normi/fakta, velvoittava sääntö/yhteiskunnallinen säännönmukaisuus* tai *oikeus/ei-oikeus* -kahtiajaon kumpaan-kaan osatekijään ilman, että sanottu käsitedikotomia samalla mitätöityy, on kyse ”kolmannesta kategoriasta” (kreikk.: *triton genos*), joka sijoittuu *normi/fakta* tai *oikeus/ei-oikeus* -dikotomian ulkopuolelle. Kelsenin perusnormi ja Hartin viimekätinen tunnistamissääntö rinnastuvat näin ontologiselta statukseltaan Platonin omalaatuiseen termiin *khōra*, joka ei taipunut kreikkalaisfilosofin muutoin dualistisen ontologian alaisuuteen: *muoto/sisältö*, järjen avulla tajuttava/aistein havaittava, muuttumaton/muutuva, *logos/mythos*. Oikeuden infrastruktuuritason premissit ovat toisin sanoen perinteisen länsimaisen kaksiarvologiikan tavoittamattomissa. Niitä ei voi *kohteellistaa* ja *käsitteellistää* eli tuoda määrätynlaisella metafysiikalla kyllästetyn oikeudellisen kielen ja oikeudellisen epistemologian piiriin ilman, että niiden tehtävä *oikeus/ei-oikeus* tai *normi/fakta* -jaottelun perimmäisenä edellytyksenä samalla mitätöityy ja pyyhkiytyy yli.⁴⁰³ Sen vuoksi oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin *rekonstruktio* merkitsee samalla oikeuden *dekonstruktio*ta sen infrastruktuuritason premissien *radikaalin ratkeamattomuuden* merkityksessä.

Q.E.D. (= *quod erat deconstruendum*).

⁴⁰³ Vrt. Derrida, *On the Name*, s. 89–127; Platon, *Timaeus*, § 49a (s. 735), § 52a–c (s. 738–739); Siltala, ”The Quest for the Ultimate Premises of the Law”, s. 420–423.

10. Oikeustieteen nykytila ja tulevaisuus

1. SUHTEELLISIA TOTUUKSIA OIKEUDESTA

Oikeustieteen tieteenteoria on teoria oikeudesta ja oikeustieteestä, jonka tieteenteoreettiset koordinaatit on lukittu kahteen tutkimussuuntaukseen: yhtäältä Alf Rossin ja tulkintani mukaan myös H.L.A. Hartin edustamaan *analyyttiseen oikeusrealismiin* sekä toisaalta Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin edustamaan *institutionaaliseen oikeuspositivismiin*, jonka taustalla on John L. Austinin ja John Searlen kehittämä sääntösidonnaisten puhetekojen teoria. Lähtökohtana on perusteltu filosofinen epäily kaikkia absoluuttisia oikeudellisia ja yhteiskunnallisia totaali-teorioita kohtaan, jotka ilmoittavat löytäneensä *Sen Ainoan Oikean* näkökulman oikeuteen, joka lopullisesti lakkauttaa oikeusfilosofien pitkälliset kiistat oikeuden ja oikeustieteen määrittelystä, oli sitten kyse oikeuden ”itseannetusta” ja apriorisesta olemuksesta tai mistä tahansa muista oikeutta ja yhteiskuntaa jäsentävistä käsitteellisistä välttämättömyyksistä. Oikeuteen ei ole *absoluuttista* tai ainoaa oikeaa tutkimuksellista näkökulmaa. Toisaalta, oikeuteen ei voi myöskään olla *näkökulmaa ei-mistään*, vaan oikeustieteen tieteenteoreettiset sitoumukset on lukittava *johonkin* vaihtoehtoisiin tarkastelutavoista.

Ilman mahdollisuutta kertakaikkisesti annettuun ja vakioituun Arkhimedeeseen pisteeseen, johon kaikki vastainen tutkimus voitaisiin lopullisesti kiinnittää, oikeuden ja yhteiskunnan tutkimus alkaa aina ehdollisilla sanoilla: *mitä on seurauksena, jos oikeus määritellään ... (niin-tai-näin)?* tai *entä jos oikeus määritellään ... (niin-tai-näin)?*, ei ehdottomiin ja käsitteellisiin totuuksiin viittavilla sanoilla: *oikeuden intuitiivis-apriorinen, itseannettu olemus on ... (niin-ja-näin)*.

Oikeustutkimuksessa ei ole absoluuttisia vaan ainoastaan *suhteellisia* totuuksia, jotka ovat sidoksissa valittuun tutkimukselliseen näkökulmaan ja teoriareferenssiin omaksutun tieteenteoreettisen lähtökohdan merkityksessä. *Mitä on seurauksena, jos oikeus määritellään yhteiskunnallisena tosiasiana eli toteutuneiden ja myös vastaisuudessa toteutettavissa olevien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena* Alf Rossin analyttisen oikeusrealismin tarkoittamalla tavalla? *Entä jos oikeus määritellään sääntösidonnaisena institutionaalisenä tosiasiana*, joka on luotavissa, muutettavissa, toteutettavissa oikeusvaikutuksiltaan sekä kumottavissa vain lainsäätäjän ja tuomioistuinten institutionaalisten puhetekojen avulla siten kuin Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin institutionaalinen oikeuspositivismi asian mieltää, millaisina oikeus ja oikeustiede tulee silloin nähdä? *Entä jos oikeus määri-*

tellään ehdottomana yhteisöllisenä ja/tai uskonnollisena oikeudenmukaisuutena klassisen tai modernin luonnonoikeusfilosofian tavoin, millaisena oikeustiede ja sen keskeismääreet silloin näyttäytyvät? *Tai jos* oikeus määritellään vasten yhteiskunnan taloudellista perustaa, vallitsevia tuotantosuheteita ja pääoman itseään uusintavia liikelakeja marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian tavoin, millaiseksi kuva oikeustieteestä silloin muodostuu?

Perustelin edellä omat tieteenteoreettiset valintani oikeuden keskeisten yhteiskunnallisten ja institutionaalisten sidonnaisuuksien perusteella, mutta en väitä, että se olisi ainoa mahdollinen näkökulma oikeuteen. Ajatus oikeuden *yhteiskunnallisten* ja *institutionaalisten* liittymien merkityksestä vallitsevan oikeudellisen *tietomuodon* (ransk.: *épistémè*) alaisuudessa kuitenkin tukee sanotunlaista oikeuden määrittelyä. Oikeus *radikaalisti tulkinnanvaraisena yhteiskunnallisena käytäntönä* (eng.: *deliberative practice*) ei ole lukittavissa yhden ja ainoan oikean määritelmän tai tutkimuksellisen näkökulman alle, vaan esimerkiksi analyttinen oikeusrealismi ja sitä tukeva institutionaalinen oikeuspositivismi, klassinen tai moderni luonnonoikeusfilosofia sekä marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia tarjoavat kolme tutkimuksellisesti perusteltua näkökulmaa oikeuteen. Vakioitua on vain tutkimuskohteen edellytetty *oikeudellisuus* sanotun termin heikossa merkityksessä sekä sen (vain) väljät liittymät oikeuden *yhteiskunnalliseen* ja *institutionaaliseen perustaan*. Toisaalta, tutkimuskohteen edellytetty oikeudellisuus johtaa kehämäärittelyn kaltaiseen tilanteeseen, missä mikä tahansa *oikeus*-etuliitteellä varustettu tutkimusala voi esittää perustellun vaateen omasta oikeudellisuudestaan. Lisäksi modernin oikeuden sidonnaisuudet yhteiskunnalliseen ja institutionaaliseen perustaan voi nekin sivuuttaa, jollei tutkija mieli osallistua vallitsevaa oikeudellista tietomuotoa (ransk.: *épistémè*) jäsentävään yhteiskunnalliseen diskurssiin.¹

2. TUTKIMUKSELLISET TEEMAT JA SITOUMUKSET

Tässä tutkimuksessa oikeutta on tarkasteltu vasten yhteiskunnan institutionaalista perustaa *analyttisen oikeusrealismin* ja *institutionaalisen oikeuspositivismin* tarkoittamalla tavalla Luku 2, ”Mitä oikeus on?”, määritteli tutkimuksessa omaksuman oikeuskäsityksen sekä toimi samalla johdantona oikeustieteen tieteenteorian kehittelyihin myöhemmin teoksessa. Arvioin muun muassa John Austinin,

¹ Kyse on toisin sanoen vain oikeustieteellistä tutkimusta ohjaavan *teknisen normin* kaltaisesta heikosta ajatuksellisesta välttämättömyydestä: jos tahdot osallistua modernin oikeuden tietomuotoa (ransk.: *épistémè*) jäsentävään diskurssiin, niin sinun tulee suhteuttaa oikeudesta esittämäsi väitteet oikeuden yhteiskunnalliseen ja institutionaaliseen perustaan. Vrt. myös luku 7.1. ”Luonnonoikeuden vähimmäissisältö ja oikeustieteen tekniset normit”.

Hans Kelsenin ja H.L.A. Hartin *analyttisen oikeuspositivismin* suhdetta Wienin piirin edustamaan *tieteenteoreettiseen positivismin* sekä Alf Rossin (ja H.L.A. Hartin) *analyttisen oikeusrealismin* suhdetta Ilkka Niiniluodon ja Sami Pihlströmin edustamaan *tieteelliseen realismiin*. Pohdin myös lainopin tieteenteorian erityisasemaa oikeustieteen eri osa-alueiden joukossa, tuomarinideologian ja tutkijanideologian määrittelyä suhteessa voimassa olevan oikeuden käsitteeseen, yhden oikean juridisen ratkaisun ongelmaa suhteessa vakioituun oikeudelliseen tulkintareferenssiin, oikeudellisten lauseiden totuusarvoproblematiikkaa Aulis Aarnion ja Ilkka Niiniluodon keskeiskirjoitusten valossa sekä oikeudellisten ratkaisuperusteiden rakenteellista aksiologiaa eli yhtäältä niiden *rakenteistumista* oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan sekä toisaalta *formalisoitumista* eli suhteellista itsenäistymistä niiden taustalla vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin nähden.

Kirjassa punoutuu yhteen kolme oikeustieteen tieteenteoriaa jäsentävää tutkimusteemaa, joista ensimmäinen liittyy *oikeustieteen tutkijan itseymmärryksen* osatekijöiden määrittämiseen. Lähtökohtana oli saksalaisen Rudolf von Jheringin jo 1800-luvulla esittämä moite, jonka mukaan ”kaikista laeista, joiden kanssa juristit työskentelevät, he tuntevat huonoimmin oman tietensä lait”.² Koska 2000-luvun juristien ammatillinen itseymmärrys ei vaikuttanut olennaisesti paremmin jäsenyneeltä kuin von Jheringin ajan oikeusoppineiden tieto oikeustieteen lainalaisuuksista, pyrin edellä selvittämään, mitä nuo oikeustieteen lait oikein ovat eli mitkä ovat *oikeustieteen tieteenkuvan* yleiset määreet tai osatekijät. Motiivina oli ajatus, jonka mukaan tietoisuus oikeustiedettä ohjaavista *tieteenteoreettisista* lainalaisuuksista on jo itsessään tavoiteltava asiantila, sillä siten on mahdollista tuottaa laadullisesti korkeatasoisempia tutkimuksia ihmisestä, oikeudesta ja yhteiskunnasta. Luku 3, ”Mitä oikeustiede on?”, keskittyi yhtäältä oikeustieteen tutkijan itseymmärryksen osatekijöiden analyysiin sekä toisaalta vuorovaikutussuhteeseen, joka vallitsee yhtäältä lainopin ja muiden humanististen tulkintatieteiden, toisaalta lainopin ja oikeuden ihmistieteellisen, kulttuuritehteellisen tai yhteiskuntatieteellisen analyysin sekä kolmanneksi lainopin ja oikeusteorian tai oikeusfilosofian välillä.

Toiseksi tahdoin selvittää, mikä liittää oikeuden ”sanat” eli oikeudelliset käsitteekategoriat ja oikeuden ”asiat” eli oikeudelliset ilmiöt toisiinsa sekä ”miten sanoilla voi tehdä asioita”³ eli saada pätevällä tavalla aikaan yhteisöllisiä ja/tai oikeusvaikutuksia määrättyssä puhetilanteessa. Mikä siis yhdistää oikeudellisia käsitteitä ja oikeudellisia ilmiöitä sekä oikeuden velvoittavaa muotoa ja tulkinnallista merkityssisältöä? Ranskalaisfilosofi Michel Foucault’n *ihmistieteiden tiedonarkeologia* ja sen keskeiskäsite *tietomuoto* (ransk.: *épistémè*) eli *historial-*

² Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 261.

³ Vrt. Austin, *How to Do Things with Words*.

linen *a priori* tarjosi tieteenteoreettisen kehityksen oikeuden *epistemoisen ja käsitteellisen identiteetin* eli oikeustieteen *epistemologisten* ja *loogis-lingvististen* sitoumusten jäsentämiseksi. Toisaalta, kielifilosofien Elizabeth Anscomben, John L. Austinin ja John Searlen ajatus *institutionaalisista puheteoista*, joiden avulla erilaiset sosiaalisen ja oikeudellisen todellisuuden ilmiöt, kuten avioliitto, osakeyhtiö, testamentti, omistusoikeus, valtiopäiville kokoontunut (Suomen) eduskunta tai Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 234 artiklan mukainen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle tehty ennakkoratkaisupyyntö, ovat lainsäätäjän ja tuomioistuinten pätevällä tavalla luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa ja kumottavissa sekä tietynhetkiselältä tulkinnalliselta merkityssisällöltään määritettävissä, tarjosi tutkimuksellisen lähtökohdan oikeuden *konstitutiivisen ja metodisen identiteetin* eli oikeustieteen *ontologisten* ja *metodologisten* sitoumusten jäsentämiseksi. Luvut 4–8, eli ”Institutionaalinen oikeuslähdeoppi”, ”Lainopin metodi: oikeudellinen tulkinta, systematisointi ja punninta”, ”Oikeustieteen tieteenkuva”, ”Tieteellinen metodi” ja ”Lainopin tulkintamatriisit”, tarkastelivat oikeustieteen tieteenkuvan eri osatekijöitä.

Kirjan kolmas teema on *metodologinen*. Metodioppi on itse asiassa osa oikeustieteen yleistä tieteenkuvaa sen *epistemologisten* (= oikeuslähdeopillisten), *loogis-lingvististen* (= semanttis-käsitteellisten) ja *ontologisten* (= konstitutiivisten) sitoumusten ohella, missä *aksiologiset* (= arvoteoreettiset) sitoumukset määrittävät valintaa tieteenteorian eri vaihtoehtojen välillä, mutta lainopin heikon metodisen itseymmärryksen vuoksi käsittelin lainopin metodioppia sen tieteenkuvan muita määreitä laajemmin. Oikeustieteen eri osa-alueista muut kuin varsinainen lainoppi eli oikeushistorian, oikeussosiologian, oikeustaloustieteen, oikeudellisen tilastotieteen ja oikeusfilosofian kaltaiset tutkimusalat voivat tukeutua niiden taustalla vaikuttavan erityistieteen metodologiaan, siis oikeushistoria yleisen historian tutkimuksen, oikeussosiologia yleisen sosiologian, oikeustaloustiede yleisen taloustieteen ja oikeusfilosofia yleisen filosofian soveltamiin tutkimusmenetelmiin, teorioihin, käsitteisiin sekä arviointikriteereihin. Lainoppi on sitä vastoin yleisen kirjallisuudentutkimuksen sekä teologian eksegeesin ja dogmatiikan kaltainen *humanistinen tulkintatiede*, jonka metodioppi on vain heikosti jäsentyneet oikeustieteen tutkijoiden ammatillisen itseymmärryksen osana. Niinpä arvioin edellä, mitä oikeustieteen ja etenkin lainopin metodilta on *vähintään* edellytettävä, jotta olisi kyse tutkimuksellisen generoitavuuden ja tutkimuksellisen perusteltavuuden kriteerit täyttävästä tieteellisestä metodista. Lainopillisen metodiopin valinnat täsmentyivät edelleen yhtäältä oikeussääntöjen *tulkintaa* ja *systematisointia* sekä riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden *punnintaa* ja keskinäistä *tasapainottamista* (engl.: *weighing and balancing*) jäsentävien yhdeksän tai kymmenen *oikeudellisen tulkintamatriisin* sekä erilaisten oikeudellisten *metodifragmenttien* ja oikeudellisten tekstien *kriittisen lähiluvun* merkityksessä. Luvut 7 ja 9, ”Tieteellinen meto-

di” ja ”Oikeudellisen metodiopin fragmentteja”, keskittyivät tieteellisen metodologian ja erityisesti oikeustieteen metodiopin kysymyksiin.

Käsillä oleva luku 10, ”Oikeustieteen nykytila ja tulevaisuus”, on yhtäältä kokoava yhteenveto kirjan keskeisistä tutkimustuloksista. Toisaalta se arvioi suomalaisen oikeustieteen sekä etenkin oikeusteorian ja oikeusfilosofian tulevaisuudennäkymiä ja kehityssuuntauksia. Kirjan liitteenä olevaa sanastoa voi myös käyttää systemaattisena yhteenvetona kirjan keskeisteemoista.

3. TIETO OIKEUDESTA

Moderni oikeus on, filosofi Thomas Morawetzin osuvaa sanontaa lainatakseni, *radikaalisti tulkinnanvarainen yhteiskunnallinen käytäntö* (engl.: *deliberative practice*),⁴ jonka *episteeminen, käsitteellinen, konstitutiivinen ja metodinen* identiteetti on vain heikosti jäsentynyt ja avoin uusille tulkinnoille. Oikeustieteen varsinaisen tutkimuskohteen määrittely eli (voimassa olevan) oikeuden käsite samoin kuin muut oikeudellisen analyysin tieteenkuvan määreet sekä oikeudellisen sääntelyn ja päätöksenteon avulla yhteiskunnassa tavoiteltavat asiantilat ovat vahvasti kiistanalaisia oikeudelliseen argumentaatioon osallistuvien kesken. Etenkin lainoppi on *metodisesti ohut* ja *episteemisesti epävarma* tieteenala, joka jakautuu lukuisiin tutkimuksellisiin suuntauksiin tai koulukuntiin toisistaan poikkeavien tieteenteoreettisten sitoumustensa perusteella. Tämä, samoin kuin oikeuden liittymät yhteiskunnan institutionaaliseen perustaan, erottaa oikeuden shakista (Alf Ross), kriketistä (H.L.A. Hart), jalkapallosta ja mistä tahansa muusta sääntösidonnaisesta pelistä, joita oikeuskirjallisuudessa on usein käytetty oikeuden ja oikeudellisen argumentaation yksinkertaistettuna analogiana.⁵ Oikeuden käsite tai idea, oikeudellisen sääntelyn ja päätöksenteon avulla tavoiteltavat yhteiskunnalliset päämäärät, oikeudellisessa argumentaatiossa hyväksyttävät tulkinta- ja ratkaisuperusteet sekä oikeustieteen tieteenkuvan määreet eivät ole samalla tavoin yksiselitteisesti määriteltäviä ja riidattomia kuin esimerkiksi shakkipelin, kriketin tai jalkapallon suhteellisen yksinkertaiset pelilliset tavoitteet: (shakki ja) matti shakissa tai tehdä pelin sääntöjä noudattaen enemmän maaleja kuin vastapuoli jalkapallossa. Morawetzin oikeuden pelianalogian kriitikki sen vuoksi hyvin kohteeseensa:⁶

”From the point of view of the theorist, the situation is paradoxical. A player of chess plays with a player of Chinese checkers, and they in turn play with a

⁴ Morawetz, ”Epistemology of Judging. Wittgenstein and Deliberative Practices”, s. 19–23.

⁵ Oikeuden pelianalogiasta yleisesti, Ost & van de Kerchove, *Le droit ou les paradoxes du jeu, passim*.

⁶ Morawetz, ”Epistemology of Judging. Wittgenstein and Deliberative Practices”, s. 6–7.

third who is playing bridge. Each justifies her moves by appealing to her particular game.”

Jos oikeus rinnastetaan peliin, kyse on enintään pelistä, jonka sääntöjä saatetaan muuttaa – ja myös tavanomaisesti muutetaan – pelin eli oikeudellisen argumentaation kuluessa.⁷ Lisäksi pelin säännöistä ja itse pelin luonteen määrittelystä vallitsee syvälinen erimielisyys sen pelaajien muttei ainakaan samassa määrin sen tuomareiden keskuudessa. Kiista oikeuden määrittelystä, pätevästä oikeudellisesta argumentaatiosta, oikeuden yhteiskunnallisista ulottuvuuksista sekä oikeustieteen tieteenkuvan määreistä jakaa oikeuden tutkijat lukuisiin eri koulukuntiin, joiden välinen keskusteluyhteys on parhaimmillaankin varsin katkonaisista ja vajavaista: analyttinen ja institutionaalinen oikeuspositivismi, oikeusfenomenologia, klassinen ja moderni luonnonoikeusfilosofia, amerikkalainen ja skandinaavinen oikeusrealismi, historiallinen koulukunta, oikeushermeneutiikka, eksistentiaalinen oikeusfilosofia, marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia, feministinen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia, Yhdysvaltain *Critical Legal Studies* -suuntaus sekä mahdolliset muut oikeudellisen analyysin koulukunnat ja suuntaukset määrittelevät oikeuden ja oikeustieteen tieteenkuvan sitoumukset varsin eri tavoin.

Luonnonoikeusfilosofia määrittelee oikeuden ”oikeana oikeutena” (saks.: *richtiges Recht*) eli osana ehdotonta yhteisöllistä ja/tai uskonnollista oikeuden mukaisuutta, jonka kriteerit lainsäädännön ja oikeuskäytännön tulee täyttää, jotta kyse olisi aidosti velvoittavasta oikeudesta. Oikeuden ja oikeudenmukaisuuden kriteerit on saatettu johtaa asioiden luonnosta (saks.: *Natur der Sache*) ja aristotelisesta ”hyvän elämän politiikasta” oikean yhteisöllisen järjestyksen merkityksessä, niin kuin antiikin Kreikan klassisessa luonnonoikeusajattelussa; uskonnollisesti ja teleologisesti eli päämäärähakuisesti määrittyneestä yhteiskunta-ajattelusta, niin kuin Tuomas Akvinolaisen skolastisessa luonnonoikeusajattelussa; ihmisluonnon muuttumattomasta luonnosta, niin kuin 1600- ja 1700-luvun rationalistisessa luonnonoikeusajattelussa; tai yhteisöllisistä perushyvistä ja oikeuden edellyttämästä sisäisestä moraalista (engl.: *internal morality of law*), niin kuin John Finnisin tai Lon L. Fullerin modernissa eli 1900-luvun jälkipuolen ja 2000-luvun luonnonoikeusajattelussa.⁸ *Oikeusfenomenologia* pyrkii oikeuden apriorisen, itseannetun ja empiirisiä havaintoja käsitteellisesti edeltävän olemuksen määrittelemiseen, esimerkiksi Adolf Reinachin oikeuden aprioristen käsitteiden, Martin Heideggerin fundamentaaliontologiasta johdetun ”oikeudessa/oikeassa olemisen” (saks.: *Im-Recht-sein*), Erik Wolfin oikeusteologian oikeudellisen olemisen (saks.: *Rechtsdasein*) tai fenomenologian varsinaisen perustajan Edmund

⁷ Vrt. Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, § 83 (s. 75).

⁸ Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, *passim*; Fuller, *The Morality of Law*, etenkin s. 33–94.

Husserlin ”absoluuttisen itseannetun sisäisen a priorin” oikeuteen soveltamisen merkityksessä.

Hermeneuttinen oikeusfilosofia korostaa oikeuden yhteisö-, tulkinta- ja traditiosidonnaista luonnetta sekä määritelmällisesti molempinpuolista vuorovaikutussuhdetta oikeudellisen tekstin merkitysten ja niiden tulkitsijan välillä. *Feministinen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia* tarkastelee oikeutta filosofisesti keskeisen sukupuolieron yhteiskunnallisten ja oikeudellisten vaikutusten kautta, pyrkien yhteiskunnallisen eriarvoisuuden vähentämiseen ja naisten suhteellisen aseman parantamiseen muun muassa tietoisien suosivan erityiskohtelun keinoin. *Ek-sistentiaalinen oikeusfilosofia* tarkastelee oikeutta osana ihmisen eksistentiaalista olemusta maailmassa ja yhteiskunnassa määrittäviä merkitysrakenteita ja -prosesseja. *Marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia* arvioi oikeutta vallitsevien taloudellisten tuotantosuhteiden ja tuotantorakenteiden epäitsenäisenä heijastumana, jolloin taloudelliset tuotantolait sekä transsendentaalisubjektiksi ymmärretyn pääoman itseään uusintavat liikelait määrittävät myös oikeudellisia ilmiöitä yhteiskunnan ideologisella pintatasolla. *Historiallinen oikeuskoulu* mielsi oikeuden orgaanisesti kehittyvän kansanhengen (saks.: *Volksgeist*) eli oikeusyhteisön kollektiivisen oikeustajunnan ilmentymänä, jota tuli lähestyä ensisijaisesti tarkastelemalla vakiintuneita yhteisöllisiä käytäntöjä eli tavanomaista oikeutta sekä kehittyneissä oikeusjärjestelmissä myös tutkimalla juristikunnan ammatillisesti eriytynyttä itseymmärrystä.

Analyttinen oikeuspositivismi määrittelee oikeuden suvereenin lainsäätäjän antamina yleisinä, kielellisessä muodossa ilmaistuina määräyksinä, joiden noudattamisen takeena on sanktiouhka eli uhka jostain epämiellyttävästä seurauksesta, jollei määräystä noudateta. Oikeuden muodollinen voimassaolo (engl.: *law as it is*) ja oikeuden sisällöllinen hyväksyttävyys (engl.: *law as it ought to be*) tulee erottaa mahdollisimman tarkkarajaisesti toisistaan, eli niin kuin John Austin asian ilmaisi:⁹

”The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it ...”.

⁹ Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 157. – Vrt. myös Morawetzin luonnehdinta oikeuspositivismista: ”Accordingly, positivists distinguish sharply between analytical legal theory and normative legal doctrine. The first involves the analysis of the nature of legal rules, legal validity, institutional structure, and so on, but not normative question such as what rights should be part of the system and how those rights are to be understood. Critical theorists, like positivists, characteristically distinguish between questions about the nature of law (e.g. as legitimating ideology) and the particular merits, demerits, and uses of normative responses to legal issues. On the other hand, natural law theorists often address these issues in ways that bridge analytical and normative questions.” Morawetz, ”Law as Experience: The Internal Aspect of Law”, s. 215, alav. 74.

Lisäksi analyyttinen oikeusteoria kiinnittää erityistä huomiota oikeudelliseen kieleen ja sen yhteisöllisiin merkityksiin. *Institutionaalinen oikeuspositivismi* kiinnittää voimassa olevan oikeuden määrittelyn lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden oikeudellisesti toimivaltaisten viranomaisten sekä yksityisoikeudellisten kompetenssinormien osalta myös yksittäisten oikeussubjektien *institutionaaliin puhetekoihin*, joiden avulla oikeus yhteiskunnallisena tosiasiana on tahdonvaltaisesti luotavissa, sisällöllisesti muutettavissa, pantavissa täytäntöön eli oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa sekä kumottavissa voimassaolon lakkauttavalla tavalla. *Amerikkalainen oikeusrealismi* määrittelee oikeuden esimerkiksi O.W. Holmesin ja Karl Llewellynin tavoin tuomioistuinten ja muiden viranomaisten yksittäisinä oikeudellisina ratkaisuin, joiden vastaisessa ennustamisessa empiiristen ihmis- ja sosiaalitieteiden tuottamalla tiedolla on keskeinen merkitys. Yhdysvaltain *Critical Legal Studies* -suuntaus on mieltänyt oikeuden osana yhteiskunnan poliittisia käytäntöjä, ilman itsenäistä olemassaolon oikeutusta tai perustaa. *Analyyttinen oikeusrealismi* määrittelee oikeuden yhteiskunnallisena tosiasiana eli tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten ratkaisuissa tosiasiallisesti *toteutuneiden* sekä vallitsevan tuomarinideologian käsittämien oikeuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian sitoumusten perusteella myös vastaisuudessa todennäköisesti *toteutettavissa* olevien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena. Kyse on toisin sanoen senkaltaisista oikeuksista ja velvollisuuksista, joille on mahdollista saada tehokasta oikeussuojaa tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten vastaisessa oikeudenkäytössä.

Tutkimus merkitsee aksiologisten valintojen tekemistä erilaisten tieteenteoreettisten sitoumusten väliltä: oikeuteen ei siis ole *näkökulmaa ei-mistään* tieteenteoreettisista ja tutkijanideologisista sitoumuksista täydellisen riippumattoman tutkijanposition merkityksessä. Sitouduin itse edellä englantilaisen John Austinin (1790–1861), amerikkalaisen Wesley Newcomb Hohfeldin (1879–1918), itävaltalaisen Hans Kelsenin (1881–1973), puolalaisen Jerzy Wróblewskin (1926–1990) ja englantilaisen H.L.A. Hartin (1907–1992) *analyyttiseen oikeuspositivismiin* sekä etenkin tanskalaisen Alf Rossin (1899–1979) ja, tulkintani mukaan, myös H.L.A. Hartin edustamaan *analyyttiseen oikeusrealismiin*,¹⁰ mitä ranskalaisfilosofi Jacques Derridan (1930–) ideat *filosofisesta dekonstruktiosta* ja tekstin *kriittisestä lähiluvusta* saivat kirjan luvussa 9, ”Oikeudellisen metodiopin fragmentteja”, modifioida.

¹⁰ On sopimuksenvaraista, luutaanko Alf Ross analyyttisen oikeuspositivismin vai analyyttisen oikeusrealismin edustajaksi, sillä hänen myöhäisajattelussaan, jota *Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi* -teos parhaiten edustaa, on aineksia molemmista suuntauksista. Samoin Hartin oikeusajattelussa on vaikutteita analyyttisestä oikeusrealismista oikeuden tunnistamissäännön (engl.: *rule of recognition*) empiiris-sosiologisen määrittelyn merkityksessä.

Toisaalta sovelsin Elizabeth Anscomben (1919–) sekä kielifilosofien John L. Austinin (1911–1960) ja John Searlen (1932–) ajatusta sääntösidonnaisista tosiasiasta ja *institutionaalisista puheteoista*, jonka mukaan kielellä on yhteisöllistä ja oikeudellista todellisuutta *konstituiva* eli muotoava funktio, mistä virkaansa hoitavan papin toimittama alttarilla seisovan parin avioliittoon vihkiminen, lapsen kastaminen, eduskuntalain säätäminen sekä tuomioistuimen oikeudellisen päätöslauselman antaminen ovat esimerkkeinä. Taustalla on maineikkaan itävaltalaisfilosofi Ludwig Wittgensteinin (1889–1951) myöhäisfilosofian oivallus *kielipeleistä* (engl.: *language-games*), joissa sääntösidonnaiset kielelliset ilmaukset ja määrätty yhteisölliset käytännöt ovat erottamattomasti kietoutuneet yhteen. Neil MacCormickin (1941–) ja Ota Weinbergerin (1919–) kehittämä *institutionaalinen oikeusteoria* on yhdistänyt Kelsenin ja Hartin analyyttisen oikeuspositivismin sekä John L. Austinin ja John Searlen institutionaalisten puhetekojen teorian keskeisajatukset keskenään.

Olen toisin sanoen sitoutunut ajatukseen oikeudesta *yhteiskunnallisena tosiasiasta*, en esimerkiksi luonnonoikeusfilosofian tai oikeusteologian ajatukseen oikeudesta yhteiskunnallisena ideaalina ehdottoman yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden tarkoittamassa merkityksessä. Keskeislähteinäni ovat olleet etenkin analyyttisen oikeusrealismin keskeiset edustajat Alf Ross ja H.L.A. Hart, koska tahdoin välttää sidonnaisuudet Kelsenin puhtaan oikeusopin edellyttämään transsendentaalis-loogiseen perusnormikonstruktion, ja toisaalta Neil MacCormick puhetekosidonnaisen institutionaalisen oikeuspositivismin edustajana. H.L.A. Hart määritteli oikeuden pakottavien ensiasteen velvoitesääntöjen (engl.: *primary rules of obligation*) sekä toisen asteen kelpoisuus- ja täytäntöönpanosääntöjen ja oikeuden tunnistamissäännön (engl.: *secondary rules of change, adjudication & recognition*) avulla:¹¹

Voimassa oleva oikeus on tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten kollektiivisesti hyväksymän oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön (engl.: *ultimate rule of recognition*) rajaamista oikeuslähteistä johdettavien oikeussääntöjen kokonaisuus yhtäältä kansalaisille osoitettujen ensiasteen velvoitesääntöjen (engl.: *primary rules of obligation*) ja toisaalta tuomioistuimille ja muille viranomaisille osoitettujen toisen asteen toimivalta- ja täytäntöönpanosääntöjen sekä tunnistamissäännön (engl.: *secondary rules of change, adjudication & recognition*) merkityksessä.

Voimassa oleva oikeus käsittää yksittäisille oikeussubjekteille osoitettujen ensiasteen *velvoitesääntöjen* ohella tuomareille ja muille virkansa puolesta ja virkavastuulla lakia soveltaville viranomaisille eli *institutionaalisille lainsoveltajille* osoitetut toisen asteen *toimivalta- ja täytäntöönpanosäännöt* samoin kuin oi-

¹¹ Vrt. Hart, *The Concept of Law*, s. 113.

keuden *tunnistamissäännön*, jonka avulla sanotut ensiasteen velvoitesäännöt ja toisen asteen toimivalta- ja täytäntöönpanosäännöt ovat tunnistettavissa. Ensias-teen *velvoitesäännöt* määrittävät kansalaisten oikeudet ja velvollisuudet suhteessa toisiin kansalaisiin ja julkiseen valtaan. Voimassa olevan oikeuden määrittelyn kannalta keskeiset toisen asteen toimivalta-, täytäntöönpano- ja tunnistamissään-
nöt on osoitettu pääsääntöisesti tuomareille ja muille viranomaisille, mutta myös yksittäiset oikeussubjektit voivat toki sovittaa oman käyttäytymisensä sanottujen oikeussääntöjen edellyttämällä tavalla. Lisäksi yksityiset oikeussubjektit voivat rajoitetusti muuttaa omaa oikeudellista asemaansa sopimusoikeudellista dispo-
nointikelpoisuuttaan asianmukaisesti hyödyntämällä. Myös välitystuomioistui-
men toimivallan perustavan sopimuksen laatiminen kuuluu yksityisoikeudellisen
disponointikompetenssin alaan, jolloin prosessioikeudellista ratkaisu- ja täytän-
töönpanovaltaa siirretään oikeudellisesti pätevällä tavalla perustettavalle välitys-
tuomioistuimelle.

Oikeudelliset toimivaltasäännöt (engl.: *rules of change*) määrittävät, miten sekä ensiasteen velvoitesäännöt että toisen asteen toimivalta- ja täytäntöönpano-
säännöt ovat oikeudellisesti pätevällä tavalla luotavissa, muutettavissa ja kumot-
tavissa. Oikeudelliset täytäntöönpanosäännöt (engl.: *rules of adjudication*) mää-
rittävät, miten voimassa olevat oikeussäännöt ovat pantavissa yksittäistapaukses-
sa täytäntöön eli oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa tuomioistuinten ja muiden
lakia soveltavien viranomaisten toimesta. Oikeuden viimekätinen tunnistamis-
sääntö (engl.: *ultimate rule of recognition*) määrittää oikeuden viimekätiset päte-
vyyskriteerit eli ne arviointikriteerit, joiden avulla voimassa olevan oikeuden
säännöt ovat tunnistettavissa ja erotettavissa kaikesta, mikä ei ole oikeutta esi-
merkiksi moraalien, uskonnon tai tapaetiketin käyttäytymisnormien merkitykses-
sä. *Oikeusperiaatteet* ja muut vastaavat oikeudelliset *ratkaisustandardit*, toisin
kuin oikeussäännöt, eivät ole tunnistettavissa Hartin oikeuden tunnistamissään-
nön kaltaisen formaalin eli yksinomaan oikeusnormin muodolliseen syntytapaan
kiinnittyvän kriteerin avulla, vaan niiltä vaaditaan *rakenteistumista* Suomen oi-
keuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan* niiden suomalaisessa
yhteiskunnassa nauttiman eriaistaisen mutta oikeudellisesti riittävän *institutio-
naalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän* merkityksessä.

Alf Rossin tuomarinideologia (tansk.: *den normative ideologi der besjæler dommeren*)¹² käsittää viittauksen niihin oikeuslähteisiin eli oikeudellisiin ratkai-
superusteisiin, jotka tosiasiallisesti vaikuttavat tuomarin tai muun lainsoveltajan
ratkaisuharkintaan (tansk.: *at man ved retskilderne forstår indbegrebet af de
faktorer der øver indflydelse på dommerens formulering af den regel hvorpå han
baserer sin afgørelse*).¹³ Ne voivat Rossin mukaan vaihdella formaaleista, sel-

¹² Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56: "Retsvidenskabens beskæftiger sig med den normative ideologi der besjæler dommeren."

¹³ Ross, mts. 92.

laisenaan käsillä olevaan oikeustapaukseen sovellettavista oikeussäännöistä (tansk.: *fra sådanne tilfælde, i hvilke kilden præsterer dommeren en fuldt færdig retsregel der blot overtages af dommeren*)¹⁴ vain vaillinaisesti täsmentyneisiin ratkaisuperusteisiin eli oikeuslähteestä johdettuihin yleisiin ideoihin tai oikeudellisen ratkaisuharkinnan yleisiin suuntaviivoihin, joiden perusteella tuomari tai muu lainsoveltaja muotoilee varsinaisen ratkaisunormin käsillä olevaa tapaista varten (tansk.: *til sådanne tilfælde, i hvilke kilden ikke byder dommeren andet og mere end visse inspirerende ideer ud fra hvilke han selv formulerer den regel han har brug for*).¹⁵

Voimassa oleva oikeus voidaan Rossin tarkoittamalla tavalla määritellä seuraavasti:

Voimassa oleva oikeus on vallitsevan tuomarinideologian (tansk.: *den normative ideologi der besjæler dommeren*) avulla identifioitavissa olevista oikeuslähteistä johdettujen oikeussääntöjen sekä oikeussääntöjä heikommin formaalien oikeudellisten ratkaisuperusteiden tai ratkaisustandardien kokonaisuus.

Oma Rossin (ja Hartin) ajatuksiin perustuva ehdotukseni voimassa olevan oikeuden määritelmäksi on seuraava:

Voimassa oleva oikeus on *toteutunut* ja *toteutettavissa* oleva *yhteiskunnallinen tosiasia* eli niiden muodollisesti velvoittavien *oikeussääntöjen* sekä riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien *oikeusperiaatteiden* ja vastaavien muiden oikeudellisten *ratkaisustandardien* kokonaisuus, jotka tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat ovat tosiasiallisesti hyväksyneet ja jotka ne vallitsevan eli tuomioistuinten ja muiden viranomaisten kollektiivisesti hyväksymän tuomarinideologian perusteella tulevat todennäköisesti myös tulevaisuudessa hyväksymään oikeudellisen ratkaisun normatiiviseksi perustaksi eli mittapuuksi, jonka avulla ratkaisun lainmukaisuutta ja oikeellisuutta arvioidaan.

Voimassa oleva oikeus voidaan määritellä oikeussubjektien näkökulmaa painottaen myös seuraavasti:

Voimassa oleva oikeus on niiden oikeussubjekteille kohdennettujen *oikeuksien* ja *velvollisuuksien* kokonaisuus, joille tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat ovat antaneet ja joille ne vallitsevan tuomarinideologian perusteella tulevat todennäköisesti myös tulevaisuudessa antamaan *tehokasta oikeussuojaa*.

Oikeuslähteopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian näkökulmasta arvioiden voimassa oleva oikeus on määriteltävissä seuraavasti:

¹⁴ Ross, *ibid.*

¹⁵ Ross, *ibid.*

Voimassa oleva oikeus on vallitsevan 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 erias-teista mutta oikeudellisesti riittävää *institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää* nauttivat oikeusperiaatteet ja muut vastaavat ratkaisustandardit, joiden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö on määritettävissä vallitsevien oikeudellisten argumentaatiomallien mukaisesti.

Ehdottamassani voimassa olevan oikeuden määritelmässä yhdistyvät yhtäältä Alf Rossin ja H.L.A. Hartin *analyttinen oikeusrealismi*, koska voimassa oleva oikeus on määritettävissä ja erotettavissa ”ei-oikeudesta” vallitsevan tuomarinideologian eli tuomioistuinten ja muiden viranomaisten kollektiivisesti sisäistämän tuomarinideologian (tai oikeuden tunnistamissäännön) rajaamien oikeuslähteiden avulla, sekä toisaalta Hans Kelsenin puhtaan oikeusopin sekä Neil McCormickin ja Ota Weinbergerin *institutionaalisen oikeuspositivismin* muodollis-juridinen *normativismi*, koska lainsäätäjä, tuomioistuimet ja muut lakia soveltavat viranomaiset eli institutionaaliset lainsoveltajat eivät ole tunnistettavissa oikeudellisesti toimivaltaisiksi toimijoiksi muutoin kuin viittamalla oikeuden konstituutiosääntöihin eli pätevällä tavalla voimaansaatettuihin (ja toistaiseksi ei-kumottuihin) valtiosääntöoikeuden ja prosessioikeuden sääntöihin sekä yksittäisiin *institutionaalsiin puhetekoihin*, joiden tarkoittamalla tavalla voimassa olevan oikeuden säännöt ovat luotavissa, muutettavissa, toteutettavissa oikeusvaikutuksiltaan ja kumottavissa ja joiden ontologisten ja epistemologisten reuna-ehdojen määrittämiseen puhtaasti tuomioistuinrealistisesti määritellyt premisit eivät yksinään riitä.

4. TUTKIJAN ITSEYMMÄRRYKSEN OSATEKIJÄT

Oikeustieteen tutkijan itseymmärrys on oikeustieteen *tieteenalaa*, *tutkimuskohdetta*, *tiedonintressiä*, *tutkimusmetodia*,¹⁶ *tutkijanideologiaa*, *tieteenkuvaa* sekä *tutkimustuloksia* koskevien tieteenteoreettisten sitoumusten yhteisnimitys. Oikeustiede on toisin sanoen monikollinen eli – asian wittgensteinilaisittain ilmaisten – *perheyhtäläinen* eli *ryväskäsite* (engl.: *cluster concept*, *paradigm concept*), jonka osatekijöitä vain tutkimuskohteen edellytetty *oikeudellisuus* ja sidonnaisuus yhteiskunnan *institutionaaliseen perustaan* yhdistää. Tuo määritelmällinen

¹⁶ Tutkimusmetodi on itse asiassa osa oikeustieteen tieteenkuvaa, mutta didaktisista syistä olen erottanut metodikysymykset tässä omaksi alakohdakseen. Oikeustieteen tutkijan itseymmärrystä jäsentävä *seitsemän T:n lista* on siten oikeammin kuuden T:n lista.

”oikeudellisuus” voi kuitenkin tarkoittaa varsin eri asioita oikeuden *tulkintatieteellisessä, ihmistieteellisessä, kulttuuritieteellisessä, yhteiskuntatieteellisessä* tai *oikeusfilosofisessa* tutkimuksessa. Oikeustiede voidaan jakaa viiteen osaluokkaan:

- a) oikeustiede humanistisena *tulkintatieteenä* eli *oikeuden tulkintatieteellinen* (eli *tulkintaopillinen*) *analyysi* käsittää lainopin ja eräät sen tulkinnalliset lähitieteet, kuten vertailevan oikeustieteen ja osin oikeuspoliittisen eli *de lege ferenda* -tutkimuksen, joiden tavoitteena on voimassa olevan oikeuden sääntöjen systematisointi ja tulkinta sekä oikeusperiaatteiden painoarvopunninta ja keskinäinen tasapainottaminen,
- b) oikeustiede *ihmistieteenä* eli *oikeuden ihmistieteellinen analyysi* käsittää esimerkiksi oikeuspsykologian, oikeuspsykiatrian ja psykoanalyttisen oikeustieteen kaltaiset tutkimusalat, joissa oikeutta arvioidaan ihmistieteiden heuristisen, psykologisen, käyttäytymistieteellisen tai psykoanalyttisen tarkastelutavan avulla,
- c) oikeustiede *kulttuuritieteenä* (eli *kulttuurintutkimuksena*) eli *oikeuden kulttuuritieteellinen analyysi* käsittää esimerkiksi aate- ja kulttuurihistoriallisiin selitysmalleihin tukeutuvan oikeushistorian, oikeussemiotiikan, oikeuslingvistiikan, oikeusinformatiikan ja oikeuden kirjallisuustieteellisen analyysin kaltaiset tutkimusalat, joissa oikeutta lähestytään oikeudellisesti merkityksellisten yhteisöllis-kulttuuristen merkitysten ja merkitysrakenteiden analyysin kautta,
- d) oikeustiede *yhteiskuntatieteenä* eli *oikeuden yhteiskuntatieteellinen analyysi* käsittää esimerkiksi rakenteellis-sosiaalisiin selitysmalleihin tukeutuvan oikeushistorian, oikeussosiologian, oikeustaloustieteen, oikeusantropologian, oikeudellisen tilastotieteen ja oikeudellisen sosiaalipsykologian kaltaiset tutkimusalat, jotka arvioivat oikeutta yhteiskunnallisena ilmiönä eri yhteiskuntatieteiden metodioppia soveltaen, ja
- e) oikeustiede *oikeusfilosofiana* eli *oikeuden filosofinen analyysi* käsittää oikeusteorian ja oikeusfilosofian näkökulman oikeuteen, jolloin arvioitavana ovat oikeuden filosofisessa katsannossa merkitykselliset määreet ja ulottuvuudet.

Oikeuden tulkintatieteet, joista lainoppi on juristien ammatillisen itseymmärryksen kannalta epäilemättä keskeisin, voidaan lukea myös osaksi laajempaa oikeuden kulttuuritieteiden kokonaisuutta, koska molemmissa on kyse oikeutta määrittävien ja rajaavien yhteisöllisten ja kulttuurisidonnaisten merkitysten analyysistä. Lainoppia on kuitenkin käsitelty edellä erillään sen institutionaalisten sidonnaisuuksien sekä juristien ammatillista itseymmärrystä jäsentävän tehtävän vuoksi. Oikeustieteen jaottelu eri tieteenaloihin on samalla viime kädessä sopimuksenvarainen ja tarkoitussidonnainen asia. *Oikeudellinen sosiaalipsykologia* voitaisiin lukea joko ihmistieteisiin tai yhteiskuntatieteisiin sen yhtäältä psykologisten ja toisaalta yhteisöllisten liittymien vuoksi. Samoin *oikeusantropologia* voitaisiin lukea yhtä hyvin oikeuden ihmistieteelliseen kuin yhteiskunta-

tieteelliseen analyysiin. *Oikeushistoria* on tässä sijoitettu yhtäältä oikeuden kulttuuritieteisiin siltä osin kuin siinä tukeudutaan yhteisöllis-kulttuuristen merkitysten analyysiin esimerkiksi aate- ja kulttuurihistoriallisten selitysmallien merkityksessä ja toisaalta oikeuden yhteiskuntatieteisiin siltä osin kuin taloudelliset tai rakenteelliset sosiaaliset selitysmallit ovat siinä keskeisiä. *Oikeusekologia* on luokiteltu oikeuden kulttuuritieteisiin, koska siinä on kyse viime kädessä yhteisöllis-kulttuuristen merkitysten analyysistä erilaisten ympäristöarvojen kuten biodiversiteetin säilyttämisen merkityksessä, mutta myös muunkinlainen luokittelu olisi mahdollinen. Oikeuspoliittinen eli *de lege ferenda* -tutkimus sijoittuu tavaltaan oikeuden tulkintatieteellisen ja oikeuden yhteiskuntatieteellisen analyysin leikkauskohtaan, sillä se soveltaa oikeuden yhteiskunnallisiin vaikutuksiin perustuvaa lähestymistapaa tulevaan lainsäädäntöön (lat.: *de lege ferenda*) tai oikeuskäytäntöön (lat.: *de sententia ferenda*).

Lainoppi voidaan jakaa yhtäältä teoreettiseen eli systematisoivaan lainoppiin ja toisaalta käytännölliseen eli tulkintalainoppiin. *Tulkintalainoppi* tuottaa perusteltuja oikeudellisia tulkintalauseita voimassa olevan oikeuden säännöistä sekä arvosidonnaisia oikeudellisia punnintalauseita institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivista oikeusperiaatteista, tukeutuen joko tuomarikunnan ja muiden institutionaalisten lainsoveltaajien kollektiivisesti sisäistämään tuomarinideologiaan tai siitä jollain tavoin poikkeavaan eli kriittiseen tai vaihtoehtoiseen oikeuslähde- ja laintulkintaoppiin. Tulkinnallisen tiedonintressinsä nojalla tulkintalainopilla on liittymä sekä yleiseen tekstihermeneutiikkaan että etenkin analyttiseen argumentaatioteoriaan, missä institutionaalisten tulkintaperusteiden sekä tulkintaprosessin yleiset rationaalisuusehdot ovat keskeisellä sijalla esimerkiksi Aulis Aarnion hahmotteleman rationaalisen hyväksyttävyyden tarkoittamalla tavalla. *Teoreettinen lainoppi* painottuu yleiseen oikeudelliseen käsitesystematiikkaan sekä oikeudenalakohdaisiin yleisiin oppeihin oikeussystemisten kiintopisteiden määrittämisen merkityksessä, viitaten yhtäältä oikeudellisten normikonfliktien formaaleihin ratkaisusääntöihin ja toisaalta sisällöllisiin lainopillisiin *dogmeihin* ja *konstruktioihin*, joiden avulla oikeudelliset pääsääntö/poikkeussääntö -koordinaatit ovat lukittavissa.¹⁷ *Oikeusteoria* ja *oikeusfilosofia* poikkeavat teoreettisesta lainopista yhtä hyvin kuin tulkintalainopista niin tiedonintressin, tutkimusmetodin kuin tutkimuskohteen määrittelyn osalta.

Oikeustieteen kunkin eri osa-alueen *tutkimuskohde* on seuraava:

- a) *voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö* eli oikeuden tunnistamissäännön rajaamista institutionaalisista oikeuslähteistä johdettujen voimassa olevien *oikeussääntöjen* sekä Suomen oikeuteen ja yhteiskuntaan rakenteistuneiden eli riittävää institutionaalista tukea ja

¹⁷ Dogmeista ja konstruktioista, Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 82–87. Ks. myös tämän teoksen luku 9.3. ”Sopimusmalliajattelun piilevät premissit”.

- yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien *oikeusperiaatteiden* ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien tietynhetkinen *tulkinnallinen merkityssisältö* (= oikeustiede *tulkintatieteenä*),
- b) oikeutta määrittävät tai oikeudellisesti merkitykselliset *mentaalitajunnalliset rakenteet ja prosessit* sekä yksilöllisen tai kollektiivisen *alitajunnan lainalaisuudet* (= oikeustiede *ihmistieteenä*),
 - c) oikeuden *yhteisöllis-kulttuuriset merkitykset ja merkitysrakenteet* (= oikeustiede *kulttuuritieteenä*),
 - d) oikeuden *yhteiskunnalliset vaikutukset ja vaikutussuhteet* (= oikeustiede *yhteiskuntatieteenä*), ja
 - e) oikeuden *määritelmälliset* tai muutoin filosofisessa katsannossa merkitykselliset *määreet ja ominaisuudet* (= oikeustiede *oikeusfilosofiana*).

Kysymys, *mitä oikeusfilosofia on?*, on jo itsessään aidosti filosofinen kysymys, johon annettu vastaus riippuu olennaisesti tutkijan filosofisista sitoumuksista. Sen vuoksi oikeusteorian tai oikeusfilosofian tutkimuskohdetta ei voi määritellä yllä esitettyä luonnehdintaa täsmällisemmin.

Oikeustieteen *tiedonintressi* kietoutuu läheisesti yhteen sovelletun *tutkimusmetodin* kanssa. Tiedonintressi viittaa oikeustieteen tutkimuksellisiin tavoitteisiin eli siihen, mitä tai millaista tietoa oikeudellisesti määrittyneestä tutkimuskohteesta on tarkoitus saada selville, kun taas tutkimusmetodi viittaa siihen, miten eli millaisten tutkimuksellisten työvälineiden avulla sanottuun tavoitteeseen on tarkoitus päästä. Oikeustieteen tutkijan tiedonintressinä voi olla voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden tietynhetkiseen merkityssisältöön kohdistuva *tulkinnallinen* tiedonintressi, missä on keskeistä kirjallisessa muodossa annetun ja yhteiskunnan institutionaaliseen perustaan kiinnittyvän lähdeaineiston, kuten lainsäädännön ja tuomioistuinkäytännön, tulkinnallisten merkitysten analyysi. Toisaalta oikeuden tutkijan tiedonintressi voi kohdentua oikeutta määrittävien tai oikeudellisesti merkityksellisten ilmiöiden ihmis-, kulttuuri- tai yhteiskuntatieteelliseen selittämiseen (engl.: *explanation*) tai ymmärtämiseen (engl.: *understanding*) filosofi Georg Henrik von Wrightin analysoiman tieteenfilosofian kahden erilaisen tradition tarkoittamassa merkityksessä.¹⁸ Tutkijan oikeudellinen tiedonintressi ja tutkimusmetodi voi myös olla oikeusfilosofian tarkoittamalla tavalla tutkimuskohdetta filosofisesti refleктоiva tai analysoiva.

Kokoavasti oikeustieteen *tiedonintressinä* voi olla:

¹⁸ von Wright, *Tieteen filosofian kaksi perinnettä*; sama, *Explanation and Understanding*, *passim*. Englanninkielinen termi *explanation* viittaa luonnontieteiden hyödyntämiin kausaalsiin selitysmalleihin, *understanding* puolestaan ihmis-, kulttuuri- ja (osin) yhteiskuntatieteiden ainakin pääsääntöisesti hyödyntämiin intentionaalsiin eli subjektin toimintamotiiveihin perustuviin sekä erilaisiin yhteisöllis-kulttuurisiin merkityksiin kiinnittyviin selityksiin. Ks. myös Raunio, *Positivismi ja ihmistiede. Sosiaalitutkimuksen perustat ja käytännöt*, s. 71–76.

- (a) voimassa olevan oikeuden sääntöjen sekä riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittäminen,
- (b) oikeutta määrittävien tai oikeudellisesti merkityksellisten *mentaalitajunnallisten rakenteiden ja prosessien* sekä yksilöllisen tai kollektiivisen *alitajunnan lainalaisuuksien* määrittäminen,
- (c) oikeudellisesti merkityksellisten yhteisöllis-kulttuuristen *merkitysten ja merkitysrakenteiden* määrittäminen joko *synkronisessa* eli ajallisesti vakioidussa tai *diakronisessa* eli ajallisesti muuntuvassa katsannossa,
- (d) oikeuden *yhteiskunnallisten vaikutusten ja vaikutussuhteiden* määrittäminen joko *synkronisessa* eli ajallisesti vakioidussa tai *diakronisessa* eli ajallisesti muuntuvassa katsannossa, tai
- (e) oikeuden *määritelmällisten* tai muutoin filosofisessa katsannossa *merkityksellisten ominaisuuksien* arvioiminen, esimerkiksi oikeuden idean tai käsitteen, oikeuden ja yhteisöllisen oikeudenmukaisuuden keskinäisen suhteen tai esimerkiksi oikeustieteen tieteenteorian lainalaisuuksien merkityksessä.

Lainopin ja muun oikeuden tulkintatieteellisen analyysin *tutkimusmetodina* on voimassa olevan oikeuden sääntöjen *tulkinta* ja *systematisointi* sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien arvosidonnainen *punninta* ja keskinäinen *tasapainottaminen* (engl.: *weighing and balancing*).

Oikeudellinen *tulkinta* tarkoittaa voimassa olevan oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittämistä suhteessa tyypitapauksellisesti määritelyihin oikeustapauksiin. Oikeusperiaatteita ja muita vastaavia oikeudellisia ratkaisustandardeja ei ole mahdollista tunnistaa Hartin oikeusteorian edellyttämän formaalin tunnistamissäännön avulla, eikä niiden ratkaisuarvoa tuomarın tai muun lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa voi ennalta vakioda tietyn käsitesystematiikan tai käsitehierarkian muotoon, vaan ne noudattavat *dynaamisen* eli ajallisesti muuntuvan, ”kelluvan” ja erilaisille yhteiskunnallisille arvo- ja tavoitenäkökohdille määritelmällisesti avoimen sekä ainakin lähtökohteisesti vain tilannesidonnaisesti määritettävissä olevan oikeudellisen systeemin ideaa. Oikeusperiaatteiden soveltaminen yksittäisen oikeustapauksen määrittämissä tulkintakontekstissa edellyttää kyseisen oikeusperiaatteen ilmentämien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden *punnintaa* ja *suhteuttamista* suhteessa mahdollisten muiden asiaanvaikuttavien oikeusperiaatteiden yhteiskunnallisiin taustaperusteisiin.

Oikeudellinen *systematisointi* tarkoittaa voimassa olevan oikeuden sääntöjen keskinäisten suhteiden määrittämistä yhtäältä formaalien *konfliktinratkaisunormien* ja toisaalta *oikeudellisten (perus)käsitteiden, dogmien ja konstruktoiden* avulla. Konfliktinratkaisunormeja ovat esimerkiksi *lex superior derogat legi inferiori* ja *lex posterior derogat legi priori*. Oikeudellisten dogmien ja konstruk-

tioiden avulla voidaan puolestaan määrittää oikeudenalakohtaiset pääsääntö/ poikkeussääntö -luokitukset. Oikeussääntöjen toteuttama systematiikka on *staat-tinen* eli niiden oikeussysteeminen painoarvo on ennalta vakioitavissa ja määri-teltävissä Kelsenin ja Merklin oikeusnormihierarkian tarkoittamalla tavalla. Oi-keusperiaatteiden ja muiden oikeussääntöjä heikommin formaalien oikeudellis-ten ratkaisustandardien systeeminen painoarvo on sen sijaan vain tilannekohtai-sesti määriteltävissä eli ne toteuttavat vain *dynaamista* systematiikkakäsitystä, missä oikeusperiaatteiden sisällölliset punnintanormit sekä yhteiskunnalliset ar-vot ja/tai tavoitteet ratkaisevat yksittäisten oikeusperiaatteiden keskinäiset suh-teet. Oikeussäännön ja oikeusperiaatteen tai kahden oikeusperiaatteen keskinäi-nen kollisio ei myöskään ratkea formaalien systematisointisääntöjen avulla, vaan siinäkin on turvaututtava oikeusperiaatteiden punnintaan, missä vastakkain ovat kyseisen oikeussäännön ilmentämän yleisen periaatteen sekä sanotun oikeus-säännön ratkaisuarvon menestyksellisesti riitauttaneen oikeusperiaatteen suh-teelliset painoarvot. Oikeusperiaatteiden ja prejudikaattinormien osalta vähin-tään heikosti systeeminen jäsennys on mahdollinen, jos sovellettava oikeudelli-nen tulkintamatriisi tai prejudikaatti-ideologia sitä tukee. Oikeusperiaatteiden osalta esimerkiksi perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi sekä Juha Pöyhösen tavoin yhteisöllisen kohtuusperiaatteen suhteellisen etusijan varaan rakentuva sopimusoikeuden jäsennys rakentuvat senkaltaisen systeemisen oletteman va-raan, samoin kuin oikeudelliseen eheyteen pyrkivä prejudikaatti-ideologia Ronald Dworkinin tarkoittamassa merkityksessä. Tällöin myös *oikeusperiaat-teet* ja muut oikeudelliset ratkaisustandardit samoin kuin *prejudikaattinormit* ovat systematisoitavissa termin heikossa merkityksessä.

Kysymys, *millaista oikeussääntöjen tulkintaa ja systematisointia* sekä *mil-laista oikeusperiaatteiden punnintaa*, kietoutuu yhteen sovellettavan oikeudelli-sen *tulkintamatriisin* kanssa. Oikeudellinen tulkintamatriisi on yhtenäisen tie-teenteoreettinen kehys, joka lukitsee (muun muassa) oikeudellisen metodiopin säännöt sekä niiden avulla tavoiteltavat yhteiskunnalliset tavoitteet.

Oikeuden *ihmistieteellisessä*, *kulttuuritieteellisessä* ja *yhteiskuntatieteellisessä* analyysissä sovellettava tutkimusmetodi on johdettu taustalla vaikuttavan eri-tyistieteen metodologiasta. Esimerkiksi *oikeushistoria* soveltaa yleisen histo-riantutkimuksen, *oikeussosiologia* yleisen sosiologian, *oikeustaloustiede* yleisen taloustieteen, *oikeussemiotiikka* yleisen semiotiikan, *oikeudellinen tilastotiede* yleisen tilastotieteen ja *oikeuslingvistiikka* yleisen kielitieteen menetelmällisiä työvälineitä ja arviointikriteereitä oikeuteen. Sen vuoksi oikeuden ihmis-, kult-tuuri- ja yhteiskuntatieteellisen tutkimuksen metodologia on olennaisesti parem-min jäsentynyt kuin lainopin metodologia. Kysymys, *mitä oikeusfilosofia on?*, on jo itsessään aidosti filosofinen kysymys, johon annettu vastaus vaihtelee mer-kittävästi vastaajan filosofisista sitoumuksista riippuen: esimerkiksi analyyttinen oikeusteoria määrittelee oikeuden varsin eri tavoin kuin oikeusfenomenologia,

luonnonoikeusfilosofia, eksistentiaalinen oikeusfilosofia tai marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia.

Oikeusfilosofia voidaan määritellä joko laajasti, käsittäen kaiken oikeutta filosofisen analyysin ja/tai reflektion keinoin lähestyvän tutkimuksen, tai suppeasti, jolloin analyytinen oikeusteoria ja kontinentaalinen oikeusfilosofia erotetaan toisistaan.

Oikeusteoriasta erotettuna *oikeusfilosofia* soveltaa oikeuteen kontinentaalista, ei-analyyttistä filosofiaa esimerkiksi hermeneuttisen, fenomenologisen, eksistentiaalisen, marxilaisen tai feministisen filosofian, klassisen tai modernin luonnonoikeusfilosofian tai ranskalaisfilosofi Jacques Derridan ajatuksiin palautuvan filosofisen dekonstruktion tarkoittamassa merkityksessä. Tutkimuskohteena voi tällöin olla esimerkiksi oikeuden apriorinen, itseannettu ja empiirisiä havaintoja käsitteellisesti edeltävä olemus (= *oikeusfenomenologia*), oikeuden määritelmällinen teksti-, traditio- ja tulkintasidonnaisuus sekä oikeuden ja sen tulkitsijan molemminpuolinen vuorovaikutussuhde (= *oikeudellinen hermeneutiikka*), oikeuden suhde ehdottoman yhteisöllisen ja/tai uskonnollisen oikeuden mukaisuuden ideaan (= *luonnonoikeusfilosofia*, *oikeusteologia*), oikeuden suhde ihmisen eksistentiaaliseen olemukseen tai ”maailmassa-olemiseen” (= *eksistentiaalinen oikeusfilosofia*), oikeuden suhde taloudellisiin tuotantosuhteisiin ja tuotantorakenteisiin, transsendentaalisubjektiksi ymmärretyn pääoman itseään uusintaviin liikelakeihin sekä ”ekspressiiviseen yhteyteen”, joka vallitsee yhteiskunnan syvärakenteen ja sen muiden tasojen välillä (= *marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia*), oikeuden suhde yhteiskunnallisesti ja filosofisesti merkitykselliseen sukupuolieroon sekä sukupuolisidonnaisen yhteiskunnallisen eriarvoisuuden ilmentymiin (= *feministinen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia*) tai oikeuden ja oikeustieteen viimekätisten premissien pulmallinen ontologia ja epistemologia suhteessa niiden avulla vakioituun oikeudellisen ajattelun järjestelmään tai yleisemmin kirjoittajan omaksuman tutkijanposition suhde tekstissä esitettyihin väitteisiin (= *filosofinen dekonstruktio*). Oikeusfilosofian tutkimusmetodina on filosofinen reflektio.

Oikeusteoria hyödyntää etenkin Englannissa, Puolassa ja pohjoismaissa vaikuttaneen ja edelleen vaikuttavan analyytis-lingvistisen filosofian, deonttisen eli normilogiikan, yleisen tieteenteorian tai tieteenfilosofian, Yhdysvalloissa vaikuttaneen filosofisen pragmatismen sekä *Critical Legal Studies* -liikkeen tavoin metodiopillisesti käsitetyn dekonstruktion ideoita oikeuden tutkimiseen. Tutkimuskohteena voi olla esimerkiksi oikeuden kielen ja käsitteiden määrittely, tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellisen ratkaisuharkinnan teoria sekä oikeudellisen argumentaation yleiset rationaalisuusehdot (= *analyytis-lingvistinen oikeusteoria*), oikeustieteen tieteenkuvan määreet ja oikeustieteen tutkijan itseymmärryksen osatekijät (= *oikeustieteen tieteenteoria* tai *tieteenfilosofia*), erilaiset deonttisen eli normilogiikan järjestelmät (= *oikeus- eli normilogiikka*).

ka), tuomioistuinratkaisujen selittäminen ja/tai ennustaminen erilaisista ihmis- ja sosiaalitieteistä lainattujen tutkimusmenetelmien avulla (= *filosofinen pragmatismi*), oikeuden palauttaminen osaksi yhteiskuntapolitiikkaa sekä oikeudellisten käsitteiden sisäisen epävakauden ja keskinäisten hierarkiasuhteiden osoittaminen ja purkaminen (= *Critical Legal Studies* -suuntaus). Tutkimusmetodina on filosofinen (käsite)analyysi.

Perustelin edellä ajatuksen *tutkimuksellisesta vuorovaikutusmallista*, jonka mukaan lainoppi on *metodisesti omalakinen* mutta *argumentatiivisesti avoin* tieteenala suhteessa oikeuden ihmis-, kulttuuri- ja yhteiskuntatieteelliseen analyysiin sekä oikeusfilosofiaan.¹⁹ Lainopin metodinen erillisuus tarkoittaa sen tulkinnallisen metodin omaehtoisuutta ja erillisyyttä suhteessa esimerkiksi ihmis- ja yhteiskuntatieteelliseen selittämiseen tai ymmärtämiseen tavalla, joka noudattaa Hans Kelsenin puhtaan oikeusopin metodiohjelmaa. Toisaalta, lainopin argumentatiivinen avoimuus suhteessa oikeustieteen muihin osalohkoihin samoin kuin muihin humanistisiin tulkintatieteisiin tarkoittaa sitä, että oikeustieteen muiden osa-alueiden tuottamat tutkimustulokset tulee mahdollisuuksien mukaan ottaa huomioon sekä lainopillisen päättelyn normatiivisia ja faktapremissejä että saavutettuja tulkintatuloksia arvioitaessa. Aulis Aarnio on kiteyttänyt tutkimuksellisen vuorovaikutusmallin idean hyvin empiiristen yhteiskuntatieteiden osalta, mutta sanotun kannan voi yleistää lainopin tutkimuksellisiin ”ulkosuhteisiin” muutoinkin.²⁰

”... the connection between legal dogmatics and the empirical social sciences is *instrumental*, not *methodological*. The sociology of law produces interpretation data for legal dogmatics, but does not provide methods for it.”

Lisäksi *oikeustieteen tieteenteorialla* osana oikeusteoriaa tai oikeusfilosofiaa on oikeustiedettä keskeisesti määrittelevä rooli oikeuden ja oikeustieteen *ontologisten* (= konstitutiivisten), *epistemologisten* (= oikeuslähdeopillisten), *metodologisten* (= argumentaatioteoreettisten) ja *loogis-lingvististen* (= semanttis-käsitteellisten) osatekijöiden täsmentämisen merkityksessä.

Kokoavasti oikeustieteen *tieteenala*, *tutkimuskohde*, *tiedonintressi* ja *tutkimusmetodi* sekä *tutkijanideologia*, oikeustieteen *tieteenkuva* tai lainopin *tulkintamatriisi* ja *tutkimustulokset* voidaan esittää seuraavien kahden kaavion muodossa:

¹⁹ Ks. luku 3.2.4. ”Lainopin suhde empiirisiin yhteiskuntatieteisiin” sekä etenkin 3.2.4.5. ”Tutkimuksellinen vuorovaikutusmalli”.

²⁰ Aarnio, ”On the Truth and Validity of Interpretative Statements in Legal Dogmatics”, s. 165 (kursivointi lisätty).

Kaavio 2a: Oikeustieteen tieteenala, tutkimuskohde, tiedonintressi ja tutkimusmetodi

Tieteenala	Oikeustiede tulkintatieteenä	Oikeustiede ihmistieteenä	Oikeustiede kulttuuritieteenä	Oikeustiede yhteiskuntatieteenä	Oikeustiede filosofiana
<i>Tutkimus- kohde</i>	voimassa olevan oikeuden eli vallitsevan (tai kriittisen) tunnistamissäännön rajaamista institutionaalisista oikeuslähteistä johtuvien <i>oikeussääntöjen</i> sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien <i>oikeusperiaatteiden</i> ja vastaavien oikeudellisten <i>ratkaisustandardien</i> tietyn hetkinen tulkinnallinen merkityssisältö	oikeutta määrittävät tai oikeudellisesti merkitykselliset mentaalis-tajunnalliset rakenteet ja prosessit sekä yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan lainalaisuudet	oikeuden yhteisöllis-kulttuuriset merkitykset ja merkitysrakenteet	oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset ja vaikutussuhteet	oikeuden määritelmälliset tai muutoin filosofisessa katsannossa merkitykselliset ominaisuudet
<i>Tiedon- intressi</i>	tulkinnallinen: voimassa olevan oikeuden sisältö vallitsevan tai kriittisen oikeuslähde- ja metodopin mukaan hahmotettuna (oikeus <i>yhteiskunnallisena tosiasiana</i> tai oikeus <i>yhteiskunnallisena ideaalina</i>)	heuristinen: mentaalisten rakenteiden ja prosessien sekä yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan vaikutus oikeuteen	ymmärtävä: yhteisöllis-kulttuuristen merkitysten ja merkitysrakenteiden vaikutus oikeuteen	selittävä/ymmärtävä: oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten ja vaikutussuhteiden selvittäminen	reflektioiva tai analysoiva
<i>Tutkimus- metodi</i>	oikeussääntöjen tulkinta ja systematisointi sekä oikeusperiaatteiden punninta ja keskinäinen tasapainottaminen	heuristikka, psykologia, käytäytymistieteen menetelmät	yhteisöllis-kulttuuristen merkitysten tulkinta ja analyysi	yhteiskunnallisten vaikutussuhteiden empiirinen havainnointi, analyysi ja mallintaminen	filosofinen reflektio tai analyysi

Kaavio 3a: Oikeustieteen tutkijanideologia, tieteenkuva tai tulkintamatriisi ja tutkimustulokset

Tutkijanideologia (eli tutkijanpositio)

a) lainoppi

analyttis-deskriptiivinen: oikeus yhteiskunnallisena tosiasiana, mitä oikeus on?

lainopin vallitseva doktriini: vallitsevan tuomarideologian eli tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltaajien kollektiivisesti sisäistämä oikeuslähde- ja laintulkintaoppi lainopin ajatuksellisenä referenssinä (= oikeus yhteiskunnallisena tosiasiana)

b) oikeustiede ihmis-, kulttuuri- tai yhteiskuntatieteenä c) oikeusfilosofia

positiivis-deskriptiiviset oikeuden ihmistieteet, kulttuuritieteet, yhteiskuntatieteet
analyttis-deskriptiivinen oikeusteoria
Hartin oikeuden tunnistamissääntö,
Rossin tuomariniideologia, tms.
oikeuden muodollinen voimassaolo

normatiiviset oikeuden ihmistieteet, kulttuuritieteet, yhteiskuntatieteet
normatiivis-kriittinen oikeusfilosofia
Dworkin: oikeudellinen cheys (engl.: *law as integrity*)
Fuller: oikeuden sisäinen moraal, tms.
oikeuden sisällöllinen hyväksyttävyys

Tieteenkuva

Tulkintamatriisi (= lainopin tieteenkuva)

oikeustieteen ontologiset + epistemologiset + metodologiset + loogiset & lingvistiset sitoumukset
lainopin konstitutiiviset + oikeuslähdeopilliset + argumentaatioteoreettiset + semanttis-käsitteelliset sitoumukset

Tutkimustulokset

a) lainoppi

vallitsevan oikeuslähdeopin ja argumentaatio-teorian mukaisesti perustellut oikeudelliset tulkinta-, systematisointi- ja punnintalauseet deskriptiivisen ihmis-, kulttuuri- tai yhteiskuntatieteen tuottamat tutkimustulokset ihmisestä, oikeudesta ja yhteiskunnasta
analyttisen oikeusteorian käsitys oikeudesta

kriittisen oikeuslähdeopin ja argumentaatio-teorian mukaisesti perustellut oikeudelliset tulkinta-, systematisointi- ja punnintalauseet kriittisen ihmis-, kulttuuri- tai yhteiskuntatieteen tuottamat tutkimustulokset ihmisestä, oikeudesta ja yhteiskunnasta
ei-analyttisen oikeusfilosofian käsitys oikeudesta

b) oikeustiede ihmis-, kulttuuri- tai yhteiskuntatieteenä

c) oikeusfilosofia

Oikeustiede voidaan määritellä kokoavasti seuraavasti. Oikeustiede on usean tieteenalan muodostama kokonaisuus, jota (vain) tutkimuskohteen edellytetty *oikeudellisuus* ja vain väljä sidonnaisuus yhteiskunnan *institutionaaliseen perustaan* yhdistää ja jonka tutkimuskohteena voi olla:

- (a) *voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö* eli oikeuden tunnistamissäännön rajaamista institutionaalisista oikeuslähteistä johdettujen, muodollisesti voimassa olevien *oikeussääntöjen* sekä oikeussääntöjä heikompa mutta riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien *oikeusperiaatteiden* ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien tietynhetkinen *tulkinnallinen merkityssisältö* (= oikeustiede *tulkintatieteenä* eli oikeuden *tulkintatieteellinen* analyysi, mukaan lukien lainoppi),
- (b) oikeutta määrittävät tai oikeudellisesti merkitykselliset *mentaalis-tajunnalliset rakenteet ja prosessit* sekä yksilöllisen tai kollektiivisen *alitajunnan lainalaisuudet* (= oikeustiede *ihmistieteenä* eli oikeuden *ihmistieteellinen* analyysi),
- (c) oikeuden *yhteisöllis-kulttuuriset merkitykset ja merkitysrakenteet* (= oikeustiede *kulttuuritieteenä* eli oikeuden *kulttuuritieteellinen* analyysi),
- (d) oikeuden *yhteiskunnalliset vaikutukset ja vaikutussuhteet* (= oikeustiede *yhteiskuntatieteenä* eli oikeuden *yhteiskuntatieteellinen* analyysi) tai
- (e) oikeuden *määritelmälliset* tai muutoin filosofisessa katsannossa merkitykselliset *määreet ja ominaisuudet* (oikeustiede *oikeusfilosofiana* eli oikeuden *filosofinen* analyysi).

Tutkijanideologian vaihtoehdot yhtäältä analyttis-deskriptiivisen ja toisaalta normatiivis-kriittisen tutkijanäkökulman merkityksessä sekä *tieteenkuvan* yleiset määreet oikeuden ontologisten, epistemologisten, metodologisten ja loogislingvististen sitoumusten merkityksessä ovat yhteiset oikeustieteen eri osaloikoille. Lainoppi voidaan määritellä kokoavasti seuraavasti. Lainoppi on yhteiskunnan institutionaaliseen perustaan sidoksissa oleva tutkimusala, jonka:

- (a) *tutkimuskohteena* on voimassa oleva oikeus eli niiden muodollisesti velvoittavien oikeussääntöjen sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien kokonaisuus, jotka vallitseva tuomarinideologia eli tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymien oikeuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian sitoumusten kokonaisuus käsittää,
- (b) *tiedonintressinä* on tuottaa oikeudellisia tulkinta-, systematisointi- ja punnintalauseita voimassa olevan oikeuden sisällöstä institutionaalisen oikeuslähdeopin käsittämien ratkaisuperusteiden ja oikeudellisen argumentaatioteorian hyväksymien päättelymallien osoittamalla tavalla,
- (c) *tutkimusmenetelmänä* on muodollisesti voimassa olevien oikeussääntöjen tulkinta ja systematisointi sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien punninta ja keskinäinen tasapainottaminen,

- (d) *tutkijanideologia* on määritettävissä suhteessa vallitsevaan tuomarinideologiaan, joko sen käsittämien epistemoisten ja metodisten premissien hyväksymisen merkityksessä, jolloin on kyse vallitsevan lainopin analyttis-deskriptiivisestä tutkijanideologiasta, tai niiden torjumisen merkityksessä, jolloin on kyse vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin normatiivis-kriittisestä tutkijanideologiasta,
- (e) *tieteenkuva* käsittää tutkimuksen ontologiset, epistemologiset, metodologiset ja loogis-lingvistiset määreet, joiden konstitutiivisten, oikeuslähdeopillisten, argumentaatioteoreettisten ja semanttis-käsitteellisten sitoumusten perusteella lainopin tutkimus jakautuu lukuisiin oikeudellisiin *tulkintamatriiseihin*, ja
- (f) *tutkimustuloksina* on joukko perusteltuja oikeudellisia tulkinta-, systematisointi- ja punnintalauseita, jotka on rajattu vallitsevan tai eri tavoin kriittisen oikeuslähdeopin sekä perusteltu oikeudellisen argumentaatioteorian tarkoittamalla tavalla.

Lainoppi on *metodisesti suljettu* mutta *argumentatiivisesti avoin* tutkimusala, jonka tieteenkuvan määreet on rajattava ja suhteutettava paitsi muihin humanistisiin tulkintatieteisiin myös oikeustieteen muihin sekä tiedonintressiltään että tutkimusmenetelmiltään eriytyneisiin osalohkoihin. Lainopin määritelmää voidaan sen vuoksi täydentää seuraavasti:

Lainoppi on suhteutettava sen tutkimuksellisten premissien ja saavutettujen tulkintatulosten osalta (a) toisiin *humanistisiin tulkintatieteisiin*, kuten teologiaan ja kirjallisuudentutkimukseen, (b) mentaalis-tajunnallisia rakenteita ja prosesseja sekä yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan lainalaisuuksia tutkiviin *ihmistieteisiin*, (c) yhteisöllis-kulttuurisia merkityksiä ja merkitysrakenteita tutkiviin *kulttuuritieteisiin*, (d) empiirisesti havainnoitavissa olevia yhteiskunnallisia vaikutuksia ja vaikutussuhteita tutkiviin *yhteiskuntatieteisiin* sekä (e) oikeuden filosofisia määreitä ja ominaisuuksia tutkivaan *oikeusteoriaan* ja *oikeusfilosofiaan*.

Oikeusteorian ja oikeusfilosofian merkitys lainopillista tulkintaa, systematisointia ja punnintaa jäsentävänä tutkimusalanana ulottuu oikeustieteen muita osalohkoja syvemmälle. Kun lainopin tutkija esittää perustellun oikeudellisen tulkintakannanoton: ”kun tosiseikat ovat *f*, voimassa olevaa oikeutta tulee (tai: on perusteltua) tulkita tavalla *p*”, tuohon tulkintalauseeseen on jo sisäänrakennettuna joukko lainopin tutkimuksellista kysymyksenasettelua ja ylipäättään mahdollisia vastauksia eli oikeuden ”mahdollisten maailmojen” semantiikkaa määrittäviä *tieteenteoreettisia* premissejä, ja sama pätee tietenkin myös oikeudellisiin systematisointi- ja punnintakannanottoihin. On toisin sanoen kyse myös lainopillista tutkimusta määrittävien *ontologisten* (= konstitutiivisten), *epistemologisten* (= oikeuslähdeopillisten), *metodologisten* (= argumentaatioteoreettisten) sekä *loogis-lingvististen* (= semanttis-käsitteellisten) sitoumusten vaikutuksesta oikeudelliseen argumentaatioon, missä tutkijan sisäistämät *aksiologiset* (= arvo-

teoreettiset) sitoumukset määrittävät valintaa tieteenteorian osatekijöiden eri vaihtoehtojen välillä. *Oikeustieteen tieteenteoria* tarkastelee lainopin tieteenteoreettisia sitoumuksia osana yleistä tieteenteoriaa tai tieteenfilosofiaa. Yksittäinen lainopin tutkija voi olla enemmän tai vähemmän hyvin perillä tutkimuksen taustalla vaikuttavista tieteenteorian lainalaisuuksista, ja valitettavan tavallista onkin, että ”kaikista laeista, joiden parissa juristit työskentelevät, he tuntevat huonoimmin oman tieteesä lait”.²¹ Tietämättömyys tutkimusta ohjaavista ja jäsentävistä tieteenteorian lainalaisuuksista ei poista sitä tosiasiaa, ettei oikeuteen voi olla *näkökulmaa ei-mistään*,²² vaan oikeustieteen ja myös lainopin *episteeminen, käsitteellinen, konstitutiivinen ja metodinen identiteetti* on määritelmällisesti sidoksissa oikeustieteen tieteenkuvan määreisiin, joita *oikeustieteen tietenteoria* tarkastelee.

5. OIKEUS TOSIASIANA JA OIKEUS IDEAALINA

Tutkijanideologia viittaa lainopissa tutkijan omaksumaan näkökulmaan eli tutkijanpositioon suhteessa vallitsevaan tuomarinideologiaan. Vaihtoehtoina ovat yhtäältä *deskriptiivinen* tai *analyttis-deskriptiivinen* ja toisaalta *kriittinen* tai *normatiivis-kriittinen* tutkijanideologia tai sitten näiden kahden yhdistelmä.²³

Analyttis-deskriptiivinen tutkijanideologia viittaa ajatukseen, jonka mukaan tutkijan tulee pyrkiä tutkimuskohteen mahdollisimman kohdeneutraaliin ja arvovapaaseen kuvaamiseen, analyysiin ja selittämiseen sekä, mahdollisesti, ennustamiseen. Analyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin premisseihin sitoutuneessa lainopissa tämä tarkoittaa sen selvittämistä, *mitä oikeus on*, eli *mikä on voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö*, kun asiaa tarkastellaan *vallitsevan tuomarinideologian* käsittämien institutionaalisen oikeuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian sitoumusten valossa. Tutkijan tulee sulkeistaa omat arvoteoreettiset ja yhteiskuntaideologiset preferenssinsä ja rajata ne oikeustieteellisen tutkimuksen ulkopuolelle, sillä vallitsevan tuomarinideologian premissejä vastaamattomina ne kuuluvat oikeuspolitiikan tai yhteiskunnallisen arvoteorian, eivät voimassa olevan oikeuden tai sen sisältöä selvittävän lainopin, alaan. Lainopissa analyttis-deskriptiivinen tutkijanideologia vastaa *vallitsevan doktriinin* tutkimuksellista näkökulmaa oikeuteen, missä Alf Rossin ajatuksiin palautuva *institutionaalinen tuomaripreferenssi* eli tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli

²¹ Näin siis Rudolf von Jhering. Lainattu teoksessa Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 261.

²² Nagel, *The View from Nowhere*.

²³ Historiantutkija Jorma Kalela on puhunut *objektivistista* ja *osallistujista* samaa tarkoittaen, tosin vain historian tutkimukseen soveltuin. Kalela, *Historiantutkimus ja historia*, s. 57–60.

institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämä *tuomarinideologia* (Ross) tai *oikeuden tunnistamissääntö* (Hart) on hyväksytty myös lainopin soveltaman oikeuslähdeopin ja argumentaatioteorian ajatukselliseksi referenssiksi eli vakioituksi tutkimukselliseksi kiintopisteeksi, jota vasten esitettäviä oikeudellisia tulkinta-, systematisointi- ja punnintakannanottoja arvioidaan.

Normatiivis-kriittinen tutkijanideologia viittaa tutkimukseen, jossa tutkijan sisäistämät arvo- ja yhteiskuntaideologiset näkökohdat liitetään avoimesti osaksi oikeustutkimusta. Lainopissa tämä tarkoittaa sen selvittämistä, *mitä oikeuden pitäisi olla*, eli *mikä on ideaalinen eli paras mahdollinen tulkinta voimassa olevan oikeuden tulkinnallisesta merkityssisällöstä*, kun asiaa tarkastellaan ehdottoman yhteisöllisen ja/tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden näkökulmasta sekä vallitsevan tuomarinideologian käsittämistä institutionaalisen oikeuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian premisseistä tarvittaessa irtautuen. Kriittisen oikeustutkijan tulee toisin sanoen tiedostaa omat arvosidonnaiset ja yhteiskuntaideologiset preferenssinsä sekä liittää ne avoimesti tutkimuksen lähtökohtapremissien joukkoon.

Lainopissa normatiivis-kriittistä tutkijanideologiaa vastaa *vaihtoehtoinen, kriittinen* sekä avoimen *poliittinen* lainoppi. Oikeudellisen tulkinnan, systematisoinnin ja punninnan vakioituna ajatuksellisena lähtökohtana voi olla esimerkiksi marxilainen oikeus- ja yhteiskuntaideologia (= *vaihtoehtoinen lainoppi*), yleistetty heikomman sopijapuolen erityisintressien suojeleminen (= *sosiaalinen siviilioikeus*), naisten tai yleisemmin erilaisten aiemmin syrjittyjen väestöryhmien tietoinen suosiva erityiskohtelu (= *naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus*), sopimusoikeudellista kohtuullisuutta ja tilannesidonnaista aineellista sopimustasapainoa edistävät oikeusperiaatteet (= *oikeusperiaatteiden punnintamalli*), oikeuden ”syvempien tasojen” eli oikeuskulttuurin tason ja oikeuden syvätason käsittämien aineellisten oikeusperiaatteiden rekonstruktio, mikä tekee lain-säädännön ja tuomioistuinratkaisujen kriittisen tarkastelun mahdolliseksi, sekä kriittisen lainopin tuottamien tulkintalauseiden oikeutta uusintavan tehtävän korostaminen oikeuden pintatasolla (= *kriittinen oikeuspositivismi*) tai taloudellisen kustannustehokkuuden, liiketoiminnan transaktiokustannusten minimoinnin sekä optimaalisen resurssiallokaation toteuttaminen yhteiskunnassa (= *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi*).

Kokoavasti lainopin *tutkijanideologian* vaihtoehdot voidaan ilmaista seuraavasti:

- a) *oikeus yhteiskunnallisena tosiasiana*: oikeus tosiasiallisesti toteutuneena ja myös tulevaisuudessa todennäköisesti toteutettavissa olevana yhteiskunnallisena tosiasiana niiden oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena, joille tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat ovat aiemmin johdonmukaisesti antaneet ja joille ne tuomarikunnan kollektiivisesti sisäistämän *tuomarinideologian* eli institutionaalisen oikeuslähde-

opin ja argumentaatioteorian käsittämien sitoumusten perusteella tulevat todennäköisesti myös tulevaisuudessa antamaan tehokasta oikeussuojaa, jolloin oikeudellisen tulkinnan, systematisoinnin ja punninnan lähtökohtana on vallitseva lainsäädäntöideologia ja tuomarideologia sekä tekninen oikeusasema-analyysi (= *analyttinen oikeustiede*), vallitseva perusoikeusjärjestelmä (= *perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi*) sekä vallitsevan tuomarideologian tunnustamat sisällölliset oikeusperiaatteet (= *oikeusperiaatteiden punnintamalli* sekä *kriittinen oikeuspositivismi* siltä osin kuin nämä kaksi vastaavat vallitsevaa tuomarideologiaa, eivät kriittisen oikeusopin mukaista käsitystä oikeudesta), tai

- b) *oikeus yhteiskunnallisena ideaalina tai mahdollisuutena*:²⁴ *ideaalinen eli paras mahdollinen* mutta samalla toteutettavuudeltaan (ainakin toistaiseksi) vain enemmän tai vähemmän *epätodennäköinen* tulkinta voimassa olevan oikeuden säännöistä ja periaatteista vallitsevasta eli tuomarien ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien sisäistämästä tuomarideologiasta poikkeavan oikeudellisen tai yhteiskuntaideologian perusteella, jolloin käsitys oikeuden tulkinnasta voidaan kytkeä esimerkiksi marxilaiseen oikeus- ja yhteiskuntaideologiaan (= *vaihtoehtoinen lainoppi*), yleistettyyn heikomman sopijapuolen intressien suojaamiseen (= *sosiaalinen siviilioikeus*), kriittisen oikeusopin käsittämiin oikeusperiaatteisiin (= *kohtuusperustainen oikeusperiaatteiden punnintamalli*), oikeuden syvempien tasojen käsittämiin kriittisiin aineellisiin oikeusperiaatteisiin sekä kriittisen lainopin tuottamiin oikeudellisiin tulkintalauseisiin (= *kriittinen oikeuspositivismi*), sukupuolisidonnaisen yhteiskunnallisen tasa-arvon edistämiseen tai erilaisten syrjittyjen vähemmistöjen yhteiskunnallisen aseman parantamiseen (= *naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus*) tai taloudelliseen kustannustehokkuuteen, transaktiokustannusten minimointiin sekä optimaaliseen yhteiskunnalliseen resurssiallokaatioon (= *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi*).

Itse tarkastelin edellä oikeutta yhteiskunnallisena tosiasiana, joka on luotavissa, muutettavissa, toteutettavissa oikeusvaikutuksiltaan ja kumottavissa (vain) lainsäätäjän ja tuomioistuinten tekemien tietoisien päätösten avulla Neil McCormickin ja Ota Weinbergerin *institutionaalisen oikeuspositivismin* tarkoittamalla tavalla.

6. OIKEUDELLISTEN RATKAISUPERUSTEIDEN RAKENTEISTUMINEN JA FORMALISOITUMINEN

Oikeudellisen ratkaisuperusteen *rakenteistuminen* Suomen oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan* viittaa oikeuslähteen tai yksittäisen

²⁴ Oikeudesta mahdollisuutena, Wilhelmsson, ”Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat”, s. 347–353.

oikeudellisen ratkaisuperusteen nauttimaan *institutionaaliseen tukeen* ja *yhteisölliseen hyväksyntään* erilaisissa vakiintuneissa, oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa käytännöissä, kuten lainsäädännössä, oikeuskäytännössä, sopimuskäytännössä tai vain vallitsevan yhteiskuntamoraalin ohjaamissa käytännöissä.²⁵ Oikeusnormin tai oikeudellisen ratkaisuperusteen *formalisoituminen* viittaa sen erilaisiin muotosidonnaisiin, aineellisesta sisällöstä riippumattomiin määreisiin. Oikeudellisen ratkaisuperusteen (a) *konstitutiivista* eli muodolliseen validiteetti- eli voimassaoloperustaan liittyvää formalismia, (b) *systemistä* formalismia staattisen ja suljetun tai dynaamisen ja yhteiskunnallisille arvo- ja/tai tavoiteperusteille avoimen oikeussysteemin merkityksessä, (c) päätöksentekoa ohjaavaan *sitovuuteen* liittyvää formalismia vahvan tai heikon oikeudellisen ratkaisuarvon merkityksessä, (d) *rakenteellista* eli normilooigista formalismia *joko/tai* -tyyppisen tai *enemmän-tai-vähemmän* -tyyppisen sääntely- ja ratkaisulogiikan merkityksessä, (e) *metodista* eli argumentaatioteoreettista formalismia yhtäältä yhteiskunnallisista taustaperusteista irrotetun tulkintamenetelyn ja toisaalta arvoperusteisen painoarvopunninnan ja keskinäisen tasapainottamisen (engl.: *weighing and balancing*) merkityksessä sekä (f) *ekspressiivistä* eli lingvististä formalismia kielelliseen ilmiäsuun liittyvien semanttis-käsitteellisten määreiden merkityksessä voi kutsua yhteisnimityksellä *deonttinen formalismi* eli *sääntöformalismi*.²⁶

Formaalit oikeussäännöt ovat irtautuneet alkuperäisestä synty- ja justifikatioperustastaan niiden yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoitenäkökohtien merkityksessä, joiden nojalla kyseiset säännöt alun perin saatettiin voimaan. Yksittäisen oikeussäännön validiteetin ja oikeudellisen ratkaisuarvon tunnistamiseksi viittaus vallitsevan tuomarinideologian käsittämään oikeuden tunnistamissääntöön on riittävä, eikä sääntöä ole tarpeen palauttaa sen taustalla vaikuttaviin tai ainakin sen säätämishetkellä vaikuttaneisiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin sen oikeudellisen validiteetin tai tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi. Kyse on toisin sanoen täysimääräisesti formaalista ratkaisuperusteesta, jonka oikeudellinen velvoittavuus ei ole riippuvainen sen aineellisesta oikeuttamisperustasta. *Institutionaaliset oikeusperiaatteet* ja muut vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit ovat määritelmällisesti kietoutuneet yhteen niiden ilmentämien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoitenäkökohtien kanssa, joten ne ovat sääntöjä heikommin formaaleja ratkaisuargumentteja. Toisaalta, ne nauttivat riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää yhteiskunnassa, mikä perustelee niiden merkityksen osana tuomarin oikeudellista ratkaisuharkin-

²⁵ Ks. luku 4.3.4. "Oikeudellisen ratkaisuperusteen rakenteistuminen: institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä".

²⁶ Ks. luku 4.3.3. "Oikeudellisen ratkaisuperusteen sääntöformalismi tai argumentatiivinen avoimuus: oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet".

taa. Sitä vastoin *subjektisidonnaiset arvot* ovat vain kantajalleen ominaisia yhteiskunnallisia preferenssejä, vailla oikeusperiaatteiden institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää tai edes heikosti sääntöformaaleja ominaisuuksia. Koska oikeus on määritelmällisesti yhteisöllinen eli yliyksilöllinen ilmiö, vain oikeusperiaatteilla ja vastaavilla ratkaisustandardeilla voi olla institutionaalisesti hyväksytyn oikeudellisen ratkaisuperusteen asema, kun taas subjektisidonnaiset arvot rajautuvat määritelmällisesti yhteisöllisen, ei-idiosynkraattisen oikeuskäsitteen ulkopuolelle.²⁷

Prejudikaattiperustaisen oikeuden normit sijoittuvat sääntö/periaate -luokituksessa formaalien oikeussääntöjen sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden väliin. Yksittäisen ennakkoratkaisun sisältämä yleinen oikeusohje eli sen *ratio decidendi* on tavallisesti määritettävissä vain suhteessa myöhemmin toteutuvaan eli myöhemmän lainsoveltajan arvioitavaksi tulevaan oikeustositseikastoon, ja keskeinen *ratio/dicta* -kahtiajako on lainsäädännössä asetettuja normeja suuremmassa määrin joustava ja dynaamisesti muuntuva, ei staattinen tai systeemisesti vakioitu.²⁸ Niinpä prejudikaattinormin sidonnaisuus omaksuttuun prejudikaatti-ideologiaan sekä *ratio decidendi/obiter dicta* -jaotteluun vähentää prejudikaattioikeuden formalistisuutta. Myös *tavanomaisen oikeuden* normeille on tavallisesti ominaista alhainen sääntöformalsmi: ne eivät yleensä ole tarkkarajaisia oikeussääntöjä vaan väljästi määriteltäviä oikeusperiaatteita tai muita oikeudellisia standardeja. *Sopimus-oikeudelliset* normit voivat olla yhtä hyvin oikeussääntöjä kuin oikeusperiaatteita tai oikeudellisia standardeja siinä missä lainsäädännönkin normit, sopijapuolten tavoitteista ja sovellettavasta sopimusmallista riippuen. Muista oikeuslähteistä johdetuille ratkaisuperusteille on tavallisesti ominaista niiden rinnastuminen oikeudellisiin standardeihin sääntösidonnaisen soveltamis- ja ratkaisulogiikan si- jaan.

Oikeudellisen ratkaisuperusteen suhteellisen *rakenteistuneisuuden* ja *formali-*

²⁷ Vrt. Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 48–49: ”Det er i det foregående talt snart om ’dommeren’, snart om ’domstolene’. Forudsætningen for, at man kan operere med begrebet ’dansk ret’ som et for det hele retssamfund fælles, identisk system er, at de individuelt forskellige dommere besjæles af en fælles, overindividuel ideologi, og at det derfor kommer ud på et, om man refererer til ’dommeren’ eller til ’domstolene’. Retten er et socialt, d.v.s. overindividuel fænomen. I det omfang, den enkelte dommer motiveres af særegen ideosynkrasi, henregnes denne ikke til ’dansk ret’ – selv om den naturligvis ligefuldt er en faktor der må tages i betragtning af den der er interesseret i at forudkalkulere en konkret retsafgørelse.” Vrt. myös Duncan Kennedyn kolmijaottelu (*judge as constrained activist – difference-splitting judge – bipolar judge*, millä hän viittaa tuomarin tietoiseen yhteiskuntapoliittiseen strategiavalintaan suhteessa voimassa olevaan oikeuteen ja sen mahdollistamiin ideologisiin positiioihin. Kennedy, *A Critique of Adjudication*, s. 180–186.

²⁸ Prejudikaattioikeudesta, Siltala, *A Theory of Precedent*, *passim*; Suomen oikeuden prejudikaattiotiopia, sama, ”Prejudikaateista ja tuomarin prejudikaatti-ideologiasta”, *passim*. – Lainsäädännön muuntuvuudella viittaa paitsi lainsäätäjän myöhempiin lainsäädäntötoimiin myös *desuetudo* ja *contra legem* -tilanteisiin.

soitumisen aste ratkaisee siis sen, onko kyse (a) *subjektisidonnaisesta arvosta*, joka ei voi saada oikeudellisen ratkaisuperusteen asemaa, (b) Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan *rakenteistuneesta* eli riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivasta *oikeusperiaatteesta* tai vastaavasta ratkaisustandardista vaiko (c) *formaalista oikeussäännöstä* alkuperäisestä yhteiskunnallisesta synty- ja oikeuttamisperustastaan irtautuneen oikeudellisen ratkaisuperusteen merkityksessä. Mitä vahvemmin jokin määrätty oikeudellinen ratkaisuargumentti on rakenteistunut Suomen oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan* sen vakiintuneissa, oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä nauttivan institutionaalisen tuen ja sisällöllisen hyväksynnän merkityksessä ja mitä itsenäisempi se on oikeudellisena ratkaisuperusteena suhteessa sen taustalla vaikuttaviin tai ainakin vaikuttaneisiin synty- ja justifikaatioperusteisiin erilaisten yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoitenäkökohtien merkityksessä eli mitä formaalimpi se oikeudellisena ratkaisuargumenttina on, sitä suurempi on sen ratkaisuarvo tuomioistuinten ja muiden viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa.

Oikeudellisten ratkaisuperusteiden rakenteistumis- ja formalisoitumistendenssit voivat toteutua myös käänteisesti. Aiemmin riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttinut oikeusperiaate saattaa menettää Suomen oikeuden institutionaalisiin ja yhteisöllisiin rakenteisiin kiinnittyneen asemansa tuomarien ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavana, institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivana ratkaisuperusteena. Syynä voi olla yhteiskunnallisten arvostusten muutos tai oikeusperiaatteen ilmentämien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoitenäkökohtien käyminen muutoin epätarkoituksenmukaiseksi. Tällöin voi puhua oikeusperiaatteen tai vastaavan oikeudellisen ratkaisustandardin *destrukturoidumisesta*, jonka ääripisteenä on sen palautuminen tai muuttuminen subjektisidonnaiseksi arvoksi vailla oikeuslähdeopillista merkitystä, koska se on jäänyt vaille oikeusperiaateilta ja vastaavilta ratkaisustandardeilta edellytettyä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää Suomen oikeudessa. Toisaalta, sääntöformaaleja eli säännönkaltaisia ominaisuuksia saavuttanut oikeusperiaate saattaa myös menettää sanotut formaalit, alkuperäisestä yhteiskunnallisesta synty- ja oikeuttamisperustasta irtautuneet piirteet, jos sanotun ratkaisustandardin vakiintuneet normatiiviset premissit ja institutionaaliset reunaehdot onnistuneesti riitautetaan. Tällöin vähintään heikosti sääntöformaali oikeudellinen ratkaisustandardi on jälleen tarpeen palauttaa sen taustalla vaikuttavien arvo- ja/tai tavoiteperusteiden yhteyteen sitä yksittäiseen oikeustapaukseen sovellettaessa. Voi myös puhua oikeudellisen ratkaisuperusteen *deformalisoitumisesta*, jonka ääripisteenä on ratkaisuperusteen palautuminen tai muuttuminen reaalisesti argumentiksi vailla oikeussäännön vahvasti tai oikeusperiaatteen heikosti formaalia luonnetta.

Käytännössä yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden rakenteistuminen ja formalisoituminen liittyvät usein yhteen: vahvaa institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet saattavat vähitellen muuntua yhä enemmän säännönkaltaisiksi ratkaisuargumenteiksi, kun ne täsmentyvät tuomioistuinten ja muiden viranomaisten oikeuskäytännössä, ja samalla niiden institutionaalinen tuki yhteiskunnassa vahvistuu. Esimerkkinä tästä ovat Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevät yleiset oikeusohjeet, joiden seurauksena esimerkiksi yhteisöoikeuden etusijaperiaate suhteessa kansalliseen oikeuteen tai syytetyn oikeus saada esittää todistajalle kysymyksiä osana Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan tulkintaa ovat toteutuneet. Oikeusperiaatteet saavat myös vahvemmin systemisen oikeudellisen argumentin luonteen, jos ne lukeutuvat lainopilliseen tulkintamatriisiin, jonka tieteenteoreettiset premissit tunnustavat vähintään heikosti systemisen oikeudellisen jäsenyyksen olemassaolon, niin kuin on tilanne esimerkiksi perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin sekä Juha Pöyhösen tarkoittamalla tavalla jäsennetyn oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön sopimusmallin kohdalla osana oikeusperiaatteiden punnintamallia.²⁹

Oikeudellisen ratkaisuperusteen *rakenteistumista* ja *formalisoitumista* tarkasteltaessa on tavallaan kyse näkökulmaerosta: arvioitaessa oikeuslähteen tai yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen formalistisuutta on ajatuksellisena lähtökohtana *oikeussäännöt*, kun taas oikeuslähteen tai oikeudellisen ratkaisuperusteen rakenteistuminen viittaa pikemminkin *oikeusperiaatteisiin* ja vastaaviin oikeudellisiin ratkaisustandardeihin. Rakenteistumisen ja formalisoitumisen taustalla on Alf Rossin ajatus *tuomarinideologiasta* (tansk.: *den normative ideologi der besjæler dommeren*),³⁰ joka käsittää viittauksen kaikkiin niihin ratkaisuperusteisiin, jotka tosiasiallisesti vaikuttavat tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudelliseen ratkaisuharkintaan (tansk.: *at man ved retskilderne forstår indbegrebet af de faktorer der øver indflydelse på dommerens formulering af den regel hvorpå han baserer sin afgørelse*).³¹ Ne voivat Rossin mukaan vaihdella formaaleista, sellaisenaan käsillä olevaan oikeustapaukseen sovellettavista oikeussäännöistä (tansk.: *fra sådanne tilfælde, i hvilke kilden præsterer dommeren en fuldt færdig retsregel der blot overtages af dommeren*)³² vain vaillinaisesti täsmentyneisiin ratkaisuperusteisiin eli oikeuslähteestä johdettuihin yleisiin ideoihin tai oikeudellisen ratkaisuharkinnan yleisiin suuntaviivoihin, joiden perusteella tuomari tai muu lainsoveltaja muotoilee varsinaisen ratkaisunormin käsillä olevaa tapausta varten (tansk.: *til sådanne tilfælde, i hvilke kilden ikke byder*

²⁹ Ks. tämän teoksen luku 8, ”Lainopin tulkintamatriisit”.

³⁰ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56: ”Retsvidenskabens beskæftiger sig med den normative ideologi der besjæler dommeren.”

³¹ Ross, *mts.* 92.

³² Ross, *ibid.*

*dommeren andet og mere ond visse inspirerende ideer ud fra hvilke han selv formulerer den regel han har brug for).*³³

7. INSTITUTIONAALINEN JA DYNAAMINEN OIKEUSLÄHDEOPPI

Olen perustellut edellä ajatuksen *institutionaalisesta oikeuslähteopista*, jossa on aineksia institutionaalisten ja ei-institutionaalisten oikeudellisten ratkaisuperusteiden *staattisesta* ja *dynaamisesta* tarkastelusta. Erilaisten institutionaalisten oikeuslähteiden, kuten lainsäädännön, virallisen lainvalmisteluaineiston sekä prejudikaattien ja muun tuomioistuinkäytännön sekä muiden viranomaispäätösten, oikeuslähteopillinen merkitys eli *ratkaisuarvo* tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavana tekijänä on merkittävästi suurempi kuin pelkästään aineellisten eli ei-institutionaalisten oikeuslähteiden, kuten reaalisten argumenttien tai yleiseurooppalaisen soveltamiskontekstin ulkopuolella oikeusvertailevien argumenttien, vastaava merkitys. Oikeuslähteopin institutionaalisuus viittaa ajatukseen, jonka mukaan määrätyillä institutionaalisilla toimijoilla eli lainsäätäjällä³⁴ sekä tuomioistuimilla ja muilla virkansa puolesta ja virkavastuulla lakia soveltavilla viranomaisilla eli *institutionaalisilla lainsoveltajilla* on keskeisrooli tunnistettaessa muodollisin perustein voimassa olevan oikeuden säännöt sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja muut oikeudelliset ratkaisustandardit voimassa olevan oikeuden alaan kuuluviksi ratkaisuperusteiksi.

Taustalla on *analyttisen oikeusrealismin* ja *institutionaalisen oikeuspositivismin* käsitys, jonka mukaan moderni oikeus on – ainakin pääsääntöisesti eli tavanomaisoikeudelliset käytännöt ja institutionaaliset oikeusperiaatteet ja vastaavat ratkaisustandardit pois lukien – positiivista eli asetettua oikeutta (lat.: *ius positivum*), jonka tosiasiallinen *toteutuminen* ja myös vastainen *toteutettavuus* tuomioistuinten ja muiden viranomaisten oikeuskäytännössä on keskeinen voimassa olevaa oikeutta koskevan tiedon käsitteelle. Olen lisäksi sitoutunut käsitykseen, jonka mukaan *institutionaalinen tuomarireferenssi* eli tuomarikunnan kollektiivisesti hyväksymä oikeuslähte- ja laintulkintaoppi tarjoaa lainopin vallitsevalle doktriinille vakioidun ajatuksellisen referenssin eli kiintopisteen, johon esitetyt tulkinnat voimassa olevan oikeuden sisällöstä tulee suhteuttaa.

³³ Ross, *ibid.*

³⁴ Termi *lainsäätäjä* tulee ymmärtää monikollisesti, koska yleisten oikeusnormien asettamiseen kelpoisia toimielimiä on monilukuinen joukko Suomen valtiopäiville kokoontuneesta eduskunnasta asetuksia antavaan tasavallan presidenttiin, valtioneuvostoon ja erilaisiin alemman asteisiin hallinnollisiin norminasettajiin, ja lisäksi on vielä Euroopan yhteisön yleiseen normintantoon kykenevät toimielimet, kuten Euroopan parlamentti, neuvosto ja komissio.

Staattisen oikeuslähdeopin mukaan oikeuslähteen tai yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen ratkaisuarvo eli sen merkitys tuomarin tai muun instituutionaalisen lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa on ennalta tai ainakin jälkikäteen määritettävissä sekä oikeussysteemisesti vakioitavissa sen muodollisen syntyvän perusteella. Lainsäädäntö velvoittaa tuomaria aikakin lähtökohtaisesti sen aineelliseen sisältöön katsomatta, jos se vain on säädetty voimassa olevan perustuslain edellyttämällä tavalla. Perustuslaki on ”tavallista” eduskuntalakeja ylemmällä tasolla Kelsenin ja Merklin formaalissa oikeusnormihierarkiassa, jonka merkityksen myös Suomen voimassa oleva perustuslaki ja muu oikeusjärjestys tunnustaa. *Dynaamisen* oikeuslähdeopin mukaan oikeuslähteen tai yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen ratkaisuarvo eli sen merkitys tuomarin tai muun viranomaisen oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa on määritettävissä vain tapaus- ja tilannekohtaisesti ilman, että tuo ratkaisuarvo olisi universaalisoitavissa eli yleistettävissä toisiin vastaaviin tapauksiin.

Staattinen oikeuslähdeopin tarkastelu perustuu meillä Aulis Aarnion ja Aleksander Peczenikin kolmiportaiseen oikeuslähdehierarkiaan, jossa oikeuslähteet on jaettu vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja (vain) sallittuihin oikeuslähteisiin niiden muodollisen syntyvän sekä oikeuslähteen noudattamatta jättämisestä tuomaria todennäköisesti kohtaavan virallisen tai epävirallisen sanktion perusteella.³⁵ Lainsäädäntö ja tavanomainen oikeus ovat Aarnion (ja Peczenikin) mukaan vahvasti velvoittavia oikeuslähteitä, sillä niiden noudattamatta jättämisestä voi seurata virallinen sanktio tuomarin virkavirhesyytteen tai muunlaisen virallisen moitteen muodossa. Prejudikaatit ja virallinen lainvalmisteluaineisto ovat puolestaan heikosti velvoittavia oikeuslähteitä, joiden noudattamatta jättämisestä voi seurata vain jonkinlainen epävirallinen moite vähemmän onnistuneesta tai heikosti perustellusta ratkaisusta, joka ei asianmukaisella tavalla täytä kansalaisten perusteltua oikeusturvaodotusta. Lisäksi ratkaisu todennäköisesti siitä valitettaessa muuttuu ylemmässä oikeusasteessa, jollei ole jo kyse tosiasiallisesti ylimmästä oikeusasteesta Korkeimman oikeuden ratkaisun tai senkaltaisen hovioikeuden ratkaisun merkityksessä, johon Korkein oikeus ei todennäköisesti tulisi myöntämään valituslupaa. Kaikki muut mahdolliset oikeuslähteet, kuten lainopillinen oikeuskirjallisuus, oikeusvertailevat tai oikeushistorialliset tulkintaperusteet tai reaaliset argumentit, ovat vain sallitun ratkaisuperusteen asemassa, ilman niiden noudattamatta jättämiseen liitettyä virallisen tai epävirallisen sanktion tai moitteen mahdollisuutta.

Staattisen oikeuslähteiden velvoittavuusopin taustalla on itävaltaisten Hans

³⁵ Dworkin käytti (lievästi ironista) termiä *pedigree*, viitaten sillä oikeussäännön muodolliseen syntytapaan, ”sukupuuhun” tai ”kantakirjaan” sen velvoittavuuden yksinomaisena takeena, mikä lähestymistapa ei Dworkinin mukaan sovellu oikeusperiaatteiden ja vastaavien ratkaisustandardien tunnistamiseen. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 40.

Kelsenin ja A.J. Merklin idea muodollisesta *oikeusnormipyramidista* eli oikeusnormihierarkiasta, jossa yksittäisen säädöksen tai oikeusnormin suhteellinen sijainti formaalissa oikeusnormihierarkiassa määrittää sen suhteellista velvoittavuutta tuomarin tai muun viranomaisen oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa. Niinpä voimassa oleva perustuslaki syrjäyttää sen kanssa ristiriitaisen tavallisesa lainsäädäntömenettelyssä säädetyn eduskuntalain, niin kuin nykyisen perustuslain 106 § (11.6.1999/731) toteaa, laki syrjäyttää sen kanssa ristiriidassa olevan tasavallan presidentin tai valtioneuvoston antaman asetuksen, niin kuin perustuslain 107 § toteaa perustuslain ja lain suhteesta (kansalliseen) asetukseen, ja tasavallan presidentin, valtioneuvoston tai yksittäisen ministeriön antama asetus syrjäyttää sen kanssa ristiriitaisen alemman hallinnollisen säädöksen. Oikeusnormihierarkiaa voi ajatuksellisesti jatkaa aina yksittäisiin lainsoveltamisratkaisuihin asti.

Sekä Kelsenin ja Merklin muodollisen oikeusnormihierarkian että Aarnion ja Peczenikin staattisen oikeuslähdeopin mallin ongelmana on se, etteivät ne kumpikaan kykene käsittelemään suomalaista tuomaria jo 1990-luvulta lähtien sitonutta *eurooppaoikeudellista normistoa*, joka perustuu keskeisin osin tuomioistuintratkaisuihin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevien yleisten oikeusohjeiden merkityksessä. Korkeimman oikeuden emerituspresidentti Olavi Heinonen on tiivistänyt toteutuneen oikeuskehityksen osuvasti:³⁶

”Suomalaisella tuomioistuimella on tänä päivänä kolmoisrooli. Ensinnäkin se soveltaa puhtaasti kansallista lainsäädäntöä. Toiseksi se huolehtii Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja muiden ihmisoikeussopimusten toteuttamisesta Suomen oikeuskäytännössä. Kolmanneksi se huolehtii EU-oikeuden noudattamisesta asioissa, joilla on kosketuspintoja EU-oikeuteen. Vielä vuoden 1990 alkukuukausina suomalainen tuomari oli lähinnä vain *kansallinen tuomari*. Nyt hän on tämän lisäksi *ihmisoikeustuomari* ja *EU-tuomari*. – Kaikissa rooleissaan hän joutuu soveltamaan säännöstöjä, jotka jättävät hänelle runsaasti harkintavaltaa. Tämän harkintavallan käyttö hänen on pystyttävä sitomaan ratkaistavaa kysymystä koskettaviin oikeusperiaatteisiin, joiden sisältöä hän joutuu selvittämään paitsi kotimaisista lähteistä myös esimerkiksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja EY-tuomioistuimen käytännöstä.”

Suomalaisen tuomarin tulee tuntea perinteisen *kansallisen oikeusnormiston* ohella myös velvoittava *eurooppaoikeudellinen normisto* yhtäältä Euroopan yhteisön oikeuden ja toisaalta Euroopan ihmisoikeussopimuksen merkityksessä. Lisäksi Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevät yleiset oikeusohjeet saavat merkitystä suomalaisen

³⁶ Heinonen, ”Näköala eiliseen ja huomiseen. Haastattelijana Aulis Aarnio”, s. 79 (kursivoinnit lisätty).

tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa Suomea sitoviin valtiosopimuksiin perustuvien sopimusvelvoitteiden eli Suomen Euroopan yhteisön liittymissopimuksen hyväksymisen sekä Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittamisen ja kansallisen voimaansaattamisen vuoksi. Yleiseurooppalainen oikeus toteutuu *oikeudellisena dialogina* yhtäältä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen sekä toisaalta kansallisten tuomioistuinten ja viranomaisten välillä. Yksittäisen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevän yleisen oikeusohjeen oikeudellinen ratkaisuarvo voi vaihdella perustuslain säännöksen syrjäyttävästä normista oikeusohjeeseen, jolla ei ole edes ohjeellista merkitystä Suomen oikeudessa.

Pulmallisessa soveltamistilanteessa yksittäisen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevän yleisen oikeusohjeen merkitys suomalaisen tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa on määritettävissä vain vasten enemmän tai vähemmän *yhtenäistä ja vakiintunutta yleiseurooppalaista oikeuskäytäntöä*. Tällöin on välttämätöntä arvioida sanotun oikeusohjeen suhteellinen *rakenteistuminen* Euroopan yhteisön keskeisten jäsenmaiden tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaiden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan*, jota yhtenäinen ja vakiintunut kansallinen tuomioistuin- ja viranomaiskäytäntö sanotuissa maissa heijastaa.

Niinpä Euroopan yhteisöoikeuden ja/tai ihmisoikeusnormiston tulkintakäytäntöä arvioitaessa myös *yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö* voi saada suomalaisen tuomarin ratkaisuharkintaa ohjaavaa merkitystä etenkin, jos on kyse periaatteellisesti erittäin merkityksellisistä ja tavallisesti muodollisesti valtiosääntöoikeuden alaan kuuluvista yhteisöoikeuden ratkaisuksista tai kaikkein perustavimpien ihmisoikeusnormien tulkinnasta yhtäältä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen sekä toisaalta Euroopan yhteisön jäsenmaiden ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaiden valtiosääntötuomioistuinten ja muiden ylimpien tuomioistuinten tai viranomaisten ratkaisukäytännössä. Tätä suomalaisen tuomarin ratkaisuharkintaa välillisesti, oikeusvertailevan tulkinta-argumentin avulla jäsentävää vaikutusta voi kutsua suomalaisen tuomioistuimen ”neljänneksi rooliksi” yllä esitettyyn Olavi Heinosen tekstilainaukseen viitaten. Käytännössä yleiseurooppalaiseen oikeuskäytäntöön tarvitsee turvautua vain harvoin eli tilanteessa, jossa jonkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevän yleisen oikeusohjeen oikeuslähdeopillinen ratkaisuarvo on aidosti kiistanalainen yhteisöoikeudellisessa tai ihmisoikeusnormiston tulkintakontekstissa. Tämä eurooppaoikeudellinen ja yleiseurooppalainen oikeusnormisto rajautuu kuitenkin Aarnion ja Peczenikin staattisen oikeuslähdeopin jäsenyyksen ulkopuolelle, koska siinä on kyse *dynaamisesta* eli systeemisesti ei-vakioitavissa olevasta oikeuslähteestä.

Toisaalta, tuomarin virkavirhesyyte voi toteutua vain suhteellisen yksiselitteisen, teknisen ja *sääntötyyppisen* oikeudellisen sääntelyn kohdalla. Jos tuomari ylittää joko rikoslain yleisen tai jonkin yksittäisen kriminalisoinnin erityisen rangaistusmaksimin, hän todennäköisesti joutuu siitä virkavastuuseen. Täsmällisiä oikeussääntöjä huomattavasti tulkinnanvaraisemman lainsäädännön eli joustavien yleislausekkeiden sekä väljästi määriteltyjen oikeudellisten standardien (kuten ”hyvän tavan vastaisuus”) ja oikeusperiaatteiden kohdalla tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudelliseen ratkaisutoimintaan kohdennettu virkavirhesanktio on vaikeammin toteutettavissa: miten tuomari voitaisiin saattaa virkavastuuseen esimerkiksi oikeustoimilain 36 §:n (17.12.1982/228) ilmentämän *koh-tuullistamisperiaatteen* tai maankäyttö- ja rakennuslain 1 §:n (5.2.1999/132) ilmentämän *kestävän kehityksen periaatteen* virheellisestä ja lainvastaisesta soveltamisesta, kun sanotunlaisen oikeusperiaatteen tai oikeudellisen standardin soveltamiskriteerit eivät ole määritettävissä muutoin kuin ankarana tapaus- ja tilannekohtaisesti?

Tilanne on toinen, jos jokin oikeusperiaate tai muu ratkaisustandardi on riittäväällä tavalla täsmentynyt ja formalisoitunut esimerkiksi *tyyppitapauksellisesti* ymmärrettyjen sopimusoikeuden kohtuuttomuustilanteiden tai kestävää kehitystä tyypillisesti loukkaavan oikeudellisen menettelyn merkityksessä. Esimerkiksi vakiosopimusehto, joka antaa toiselle sopijapuolelle oikeuden sopimusehtojen yksipuoliseen muuttamiseen, täyttää tavallisesti sopimusoikeudellisen tyyppi-kohtuuttomuuden tunnusmerkistön. Kestävän kehityksen periaate on puolestaan konkretisoitunut muussa lainsäädännössä ja oikeudenkäytössä esimerkiksi yleiseksi kierrätysvelvollisuudeksi, vanhan rakennuskannan suojeluksi ja ympäristön pilaamiskielloksi.³⁷ Riittävässä määrin täsmentyneenä senkaltainen oikeudellinen standardi voi saavuttaa *säännönkaltaisen* aseman formaalina oikeudellisenä ratkaisuperusteena, jolloin myös sen käyttö oikeudellisen lainvastaisuusarvostelman vakioituna ja ennalta määritettävissä olevana normatiivisena premisinä on mahdollinen.

Kolmanneksi, lainsäädännön (ja tavanomaisen oikeuden) velvoittavuuden perustavan päättelyn suunta on nähdäkseni oikeammin käänteinen Aarnion ja Peczenikin malliin nähden: siitä yhteiskunnallisesta tosiseikasta, että tuomarin tietynlaiseen menettelyyn on liitetty virallisen moitteen tai jopa virkavirhesyytteen mahdollisuus, voidaan päätellä, että kyseinen oikeuslähte nauttii vahvaa institutionaalista tukea yhteiskunnassa. Käänteinen pragmatistinen päättely, jossa lainsäädännön (ja tavanomaisen oikeuden) velvoittavuus perustellaan sen sivuuttamisesta mahdollisesti tai jopa todennäköisesti seuraavien sanktioiden ja virallis-

³⁷ Olen sanotut ympäristöoikeuden esimerkit velkaa ympäristöoikeuden professori Vesa Maja-maalle.

moitteen avulla, ei ole arvoteoreettisessa tai oikeusfilosofisessa katsannossa hyväksyttävä, vaikka oikeuspositivistinen oikeuskäsitys rakentuukin viime kädessä oikeuden pakottavan täytäntöönpanon mahdollisuuden varaan. Aarnion ja Peczenikin oikeuslähdeopin hyödyntämä pragmatistinen päättely ”*mitä on seurauksena, jos toimin ... (niin-tai-näin)?*” noudattaa osaltaan amerikkalaistuomari O.W. Holmesin ajatusta ”pahan miehen” (engl.: *bad man*) eli potentiaalisen lainrikkojan näkökulmaa oikeuteen, jota on nyt sovellettu uppiniskaiseen ja vallitsevasta oikeuslähdeopista tietoisesti irtautuvaan tuomariin tai muuhun lainsoveltajaan.

Tuomariin kohdistuvan virkavirhesanktion mahdollisuus on seurausta lainsäädännön taustalla vaikuttavasta institutionaalisesta oikeuttamisperiaatteesta (eli lainsäätäjän tahdon kunnioittamista painottavasta demokratiaperiaatteesta) sekä suomalaisessa yhteiskunnassa omaksutuista sääntösidonnaisista institutionaalisista käytännöistä, jotka asettavat lainsäädännön keskeiseen asemaan oikeudellisenä ratkaisuperusteena, eikä tuomariin mahdollisesti kohdentuva virkavirhesanktio ole lainsäädännön velvoittavuuden itsenäisesti perusteleva syy.

Perustelin edellä *institutionaalisen* ja keskeisin osin *dynaamisen* oikeuslähdeopin vaihtoehtona Aarnion ja Peczenikin staattiselle oikeuslähdeopille, jota ei ollut mahdollista muuntaa tai ajantasaistaa siten, että se ottaisi huomioon myös dynaamiset oikeudelliset ratkaisuperusteet, joita etenkin nyt 2000-luvulla myös suomalaista tuomaria velvoittavat ratkaisuperusteet eli Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet keskeisesti edustavat.

Dynaaminen oikeuslähdeopin tarkastelu perustuu ajatukseen oikeudellisten ratkaisuperusteiden puhtaasti tilannesidonnaisesta ja systemaattisesti ei-vakioitavissa olevasta ratkaisuarvosta, jollaista etenkin oikeusperiaatteiden ja vastaavien muiden ratkaisustandardien painoarvopunninta tyypillisimmillään toteuttaa. Prejudikaattiperustaista oikeutta sovellettaessa yksittäisen ennakkoratkaisun myöhempää tuomaria velvoittava osio eli sanotun ratkaisun varsinainen *prejudikaattinormi* (lat.: *ratio decidendi*), erotettuna sen ei-velvoittavasta perustelukontekstista (lat.: *obiter dicta*) sanotussa ratkaisussa, noudattaa samoin dynaamista oikeudellista sääntely- ja ratkaisumallia. Itse asiassa kaikki muu tuomarin ratkaisuharkintaan vaikuttava oikeuslähdeaineisto kuin varsinainen lainsäädäntö, virallinen lainvalmisteluaineisto ja sopimusperustainen oikeus noudattaa enemmän tai vähemmän dynaamista oikeuslähdeopin jäsenystä, oli sitten kyse eurooppaoikeudellisista oikeuskäytännöistä, kansallisista prejudikaateista, muusta oikeudenkäyttöä yhtenäistävästä tuomioistuin- tai viranomaiskäytännöstä, tavanomaisesta oikeudesta, lainopillisessa oikeuskirjallisuudessa esitetyistä tulkintakannanotoista tai vaikka oikeusvertailevista argumenteista.

Institutionaalisen oikeuslähdeopin keskeiset muuttujat ovat:

- (a) *mallin kohdentuvuus*: oikeuslähteopin vastaavuus vallitsevan tuomarinideologian kanssa mallin asiallisen laajuuden ja sisällöllisen tarkkuuden merkityksessä,
- (b) *staattisuus* tai *dynaamisuus*: yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen ratkaisuarvon ennalta määräytyneisyys tai tilannesidonnaisuus,
- (c) *argumentaatiorakenne*: ratkaisuperusteen sääntöformalismin tai argumentatiivinen avoimuus eli sen itsenäisyys suhteessa yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin,
- (d) *rakenteistuneisuus*: ratkaisuperusteen institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä,
- (e) *oikeuttamisperuste*: oikeudellisen ratkaisuperusteen institutionaalinen tai vastaava muu yhteiskunnallinen oikeuttamisperuste, ja
- (f) *oikeudellinen metateoria* eli oikeuden *institutionaalinen metakonteksti*: institutionaalisten oikeuslähteiden ja niiden oikeuttamisperusteiden keskinäiset suhteet.

Mallin *kohdentuvuus* viittaa sen asialliseen laajuuteen ja sisällölliseen tarkkuuteen suhteessa vallitsevaan tuomarinideologiaan eli tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymään oikeuslähteoppiin eli näiden tosiasiallisesti soveltamiin oikeudellisiin ratkaisuperusteisiin. Mallin *asiallisen laajuuden* vaatimus viittaa siihen, että oikeuslähteopin tulee käsittää tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien hyödyntämä oikeudellinen lähdeaineisto kokonaisuudessaan eikä se saa sivuuttaa jotain osaa siitä oikeuslähteopillisesti merkityksettömänä, jos senkaltaisilla perusteilla on tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisutoimintaa tosiasiallisesti ohjaavaa vaikutusta. Toisaalta, mallin *sisällöllisen tarkkuuden* vaatimus viittaa siihen, että oikeuslähteopin mallin tulee antaa riittävän luotettava ja täsmällinen kuva tuomioistuinten ja muiden lainsoveltajien hyväksymistä oikeudellisista ratkaisuperusteista eikä se saa vinouttaa sitä esimerkiksi tutkijan omakoh- taisten yhteiskuntaideologisten preferenssien vuoksi.

Oikeudellisen ratkaisuarargumentin *staattinen* tai *dynaaminen* luonne viittaa siihen, onko sen oikeuslähteopillinen ja argumentaatioteoreettinen ratkaisuarvo osana tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ennalta määritettävissä ja systemaattisesti vakioitavissa sanotun oikeuslähteen muodollisen syntyvän perusteella, mistä Hartin *Queen rule* eli *what the Queen in Parliament enacts is law* tai ”se, mitä valtiopäiville kokoontunut Suomen eduskunta päättää, on voimassa olevaa oikeutta”, ovat esimerkkeinä, vai onko kyse oikeudellisesta ratkaisuperusteesta, jonka oikeudellinen ratkaisuarvo on vain tapaus- ja tilannekohtaisesti määritettävissä, mistä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevät yleiset oikeusohjeet sekä yleisemmin oikeusperiaatteet ja vastaavat muut ratkaisustandardit ovat esimerkkeinä. Jos oikeuslähteen tai oikeudellisen ratkaisuperusteen ratkaisuarvo on ennalta vakioita-

vissa, on kyse staattisesta ratkaisuperusteesta. Jollei sen ratkaisuarvo ole kuin tapaus- ja tilannekohtaisesti määritettävissä, on kyse dynaamisesta oikeudellisesta ratkaisuperusteesta.

Argumentaatorakenne viittaa oikeudellisen ratkaisuperusteen (sääntö)formalismiin eli sen suhteelliseen itsenäisyyteen ja riippumattomuuteen sen taustalla vaikuttaviin tai ainakin sen voimaantulohetkellä vaikuttaneisiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin nähden tai, vaihtoehtoisesti, sen *argumentatiiviseen avoimuuteen* eli määritelmälliseen yhteenkietoutumiseen sen ilmentämien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden kanssa. Oikeussäännöt ovat formaaleja oikeudellisia ratkaisuargumentteja, joiden *muodollisen validiteetin* ja *tulkinnallisen merkityssisällön* määrittämiseksi viittaus niiden taustalla vaikuttaviin tai ainakin säätämishetkellä vaikuttaneisiin yhteiskunnallisiin taustaperusteisiin ei ole välttämätön, vaan säännön muodollinen synty tapa riittää perustelemaan sen oikeudellisen merkityksen tuomarin ratkaisuharkinnan osana. Oikeusperiaatteet ja muut vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit ovat sen sijaan argumentatiivisesti avoimia ratkaisuperusteita, joissa yhtäältä muodollisjuridiset ja toisaalta yhteiskunnallisiin arvoihin ja/tai tavoitteisiin liittyvät näkökohdat ovat tiiviisti ja erottamattomasti yhteenkietoutuneina, eikä yksittäistä oikeusperiaatetta ole mahdollista soveltaa tuomarin ratkaisuharkinnassa ilman, että sen ilmentämät yhteiskunnalliset taustaperusteet otetaan päätöksenteossa asianmukaisesti huomioon.

Rakenteistuneisuus Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan viittaa siihen, miten vahvaa *institutionaalista tukea* ja *yhteisöllistä hyväksyntää* jokin oikeudellisen ratkaisuperuste nauttii erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä. Yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä viittaa esimerkiksi siihen, miten vallan, vastuun ja niukkojen aineellisten resurssien jako yhteiskunnassa on toteutettu lainsäätäjän ja tuomioistuinten keskinäisten toimivaltasuhteiden järjestämisen merkityksessä eli siten kuin sanottu yhteiskunnalliset valinnat ilmenevät erilaisissa institutionaalisissa oikeuslähteissä sekä yleisemmin kansalaisyhteiskunnan oikeudellisesti merkityksellisissä poliittisissa ja moraalissa käytännöissä. Oikeudellisen ratkaisuperusteen rakenteistuminen käsittää suomalaisen yhteiskunnan perustavat institutionaaliset ja yhteisölliset arvovalinnat siltä osin kuin ne voidaan palauttaa ulkoisesti havaittavissa oleviin, oikeudellisesti merkityksellisiin käytäntöihin. Lisäksi suomalaisen tuomarin soveltama oikeusnormisto ei ole enää puhtaasti kansallista oikeutta, vaan eurooppaoikeudellinen normisto ja etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevät yleiset oikeusohjeet saavat merkitystä myös suomalaisen tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavana tulkinta- ja ratkaisuperusteena. Jos yhteisöoikeuden ja/tai ihmisoikeusnormiston tulkintakäytäntö on yhteisesti ja vakiintuneesti hyväksyt-

ty myös Euroopan yhteisön jäsenmaiden ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaiden kansallisessa oikeuskäytännössä, voi puhua *yleiseurooppalaisesta oikeuskäytännöstä*.

Oikeuslähteen tai oikeudellisen ratkaisuperusteen *institutionaalinen oikeuttamisperuste* viittaa sen tueksi esitettävissä oleviin, vallitsevan *yhteiskunnallisen arvoteorian* mukaisiin perusteisiin osana suomalaisen yhteiskunnan institutionaalista perustaa ja sen ilmentämiä yhteisöllisiä arvovalintoja. Vallitsevan oikeuslähdeopin institutionaalisia oikeuttamisperusteita on yhtäältä *oikeusvaltioperiaate*, joka voidaan jakaa edelleen (a) lainsäädäntöä ja välillisesti myös lainvalmisteluaineistoa tukevaan *demokratiaperiaatteeseen*, (b) prejudikaattiperustaisessa oikeudessa vaikuttavaan *oikeudellisen yhdenvertaisuuden* periaatteeseen ja (c) oikeussubjektien *tahdonautonomian* kunnioittamisen periaatteeseen. Toisaalta vallitsevan oikeuslähdeopin institutionaalisena oikeuttamisperusteena on hallinnollista tehokkuutta ja oikeudellisen sääntelyn itseisarvoista pakottavuutta korostava *suvereniteettiperiaate*. Yhteisvaikutukseltaan lainsäätäjän tahdon kunnioittamisen periaate eli demokratiaperiaate, oikeudellinen yhdenvertaisuus sekä kansalaisten tahdonautonomian kunnioittamisen periaate voidaan muotoilla oikeusvaltioperiaatteenksi seuraavasti:

Oikeusvaltioperiaate edellyttää, että tuomari noudattaa: (a) demokratiaperiaatteen eli lainsäätäjän tahdon kunnioittamisen perusteella voimassa olevaa perustuslakia ja sen nojalla voimaansaattettua muuta lainsäädäntöä sekä tätä heikommassa merkityksessä myös virallista lainvalmisteluaineistoa, (b) oikeussubjektien tahdonautonomian kunnioittamisen perusteella näiden tekemiä yksityisoikeudellisia sopimuksia sekä tavanomaisoikeudellisesti vakiintuneita yhteisöllisiä käytäntöjä ja (c) oikeudellisen yhdenvertaisuuden perusteella tuomioistuinten antamia prejudikaatteja ja muuta vakiintunutta oikeuskäytäntöä. Oikeusvaltioperiaatteen merkitys oikeudellisessa päätöksenteossa on johdettavissa suomalaisen yhteiskunnan institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvoperustasta eli niistä sääntösidonnaisista yhteiskunnallisista käytännöistä, jotka määrittävät oikeudellisesti merkityksellisten yhteiskunnallisten toimijoiden, kuten lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien sekä disponointikelpoisten yksittäisten oikeussubjektien, keskinäiset oikeudelliset toimivaltasuhteet.

Demokratiaperiaate eli lainsäätäjän tahdon kunnioittamisen periaate vaikuttaa lainsäädännön sekä välillisesti myös virallisen lainvalmisteluaineiston oikeuslähdeopillisen velvoittavuuden taustalla. Tahdonautonomian kunnioittamisen periaate perustee yksityisoikeudellisten sopimusten sekä keskeisin osin myös tavanomaisen oikeuden merkityksen tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellisen ratkaisuharkinnan osana. Oikeudellinen yhdenvertaisuus perustee oikeuskäytännön jatkuvuuden ja ennakoitavuuden sekä prejudikaattien oikeuslähdeopillisen ratkaisuarvon. Toisaalta, hallinnollista tehokkuutta painottava suvereniteettiperiaate perustee lainsäädännön ja oikeuskäytännön oi-

keuslähdeopillisen velvoittavuuden siltä osin kuin eurooppaoikeudellista lainsäädäntöä rasittava *demokratiavaje* sekä eurooppaoikeudellisen oikeuskäytännön oikeudellista yhdenvertaisuutta loukkaava ennakoimattomuus ja epäjatkuvuus suhteessa aiempaan oikeuskäytäntöön edellyttävät turvautumista senkaltaiseen jäännösperusteeseen. *Aineellinen oikeudenmukaisuus* on ei-institutionaalinen eli sisällöllinen oikeuttamisperuste, joka viittaa puhtaasti aineellisten ratkaisuperusteiden, kuten reaalisten argumenttien, oikeuslähdeopilliseen oikeutukseen. Ei-institutionaaliset oikeuttamisperusteet täydentävät institutionaalisia oikeuttamisperusteita.

Vallitsevan oikeuslähdeopin institutionaalisia oikeuttamisperusteita on siis neljä, liittyen seuraavalla tavalla eri oikeuslähteisiin:

- (a) *demokratiaperiaate* eli *lainsäätäjän tahdon kunnioittaminen* perustelee lainsäädännön ja välillisesti myös lainvalmisteluaineiston velvoittavuuden tuomarin ratkaisuharkinnassa,
- (b) *tahdonautonomia* eli kansalaisten *sopimusvapauden* kunnioittaminen perustelee yksityisten kansalaisten siviilioikeudellisen määräämisvaltansa turvin tekemien sopimusten velvoittavuuden tuomarin ratkaisuharkinnassa, ja myös tavanomainen oikeus voidaan tavallisesti palauttaa oikeussubjektien hiljaisesti hyväksymän sopimuskonstruktion alaisuuteen,
- (c) *oikeudellinen yhdenvertaisuus* eli kansalaisten *muodollinen oikeusturva* perustelee prejudikaattiperustaisen oikeuden sekä yleisemmin vakiintuneen tuomioistuin- ja muun viranomaiskäytännön velvoittavuuden tuomarin ratkaisuharkinnassa, ja
- (d) *suvereniteettiperiaate* eli ylimmän vallanpitäjän antamien määräysten noudattaminen perustelee (yhteisöoikeudellisen) lainsäädännön pakottavuuden siltä osin kuin se ei ole palautettavissa demokratiaperiaatteeseen sekä tuomioistuinten antamista ratkaisuista johdettavien yleisten oikeusohjeiden velvoittavuuden siltä osin kuin ne eivät ole palautettavissa oikeudellisen yhdenvertaisuuden periaatteeseen.

Lisäksi voidaan erottaa ei-institutionaalisena oikeuttamisperusteena:

- (e) *aineellinen oikeudenmukaisuus* eli kansalaisten *materiaalinen oikeusturva* ratkaisun sisällöllisen kohtuullisuuden, hyväksyttävyyden ja oikeellisuuden merkityksessä perustelee oikeusperiaatteiden ja reaalisten argumenttien eli seuraamusharkinnan oikeuslähdeopillisen merkityksen tuomarin ratkaisuharkinnassa.

Institutionaaliset (ja ei-institutionaaliset) oikeuttamisperusteet perustelevat eri oikeuslähteiden oikeuslähdeopillisen velvoittavuuden osana tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan ratkaisuharkintaa. Esimerkiksi lainsäädännön institutionaalinen oikeuttamisperusta voidaan muotoilla seuraavasti:

Voimassa oleva perustuslaki ja sen antaman valtuutuksen nojalla voimaansaatettu muu lainsäädäntö velvoittaa tuomaria tämän oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa, koska parlamentaarinen demokratiaperiaate eli lainsäätäjän tahdon kunnioittaminen on rakenteistunut suomalaisen yhteiskunnan institutionaaliin ja yhteisölliseen arvoperustaan, jota Suomessa omaksuttu oikeudellisesti merkityksellisten yhteiskunnallisten toimijoiden keskinäinen toimivalta- ja vastuunjako osaltaan toteuttaa.

Se, miten eri oikeuslähteet ja niiden taustalla vaikuttavat institutionaaliset oikeuttamisperusteet tulee suhteuttaa toisiinsa, on seurausta yhteisöllisesti omaksutusta *oikeudellisesta metateoriasta* eli oikeuden *institutionaalisesta metakontekstista*. Suomen oikeudessa *oikeusvaltioperiaate* yhdistää lainsäädännöllistä *demokratiaperiaatetta*, yhtäältä sopimusoikeuden ja toisaalta tavanomaisen oikeuden sitovuuden perustelevaa *tahdonautonomian* kunnioittaminen periaatetta sekä prejudikaattioikeuden ja muun oikeuskäytännön taustalla vaikuttavaa *oikeudellisen yhdenvertaisuuden* ja ennakoitavuuden ideaa. Euroopan yhteisön lainsäädännön sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden osalta vetoaminen oikeusvaltioperiaatteeseen on vain osittain mahdollinen eurooppaoikeudellista lainsäädäntöä rasittavan demokratiavajeen sekä Euroopan yhteisön ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuisaan toteuttaman teleologisen tai dynaamis-evolutiivisen tulkintaideologian sekä siitä aiheutuvan ajoittaisen oikeudellisen ennakoimattomuuden vuoksi. Oikeudellisen norminannon itseisarvoiseen pakottavuuteen sekä taloudellis-hallinnolliseen tehokkuuteen perustuva *suvereniteettiperiaate* vaikuttaa sen vuoksi keskeisesti eurooppaoikeudellisen oikeusnormiston taustalla ilman, että se voitaisiin asettaa laajemman *oikeudellisen* metakontekstin alle. Vallitseva *yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuusteoria* on erilaisten aineellisten oikeuslähteiden, kuten reaalisten argumenttien tai yleiseurooppalaisesta tulkintakontekstista irrallisten oikeusvertailevien tulkintaperusteiden, taustalla vaikuttava oikeudellinen metateoria.

Yleiseurooppalaisen oikeuskehityksen myötä Suomessa perinteisesti vallalla ollut lainsäädäntökeskeinen ja oikeusvaltioperiaatteeseen tukeutuva oikeudellinen metateoria on 1990- ja 2000-luvulla saanut rinnalleen uudenlaisen suomalaista tuomaria ja muita institutionaalisia lainsoveltajia velvoittavien oikeuslähteiden luokan, joka on siirtänyt oikeuslähdeopin painopistettä tuomioistuinten luoman oikeuden sekä aiempaa suuremmassa määrin vain institutionaalista suvereniteettiperiaatetta – eikä siis oikeusvaltioperiaatetta – tunnustavan oikeuden institutionaalisen metakontekstin suuntaan. Etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden sekä yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön edustama tuomioistuinkeineen oikeusajattelu on vienyt myös suomalaisen tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa suuntaan, jossa vain tilannekohtaisesti määrittävä

oikeudellinen yhdenvertaisuus ja oikeudellisen ratkaisukäytännön vain varsin rajallinen ennakoitavuus saavat aiempaa suuremman merkityksen parlamentaarisen lainsäätäjän ilmaiseman tahdon kunnioittamisen rinnalla tai sen sijasta.

Lisäksi vallitsevien institutionaalisten oikeuttamisperusteiden ”vastaperiaatteina” voidaan erottaa ainakin seuraavat periaatteet, joiden vaikutus on siis vastakkainen edellä esitetyille oikeuttamisperusteille. Parlamentaariseen demokraatiaperiaatteelle vastakkainen eli residuaali- eli jäännösperiaatteen tavoin toimiva oikeudellinen *suvereniteettiperiaate* korostaa siis oikeudellisen ja hallinnollisen määräämisvallan itseisarvoisuutta, jota ei ole katsottu tarpeelliseksi tai ainakaan mahdolliseksi palauttaa kansalaisten hyväksyntään parlamentaarisen tahdonmuodostuksen merkityksessä. Suvereniteettiperiaate täydentää demokraatiaperiaatetta etenkin Euroopan yhteisön oikeudessa, jota *demokratiavaje* edelleen keskeisesti rasittaa, mutta sen ilmentymiä on myös muussa perusteiltaan hallinnollisessa sääntelyssä, jonka määräyksiä ei ole mahdollista palauttaa kansalaisten tosiasialliseen tai edes välillisesti ilmaisemaan institutionaaliseen tai yhteisölliseen hyväksyntään. Sopimusoikeudelliselle tahdonautonomialle vastakkaisia oikeuttamisperiaatteita ovat etenkin sopimusoikeudellinen *kohtuusperiaate* sekä *heikomman suojelun periaate*, jotka kumpikin perustelevat tietoisien poikkeaman sopijapuolten selväsanaisesti ilmaiseman tahdon kunnioittamisen ja lähtökohtaisen sopimussitovuuden periaatteesta. Molemmissa on kyse eri tavoin tulkitun *aineellisen oikeudenmukaisuuden* ja *sosiaalisen siviilioikeuden* keskeisideoista, joita ei kuitenkaan ole mahdollista yleistää sopimusoikeuden johtaviksi periaatteiksi ilman, että lähtökohtaisesta sopimusvapauden periaatteesta joudutaan samalla luopumaan. *Naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus*, joka on esittänyt vaatimuksen naisten sukupuolisidonnaisesta tietoisesta suosivasta erityiskohtelusta, samoin kuin jo mainitut sosiaalisen siviilioikeuden ilmentymät eli yleistetty kohtuusperiaate ja heikomman suojelun periaate, merkitsevät tietoista poikkeamaa myös oikeudellisen yhdenvertaisuuden ideaalista naisten tai jonkin muun yhteiskuntaryhmän tietoisien suosivan erityiskohtelun (engl.: *positive discrimination*) merkityksessä siten tulkitun aineellisen oikeudenmukaisuuden hyväksi.

Myös institutionaalisen oikeuttamisperiaatteen vastaperiaatteelle voi olla sen riittävää vastaperiaate, joka pyrkii palauttamaan esimerkiksi demokratiavajeen rasittaman Euroopan yhteisöoikeudellisen sääntelyn institutionaalisen oikeutuksen. Euroopan yhteisöoikeudessa oikeudellisen sääntelyn itseisarvoisuutta korostavan suvereniteettiperiaatteen vastaperiaatteena on *läheisyys-* eli *toissijaisuusperiaate*, joka pyrkii palauttamaan yhteisöoikeudellisen sääntelyn oikeusvaltiollisen demokraatiaperiaatteen yhteyteen siten, että oikeudellinen sääntely viedään paikalliselle eli kansalliselle tai sitä alemmalle tasolle keskitetyn yhteisöoikeudellisen norminannon sijasta. Lopuksi, vallitsevan aineellisen oikeudenmukaisuuskäsityksen tai -teorian vastaperiaatteena on joukko *vaihtoehtoisen yhteis-*

kunnallisen oikeudenmukaisuusteorian käsitteitä esimerkiksi marxilaisen tai feministisen yhteiskuntaideologian merkityksessä, jolloin keskeistä ei ole sanotun ideologisen katsantokannan vastaavuus vallitsevan tuomarinideologian kanssa vaan oikeuden tutkijan itsensä sisäistämät oikeudelliset ja/tai yhteiskuntaideologiset näkemykset. Kokoavasti oikeuslähdeopin institutionaaliset oikeuttamisperusteet ja niiden vastaperiaatteet voidaan esittää seuraavasti:

Kaavio 5a: Oikeuslähdeopin institutionaaliset oikeuttamisperusteet ja niiden vastaperiaatteet

Institutionaalinen oikeuttamisperiaate

Oikeuttamisperusteen vastaperiaate

(a) demokrationperiaate	suvereniteettiperiaate
(b) yksityisoikeudellinen tahdonautonomia	sosiaalinen siviilioikeus: kohtuusperiaate & heikomman suojelun periaate sopimusoikeudessa
(c) oikeudellinen yhdenvertaisuus	sosiaalinen siviilioikeus: kohtuusperiaate & heikomman suojelun periaate sopimusoikeudessa; naisoikeustutkimus: naisten sukupuolisidonnaisen erityiskohtelun periaate
(d) suvereniteettiperiaate	yhteisöoikeudellinen läheisyysperiaate (l. toissijaisuusperiaate)
(e) vallitseva käsitys aineellisesta yhteiskunnallisesta oikeudenmukaisuudesta	vaihtoehtoiset tulkinnot aineellisesta yhteiskunnallisesta oikeudenmukaisuudesta

Oikeudellisilla ratkaisuperusteilla, (a) jotka ovat *vahvasti rakenteistuneet* Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eli nauttivat merkittävää *institutionaalista tukea* ja *yhteisöllistä hyväksyntää* erilaisissa vaikiintuneissa, oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä, kuten lainsäädännössä, oikeuskäytännössä tai sopimusoikeudellisissa käytännöissä, (b) jotka ovat vahvasti *formaloituja* eli ovat itse näistyneet ja irtautuneet niiden taustalla vaikuttavista tai ainakin niiden voimaantulohetkellä vaikuttaneista yhteiskunnallisista arvo- ja/tai tavoiteperusteista ja (c) joiden taustalla vaikuttava *institutionaalinen oikeuttamisperuste* katsotaan vallitsevan *oikeudellisen metateorian* eli oikeuden institutionaalisen metakontekstin ja etenkin keskeisen oikeusvaltioperiaatteen perusteella painavimmaksi,

on suurin oikeudellinen *ratkaisuarvo* eli tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus.

Toisaalta, oikeudellisilla ratkaisuperusteilla, (a) jotka ovat vain *heikosti rakenteistuneet* Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eli nauttivat vain heikkoa institutionaalista tukea ja sisällöllistä hyväksyntää erilaisissa vakiintuneissa, oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä, (b) jotka toteuttavat itsenäistyneen ja erillisen sääntöformalismin sijaan *argumentatiivista avoimuutta* eli ovat määritelmällisesti kietoutuneet yhteen niiden taustalla vaikuttavien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden kanssa ja (c) joiden taustalla vaikuttava *institutionaalinen tai ei-institutionaalinen oikeuttamisperuste* etenkin pelkän aineellisen yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden merkityksessä katsotaan vallitsevan *oikeudellisen metateorian* eli oikeuden institutionaalisen metakontekstin perusteella vähemmän merkittäväksi, on heikompi oikeudellinen *ratkaisuarvo* eli tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus.

Suomalaisen tuomarin yhtä hyvin kuin *institutionaaliseen tuomarireferenssiin* ajatuksellisesti sidotun lainopin vallitsevan doktriinin oikeuslähdeopilliset keskeismuuttujat voidaan esittää *oikeussääntöjen* kaltaisten oikeudellisten ratkaisuperusteiden osalta seuraavasti:

Mitä suurempi on yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen *sääntöformalismi* eli mitä enemmän on kyse aineellisesta synty- ja oikeuttamisperusteestaan irtautuneesta oikeudellista ratkaisuperusteesta, jota ei ole tarpeen palauttaa sen taustalla vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin sen oikeudellisen velvoittavuuden perustelemissä ja tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi, mitä suurempi on yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen *rakenteistuneisuus* Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eli sen nauttima institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä erilaisissa vakiintuneissa, oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä, ja mitä suurempi on yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen taustalla vaikuttavan *institutionaalisen oikeuttamisperiaatteen* merkitys vallitsevan *oikeudellisen metateorian* eli oikeuden institutionaalisen metakontekstin valossa, sitä suurempi on sen oikeuslähdeopillinen ja argumentaatioteoreettinen painoarvo eli oikeudellinen ratkaisuarvo tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa.

Toisaalta, *oikeusperiaatteiden* ja muiden vastaavien oikeudellisten *ratkaisustandardien* osalta oikeuslähdeopilliset keskeismuuttujat voidaan esittää seuraavasti:

Mitä suurempi on yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen *argumentatiivinen avoimuus* eli mitä enemmän on kyse aineellisen synty- ja oikeuttamisperusteensa kanssa yhteenkietoutuneesta oikeudellista ratkaisuperusteesta, joka on välttämätöntä palauttaa sen taustalla vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin sen oikeudellisen velvoittavuuden perusteleminen ja tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi, mitä vähäisempi on yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen *rakenteistuneisuus* Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eli sen nauttima institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä erilaisissa vakiintuneissa, oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä, ja mitä vähäisempi on yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen taustalla vaikuttavan *institutionaalisen tai ei-institutionaalisen oikeuttamisperiaatteen* merkitys vallitsevan *oikeudellisen metateorian* eli oikeuden institutionaalisen metakontekstin valossa, sitä vähäisempi on sen oikeuslähteopillinen ja argumentaatioteoreettinen painoarvo eli oikeudellinen ratkaisuarvo tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa.

Määrätyn oikeuslähteen tai siitä johdetun yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen ratkaisuarvon määrittämiseksi on siis merkityksellistä sen:

- (a) *rakenteistuminen* Suomen oikeuteen ja yhteiskuntaan eli sen nauttima *institutionaalinen tuki* ja *yhteisöllinen hyväksyntä* erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä,
- (b) *formalisoituminen* eli suhteellinen itsenäisyys suhteessa sen taustalla vaikuttaviin tai vaikuttaneisiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin,
- (c) *institutionaalinen* tai *ei-institutionaalinen oikeuttamisperuste*, ja
- (d) suhde vallitsevaan *oikeudelliseen metateoriaan* eli oikeuden *institutionaaliseen metakontekstiin* institutionaaliset oikeuslähteet ja niiden oikeuttamisperusteet keskenään yhteensovittavan oikeudellisen ja institutionaalisen kokonaisteorian merkityksessä.

Kokoavasti tämä voidaan esittää seuraavan aukeaman kaavion avulla.

Kaavio 6a: Oikeuslähteiden institutionaaliset ja ei-institutionaaliset oikeuttamisperusteet, institutionaalinen tuki yhteiskunnassa, oikeudellinen metateoria sekä sääntöformalismi tai argumentatiivinen avoimuus

Oikeuslähde	Institutionaalinen tai ei-institutionaalinen oikeuttamisperuste	Rakenteistuminen: institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä	Oikeudellinen metateoria eli oikeuden institutionaalinen metakonteksti	Sääntöformalismi/ Argumentatiivinen avoimuus
<i>Kansallinen lainsäädäntö</i>	Demokratiaperiaate: lainsäätäjän tahdon kunnioittaminen	Perustuslain 2 §	Oikeusvaltioperiaate = demokratiaperiaate + oikeudellinen yhdenvertaisuus + tahdonautonomia	oikeussäännöt (+ oikeusperiaatteet)
<i>Lainvalmisteluaineisto</i>	(demokratiaperiaate)	Lainsäädäntö & lainvalmistelukäytännöt		
<i>Prejudikaatit</i>	Oikeudellinen yhdenvertaisuus: muodollinen oikeusturva	Perustuslain 6 §		
<i>Yksityisoikeudelliset sopimukset</i>	Tahdonautonomia: yksityisoikeudellisten määräämistoimien kunnioittaminen	Siviilioikeudellinen lainsäädäntö		
<i>Tavanomainen oikeus</i>	Tahdonautonomia + Demokratiaperiaate + Oikeudellinen yhdenvertaisuus + Aineellinen oikeuden mukaisuus	Yhteiskunnalliset sopimus- ja muut vastaavat käytännöt + oikeudenkäymiskaari 1:11		

<i>EY-lainsäädäntö</i>	Suvereniteettiperiaate: ylimmän vallanpitäjän määräysten pakottavuus	Euroopan yhteisön perustamis-sopimus + Suomen liittymis-sopimus	(Demokratiaperiaate/ Suvereniteettiperiaate)	oikeussäännöt (+ oikeus- periaatteet)
<i>Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet</i>	Oikeudellinen yhden-vertaisuus + Suvereniteettiperiaate	Euroopan yhteisön perustamis-sopimus + Suomen liittymis-sopimus + yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö	(Suvereniteettiperiaate)	<i>ratio decidendi</i> (= sääntö/periaate)
<i>Euroopan ihmis-oikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet</i>	Oikeudellinen yhden-vertaisuus + Suvereniteettiperiaate (+ aineellinen oikeuden-mukaisuus)	Euroopan ihmisoikeussopimus + yleiseurooppalainen oikeus-käytäntö	(Suvereniteettiperiaate)	<i>ratio decidendi</i> (= sääntö/periaate)
<i>Lainopillinen oikeuskirjallisuus</i>	(avoin, riippuu hyödyn- nettävistä perusteluista)			
<i>Realiset argumentit</i>	Aineellinen oikeuden-mukaisuus	yhteiskunnalliset oikeuden-mukaisuuskäsitteykset	Yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus-teoria (tai -teoria)	(oikeusperiaatteet)
<i>Muut oikeuslähteet</i>	Aineellinen oikeuden-mukaisuus	yhteiskunnalliset oikeuden-mukaisuuskäsitteykset	Yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus-teoria (tai -teoria)	(oikeusperiaatteet)

8. SUOMEN VOIMASSA OLEVAN OIKEUDEN TUNNISTAMISSÄÄNTÖ

Suomen oikeuden tunnistamissääntö käsittää viittauksen seuraaviin oikeudellisiin ratkaisuperusteisiin: (1) *EY-lainsäädäntö* eli Euroopan yhteisön perustamis-sopimus (eli Rooman sopimus) myöhempien muutoksineen ja lisäyksineen sekä yhteisön toimielinten antamat asetukset (engl.: *regulations*), direktiivit ja oikeusohjeeltaan yleistettävissä olevat yksittäiset päätökset, (2) *Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisusta ilmenevät yleiset oikeusohjeet*, (3) *Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevät yleiset oikeusohjeet*, (4) *kansallinen lainsäädäntö* voimassa olevasta perustuslaista normihierarkkisesti alemmanasteisiin säädöksiin, (5) *sopimusperustainen oikeus*, (6) *tavanomainen oikeus* eli vakiintunut yhteisöllinen käytäntö, jollei eurooppaoikeudellista tai kansallista lainsäädäntöä tahi vakiintunutta oikeuskäytäntöä ole, (7) *kansalliset prejudikaatit* eli Suomen ylimpien tuomioistuinten ja mahdollisesti muiden tuomioistuinten antamat ratkaisut, joiden käsittämä oikeusohje on yleistettävissä myös muihin vastaaviin tapauksiin, (8) *muut oikeudenkäyttöä yhtenäistävät viranomaispäätökset*, (9) *lainvalmisteluaineisto*, (10) *yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö* tilanteessa, jossa on arvioitava yksittäisestä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevän yleisen oikeusohjeen rakenteistuminen osaksi yhtenäistä ja vakiintunutta Euroopan yhteisöoikeuden tai Euroopan ihmisoikeusnormiston kansallista tulkintakäytäntöä Euroopan yhteisön jäsenmaissa ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaissa, ja (11) *muu mahdollinen eli ei-institutionaalinen lähdeaineisto*, jonka tuomarikunta ja muut lakia soveltavat viranomaiset eli institutionaaliset lainsoveltajat ovat kollektiivisesti sisäistäneet oikeus/ei-oikeus -differentiaation arviointikriteeriksi eli mittapuuksi, jonka avulla voimassa oleva oikeus erotetaan kaikesta, mikä ei ole oikeutta, esimerkiksi moraalin, uskonnon tai tapaetiketin käsittämien käyttäytymisnormien merkityksessä, ja jonka avulla nämä arvioivat omien ja toisten lainsoveltajien tekemien oikeudellisten ratkaisujen lainmukaisuutta ja oikeellisuutta.

Suomalaisen tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavia *institutionaalisia oikeuslähteitä* ovat:

- (1) *Euroopan yhteisön lainsäädäntö*,
- (2) *kansallinen lainsäädäntö*,
- (3) *lainvalmisteluaineisto*,
- (4) *prejudikaatit* eli Suomen ylimpien tuomioistuinten ennakkoratkaisut sekä muut tuomioistuinratkaisut, joilla katsotaan olevan ennakkotapausarvoa,
- (5) *Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenevät yleiset oikeusohjeet*,
- (6) *Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenevät yleiset oikeusohjeet*,
- (7) *yksityisoikeudelliset sopimukset*,

- (8) *tavanomainen oikeus* silloin, kun säädännäistä oikeutta tai oikeuskäytäntöä asiasta ei eurooppaoikeudellisen tai kansallisen sääntelyn merkityksessä ole,³⁸
- (9) *muut viranomaispäätökset*, joiden sisältämä oikeusohje on yleistettävissä myös muihin vastaaviin tapauksiin, ja
- (10) *yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö*.

Myös muut eli aineelliset eli *ei-institutionaaliset* oikeuslähteet saattavat vaikuttaa tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan, kuten esimerkiksi:

- (11) *lainopillinen oikeuskirjallisuus*,
- (12) *oikeusvertailevat, oikeushistorialliset, oikeuslingvistiset, oikeustaloustieteelliset* ja vastaavat muut ratkaisuperusteet, ja
- (13) *reaaliset argumentit* eli yhteiskunnallinen seuraamusharkinta.

Täsmentyneemmin suomalaista tuomaria tai muuta institutionaalista lainsoveltajaa velvoittava oikeuslähdeoppi käsittää seuraavanlaiset ratkaisuperusteet:

A. *Velvoittavat oikeuslähteet*: (1) EY-lainsäädäntö eli Euroopan yhteisön perustamissopimus (= Rooman sopimus) myöhempine lisäyksineen ja muutoksineen sekä yhteisön toimielinten antamat asetukset, direktiivit ja oikeusohjeeltaan yleistettävissä olevat yksittäiset päätökset, (2) Euroopan yhteisöjen tuomioistuinten ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevät yleiset oikeusohjeet, joiden merkitys suomalaisen tuomarin ratkaisuharkinnassa rinnastuu EY-lainsäädäntöön, kansalliseen perustuslakiin tai vähintäänkin kansalliseen lainsäädäntöön sekä saattaa ristiriitatilanteessa mennä jopa kansallisen perustuslain edelle niiden vahvan *yleiseurooppalaisen rakenteistuneisuuden* eli yhtenäisessä ja vakiintuneessa yleiseurooppalaisessa oikeuskäytännössä nauttiman institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän vuoksi, *institutionaalisen oikeuttamisperusteen* keskeisyyden sekä toteutuneen *korkean sääntöformaalisuuden* vuoksi, mikä viittaa ratkaisuperusteen itsenäisyyteen suhteessa sen taustalla vaikuttaviin tai vaikuttaneisiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin, jolloin on Euroopan yhteisön oikeuden osalta tavallisesti kyse valtiosääntöoikeudellisten tai vastaavien kysymysten normittamisesta ja ihmisoikeusnormiston osalta keskeisimpien ihmisoikeuksien määrittelystä, (3) kansallinen lainsäädäntö eli voimassa oleva perustuslaki, tavallista lainsäädäntömenettelyä noudattaen säädetyt eduskuntalait, tasavallan presidentin, valtioneuvoston ja yksittäisten ministeriöiden antamat asetukset sekä sitä alemmanasteiset hallinnolliset säädökset aina kunnallisen tason säädöksiin ja päätöksiin asti, (4) tavanomainen oikeus, jollei eurooppaoikeudellista tai kansallista lainsäädäntöä tai vakiintunutta eurooppaoikeudellista tai kansallista oikeuskäytäntöä ole, ja (5) sopimusperustainen oikeus.

³⁸ Tavanomaisoikeudellinen normisto voitaisiin ehkä palauttaa sopijapuolten hiljaisesti edellyttämän sopimuskonstruktion alle.

B. *Ohjeelliset oikeuslähteet*: (6) lainvalmisteluaineisto, (7) prejudikaatit eli Suomen ylimpien tuomioistuinten ennakkoratkaisut sekä mahdolliset muut tuomioistuinratkaisut, joilla katsotaan olevan ennakkotapausarvoa, (8) muut oikeudenkäyttöä yhtenäistävät viranomaispäätökset, (9) Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet, joiden merkitys suomalaisen tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkinnassa ei ole rinnastettavissa kansalliseen perustuslakiin tai edes kansalliseen lainsäädäntöön niiden yleiseurooppalaisessa oikeuskäytännössä ja suomalaisessa oikeudessa nauttiman heikomman institutionaalisen tuen, justifikaatioperusteen suhteellisen vähempiarvoisuuden sekä toteutuneen alhaisemman sääntöformaalisuuden vuoksi, jolloin on Euroopan yhteisön osalta tavallisesti kyse kilpailu- tai sisämarkkinaoikeudesta tai kansallisten tukien kaltaisista oikeuskysymyksistä ja ihmisoikeusnormiston osalta vähemmän keskeisten ihmis-oikeusnormien tulkinnasta.

C. *Mahdolliset muut oikeuslähteet*: (10) lainopillinen oikeuskirjallisuus, (11) Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet, joilla ei ole ainakaan välitöntä sovellettavuutta Suomen oikeudessa, (12) oikeusvertailevat, oikeushistorialliset, oikeuslingvistiset, oikeusekologiset ynnä muut vastaavat ratkaisuperusteet, ja (13) reaaliset argumentit eli yhteiskunnallinen seuraamusharkinta.

Hans Kelsenin ja A.J. Merklin muodollinen oikeusnormihierarkia sekä Aulis Aarnion ja Aleksander Peczenikin kolmiportainen ja staattinen oikeuslähdeopin malli eivät pysty käsittelemään dynaamisia oikeuslähteitä, joiden oikeudellinen ratkaisuarvo eli oikeuslähdeopillinen merkitys tuomarin ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitovana, velvoittavana tai ohjaavana ratkaisuperusteena ei ole ennalta tai edes jälkikäteen systemisesti vakioitavissa. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet eivät toisin sanoen ole sijoitettavissa kiinteälle ja systemisesti vakioidulle paikalle suomalaisen tuomarin tai institutionaaliseen tuomarireferenssiin sitoutuneen lainopin tutkimuksen noudattamaan oikeuslähdeopin jäsenyykseen. Senkaltaisen *dynaamisen* ratkaisuperusteen oikeudellisen ratkaisuarvon määrittämiseksi on arvioitava (sen muodollisen syntyttävän ohella) sen rakenteistuneisuus yhtenäiseen ja vakiintuneeseen yleiseurooppalaiseen oikeuteen eli sen keskeisessä kansallisessa *yleiseurooppalaisessa oikeuskäytännössä* nauttima institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä samoin kuin kyseisen ratkaisun aineelliset liittymät valtiosääntöoikeuden tai ihmisoikeusnormiston perustavimpiin kysymyksiin, jos sanotun ratkaisuperusteen oikeudellinen ratkaisuarvo on kiistanalainen ja epäselvä.

Eurooppaoikeudellinen oikeusnormisto syntyy keskeisesti *vuorovaikutussuhteessa* eli *oikeudellisena dialogina* kansallisten tuomioistuinten ja viranomaisten sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistui-

men kesken. Kansallisilla tuomioistuimilla on oikeus ja tietyin ehdoin velvollisuus tehdä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle yhteisön perustamissopimuksen 234 artiklan (ent. 177 artiklan) mukainen *ennakkoratkaisupyyntö* asiassa, joka koskee yhteisöoikeuden oikeaa tulkintaa kansallisessa oikeudenkäytössä. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimella on puolestaan oikeudellinen toimivalta käsitellä *yksilövalitukset*, joissa joku väittää jonkin Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajavaltion loukanneen hänen ihmisoikeussopimuksessa (ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä) tarkemmin määritellyjä ihmisoikeuksiaan. Sanottujen tuomioistuinten tekemien päätösten kansallinen täytäntöönpano on kansallisten viranomaisten vastuulla.

Jos kyse on Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevästä yleisestä oikeusohjeesta, joka nauttii vahvaa institutionaalista tukea ja hyväksyntää myös Euroopan yhteisön jäsenmaiden ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaiden yhtenäisessä ja vakiintuneessa kansallisten perustuslakituomioistuinten, muiden ylimpien tuomioistuinten sekä muiden viranomaisten oikeuskäytännössä, voi puhua *yleiseurooppalaisesta oikeuskäytännöstä* eli yleiseurooppalaisesta tulkintakäytännöstä. On toisin sanoen kyse yleisistä oikeusohjeista, jotka ovat *vahvasti rakenteistuneet* yleiseurooppalaisen oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan*. Senkaltaisen ratkaisuperusteen oikeudellisen ratkaisuarvon määrittämiseksi myös suomalaisen tuomarin saattaa olla tarpeen perehtyä oikeusvertailevasti esimerkiksi Saksan perustuslakituomioistuimen, Saksan, Ranskan, Iso-Britannian ja Italian ylimpien oikeusasteiden sekä muiden Euroopan yhteisön jäsenmaiden ja/tai Euroopan ihmisoikeussopimukseen sitoutuneiden maiden keskeisten ylimpien tuomioistuinten ratkaisukäytäntöön, kun on kyse Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen keskeisistä, tavallisimmin valtiosääntöoikeuden alaan kuuluvista periaatteellisesti erittäin merkittävistä linjaratkaisuista, kuten yhteisöoikeuden ja kansallisen oikeuden keskinäisestä suhteesta, tai kun on kyse Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen periaatteellisesti erittäin merkittävistä ratkaisuista, jotka määrittelevät ihmisoikeussopimuksen ydinaluetta eli tärkeimpinä pidettyjä ihmisoikeuksia.

Ennen keskeisten kansallisten tuomioistuinten ja muiden viranomaisten hyväksyntää esimerkiksi *Costa v. ENEL* (6/64) ja *Simmenthal II* (106/77) -tapauksen vakiinnuttama oppi yhteisöoikeuden etusijasta jäsenmaiden kansalliseen oikeuteen nähden oli oikeuslähdeopilliselta asemaltaan varsin epäselvä. Vasta kun sanottu oppi oli vain vähitellen hyväksytty yhteisön jäsenmaiden kansallisten perustuslakituomioistuinten ja muiden ylimpien tuomioistuinten toimesta – esimerkiksi Saksassa *Internationale Handelsgesellschaft GmbH* eli *Solange I* -tapaus (11/70 & 2 BvL 52/71), *Wünche Handelsgesellschaft* eli *Solange II* -tapaus (2 BvR 197/83), *Kloppenburger* (2 BvR 687/85) sekä ratkaisussa *Maastrichtin sopimuksesta* (2 BvR 2134/92 & 2159/92), Ranskassa *Maastricht I* (92–308 DC)

ja *Maastricht II* (92–312 DC) ja Italiassa *Frontini v. Ministero delle Finanze* (183/73) -tapauksissa – voitiin arvioida, että se kuuluu osaltaan yleiseurooppalaiseen oikeuteen sen jäsenmaiden kansallisessa oikeudenkäytössä nauttiman riittävän institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän vuoksi, mikä perustelee sen oikeudellisen velvoittavuuden yhteisöoikeuden voimassa olevan oikeusnormiston osana. Sama tulkinta-argumentti ja oikeudellinen perustelu voidaan ulottaa myös Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamiin periaatteellisesti erittäin merkittäviin linjaratkaisuihin ja niiden saamaan vastaanottoon ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajavaltioiden kansallisten tuomioistuinten ja viranomaisten oikeudellisessa tulkintakäytännössä. Tällöin on tavallisesti kyse kaikkein perustavimpien ihmisoikeuksien tulkinnasta yhtäältä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja toisaalta ihmisoikeussopimukseen sitoutuneiden valtioiden kansallisten tuomioistuinten oikeudenkäytössä. Käytännössä valtaosa Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevistä yleisistä oikeusohjeista on myös suomalaisen tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavina ratkaisuperusteina enemmän tai vähemmän selviä ja riidattomia. Tarkasteltaessa vaikkapa yhteisön sisämarkkinoiden toimivuutta tai kansallisia tuotantotukia Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneessa oikeuskäytännössä tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen artiklojen tavanomaiseksi vakiintuneita tulkintoja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä viittaus yleiseurooppalaiseen tulkintakäytäntöön on toisin sanoen käynyt tarpeettomaksi.

Yksittäisessä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamassa ratkaisussa voi olla kyse vahvasti yleiseurooppalaiseen oikeuteen rakenteistuneesta ja ainakin osin sääntöformaaleja piirteitä saaneesta yleisestä oikeusohjeesta *Van Gend en Loos* (26/62), *Costa v. ENEL* (6/64), *Francovich* (C-6 & 9/90) tai *Simmenthal II* (106/77) -tapausten tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen sopimuksen 6 artiklan tarkoittaman oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vähimmäisvaatimuksia jäsentävien ratkaisujen tavoin. Toisaalta, yksittäisen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antaman ratkaisun sisältämä yleinen oikeusohje voi olla heikommin yleiseurooppalaiseen oikeuteen rakenteistunut ja heikommin sääntöformaaleja piirteitä saanut ratkaisuperuste esimerkiksi osin keskenään ristiriitaisten kilpailu- ja sisämarkkinaoikeutta määrittävien Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisujen, kuten *Dassonville* (8/74), *Cassis de Dijon* (120/78), *Campus Oil* (72/83) ja *Keck* (C-267 & 268/91) -tapausten, tai ihmisoikeussopimuksen sisällöllisesti vaihtelevien ja muuntuvien tulkintaratkaisujen merkityksessä. Kolmanneksi, kyse voi olla ratkaisusta, jonka sisältämä oikeusohje kohdentuu oikeudelliseen instituutioon, jollaista Suomen voimassa oleva oikeus ei lainkaan tunne, esimerkiksi Englannin oikeuden *trust*-instituution, Saksan oikeuden rajavastuuyhtiön (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH*), ran-

gaistusluonteisen vahingonkorvausseuraamuksen tai kuolemanrangaistuksen sallimisen merkityksessä. Tällöin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen antamalla ratkaisulla voi olla enintään analogista tai *de lege ferenda* -tyyppistä vaikutusta suhteessa Suomen oikeuteen, jos sitäkään.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen noudattaman *teleologisen* tulkintaopin samoin kuin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen noudattaman *dynaamis-evolutiivisen* tulkintaopin seurauksena yhteisöoikeuden tai ihmisoikeusnormiston tulkinta on voinut äkillisestikin muuttua yhteisöoikeuden tai ihmisoikeusnormiston keskeisten tavoitteiden, yhteiskunnallisen kontekstin tai yhteisöllisten arvostusten muuttuessa. Mikään ei myöskään estä sanottuja tuomioistuuksia muuttamasta jatkossa tulkintalinjaansa, jos tarvetta siihen ilmenee. Tämä antaa Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmeneville yleisille oikeusohjeille kansallisia prejudikaatteja lähtökohtaisesti dynaamisemman roolin.

9. LAINOPIN METODOLOGIA

Lainopin metodi on *oikeudellista argumentaatiota* eli yhtäältä oikeudellista päättelyä määrätyistä oikeustosisekoista oikeusseuraamuksiin (= oikeussääntöjen tulkinta ja oikeusperiaatteiden punninta) ja toisaalta oikeusnormien keskinäisten suhteiden määrittämistä (= oikeussääntöjen ja vastaavien oikeusnormien systematisointi) ohjaavien metatason sääntöjen ja periaatteiden kokonaisuus. Oikeudellinen argumentaatio on toisin sanoen yhtäältä oikeussääntöjen *tulkintaa*, toisaalta oikeussääntöjen ja vähintään heikosti systeemisesti jäsentyneiden oikeusperiaatteiden ja prejudikaattinormien *systematisointia* eli keskinäisten suhteiden määrittämistä sekä kolmanneksi oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien arvosidonnaista *punnintaa* ohjaavien metatason argumentaatio- ja -periaatteiden kokonaisuus.

Formaalit oikeussäännöt ovat irtautuneet alkuperäisestä synty- ja oikeuttamis-perustastaan niiden yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoitenäkökohtien merkityksessä, joiden nojalla kyseiset säännöt alun perin saatettiin voimaan. Yksittäisen oikeussäännön oikeuslähteopillisen ratkaisuarvon määrittämiseksi viittaus valitsevan tuomarinideologian tai oikeuden tunnistamissäännön käsittämiin institutionaalsiin oikeuslähteisiin on riittävä, eikä oikeussääntöä ole tarpeen palauttaa sen taustalla vaikuttaviin tai sen säätämishetkellä vaikuttaneisiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin sen oikeudellisen validiteetin tai tulkinallisen merkityssisällön määrittämiseksi. Kyse on toisin sanoen formaalista oikeudellisesta ratkaisuperusteesta, jonka oikeudellinen validiteetti ja ratkaisuarvo tuomarin ratkaisuharkinnassa eivät riipu sen aineellisesta tai yhteiskunnallisesta

oikeuttamisperustasta. *Institutionaaliset oikeusperiaatteet* ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit ovat sitä vastoin määritelmällisesti kietoutuneet yhteen tiettyjen yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoitenäkökohtien kanssa, joten ne ovat oikeudellisina ratkaisargumentteina oikeussääntöjä heikommin formaaleja tai itsenäisiä.

Toisaalta, oikeusperiaatteet ja muut vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit, joka ovat *rakenteistuneet* Suomen oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan* eli nauttivat eriasteista mutta oikeudellisessa katsannossa riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää tavalla, jonka vallitseva tuomarinideologia osaltaan tunnustaa, kuuluvat myös voimassa olevan oikeuden käsitteen alaan. *Subjektisidonnaiset arvot* ovat vain kantajalleen ominaisia yhteiskuntaideologisia (eli poliittisia) tai arvosidonnaisia (eli aksiologisia) preferenssejä, vailla oikeusperiaatteiden institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää tai edes heikosti sääntöformaaleja ominaisuuksia. Koska oikeus on määritelmällisesti yhteisöllinen eli kollektiivinen ilmiö, vain riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivilla oikeusperiaatteilla sekä formaaleilla oikeussäännöillä voi olla institutionaalisen ratkaisuperusteen asema tuomarin ratkaisuharkinnassa, kun taas puhtaasti subjektisidonnaiset arvot rajautuvat määritelmällisesti yhteisöllisen, ei-idiosynkraattisen oikeuskäsitteen ulkopuolelle.³⁹

Jako yhtäältä oikeudellisiin ratkaisuperusteisiin oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden merkityksessä sekä toisaalta subjektisidonnaisiin ja oikeudellisesti ei-merkityksellisiin arvoihin ei määräydy vain yksittäisen tulkinta- tai ratkaisuperusteen yhteisöllisyyden tai subjektikohtaisuuden perusteella vaan sen liittymällä vallitsevaan eli tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymään institutionaaliseen oikeuslähteoppiin ja oikeudelliseen argumentaatioteoriaan.

Oikeudellisen ratkaisuperusteen suhteellisen *rakenteistuneisuuden* ja *formalisoitumisen* aste ratkaisee sen, onko kyse: (a) *subjektisidonnaisesta arvosta*, joka puhtaasti idiosynkraattisena ratkaisumotiivina ei voi saada oikeudellisen ratkaisuperusteen asemaa, (b) Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneesta eli eriasteista mutta oikeudellisesti riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivasta *oikeusperiaatteesta* tai muusta oikeudellisesta ratkaisustandardista vaiko (c) *oikeussäännöstä* täysimääräisesti formalisoidun oikeudellisen ratkaisuperusteen merkityksessä. Mitä vahvemmin jokin yksittäinen oikeudellinen ratkaisuperuste on *rakenteistunut* Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan sen nauttiman institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän merkityksessä ja mitä

³⁹ Vrt. Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 48–49; Hart, *The Concept of Law*, s. 112–113; Kennedy, *A Critique of Adjudication*, s. 180–186.

itsenäisempi se on oikeudellisena ratkaisuperusteena suhteessa sen taustalla vaikuttaviin tai ainakin sen säätämishetkellä vaikuttaneisiin synty- ja oikeuttamisperusteisiin erilaisten yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoitenäkökohtien merkityksessä eli mitä vahvemmin *sääntöformaali* oikeudellinen ratkaisuperuste on kyseessä, sitä suurempi on sen lähtökohtainen ratkaisuarvo tuomioistuinten ja muiden viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa. Lisäksi oikeuslähteen tai yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen taustalla vaikuttava *institutionaalinen oikeuttamisperuste* vaikuttaa sen oikeudelliseen ratkaisuarvoon.

9.1. Oikeudellinen tulkinta

Oikeudellinen *tulkinta* tarkoittaa tulkinnallisen *merkityksen antamista* vallitsevan oikeuden tunnistamissäännön tai tuomariniideologian rajaamista institutionaalisista ja ei-institutionaalisista oikeuslähteistä johdetuille oikeussäännöille. Oikeudelliset tulkintateoriat ovat eriytyneet oikeuslähteittäin, jolloin (a) *lainsäädännön* ja sitä tukevan *lainvalmisteluaineiston*, (b) *prejudikaattien* ja muun *oikeuskäytännön* sekä oikeutta yhtenäistävän *viranomaiskäytännön*, (c) *sopimusperustaisen oikeuden*, (d) *tavanomaisen oikeuden* sekä (e) *reaalisten argumenttien* tulkinnassa sovelletaan osin erilaisia tulkintamalleja. Yksittäisen säädöksen, prejudikaatin tai sopimuksen *kieellinen ilmiäsu*, samoin kuin lainsäätäjän, prejudikaattituomioistuimen tai sopijapuolten *alkuperäiset tavoitteet* sekä *oikeuskäytännössä vakiintunut tulkinta* saavat merkitystä yhtä hyvin lainsäädännön, prejudikaattien kuin sopimusperustaisenkin oikeuden tulkinnassa, mutta tulkinnan metodiopilliset reunaehdot ovat kunkin oikeuslähteen osalta varsin erilaiset. Prejudikaattien tulkinnassa tulee lisäksi esikysymyksenä ratkaistavaksi yksittäisen prejudikaatin käsittämisen varsinaisen prejudikaattinormin (lat.: *ratio decidendi*) määrittely ja erottaminen sen ei-velvoittavasta perustelukontekstista (lat.: *obiter dicta*) sanotussa ratkaisussa, kun taas lainsäädännön käsittämät oikeussäännöt on jo ennalta lainsäätäjän toimesta formuloitu. Sopimusperustaisessa oikeudessa yksittäisen sopimusehdon sanamuoto voidaan sivuuttaa, jos sopijapuolten yhteisestä tarkoituksesta ei ole erimielisyyttä.

Institutionaaliset oikeuslähteet, jotka ovat enemmän tai vähemmän vahvasti *rakenteistuneet* Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvorustaan erilaisten oikeudellisesti merkityksellisten sääntösidonnaisten käytäntöjen merkityksessä, ovat keskeisellä sijalla suomalaisen tuomarin tai muun viranomaisen soveltamassa oikeuslähdeopissa. Näitä ovat etenkin Euroopan yhteisön perustamissopimus ja muu Euroopan yhteisön lainsäädäntö, Euroopan ihmisoikeussopimus, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevät yleiset oikeusohjeet, kansallinen lainsäädäntö perustuslaista ja eduskunnan tavallista lainsäätämisyjärjestystä noudattaen an-

tamista laeista hierarkkisesti alemmanasteisiin säädöksiin, kuten tasavallan presidentin tai valtioneuvoston antamiin asetuksiin tai yksittäisten ministeriöiden antamiin päätöksiin, lainvalmisteluaineisto, sopimusperustainen oikeus sekä tavanomainen oikeus. Ei-institutionaalisista eli aineellisista ratkaisuperusteista reaaliset argumentit eli tulkinnan ennakoitavissa olevat yhteiskunnalliset seuraukset noudattavat vahvasti tavoiterationaalista tulkintamallia.

Lainsäädännön tulkinnassa seuraavat tulkintaperusteet ovat tai ainakin saattavat olla keskeisiä, ja omaksuttu *tulkintakehys* määrittää niiden keskinäisiä suhteita:

- (a) lainsäädännön kielellinen ilmiasu,
- (b) oikeudenalakohtainen systematiikka,
- (c) lainsäädännön historiallinen tarkoitus,
- (d) oikeuskäytännössä vakiintunut tulkinta,
- (e) lainsäädännön tulkinta parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian ja oikeudellisen eheyden (engl.: *law as integrity*) valossa, ja
- (f) tulkinnan ennakoitavissa olevat yhteiskunnalliset vaikutukset.

Prejudikaattien tulkinnassa on käytettävissä seuraavat tulkintaperusteet, joiden keskinäistä suhdetta (tuomarin tai) tutkijan omaksuma *prejudikaatti-ideologia* määrittää:

- (a) prejudikaatin tulkintakielto, jolloin ennakkoratkaisun alun perin antanut tuomioistuin pidättää itsellään yksinoikeuden sen myöhempään tulkintaan,
- (b) lainsäädäntöä jäljittelevä prejudikaatti-ideologia, jossa prejudikaattituomioistuin muotoilee itse arvovaltaisella tavalla ratkaisun myöhempää tuomaria velvoittavan prejudikaattinormin esimerkiksi jutun tiivistelmässä tai otsikossa,
- (c) historiallis-eksegeettinen prejudikaatti-ideologia, jossa päättelyn suunta kulkee ”takaperin” ennakkoratkaisun aineellisesta lopputuloksesta sen välttämättömiin tai riittäviin normatiivisiin ja faktapremisseihin,
- (d) oikeudellisen analogian ja distinktiotekniikan (engl.: *distinguishing*) osin ennakoimaton vuorottelu, missä ratkaisevaa on uuden tapauksen tosiseikaston suhteellinen samanlaisuus tai erilaisuus verrattuna ennakkoratkaisuun,
- (e) prejudikaattien tulkinta parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian ja oikeudellisen eheyden (engl.: *law as integrity*) valossa, ja
- (f) prejudikaatin täydellisen vapaa tulkinta eli sen perinpohjainen uudelleen arviointi tulkinnan ennakoitavissa olevien yhteiskunnallisten vaikutusten valossa.

Sopimusperustaisen oikeuden tulkinta noudattaa omaksutun *sopimusmallin* mukaista sopimuskonstituutiota ja tulkintaopillista jäsenystä seuraavaan tapaan:

- (a) sopijapuolten alkuperäisen tahdon kunnioittaminen (= sopimusoikeuden tahtomalli),
- (b) vaihdannan intressin ja sopijapuolten perustellun luottamuksen eli vilpittömän mielen suojaaminen (= sopimusoikeuden luottamusmalli),
- (c) sopimussuoritusten keskinäisen vastaavuuden eli aristotelisen sopimustasapainon sekä tilannekohtaisen sisällöllisen kohtuullisuuden arvioiminen (= oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön malli), tai
- (d) heikomman sopijapuolen erityisintressien suojaaminen (= sosiaalinen sopimusoikeus).

Lisäksi sopimusten tulkinnassa voidaan rajoitetusti hyödyntää tulkintaperusteita, jotka liittyvät Euroopan yhteisöoikeuden yhtenäistulkinnan toteuttamiseen, kansalaisten perusoikeuksien suojaamiseen tai esimerkiksi yhteiskunnallisten tasa-arvon toteuttamiseen.

Tavanomaisen oikeuden tulkinnassa on keskeistä alalla vakiintuneesti noudatettu yhteisöllinen käytäntö. Reaalisten argumenttien tulkinnassa noudatetaan tavoiterationaalista tulkintamallia, missä oikeuden ennakoitavissa olevat yhteiskunnalliset vaikutukset ovat keskeisellä sijalla.

Oikeuden eri tulkintaperusteet eivät ole tutkijan vapaasti ja mielivaltaisesti yhdisteltävissä, jos ja kun tavoitteena on esittää yhtenäinen ja johdonmukainen perustelu ehdotetulle oikeuden tulkinnalle, sillä eri tulkintaperusteet rakentuvat varsin erilaisten teoreettisten sitoumusten varaan. Se, miten tuomari tai tutkija suhteuttaa eri oikeuslähteet ja niiden käytössä hyödynnettävät tulkintaperusteet keskenään, on seurausta hänen omaksumastaan lainopillisesta tulkintakehyksestä. *Tulkintakehys* on se osa tutkijan omaksumaa laajempaa yhtenäistä oikeudellista *tulkintamatriisia* eli tieteenteoreettista kehystä, joka määrittää oikeudellisen tulkinnan rajat sekä sen avulla tavoiteltavat oikeudelliset tai yhteiskunnalliset päämäärät. Prejudikaattiperustaisessa oikeudessa tuomarin tai tutkijan *prejudikaatti-ideologia* vastaa yleistä oikeudellista tulkintakehystä. Sopimusperustaisen oikeuden tulkinnassa sovellettava *sopimusmalli* toteuttaa vastaavaa tehtävää. Tavanomaisen oikeuden tulkinta noudattaa vastaavasti tulkintaperusteita, jotka myötäilevät vallitsevaa ja vakiintunutta sopimuskäytäntöä, jolloin eri sopimusmallit saavat varsinaisen sopimusoikeuden tulkinnan tavoin merkitystä. Eri tulkintamatriisit määrittelevät oikeudellisen tulkinnan keskeiset tavoitteet ja rajoitukset varsin eri tavoin.

Käsitelainoppi painotti voimakkaasti oikeudenalakohtaisen systematiikan merkitystä oikeudellista tulkintaa rajaavana ja määrittävänä tekijänä, rajaten näin yksittäistapauksellisen oikeuskäytännön sekä etenkin oikeuden ennakoitavissa olevien yhteiskunnallisten vaikutusten arvioimisen tulkintaprosessin ulkopuolelle. *Analyttisen oikeustieteen* tavoitteena on lainsäätäjän asettamien tavoitteiden toteuttaminen teknisen oikeusasema-analyysin keinoin, missä etenkin säädöksen kielellinen ilmiäisy, oikeudenalakohtainen systematiikka ja lainsäädännön alku-

peräinen tarkoitus saavat merkitystä. *Sosiaalinen siviilioikeus* on pyrkinyt heikkomman sopijapuolen intressien suojaamiseen oikeudellisen tulkinnan keinoin, jolloin säädöksen kielellistä ilmiä, oikeudenalakohtaista systematiikkaa, lainsäätäjän tavoitteita sekä oikeuskäytännössä vakiintunutta tulkintaa luetaan sanottua tulkintakehystä vasten. *Naisoikeus-* ja *oikeudellinen tasa-arvotutkimus* pyrkivät oikeuden tulkintaan, joka edistää yhteiskunnallista tasa-arvoa sekä parantaa naisten tai jonkin muun laajemmin määritellyn yhteiskuntaryhmän, kuten lasten, vanhusten tai vammaisten, suhteellista yhteiskunnallista asemaa muun muassa tietoisuuden suostavan erityiskohtelun (engl.: *positive discrimination*) keinoin. *Perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi* tarkastelee lainsäädännön kielellistä muotoa, oikeudellista systematiikkaa, lainsäätäjän tarkoitusta, oikeuskäytännössä vakiintunutta tulkintaa sekä voimassa olevan oikeuden taustalla vaikuttavaa oikeudellista kokonaisteoriaa vallitsevaa eli perustuslain omaksumaa perusoikeusjärjestelmää vasten, ja niin edelleen.

Tutkijan omaksuma *tutkijanideologia* eli *analyttis-deskriptiivinen* tai *normatiivis-kriittinen* tutkijanäkökulma oikeuteen vaikuttaa keskeisesti oikeustieteen tieteenkuvan eri osatekijöiden välisten suhteiden arvottamiseen. Yksittäinen tutkija voi sitoutua joko *institutionaaliseen tuomarireferenssiin* tuomioistuinten ja muiden viranomaisten kollektiivisesti hyväksymän institutionaalisen oikeuslähteiden ja argumentaatioteorian sitoumusten merkityksessä tai, vaihtoehtoisesti, vallitsevasta tuomariniideologiasta suuntaan tai toiseen poikkeavaan oikeus- tai yhteiskuntaideologiaan, jolloin tulkinta toteuttaa niitä yhteiskunnallisia arvoja ja tavoitteita, joita hän itse pitää parhaana aksiologisten ja yhteiskuntaideologisten preferenssiensä eli sisäistämänsä yhteiskunnallisen ja poliittisen arvorteorian valossa. Tutkijan ideologiset ja aksiologiset valinnat sisältyvät toisin sanoen määrätyn oikeudellisen tulkintamatriisin valintaan.

9.2. Oikeudellinen systematisointi

Oikeudellinen *systematisointi* tarkoittaa voimassa olevan oikeuden sääntöjen keskinäisten suhteiden määrittämistä, kun taas oikeusperiaatteita ei ole mahdollista systematisoida ainakaan samassa vahvassa merkityksessä kuin oikeussääntöjä. Oikeudellinen systematiikka rakentuu *formaaleista konfliktinratkaisunormeista* sekä *oikeudellisten (perus)käsitteiden, dogmien ja konstruktoiden* kokonaisuudesta. Oikeudellinen systematiikka on *staattinen* eli suljettu ja vakioitu, jos oikeuslähteiden ja niistä johdettujen oikeudellisten ratkaisuperusteiden keskinäissuhteet ovat ennalta määritettävissä ja systemaattisesti vakioitavissa formaalien konfliktinratkaisunormien sekä lainopillisten dogmien ja konstruktoiden avulla. Oikeudellinen systematiikka on *dynaaminen* eli tilannesidonnainen ja avoin yhteiskunnallisille arvoille tai tavoitteille, jos oikeuslähteiden ja niistä johdettujen oikeudellisten ratkaisuperusteiden keskinäiset suhteet eivät ole en-

nalta tai edes jälkikäteen systeemisesti vakioitavissa formaalien oikeudellisten konfliktinratkaisunormien sekä oikeudellisten dogmien ja konstruktioiden avulla. Lainsäädäntöön perustuvat oikeussäännöt noudattavat staattista systematiikkaa, kun taas oikeusperiaatteet ja prejudikaattiperustainen oikeus noudattavat lähtökohtaisesti dynaamista systematiikkaa.

Oikeudellisia konfliktinratkaisunormeja ovat muun muassa *lex superior derogat legi inferiori*, jonka mukaan normihierarkkisesti ylempi säädös syrjäyttää normihierarkkisesti alemman säädöksen, *lex posterior derogat legi priori*, jonka mukaan myöhempi säädös syrjäyttää aiemman säädöksen, ja *lex specialis derogat legi generali*, jonka mukaan erityislaki syrjäyttää yleislain. Oikeudellinen peruskäsite on Juha Pöyhösen mukaan varsinainen oikeuskäsite, jolla ”pyritään tiivistetyssä muodossa antamaan tietoa voimassaolevan oikeuden sisällöstä”.⁴⁰ Esimerkkejä (sopimus)oikeudellisista peruskäsitteistä ovat muun muassa tahdon, toiminnan, luottamuksen, oikeustoimen ja tahdonilmaisun käsitteet. Oikeudellisia dogmeja ovat Juha Pöyhösen mukaan esimerkiksi sopijapuolten alkupe- räisen tahdon kunnioittaminen ja perustellun luottamuksen suoja tahto- ja luottamusperustaisessa sopimusoikeudessa. Konstruktio on keino ulottaa sopimusmalli tapauksiin, jotka lainopillinen dogmi jättää tulkinnallisesti avoimeksi tai joissa dogmin soveltaminen johtaisi jollain tavoin epätyytyttävään tilanteeseen tai tutkimukselliseen anomaliaan. Oikeudellisia konstruktioita ovat esimerkiksi hiljainen tahto sopimusoikeudessa tai murto-osainen yhteisomistus varallisuus-oikeudessa. Oikeudellisten peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktioiden avulla on mahdollista määrittää ja vakioida oikeuden systeemiset koordinaatit oikeudenalakohtaisten pääsääntö/poikkeussääntö -luokitusten merkityksessä.

Oikeusperiaatteiden ja muiden oikeussääntöjä heikommin formaalien ratkai- sustandardien osalta Pöyhösen oikeussääntöjen keskinäissuhteisiin soveltuva oikeudelliset peruskäsitteet + dogmit + konstruktio -malli, jota formaalit konfliktinratkaisunormit vielä täydentävät, tulee korvata dynaamisen oikeudellisen systematiikan mallilla, jonka osatekijöinä ovat: (a) sisällölliset punnintanormit, jotka vastaavat oikeusperiaatesidonnaisessa ajattelussa sääntösidonnaisen ajattelun formaaleja konfliktinratkaisunormeja, (b) oikeudellisesti merkitykselliset yhteiskunnalliset arvot ja/tai tavoitteet, jotka ovat riittävällä tavalla rakenteistuneet Suomen oikeuteen eli nauttivat riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää suomalaisessa yhteiskunnassa, vastaten sääntösidonnaisen ajattelun oikeudellisia (perus)käsitteitä eli varsinaisia oikeuskäsitteitä, ja (c) yhteiskunnallinen ja oikeudellinen arvoteoria, joka määrittää oikeusperiaatteiden tilannesidonnaista punnintamenettelyä, vastaten sääntösidonnaisen ajattelun oikeudellisia dogmeja ja konstruktioita. Oikeusperiaatteiden osalta dogmi/konstruktio

⁴⁰ Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 81.

-jaotus on ylläpidettävissä vain vähintään heikosti systeemisesti jäsentyneiden tulkintamatriisien, kuten perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin tai Pöyhösen tavoin ymmärretyn yhteisöllisen kohtuusperiaatteen suhteellisen etusijan varaan jäsennetyn sopimusoikeudellisten oikeusperiaatteiden punnintamallin, alaisuudessa, koska muutoin lainopillisten dogmien (ja konstruktioiden) edellyttämät systeemiset kiintopisteet puuttuvat.

Prejudikaattiperustaisen oikeuden osalta oikeudellisen systeeminrakennuksen osaelementit ovat vastaavasti: (a) *prejudikaattioikeudelliset konfliktinratkaisunormit*, jotka ovat sääntösidonnaisen oikeuden sisäistä eheyttä tuottavia systematisointinormeja heikommin jäsentyneet, (b) formaali *ratio decidendi/obiter dicta* -erottelu, jonka avulla prejudikaattinormi (= *ratio*) on erotettavissa sen ei-velvoittavasta perustelukontekstista (= *dicta*), ja (c) *prejudikaatti-ideologian systemistä eheyttä ylläpitävät määreet*, joiden merkitys riippuu omaksutusta prejudikaatti-ideologiasta, kuten esimerkiksi Dworkinin ajatus parhaasta mahdollisesta oikeudellisesta kokonaisteoriasta (engl.: *law as integrity*), heikommin systeeminen idea ennakkoratkaisun normatiivisiin ja/tai faktapremisseihin takautuvasta päättelystä oikeudellisen eksegeesin (engl.: *judicial exegesis*) tarkoittamassa merkityksessä, tai idea prejudikaateista yksittäistapauksellisina malliratkaisuina *oikeudellisen analogian* ja *distinktiotekniikan* (engl.: *distinguishing*) vuorottelun merkityksessä. Prejudikaattiperustaisessa oikeudessa dogmit/konstruktio -jaotus on ylläpidettävissä vain, jos prejudikaattien sarja on vähintään heikosti systeemisesti jäsentynyt sovellavan prejudikaatti-ideologian tarkoittamalla tavalla, koska muutoin lainopillisten dogmien (ja konstruktioiden) edellyttämät systeemiset kiintopisteet puuttuvat.

Kokoavasti tämä voidaan esittää seuraavan kaavion muodossa:

Kaavio 7a: Staattinen ja dynaaminen oikeudellinen systematiikka

Staattinen oikeudellinen systematiikka:

a) formaalit konfliktinratkaisunormit

b) oikeudelliset peruskäsitteet
eli varsinaiset oikeuskäsitteet

c) oikeudelliset dogmit ja konstruktiot

Dynaaminen oikeudellinen systematiikka:

a.1) sisällölliset punnintanormit

(= oikeusperiaatteet ja muut ratkaisustandardit)

a.2) prejudikaattioikeudelliset konfliktinratkaisunormit (= prejudikaatit)

b.1) oikeudellisesti merkitykselliset yhteiskunnalliset arvot ja/tai tavoitteet
(= oikeusperiaatteet ja muut ratkaisustandardit)

b.2) ratio decidendi/obiter dicta -erottelu
(= prejudikaatit)

c.1) oikeudellinen ja yhteiskunnallinen arvo-teoria (= oikeusperiaatteet ja muut ratkaisustandardit),

c.2) prejudikaatti-ideologian systeemiset määreet, kuten oikeudellinen kokonaisteoria ja systeeminen eheys (engl.: *law as integrity*), taaksepäin katsova oikeudellinen eksegeesi tai yksittäistapaukselliset malliratkaisut, oikeudellinen analogia ja distinktiotekniikka (= prejudikaatit)

Prejudikaattiperustaisen oikeuden systeemisyiden aste siis vaihtelee omaksutun prejudikaatti-ideologian edellyttämällä tavalla. Ronald Dworkinin ajatus parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian avulla toteutetusta *oikeudellisesti eheydestä* (engl.: *law as integrity*) toteuttaa vahvimmin systeemistä jäsenystä, kun taas muut mahdolliset prejudikaatti-ideologiat, kuten taaksepäin katsova oikeudellinen eksegeesi sekä oikeudellisen analogian ja distinktiotekniikan vuorottelu tai lainsäädäntöä jäljittelevä prejudikaatti-ideologia, ovat systeemisesti heikommin jäsentyneitä.

Toteutettavissa oleva oikeudellinen systematiikka on sidoksissa tutkijan omaksumaan lainopilliseen *tulkintamatriisiin*, sillä eri tulkintamatriisit mahdollistavat tai tekevät välttämättömäksi varsin eriaistaisen oikeudellisen systematiikan. Käsitelainopin ja analyttisen oikeustieteen käsitys oikeudellisesta systeemistä oli *staattinen* eli suljettu ja ennalta vakioitu. Vaihtoehtoinen lainoppi sekä erilaiset kriittisen oikeusopin myöhemmät muunnelmat, kuten sosiaalinen siviilioikeus, naisoikeus- ja tasa-arvotutkimus sekä osin oikeusperiaatteiden punnintamalli ja kriittinen oikeuspositivismi, samoin kuin yhteiskuntaideologisilta näkemyksiltään varsin erilainen pragmaattinen instrumentalismi eli *reella över-*

väganden -juridiikka ja oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi sekä perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi tekevät mahdolliseksi vain *dynaamisen* eli ainakin lähtökohtaisesti vain tilannesidonnaisesti määrittyvän oikeudellisen systematiikan toteuttamisen. Tällöin oikeusperiaatteiden tai muiden vastaavien ratkaisustandardien sekä prejudikaattinormien toteuttama systeeminen jäsenitys on määritettävissä vain suhteessa siihen yksittäiseen oikeustositseikastoon, johon tuomioistuimen tai muun institutionaalisen lainsoveltajan on määrä antaa perusteltu oikeudellinen ratkaisu tai johon lainopin tutkija esittää perustelun tulkintatai punnintakannanoton.

Toisaalta, oikeusperiaatekeskeinen tulkintamatriisi saattaa tehdä mahdolliseksi heikosti systeemisen oikeusperiaatteiden jäsenityksen toteuttamisen niin kuin on asia esimerkiksi perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin tai Juha Pöyhösen tarkoittamalla tavalla yhteisöllisen kohtuusperiaatteen suhteellisen etusijan vaaraan jäsentyvän sopimusoikeudellisten oikeusperiaatteiden punnintamallin alaisuudessa. Yleisesti oikeudellinen systematiikka määrittää sen, mikä on määrättyssä oikeudellisessa tulkintatilanteessa noudatettava pääsääntö ja mikä siihen tehty poikkeus (= oikeussääntöjen staattinen systematiikka), mikä on määrätyn oikeudenalan johtava periaate ja mikä tavallisesti väistytävä periaate (= oikeusperiaatteiden vähintään heikosti systeeminen jäsenitys) sekä mikä on prejudikaattiperustaisen oikeuden systeemisesti vallitseva prejudikaattinormi ja mitkä siihen nähden väistyviä prejudikaattinormeja (= vähintään heikosti systeeminen prejudikaattiperustaisen oikeuden jäsenitys).

9.3. Oikeudellinen punninta

Oikeudellinen *punninta* tarkoittaa yksittäisen Suomen oikeuden institutionaaliin ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneen eli eriasteista mutta oikeudellisesti riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivan oikeusperiaatteen tai muun vastaavan oikeudellisen ratkaisustandardin oikeudellisen *ratkaisuarvon* määrittämistä sekä suhteuttamista eli keskinäistä tasapainotamista muiden asiaanvaikuttavien oikeusperiaatteiden ja ratkaisustandardien ilmentämiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin (engl.: *weighing and balancing*) nähden. Lainopin tutkijan sisäistämä oikeudellinen tulkintamatriisi määrittää yhtenäisen *punnintakehyksen*, joka ohjaa oikeusperiaatteiden punnintamenettelyä joko puhtaasti tilannesidonnaisen tai heikosti systeemisen punninnan keinoin.

Oikeusperiaatteiden punninta saattaa olla enintään heikosti systeemisesti jäsentynyttä siitä riippuen, millaiseen lainopilliseen tulkintamatriisiin ne ovat liittyneet. *Perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi* toteuttaa vähintään heikosti systeemistä oikeudellista jäsenystä. Siinä oikeussääntöjen tulkinta yhtä hyvin kuin oikeusperiaatteiden punninta palautetaan aina viime kädessä vallitsevaan eli voi-

massa olevan perustuslain joko selväsanaisesti hyväksymään tai sen vähintäänkin hiljaisesti edellyttämään perusoikeusjärjestelmään. Osana perusoikeuskeskeistä laintulkintaoppia oikeusperiaatteet tulee nähdä tilannesidonnaisina oikeudellisina argumentteina, joiden punninta noudattaa vallitsevan perusoikeusjärjestelmän vakioimia yhteiskunnallisia arvoja ja tavoitteita. Eri sukupolvien perusoikeudet noudattavat varsin erilaista sääntelylogiikkaa, niin kuin edellä perustelin: ensimmäisen sukupolven yksilölliset vapausoikeudet, toisen sukupolven TSS + O -oikeudet eli taloudelliset, sosiaaliset, sivistykselliset ja tulkintani mukaan myös juridiset eli oikeudelliset oikeudet sekä kolmannen sukupolven aidosti kollektiiviset perusoikeudet, kuten oikeus kestävään kehitykseen tai aiemmin syrjityn yhteiskuntaryhmän oikeus suosivaan erityiskohteluun, toteutavat kukin varsin erilaisia horisontaalisia sidosperiaatteita.⁴¹

Vallitsevalla perusoikeusjärjestelmällä on samalla eri oikeusperiaatteita vähintään heikosti systeemisesti jäsentävä tehtävä: se yhtäältä asettaa perusoikeuksia tukevat periaatteet muiden oikeusperiaatteiden edelle sekä toisaalta määrittää heikon etusijajärjestyksen eri perusoikeuksien välille tai ainakin rajaa määräytyt tyyppitapaukselliset soveltamistilanteet oikeudellisen ratkaisuharkinnan ulkopuolelle.⁴² Perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi käsittää toisin sanoen joukon vähintään heikon etusijajärjestyksen asettavia metanormeja, joiden avulla oikeudellista punnintaa voidaan oikeussysteemisesti jäsentää.

Myös *oikeusperiaatteiden punnintamalli* saattaa sisältää vähintään heikosti oikeudellista ratkaisua ennalta jäsentäviä elementtejä. Juha Pöyhösen väitöskirjassaan *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* ehdottama malli, missä yhteisöllisellä kohtuusperiaatteella on suhteellinen systeeminen etusija suhteessa tahtoperiaatteeseen ja perustellun luottamuksensuojan periaatteeseen nähden, toteuttaa vähintään heikosti systeemistä oikeusperiaatteiden jäsenystä, sillä yksittäisen sopimuksen tai sopimusehdon kohtuullistamisharkinnassa kohtuusperiaatteen painoarvo on Pöyhösen mukaan enintään kaksinkertainen muihin sopimusoikeudellisiin periaatteisiin verrattuna.⁴³ Jos Pöyhösen oikeudellisen argumentaatiomallin hyväksyy, se tarjoaa lainopin tutkijalle vähintään heikosti systeemisen lähtökohdan vastaisten oikeudellisten punnintasuosittelusten laatimiseksi. Jos tutkija on sen sijaan sitoutunut sopimusoikeudelliseen tahtomalliin tai

⁴¹ Perustelin kantani edellä luvussa 9.6. ”Perusoikeusjärjestelmän sisäinen logiikka”.

⁴² Vaikka Pöyhönen käsittelee eri sukupolvien perusoikeuksia ainakin lähtökohtaisesti systeemisesti samanarvoisina, on mielestäni selvää, että ainakin hengen ja terveyden suojalla on vahva systeeminen etusija esimerkiksi yhteisöllis-kulttuuriin oikeuksiin nähden. Vrt. toisin Pöyhönen, *Uusi varallisuusoikeus*, s. 77–78.

⁴³ Pöyhönen, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, s. 312–313. Siihen, mihin kohtuusperiaatteen kaksinkertainen painoarvo perustuu, Pöyhönen ei kuitenkaan vastaa muutoin kuin kehäpäätelmän omaisella viittauksella oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön sopimusmalliin, jossa kohtuusperiaatteella on keskeinen sija. Pöyhönen, mts. 312. Ks. myös luku 9.3. ”Sopimusmalliajattelun piilevät premissit”.

luottamusmalliin Pöyhösen kannattaman kohtuusperustaisen lähestymistavan sijaan, silloin tulee tietenkin antaa etusija sopijapuolten alkuperäiselle tahdonmuodostukselle tai vilpittömän mielen suojalle kohtuusperustaisten argumenttien ja tilannekohtaisesti arvioitavan sopimustasapainon sijaan.

Sanotunlainen systeeminen jäsenitys ei ole oikeusperiaatekeskeisessä lainopissa välttämätön, vaan oikeusperiaatteiden punninta on mahdollista toteuttaa myös puhtaasti tilannesidonnaisen harkinnan rakenteellisten osatekijöiden ja niiden analyysin keinoin. Esimerkiksi Jaakko Jonkan syyttäjän syyteharkintaa jäsentävä oikeusperiaatteiden punnintamalli ei pyri sanotun normiston edes heikosti systeemiseen jäsennykseen, vaan kyse on aidosti tilannesidonnaisesta harkinnasta, jossa yhtäältä valtiollinen rikosten selvittämisenintressi ja toisaalta epäilyn oikeusturvaintressi ja lähtökohtainen syyttömyysolettama on suhteutettava toinen toisiinsa syyttäjän syyteharkinnassa.⁴⁴

Kriittinen oikeuspositivismi toteuttaa vähintään heikosti systeemistä oikeusperiaatteiden jäsenystä, jos ja kun oikeusperiaatteet mielletään siinä Ronald Dworkinin *myöhäistuotannon* tarkoittamalla tavalla.⁴⁵ Dworkinin mukaan juttua ratkaisevan tuomarin yhtä hyvin kuin oikeuden tutkijan tehtävänä on rekonstruoida oikeudellisten säädösten sekä aiempien tuomioistuinratkaisujen perusteella paras eli koherentein mahdollinen oikeudellinen kokonaisteoria, jonka avulla *oikeudellista eheyttä* (engl.: *law as integrity*) ilmentävä mutta samalla aidosti tilannesidonnainen oikeudellinen systematiikka on mahdollista toteuttaa. Myös *sosiaalinen siviilioikeus*, *naisoikeus*- ja *oikeudellinen tasa-arvotutkimus* sekä *pragmaattinen instrumentalismi* eli *reella överbäganden* -juridiikka ja *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi* sallivat oikeusperiaatekeskeisen argumentaation. Niiden osalta vähintään heikosti systeeminen oikeudellinen jäsenitys on mahdollinen siltä osin kuin oikeusperiaatteiden painoarvopunninnan suhteellinen tavoite tai tavoitteet on ennalta priorisoitu eli asetettu ennalta tärkeysjärjestykseen esimerkiksi sopimusoikeudellisen heikomman suojelun periaatteen (= sosiaalinen siviilioikeus), naisten tai yleisemmin jonkin aiemmin syrjityn vähemmistön yhteiskunnallisten erityisintressien suojelun (= naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus) tai yleiseksi tulkinta- ja punnintaperiaateeksi ymmärretyn taloudellisen kustannustehokkuuden suhteellisen systeemisen etusijan merkityksessä (= oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi).

Toisaalta, jos sovellettava tulkintamatriisi ei lainkaan salli oikeusperiaatteiden tai vastaavien oikeussääntöjä heikommin formaalien ratkaisustandardien käyttämisestä oikeudellisena ratkaisuarargumenttina, niin kuin asia on käsitelainopin ja

⁴⁴ Jonka, *Syytekyynys*, s. 248 *et seq.*

⁴⁵ Tuori viittaa teoksen oikeusperiaatteita käsittelevässä jaksossa Dworkiniin, mutta hyödyntää tämän varhaisempaa ja systeemisessä katsannossa heikommin jäsentynyttä *Taking Rights Seriously* -teosta Dworkinin myöhemmän tuotannon sijaan. Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 200–202. Vrt. Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 96–97.

ainakin pääsääntöisesti myös analyttisen oikeustieteen osalta, kysymys oikeusperiaatekeskeisen eli oikeusperiaatteisiin tai vastaaviin ratkaisustandardeihin sitoutuneen oikeudellisen argumentaation vähintään heikosti systeemisestä jäsenyksestä ei voi sekään toteutua, koska kyse on määritelmällisesti sääntösidonnaisesta ja formaalista oikeudellisesta argumentaatiosta.

9.4. Lainopin metodin suhde oikeustieteen muihin osa-alueisiin

Lainoppi on humanistinen *tulkintatiede*, jonka metodi on määrättyssä suhteessa oikeustieteen muihin osa-alueisiin. Lainopin suhteen empiirisiin yhteiskuntatieteisiin voi tiivistää neljään malliin:

- 1) *metodinen reduktionismi*: lainoppi palautetaan metodiopillisesti joko kokonaan tai osittain empiiristen yhteiskuntatieteiden yhteyteen,
- 2) *pragmaattinen instrumentalismi*: empiirisistä yhteiskuntatieteistä johdetut reaaliset argumentit saavat vaikuttaa oikeuden tulkintaan suuremmalla painoarvolla kuin minkä vallitseva tuomarinideologia sallii,
- 3) *metodinen omaehtoisuus*: lainopin ja erilaisten yhteiskuntatieteiden tutkimusmetodit pidetään erillään Hans Kelsenin *Puhtaan oikeusopin* tarkoittamalla tavalla, ja
- 4) *tutkimuksellinen vuorovaikutusmalli*: lainopin ja yhteiskuntatieteiden soveltamat tutkimusmetodit tulee pitää erillään, mutta lainopin tuottama tieto voimassa olevan oikeuden sisällöstä sekä erilaisten yhteiskuntatieteiden tuottama empiirinen tieto yhteiskunnan vaikutussuhteista ja lainalaisuuksista tulee ottaa huomioon myös sanotun toisen tieteenalan premissejä määritettäessä ja saavutettuja tutkimustuloksia arvioitaessa.

Lainopin ja empiiristen yhteiskuntatieteiden keskinäiset vuorovaikutussuhteet voidaan yleistää koskemaan myös oikeuden ihmistieteellistä ja kulttuuritieteellistä analyysia.

Metodinen reduktionismi ei tee oikeutta lainopin perinteiselle tulkinnalliselle tiedonintressille vaan pakottaa sen empiiristen yhteiskuntatieteiden muottiin, ja kysymys voimassa olevan oikeuden sisällöstä jäisi vaille vastausta. *Pragmaattinen instrumentalismi* eli 1940-luvun *reella överväganden* -juridiikka ja myöhempi *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi* on pyrkinyt avaamaan oikeudellista argumentaatiota taloudellisille tulkintaperusteille, mutta samalla tulkinnan lakisidonnaisuus käy pulmalliseksi. Ajatus lainopin *metodisesta omaehtoisuudesta* suhteessa oikeustieteen muihin osa-alueisiin seuraa Kelsenin *Puhtaan oikeusopin* metodiohjelmaa, mutta oikeudellisen tulkintatiedon oikeanlaisesta kohdentumisesta oikeuden yhteiskunnalliseen perustaan ei tällöin ole takeita. *Tutkimuksellisessa vuorovaikutusmallissa* lainopin ja oikeustieteen muiden tutkimusalojen soveltamat tutkimusmenetelmät tulee pitää toisistaan erillään, mutta kummankin tutkimustulokset saavat vapaasti ylittää tieteen välisen raja-aidan

oikeudellisen päättelyn normi- ja faktapremissejä sekä saavutettuja tutkimustuloksia arvioitaessa.

Niinpä oikeuden *ihmistieteellisen* analyysin tuottamia tuloksia oikeutta määrittävistä mentaalis-tajunnallisista faktoista, kuten todistajan- tai tuomarinpsykologiasta, on lupa hyödyntää oikeudellisessa argumentaatioissa silloin, kun senkaltaisella tiedolla on käsillä olevassa tapauksessa merkitystä. Oikeuden *kulttuuritieteellisen* analyysin tuottamia tuloksia oikeuden yhteisöllis-kulttuurisista merkityksistä voi hyödyntää esimerkiksi kansalaisten perusoikeuksien laajuutta arvioitaessa tai oikeuden käyttämän kielen rajoja määritettäessä. Oikeuden *yhteiskuntatieteellisen* analyysin tuottamaa tietoa oikeuden yhteiskunnallisista vaikutuksista esimerkiksi kansalaisten yleiseen lainkuuliaisuuteen on sitäkin perusteltua käyttää oikeudellisen sääntelyn ja oikeudellisen tulkinnan apuna.

Oikeusteorian merkitys lainopillista tulkintaa jäsentävänä tutkimusalana ulottuu oikeustieteen muita osalohkoja syvemmälle. Kun lainopin tutkija esittää oikeudellisen tulkintakannanoton, joka on muotoa: ”kun tosiseikat ovat *f*, voimassa olevaa oikeutta tulee (tai: on perusteltua) tulkita tavalla *p*”, siihen on jo sisäänrakennettuna joukko lainopin kysymyksenasettelua ja mahdollisia vastauksia määrittäviä *tieteenteoreettisia* premissejä, joita oikeustieteen tieteenteoria lähemmin tarkastelee. Niissä on kyse lainoppia keskeisesti määrittävien *konstitutiivisten* (= ontologisten), *oikeuslähdeopillisten* (= epistemologisten), *argumentaatioteoreettisten* (= metodologisten) ja *semanttis-käsitteellisten* (= loogislingvististen) sitoumusten vaikutuksesta voimassa olevan oikeuden tulkintaan.

10. VOIMASSA OLEVAN OIKEUDEN KÄSITE VALLITSEVAN OIKEUDELLISEN TIETOMUODON MUKAAN

Tieto oikeudesta on aina – ranskalaisfilosofi ja tiedonarkeologi Michel Foucault’n termin – määrätyn oikeudellisen *tietomuodon* (ransk.: *épistémè*) eli *historiallisen a priorin* käsittämien reunaehtojen määrittämä ja rajaama. Taustalla on Immanuel Kantin tietoteorian oletus kaiken inhimillisen tiedon välttämättömistä tieto-opillisista ja käsitteellisistä edellytyksistä, joille Foucault, toisin kuin Kant, antoi historiallisesti muuntuvan tulkinnan. Niinpä esimerkiksi oikeuden ”sanojen” ja ”asioiden” suhde ei ole Kantin tarkoittamalla tavalla vakaa ja ajallisesti muuttumaton, vaan ajalliset katkokset (ransk.: *rupture*) jäsentävät osaltaan länsimaista oikeudellista tietomuotoa. Vallitseva oikeudellinen tietomuoto on edellä jaettu kahteen osaan: oikeuden *äärellisyyden analytiikkaan* ja oikeuden *institutionaaliseen positiviteettiin* eli sen puheteko- ja instituutiosidonnaiseen *toteutettavuuteen* ja *todellistettavuuteen* lainsäätäjän ja tuomioistuinten

sääntösidonnaisten päätösten avulla. Edellinen vastaa vallitsevan oikeudellisen tietomuodon *analyttisiä* ja jälkimmäinen sen *oikeuspositivistisia* ja *institutionaalisia* määreitä.

Oikeuden *äärellisyyden analytiikka* ja *institutionaalinen positiviteetti* rajaavat nelikentän, johon kaikkalainen tieto modernista oikeudesta sijoittuu tässä tutkimuksessa omaksutun *analyttisen oikeusrealismin* ja *institutionaalisen oikeuspositivismin* omaksumien tieteenteoreettisten sitoumusten ja premissien mukaisesti. Teksti, joka väistää vallitsevan oikeudellisen tietomuodon teoreettiset sitoumukset, ei tavoita oikeutta yhteiskunnallisena ja institutionaalisena tosiasiana vaan rajautuu esimerkiksi poliittisen filosofian, moraalifilosofian, teologian tai estetiikan alaan.

Oikeuden *äärellisyyden analytiikka* määrittää modernin oikeuden *episteemistä* ja *käsitteellistä identiteettiä* eli sitä, miten oikeuden ”sanat” eli oikeudelliset käsitekategoriat ja oikeuden ”asiat” eli oikeudelliset ilmiöt liittyvät yhteen määrättyssä oikeusyhteisössä. Äärellisyyden analytiikka rajaa näin modernin oikeuden episteemis-käsitteellistä identiteettiä siinä kahtalaisessa merkityksessä, miten oikeudelliset ilmiöt ovat yhtäältä tunnistettavissa ja eriytettävissä kaikesta, mikä ei ole oikeutta, esimerkiksi yhteiskuntamoraalin, uskonnon, tapaetiketin tai estetiikan käyttäytymisnormien merkityksessä, oikeuden *tunnistamissäännön* tarkoittamalla tavalla (= *oikeuden kohteellistettavuus*), sekä toisaalta, miten oikeudelliset ilmiöt ovat käsitteellistettävissä oikeudellisten käsitekategorioiden avulla ja alistettavissa yleisen ”oikeus on ... (jotain määrättyä)” -tyyppisen predikaattirelaation alaisuuteen loogis-lingvististen eli loogis-syntaktisten ja semanttisten *artikulaatiosääntöjen* tarkoittamalla tavalla (= *oikeuden käsitteellistettävyyden*).

Modernin tahdonvaltaisen, puheteko- ja instituutiosidonnaisen oikeuden episteeminen ja käsitteellinen identiteetti on samalla varsin erilainen kuin luonnonoikeusfilosofian tai oikeusteologian keskeisajatus oikeudesta, joka on alisteinen ehdottomalle yhteisölliselle ja/tai uskonnolliselle oikeudenmukaisuudelle. Samoin se poikkeaa esimerkiksi marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian käsityksestä, jonka mukaan oikeuden pintatason ilmiöt, kuten toteutunut lainsäädäntö ja tuomioistuinten ratkaisukäytäntö, heijastavat vain suhteellisen epäitsenäisellä tavalla oikeuden syvempien kerrostumien tai tasojen muutosdynamiikkaa sekä pääoman itsensä uusintamisen logiikkaa tai yhteiskunnallisia ”liikelakeja”.

Oikeuden *institutionaalinen positiviteetti* eli lainsäätäjän ja tuomioistuinten *institutionaaliin puhetekoihin* sidottu todellisuus- ja merkitysrakenne määrittää oikeuden *konstitutiivista ja metodista identiteettiä*. Se viittaa yhtäältä oikeudellisen ontologian *konstituutiosääntöihin*, joiden tarkoittamalla tavalla voimassa olevan oikeuden säännöt ovat luotavissa, muutettavissa, pantavissa täytäntöön eli toteutettavissa oikeusvaikutuksiltaan sekä kumottavissa lainsäätäjän ja tuomioistuinten sääntösidonnaisten puhetekojen tarkoittamalla tavalla. Toisaalta oikeu-

den institutionaalinen positiviteetti viittaa oikeudellisen metodiopin *argumentaationsäntöihin*, joiden tarkoittamalla tavalla muodollisesti pätevien oikeussäntöjen *tulkinnallinen merkityssisältö* on määritettävissä (= oikeudelliset *tulkintanormit*), oikeussäntöjen keskinäiset systeemiset suhteet ovat määritettävissä formaalien konfliktinratkaisunormien sekä pääsääntö/poikkeussääntö -luokitukset lukitsevien oikeudellisten dogmien ja konstruktoiden avulla (= oikeudelliset *systematisointinormit*) sekä oikeusperiaatteiden ja vastaavien muiden ratkaisustandardien arvo- ja/tai tavoitesidonnainen punninta sekä tasapainottaminen muiden asiaanvaikuttavien oikeusperiaatteiden kanssa (engl: *weighing and balancing*) on toteuttavissa (= oikeudelliset *punnintanormit*).

Analyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin tieteen-teoreettisten premissien vallitessa voimassa oleva oikeus voidaan määritellä seuraavasti:

Voimassa oleva oikeus on niiden *oikeussäntöjen* kokonaisuus, jotka (1) on saatettu voimaan ja jotka ovat tahdonvaltaisesti muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa ja kumottavissa oikeuden *konstituutiosäntöjen* eli oikeuden *perustamis*-, *transformaatio*-, *täytäntöönpano*- ja *derogaatiosäntöjen* tarkoittamalla tavalla lainsäätäjän sekä tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien tekemillä päätöksillä,⁴⁶ (2) ovat tunnistettavissa voimassa olevaksi oikeudeksi tuomioistuinten ja muiden viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän oikeuden *tunnistamissäännön* eli vallitsevan oikeuslähdeopin osoittamien kriteerien avulla, (3) ovat kielellisesti käsitteellistettävissä oikeusyhteisön kollektiivisesti hyväksymien loogis-lingvististen *artikulaatiosäntöjen* avulla, ja (4) joiden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö ja keskinäiset suhteet eli mahdolliset oikeusnormikonfliktit ja pääsääntö/poikkeussääntö -luokitukset ovat ratkaistavissa oikeudellisten *tulkinta*- ja *systematisointisäntöjen* tarkoittamalla tavalla.

Voimassa oleva oikeus on ensiasteen *velvoitesäntöjen* ja toisen asteen *konstituutiosäntöjen* muodostama kokonaisuus. Oikeudellisen epistemologian *tunnistamissääntö*, oikeudellisen metodiopin *argumentaationsäännöt* sekä oikeuden loogis-lingvistiset *artikulaatiosäännöt* eivät kuulu voimassa olevan oikeuden alaan, vaan ne ovat osa modernin oikeuden *tietomuotoa* eli *historiallista a prioria* (ransk.: *épistème*), joka määrittää voimassa olevan oikeuden sääntöjen tietopillisen identifiointin, tulkinnallisen määritettävyyden ja kielellisen artikuloitavuuden episteemiset, metodiset ja käsitteelliset edellytykset. Lisäksi oikeuden äärellisyyden analytiikan edellyttämän oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön (engl.: *ultimate rule of recognition*) asema on tässä monitulkintainen: onko

⁴⁶ Lisäksi yksityisoikeudellisten määräämistoimien avulla yksittäiset oikeussubjektit voivat rajoitetusti muuttaa keskinäisiä oikeussuhteitaan yksityisoikeudellisia sopimuksia laatimalla tai sopimalla toimivaltaisen välitystuomioistuimen perustamisesta.

kyse aidosti velvoittavasta oikeussäännöstä vaiko yhteiskunnallisesta tosiasiaista eli oikeudellisen ratkaisutoiminnan tosiasiallisesta säännönmukaisuudesta?⁴⁷

Jos myös oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit hyväksytään osaksi voimassa olevaa oikeutta, niin kuin edellä on tehty, oikeuden määritelmää on syytä täydentää seuraavasti:

Voimassa olevaan oikeuteen kuuluvat myös ne *oikeusperiaatteet* ja vastaavat muut oikeudelliset *ratkaisustandardit*, jotka – toisin kuin formaalit eli synty- ja justifikaatioperustastaan irtautuneet oikeussäännöt – (1) eivät ole lainsäätäjän, tuomioistuimen tai muun yksittäisen oikeudellisen toimijan tahdonvaltaisesti luotavissa, muutettavissa, kumottavissa tai oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa, koska ne ovat *rakenteistuneet* Suomen oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan*, joka ei ole täydellisesti lainsäätäjän tai tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tietynhetkisen määräämisvallan alla, (2) eivät ole tunnistettavissa formaalin oikeuden tunnistamissäännön tai muun vastaavan kriteerin avulla, koska ne ovat määritelmällisesti kietoutuneet yhteen määritettyjen yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden kanssa, jolloin niiden oikeudellinen ratkaisuarvo tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa on pääteltävissä vain niiden oikeusyhteisössä nauttiman *institutionaalisen tuen* ja *yhteisöllisen hyväksynnän* perusteella, (3) eivät ole vakioitavissa yksiselitteisen loogis-lingvistisen normiformuloinnin muotoon, koska ne ilmaisevat ainoastaan yleisen ja tapauskohtaisesti muuntuvan *oikeudellisen standardin*, ja (4) eivät ole lukittavissa kiinteän ja ennalta vakioitavissa olevan oikeudellisen systematiikan muotoon, vaan ne noudattavat dynaamista eli avointa ja vain tilannesidonnaisesti määritettävissä olevaa oikeudellista systematiikkaa, eikä niiden tulkinnallinen merkityssisältö ole määritettävissä yksin muodollis-juridisten tulkintaperusteiden avulla, vaan niiden soveltaminen yksittäiseen tapaukseen edellyttää kaikkien asiaanvaikutavien oikeusperiaatteiden taustalla vaikuttavien arvo- ja/tai tavoiteperusteiden tilannesidonnaisen painoarvon *punnintaa* ja keskinäistä *tasapainottamista* (engl.: *weighing and balancing*).

Oikeusperiaatteet on hyväksytty osaksi etenkin oikeusperiaatteiden punnintamallia, kriittistä oikeuspositivismia ja perusoikeuskeskeistä laintulkintamallia sekä ainakin osin pragmaattista instrumentalismia *reella överväganden* -juridiikan ja oikeustaloustieteellisen laintulkintaopin merkityksessä, sosiaalista siviili-oikeutta sekä naisoikeus- ja oikeudellista tasa-arvotutkimusta.

Myös *prejudikaattiperustainen* oikeus poikkeaa sääntely- ja ratkaisulogiikaltaan lainsäätäjän asettamista, mahdollisesti täysimääräisesti formaaleista eli synty- ja justifikaatioperustastaan irtautuneista oikeussäännöistä. Yksittäisen ennakkoratkaisun käsittämä prejudikaattinormi eli *ratio decidendi* on erotettavissa sen ei-velvoittavasta perustelukontekstista (lat.: *obiter dicta*) sanotussa ratkaisussa

⁴⁷ Vrt. luku 9.12. ”Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia?”.

vain määrätyn *prejudikaatti-ideologian* määrittelemien, enemmän tai vähemmän tarkkarajaisien kriteerien avulla, vastaten Hartin oikeuden tunnistamissääntöä prejudikaattioikeudellisessa soveltamiskontekstissa. Prejudikaattinormin (engl.: *ratio decidendi*) kielellinen ilmiö saattaa merkittävästi vaihdella yksittäisestä tapauksesta toiseen. Samoin prejudikaattioikeudellisessa päättelyssä sovellettavat oikeudelliset tulkintaperusteet ovat kietoutuneet yhteen sovellettavan prejudikaatti-ideologian käsittämien kriteerien kanssa, eivätkä nämä ole tavallisesti yhtä tarkkarajaisia kuin säädännäisen oikeuden tulkinnassa sovellettavat tulkintaperusteet.⁴⁸

Ennakkoratkaisujen antamiseen kelpoisten tuomioistuinten ja viranomaisten piiri ei ole samalla tavoin tarkkarajaisesti määritelty kuin säädännäisen oikeuden kohdalla, vaikka Korkeimman oikeuden ja Korkeimman hallinto-oikeuden sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevillä yleisillä oikeusohjeilla onkin tavallisesti suurin ennakkoratkaisuarvo. Prejudikaatteihin perustuva oikeus, toisin kuin muodollisesti velvoittava lainsäädäntö, ei ole kumottavissa formaalin derogaatiomenettelyn avulla, vaan yksittäisen prejudikaatin ja sen sisältämän yleistettävän oikeusohjeen asiallinen vanhentuminen tai käyminen muutoin epätarkoituksenmukaiseksi on osoitettava muulla tavoin myöhemmän ratkaisun perusteluissa. Tämä lisää prejudikaattioikeuden systeemistä avoimuutta ja herkkyyttä aidosti tilannesidonnaisille tulkinta- ja ratkaisuperusteille, joiden soveltamisala saattaa – tuomarin tai tutkijan soveltamasta prejudikaatti-ideologiasta riippuen – rajoittua vain käsillä olevaan yksittäiseen oikeustapaukseen. Yhtä kaikki, myös prejudikaattiperustainen oikeus täyttää ehdon voimassa olevan oikeuden *tahdonvaltaisesta* luomisesta, sisällöllisestä muuttamisesta, oikeusvaikutusten toteuttamisesta sekä – sanotuin oikeudellista derogaatiomenettelyä koskein varauksin – kumoamisesta. Kokoavasti:

Voimassa olevaan oikeuteen kuuluvat myös ne *prejudikaattinormit*, jotka (1) ovat ennakkoratkaisun antamiseen oikeudellisesti toimivaltaisen tuomioistuimen asettamia, mitä kriteeriä tulkitaan Suomen oikeudessa varsin väljästi, (2) ovat tunnistettavissa tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavaksi ratkaisuperusteeksi (lat.: *ratio decidendi*) ja erotettavissa ratkaisun myös käsittämästä ei-velvoittavasta perustelukontekstista (lat.: *obiter dicta*) tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän *prejudikaatti-ideologian* avulla, (3) eivät ole vakioitavissa yksiselitteisen loogis-lingvistisen normiformuloinnin muotoon, koska sovellettavan *ratio/dicta* -distinktion käsitteelliset rajat saattavat muuntua yksittäisestä tapauksesta toiseen sovellettavan prejudikaatti-ideologian tarkoittamalla tavalla, ja

⁴⁸ Englannin prejudikaattioikeuden tulkinnanvaraisuutta lisäävistä tekijöistä, Hart, *The Concept of Law*, s. 131.

(4) eivät ole lukittavissa kiinteän ja ennalta vakioitavissa olevan oikeudellisen systematiikan muotoon, vaan ne noudattavat dynaamista eli avointa ja vain tilannesidonnaisesti määritettävissä olevaa oikeudellista systematiikkaa sovellettavan prejudikaatti-ideologian tarkoittamalla tavalla, eikä niiden tulkinnallinen merkityssisältö ole määritettävissä yksin muodollis-juridisten tulkintaperusteiden avulla vaan niiden soveltaminen yksittäiseen tapaukseen edellyttää sovellettavan prejudikaatti-ideologian mukaisten tulkintaperusteiden huomioon ottamista.

Tavanomainen oikeus on määritelmällisesti sidoksissa määrätyllä oikeudenalalla vakiintuneesti noudatettuihin yhteisöllisiin käytäntöihin, rinnastuen sopijapuolten hiljaisesti hyväksymiin sopimusoikeudellisiin konstruktioihin. Tavanomaisen oikeuden sekä prejudikaattioikeuden normit lomittuvat muodollisesti velvoittavien oikeussääntöjen sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien yhteyteen Suomen oikeudessa.

Kokoavasti voimassa oleva oikeus voidaan määritellä:

Voimassa oleva oikeus koostuu muodollisin perustein velvoittavista *oikeussäännöistä*, Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneista eli eriasteista mutta riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivista *oikeusperiaatteista* ja muista oikeudellisista *ratkaisustandardeista*, vallitsevan prejudikaatti-ideologian avulla johdettavissa olevista *prejudikaattinormeista* sekä muista vallitsevan eli tuomarien ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän tuomarinideologian käsittämistä institutionaalisista oikeuslähteistä, kuten virallisesta lainvalmisteluaineistosta, tavanomaisoikeudellisista käytännöistä tai vallitsevista sopimuskäytännöistä, asianmukaisesti johdetuista oikeudellisista ratkaisuperusteista.

Voimassa olevan oikeuden määrittely sekä vallitsevan tuomarinideologian käsittämät *institutionaalisen oikeuslähdeopin* ja *oikeudellisen argumentaatioteorian* sitoumukset tarjoavat lainopille tutkimuksellisen referenssin, johon esitettävät oikeudelliset tulkinta-, systematisointi- ja punnintakannanotot on määrä suhteuttaa.

11. OIKEUSTIETEEN TIETEENKUVA

Oikeustieteen tieteenkuva on tutkimusta ohjaavien tieteenteoreettisten eli *ontologisten*, *epistemologisten*, *metodologisten* ja *loogis-lingvististen* eli *loogis-syntaktisten* ja *semanttisten* sitoumusten kokonaisuus. Lainopissa käytän tieteenkuvan rinnalla myös termiä oikeudellinen *tulkintamatriisi*, viitaten lainopin tutkimuksessa omaksuttujen *konstitutiivisten* (= ontologisten), *oikeuslähdeopillisten*

(= epistemologisten), *argumentaatioteoreettisten* (= metodologisten) ja *semantis-käsitteellisten* (= loogis-lingvististen) sitoumusten kokonaisuuteen.

Määrittelin edellä oikeustieteen tieteenkuvan seuraavien osatekijöiden avulla:

- A. Oikeuden äärellisyyden analytiikka: oikeuden sanat ja asiat eli oikeuden käsitteellinen ja episteeminen identiteetti
 - a) Oikeudellinen *epistemologia*: oikeuden tunnistamissäännön käsit-tämät institutionaalisen oikeuslähdeopin sitoumukset.
 - b) Oikeudellinen *logiikka* ja *lingvistiikka* eli oikeuden kielen *looginen syntaksi* ja *semantiikka*: oikeuden kielellistä käsitteellistettävyyttä ohjaavat loogis-lingvistiset artikulaatiosäännöt.
- B. Oikeuden institutionaalinen positiviteetti: oikeuden velvoittava muoto ja tulkinnallinen merkityssisältö eli oikeuden onttninen ja metodinen konstituutio
 - c) Oikeudellinen *ontologia*: oikeus tahdonvaltaisesti eli oikeudellisten konstituutiosääntöjen tarkoittamalla tavalla luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa ja kumottavissa olevana ilmiönä.
 - d) Oikeudellinen *metodologia*: oikeudelliset argumentaatiosäännöt eli oikeussääntöjen tulkinta- ja systematisointisäännöt sekä oikeusperiaatteiden punnintanormit.

Oikeuden äärellisyyden analytiikka määrittää oikeuden *tieto-opillista* ja *käsitteellistä identiteettiä*. Oikeus on *kohteellistettavissa* ja *käsitteellistettävissä* vain tavalla, jonka määrätty oikeusyhteisö kykenee tunnistamaan mielekkääksi tavaksi puhua oikeudesta ja oikeudellisista ilmiöistä *oikeuslähde-*, *tulkinta-* ja *merkityssidonnaisena* (= oikeuden tulkintatieteet, mukaan lukien lainoppi), *mentaalitajunnallisena* tai yksilöllisen tai kollektiivisen *alitajunnan* ilmiöitä koskevana (= oikeuden ihmistieteet), *yhteisöllis-kulttuurisena* (= oikeuden kulttuuritieteet), *yhteiskunnallisena* (= oikeuden yhteiskuntatieteet) tai *filosofisena* ilmiönä (= oikeusfilosofia), viitaten oikeustieteen tiedonintressiltään ja tutkimusmenetelmään toisistaan eriytyneisiin ja itsenäistyneisiin osalohkoihin. Analyyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin tutkimuksellisten premis-sien vallitessa nämä oikeudellisen epistemologian ja oikeudellisen lingvistiikan tutkimukselliset reunaehdot ovat määritettävissä vain suhteessa tutkimuskohteen määritelmälliseen *oikeudellisuuteen* sekä oikeuden *institutionaaliseen perustaan*.

Oikeuden *institutionaalinen positiviteetti* määrittää oikeuden puheteko- ja instituutiosidonnaista *ontologiaa* ja *metodologiaa*. Oikeuden institutionaalinen ontologia viittaa oikeuden perustavaan *tahdonvaltaisuuteen*, sen sidonnaisuuteen määrättyjen *institutionaalisten toimijoiden* eli etenkin lainsäätäjän, tuomioistuinten sekä muiden viranomaisten tekemiin tietoisin päätöksiin eli *institutionaalisiin puhetekoihin* (engl.: *speech acts*), joiden avulla voimassa oleva oikeus on luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa sekä kumotta-

vissa. Tavanomaisen oikeuden normit sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja muut oikeudelliset ratkaisustandardit ovat poikkeus modernin oikeuden perustavaan tahdonvaltaisuuteen ja puheteko-sidonnaisuuteen. Oikeuden institutionaalisista ja vähäisemmässä määrin myös ei-institutionaalisista eli puhtaasti aineellisista oikeuslähteistä johdettavissa oleva *tulkinnallinen merkityssisältö* on määritettävissä oikeudellisen metodiopin käsittämien oikeudellisten argumentaatio-sääntöjen tarkoittamalla tavalla. Ne käsittävät oikeussääntöjen *tulkinta-* ja *systematisointinormit* sekä arvosidonnaisten oikeusperiaatteiden ja vastaavien ratkaisustandardien *punnintanormit*.

Lainopin *tulkintamatriisi* voidaan määritellä myös seuraavasti:

Lainopin *tulkintamatriisi* on yhtenäinen tieteenteoreettinen kehys, jonka avulla oikeuden *äärellisyyden analytiikan* osatekijät eli oikeuden institutionaalisen epistemologian mukainen oikeuden *tunnistamissääntö* ja oikeuden kielellistä käsitteellistettävyyttä määrittävät loogis-lingvistiset oikeuden *artikulaatio-säännöt* (= oikeuden *sanat* ja *asiat*) sekä oikeuden *institutionaalista positiviteettia* määrittävät oikeuden *konstituutiosäännöt* eli oikeuden voimaantulo-, transformaatio-, täytäntöönpano- ja derogaatio-säännöt sekä oikeudellista tulkintaa, systematisointia ja punnintaa määrittävät oikeudelliset *argumentaatio-säännöt* (= oikeuden *velvoittava muoto* ja *tulkinnallinen merkityssisältö*) suhteutetaan keskenään yhtenäiseksi kokonaisuudeksi eli lainopin tieteenkuvaksi.

Oikeuteen ei ole *näkökulmaa ei-mistään*. Ei ole eikä voi olla lainopillista näkökulmaa oikeuteen, joka ei edellyttäisi sitoutumista määrätynlaisiin tieteenteoreettisiin premissihin, jotka rajaavat oikeuden institutionaalista *ontologiaa*, oikeuden *epistemologiaa* eli *institutionaalista oikeuslähteoppiä*, hyväksyttävää oikeudellista argumentaatiota eli oikeussääntöjen tulkintaa ja systematisointia sekä oikeusperiaatteiden punnintaa määrittävää oikeudellista *metodologiaa* sekä oikeudellisten ilmiöiden käsitteellistettävyyttä ja loogista muotoa eli oikeuden *loogis-lingvistisiä* määreitä.⁴⁹ Olen kutsunut sanottujen tieteenteoreettisten määreiden kokonaisuutta oikeuden *äärellisyyden analytiikan* ja *institutionaalisen positiviteetin* yhdistelmäksi eli oikeudelliseksi *tietomuodoksi* eli *historialliseksi a prioriksi* (ransk.: *épistémè*). Lainopillisen tulkintamatriisin voi määritellä myös seuraavasti:

Lainopillinen *tulkintamatriisi* on tieteenteoreettinen kehys, jonka avulla oikeutta koskevat *ontologiset*, *epistemologiset*, *metodiopilliset* ja *loogis-lingvistiset* sitoumukset eli oikeudelliset *konstituutio-*, *tunnistamis-*, *argumentaatio-*

⁴⁹ Sama pätee tietenkin mihin tahansa muuhunkin tulkinta-, ihmis-, kulttuuri- ja yhteiskuntatieteiden tutkimuskohteeseen: tutkimus edellyttää aina tiettyjen *tutkimuskohdetta*, *tiedonintressiä*, *tutkijanideologiaa* ja *tieteenkuvaa* koskevien sitoumusten tekemistä – ja täysin siitä riippumatta, onko kirjoittaja itse tietoinen senkaltaisten tutkimuksellisten sitoumusten olemassaolosta vai ei.

ja artikulaatiosäännöt suhteutetaan keskenään yhtenäiseksi kokonaisuudeksi eli lainopin tieteenkuvaksi.

Kysymys oikeudellisen tiedon lähteitä, perusteita ja kriteereitä pohtivasta *epistemologiasta* eli tieto-opista on käännettävissä lainopin kontekstissa kysymykseksi *institutionaalisesta oikeuslähdeopista*. H.L.A. Hartin oikeusteorian edellyttämä oikeuden viimekätinen *tunnistamissääntö* (engl.: *ultimate rule of recognition*) on *episteeminen* kriteeri oikeus/ei-oikeus -differentiaation toteuttamiseksi eli voimassa olevan oikeuden erottamiseksi kaikesta, mikä ei ole oikeutta, esimerkiksi moraalin, uskonnon tai tapaetikein normien merkityksessä. Hartin oma, tietoisien yksinkertaistettu eli vain säädännäisen oikeuden normit käsittävä esimerkki Englannin oikeuden tunnistamissäännöstä oli *Queen rule*: ”what the Queen in Parliament enacts is law”.⁵⁰ Suomen oikeuden tunnistamissääntö käsittää vastaavasti viittauksen suomalaisen tuomarin hyväksymän tuomarin-ideologian mukaisiin institutionaalsiin ja, tätä heikommassa merkityksessä, ei-institutionaalsiin oikeuslähteisiin, kuten EY-lainsäädäntöön ja kansalliseen lainsäädäntöön, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmeneviin yleisiin oikeusohjeisiin, kansallisiin prejudikaatteihin ja muuhun vakiintuneeseen tuomioistuintäytäntöön sekä oikeudenkäyttöä yhtenäistävään viranomaiskäytäntöön, sopimuserustaiseen oikeuteen, tavanomaiseen oikeuteen sekä viralliseen lainvalmisteluaineistoon, joiden perusteella voimassa oleva oikeus on erotettavissa kaikesta, mikä ei ole oikeutta esimerkiksi vallitsevan poliittisen yhteiskuntamoraalin tai uskonnollisten käytäytynormien merkityksessä.

Oikeuden loogis-lingvistiset *artikulaatiosäännöt* käsittävät oikeuden loogista muotoa sekä mielekästä oikeudellista puhuntaa ohjaavat loogis-syntaktiset ja semanttiset artikulaatiosäännöt, jotka tekevät mahdolliseksi yhtäältä oikeudellisten ilmiöiden käsitteellistämisen oikeusyhteisön tunnistamien oikeudellisten käsittekkategorioiden avulla. Oikeudelliset ilmiöt ovat toisin sanoen ”haltuunotettavissa” senkaltaisten käsitteiden avulla kuin omistusoikeus, avioliitto, osakeyhtiö, kiinteistöasite, valtiopäiville kokoontunut (Suomen) eduskunta tai Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 234 artiklan mukainen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle tehty ennakkoratkaisupyyntö. Lisäksi oikeudelliset artikulaatiosäännöt tekevät mahdolliseksi voimassa olevaa oikeutta koskevien predikoivien väitelausien esittämisen, tyyliin: ”oikeus on ... (jotain määrättyä)”. Ilman syn-

⁵⁰ Hart, *The Concept of Law*, esim. s. 108. – Hartin *Queen rule* käsittää kriteerit (vain) lainsäädännön kautta syntyneiden oikeussääntöjen tunnistamiseksi. Täydellisesti formuloituna tunnistamissääntö käsittää viittauksen myös muihin institutionaalsiin oikeuslähteisiin, kuten prejudikaatteihin, lainvalmisteluaineistoon, tavanomaiseen oikeuteen ja yksityisoikeudellisiin sopimuksiin, joita tuomarit ja muut institutionaaliset lainsovelijat hyödyntävät oikeudellisessa ratkaisuharkinnassaan. Rekonstruktio suomalaisen tuomarin oikeuden tunnistamissäännöstä on esitetty edellä luvussa 4.6. ”Suomen voimassa olevan oikeuden tunnistamissääntö”.

tagmaattisten ja paradigmaattisten artikulaatiosääntöjen antamaa tukea modernin oikeuden ilmiöt eivät olisi lainkaan käsitteellistettävissä ja ilmaistavissa muille oikeusyhteisön jäsenille.

Oikeuden *institutionaalinen ontologia* termin suppeassa merkityksessä käsitteää viittauksen sääntösidonnaisten puhetekojen käyttöä vastaaviin *konstituutiosääntöihin* Hartin oikeusteorian toisen asteen toimivalta- ja täytäntöönpanosääntöjen (engl.: *rules of change & adjudication*) merkityksessä. Samalla ne vastaavat Neil McCormickin ja Ota Weinbergerin institutionaalisen oikeusteorian eli institutionaalisen oikeuspositivismin edellyttämiä kolmenlaisia sääntöjä: *institutiivisia* eli oikeudellisen instituution perustamissääntöjä (engl.: *institutive rules*), *konsekventialistisia* eli oikeudellisen instituution käsittämiä oikeusseuraamuksia koskevia sääntöjä (engl.: *consequential rules*) sekä *kumoavia* eli oikeudellisen instituution lakkauttamista koskevia sääntöjä (engl.: *terminative rules*).⁵¹

Oikeudelliset *argumentaationsäännöt* käsittävät oikeussääntöjen systematisointia ja tulkintaa sekä oikeusperiaatteiden ja vastaavien ratkaisustandardien punnintaa ohjaavat päättelysäännöt, joita oikeudellinen metodioppi tarkemmin jäsentää ja rajaa. Oikeudellinen *tulkinta* tarkoittaa voimassa olevan oikeuden kohdennetun tulkinnallisen merkityssisällön määrittämistä suhteessa tyyppitapauksellisesti ymmärrettyihin oikeustositseikastoihin. Oikeudellinen *systematiikka* vastaa oikeussääntöjen keskinäissuhteiden määrittelystä oikeussääntöjen konfliktinratkaisun sekä oikeudellisten pääsääntö/poikkeus -luokitusten merkityksessä,⁵² mutta oikeudellisen systematisoinnin alaan voi lukea myös vähintään heikosti systeemisesti jäsentyneiden oikeusperiaatteiden ja vastaavien ratkaisustandardien keskinäissuhteiden määrittämisen, jos sovellettava oikeusperiaatedonnainen oikeudellinen tulkintamatriisi senkaltaista jäsennystä edellyttää, sekä vähintään heikosti systeemisesti jäsentyneiden prejudikaattinormien keskinäissuhteiden määrittämisen, jos sovellettava prejudikaatti-ideologia senkaltaista jäsennystä edellyttää. Muutoin yksittäisen oikeusperiaatteen tai vastaavan ratkaisustandardin oikeudellinen ratkaisuarvo on määritettävissä oikeudellisen *punninnan* keinoin, missä sen ilmentämät yhteiskunnalliset arvo- ja/tai tavoitenäkökohdat tasapainotetaan käsillä olevan tapauksen soveltamiskontekstissa toisten asiaanvaikuttavien oikeusperiaatteiden sekä niiden taustalla vaikuttavien yhteiskunnallisten arvo- ja tavoiteperusteiden kanssa (engl.: *weighing and balancing*). Samoin yksittäisen prejudikaattinormin systeemisen ratkaisuarvon määrittäminen tilanteessa, jossa vallitseva prejudikaatti-ideologia ei salli prejudikaattioikeuden edes heikkoa systeemistä jäsennystä, on toteutettavissa vain tapaus-

⁵¹ McCormick & Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, s. 52–53.

⁵² Juha Pöyhönen on kutsunut pääsääntö/poikkeussääntö -jaottelua määrittäviä oikeudellisia standardeja lainopillisiksi dogmeiksi ja konstruktioiksi. Ks. lähemmin luku 9.3. ”Sopimusmalli-ajattelun piilevät premissit”.

kohtaisesti. Prejudikaatti-ideologia, joka pyrkii oikeudelliseen eheyteen (engl.: *law as integrity*) koherenteimman mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian keinoin, täyttää parhaiten senkaltaiset systeemisiet määreet, kun taas esimerkiksi taaksepäin katsova prejudikaattioikeudellinen eksegeesi tai prejudikaatti-ideologia, joka mieltää ennakkoratkaisun vain esimerkinomaisena malliratkaisuna, jota tulee joko analogisesti laventaa ja distinktiotekniikan avulla rajata suhteessa käsillä olevaan oikeustapaukseen, toteuttavat vain heikosti, jos lainkaan, prejudikaattiperustaisen oikeuden systeemisii määreitä.

Tulkintamatriisiin konstitutiiviset, oikeuslähdeopilliset, metodiset ja käsitteelliset muuttujat voidaan pelkistää toiminnalliseksi ohjeeksi oikeudellisen *tulkintakehyksen* eli – Alf Rossin ja Hans Kelsenin terminologiaa seuraten – *tulkintavaimen* tai *tulkintaskeeman* (saks.: *Deutungschema*; tansk.: *tydningsskema*)⁵³ muotoon: tulkitse (tai punnitse) voimassa olevaa oikeutta esimerkiksi siten, että tulkinta noudattaa tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti omaksuman tuomarinideologian premissejä sekä teknisen oikeusasema-analyysin ja suhdekäsitteiksi ymmärrettyjen oikeuskäsitteiden tulkinnalle asettamia ehtoja (= *analyttinen oikeustiede*), vallitseva eli voimassa olevan perustuslain hyväksymä perusoikeusjärjestelmä toteutuu oikeussäntöjen tulkinnassa ja oikeusperiaatteiden punninnassa (= *perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi*), heikomman sopijapuolen intressit tulevat mahdollisimman hyvin turvatuiksi (= *sosiaalinen siviilioikeus*), naisten tai jonkin aiemmin syrjityn yhteiskuntaryhmän erityisintressit tulevat mahdollisimman hyvin turvatuiksi (= *naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus*), institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ilmentämät yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet tulevat mahdollisimman hyvin huomioon otetuiksi (= *oikeusperiaatteiden punnintamalli*) tai taloudellista kustannustehokkuutta, transaktiokustannusten minimointia ja optimaalista yhteiskunnallista resurssiallokaatiota ilmentävät näkökohdat tulevat mahdollisimman hyvin turvatuiksi oikeuden tulkinnassa (= *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi*).

Yhtenäistä oikeuden konstituutio-, tunnistamis-, argumentaatio- ja artikulaatio-säntöjen kokonaisuutta, jonka avulla yksittäiset oikeussäännöt ovat: (a) luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa sekä kumottavissa oikeuden *konstituutiosäntöjen* avulla, (b) identifioitavissa oikeuden *tunnistamissäntöjen* eli vallitsevan institutionaalisen oikeuslähdeopin avulla, (c) käsitteellistettävissä oikeuden loogis-lingvististen *artikulaatiosäntöjen* avulla sekä (d) tulkinnallisesti määritettävissä oikeudellisen metodiopin *argumentaatiosäntöjen* avulla, voi kutsua lainopin *tulkintamatriisiksi*.

⁵³ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 41; Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. 3 *et seq.*

Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan *raken-teistuneiden* eli riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustan-dardien osalta lainopillisen tulkintamatriisin määritelmää on väljennettävä sano-tunlaisten ratkaisuperusteiden edellyttämällä tavalla.

Lainopin tulkintamatriisit vastaavat siis lainopin erilaisia tutkimussuuntauksia tai koulukuntia, ulottuen historiallisessa katsannossa käsitelainopista perusoikeus-keskeiseen laintulkintaoppiin. Oikeustieteen eri osa-alueet *tulkintalainopin*, *teoreettisen lainopin*, *oikeusteorian* tai *oikeusfilosofian* sekä – ei varsinaisesti oikeustieteen alaan kuuluen mutta sitä filosofian suuntaan rajaten – *lingvistisen filosofian* merkityksessä voi kytkeä oikeustieteen tieteenkuvan sitoumusten eli oikeuden *äärellisyyden analytiikan* (= oikeuden tunnistamissääntö ja oikeuden loogis-lingvistiset artikulaatiosäännöt) sekä oikeuden *institutionaalisen positi-viteetin* (= oikeudellisen ontologian konstituutiosäännöt ja oikeudelliset argumen-taatiosäännöt) yhteyteen seuraavan sivun kaavion muodossa.

Kaavio esittää modernin oikeuden *tietomuodon* eli *historiallisen a priorin* (ransk.: *épistémè*) osatekijät: vertikaaliakselilla oikeuden *sanat* ja *asiat* yhteen-liittävän *äärellisyyden analytiikan* eli oikeuden tunnistamissäännön tarkoitta-malla tavalla *kohteellistetun* sekä oikeuden loogis-lingvististen artikulaatiosään-töjen mukaan *käsitteellistetyn* oikeuden ja horisontaaliakselilla oikeuden velvoit-tavan *muodon* ja tulkinnallisen *merkityssisällön* yhteenliittävän oikeuden *institu-tionaalisen positiiviteetin*. Kaavion pystyakseli esittää vallitsevan oikeudellisen tietomuodon *analytyttiset* määreet, kun taas kaavion vaaka-akseli esittää sen *oi-keuspositivistiset* ja *institutionaaliset* määreet. Lainsäätäjä, tuomioistuimet ja muut institutionaaliset toimijat vastaavat oikeuden ontologian toteuttamisesta, kun taas oikeudellisen argumentaatioteorian metodisäännöt on osoitettu oikeus-tieteen tutkijoille. Oikeustieteen tieteenkuva yhdistää keskenään *tulkintalain-opin*, *teoreettisen lainopin*, *oikeustieteen tieteenteorian*, *yleisen oikeusteorian* ja *oikeusfilosofian* sekä *lingvistisen filosofian*.

a) *Tulkintalainoppi* on oikeuden tunnistamissäännön rajaamista oikeuslähteis-tä johdettujen *oikeussääntöjen* sekä riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöl-listä hyväksyntää nauttivien *oikeusperiaatteiden* ja muiden oikeudellisten *ratkai-sustandardien* tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön analyysiä, missä oi-keudellinen metodioppi toteuttaa diskursiivista eli *D-rationaalisuutta*.

b) *Teorettinen lainoppi* vastaa oikeuden käsitesystematiikasta ja oikeudenala-kohtaisten yleisten oppien jäsennyksestä oikeudellisen systematiikan pääsääntö/ poikkeussääntö -luokituksineen, lainaten aineksia sekä oikeuden argumentaatio-teoreettisesta metodiopista että oikeuden loogis-lingvistikista artikulaatiosään-nöistä, jotka toteuttavat *L-rationaalisuutta*. Oikeusperiaatteiden osalta tulee sen sijaan puhua oikeudenalan johtavasta periaatteesta ja siihen nähden tavallisesti väistyvistä periaatteista, ja prejudikaattiperustaisen oikeuden osalta systeemises-

Kaavio 8a: Oikeustieteen tieteenkuvan osatekijät

LINGVISTINEN FILOSOFIA

Institutionaaliset faktat,
sääntösidonnaiset puheteot
(engl.: *speech-act theory*)

OIKEUDELLISET INSTITUUTIT

OIKEUDEN ONTOLOGIA

Oikeuden konstituitiosäännöt:

- (a) voimaansaattamissäännöt
- (b) transformaatio-säännöt
- (c) täytäntöönpanosäännöt
- (d) derogaatio-säännöt

*Tahdonvaltaisesti luotavissa,
muutettavissa, toteutettavissa
ja kumottavissa oleva oikeus*

LOGIIKKA + LINGVISTIIKKA

- (i) *Oikeuden artikulaatio-säännöt:*
oikeudelliset käsittekatgoriat +
oikeuden loogis-lingvistiset määreet
- Kielellisesti käsitteellistettävissä
oleva oikeus (= L-rationaalisuus)*

SOLLEN

Ensiasteen velvoitesäännöt
($p \rightarrow Sq$)

TEOREETTINEN LAINOPPI

Systeemisesti vakioitu oikeus: oikeus-
normihierarkia sekä lainopilliset dogmit
ja konstruktiot eli pääsääntö/poikkeus
-jaottelut ja vastaavat luokitukset
OIKEUDEN RATIONAALISUUS

OIKEUDEN METODOLOGIA

Oikeudelliset argumentaatio-säännöt:

- (f) systematisoininormit
- (g) tulkintanormit
- + (h) punnintanormit

*Tulkinnallisesti määritettävissä oleva
oikeus (= D-rationaalisuus)*

Oikeuden institutio-
naalinen positiiviteetti
= oikeuden muoto ja
sisältö eli oikeuden
toteutettavuus ja/tai
todellistettavuus
= oikeuden ontinen ja
metodinen konstituutio

OIKEUSTEORIA/

OIKEUSFILOSOFIA

Oikeuden idea tai käsite,
oikeuden voimassaolo- ja
oikeuttamisperusteet, tms.

OIKEUDEN VALIDITEETTI

OIKEUDEN EPISTEMOLOGIA

- (e) *Oikeuden tunnistamisääntö*
eli *institutionaalinen oikeuslähdeoppi:*
Tieto-opillisesti kohteellistettavissa
eli *identifioitavissa oleva oikeus:*
oikeus/ei-oikeus -differentiaatio

Oikeuden äärellisyyden analytiikka
= oikeuden ”sanat” (eli oikeudelliset
käsittekatgoriat) ja oikeuden ”asiat”
(eli oikeudelliset ilmiöt) = oikeuden
episteeminen ja käsitteellinen identi-
teetti

TULKINTALAINOPPI

Oikeuden tulkinnallinen merkityssisältö:
oikeus toteutuneena ja toteutettavissa
olevana yhteiskunnallisena tosiasiana
tai oikeus yhteiskunnallisena ideaalina
OIKEUDELLISET MERKITYKSET

OIKEUSTIETEEN TIETEENTEORIA:
ONTOLOGISET, EPISTEMOLOGISET,
METODOLOGISET & LOOGIS-
LINGVISTISET SITOUMUKSET:
*oikeuden konstituutio-, tunnistamis-,
argumentaatio- ja artikulaatio-säännöt*

ti vallitsevasta prejudikaattinormista ja siihen nähden väistyvistä prejudikaattinormeista.

c) *Oikeusteoria* käsittää muun muassa *oikeustieteen tieteenteorian* (tai *tieteenfilosofian*), johon kuuluvat lainopin tieteenkuvan *ontologisten* (= konstitutiivisten), *epistemologisten* (= oikeuslähdeopillisten), *metodologisten* (= argumentaatioteoreettisten) ja *loogis-lingvististen* (= semanttis-käsitteellisten) sitoumusten tarkempi määrittely. Tutkijan *aksiologiset* ja *yhteiskuntaideologiset* sitoumukset määrittävät hänen suhtautumistaan yksittäisiin oikeudellisiin tulkintamatriiseihin.

d) *Oikeusfilosofian* ja sen tutkimuskohteen määrittely on jo itsessään syvästi filosofinen kysymys, johon annettu vastaus vaihtelee tutkijan omaksumien filosofisten sitoumusten mukaisesti. Oikeus on Thomas Morawetzin tarkoittamalla tavalla *radikaalisti tulkinnanvarainen yhteiskunnallinen käytäntö*, joten myös kysymys oikeusfilosofian tutkimuskohteesta jakaa keskeisesti tutkijayhteisöä. Oikeusfilosofian tutkimuskohteena ovat oikeuden määritelmälliset tai muutoin filosofisessa katsannossa merkitykselliset ominaisuudet, kuten esimerkiksi oikeuden apriorinen, itseannettu ja empiirisiä havaintoja käsitteellisesti edeltävä ja niistä riippumaton olemus (= oikeusfenomenologia), oikeudellisen argumentaation yleiset rationaalisuusehdot ja suhde oikeusyhteisössä käytettyyn kieleen (= analyttinen oikeusteoria), oikeuden suhde ”oikeaan oikeuteen” eli ehdottomaan yhteisölliseen ja/tai uskonnolliseen oikeudenmukaisuuteen (= klassinen ja moderni luonnonoikeusfilosofia, oikeusteologia), oikeuden suhde vallitseviin taloudellisiin tuotantosuhteisiin sekä pääoman itseään uusintaviin liikelakeihin (= marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia), oikeuden suhde filosofisesti keskeiseen sukupuolieroon ja sukupuolisidonnaiseen yhteiskunnalliseen eriarvoisuuteen (= feministinen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia) tai oikeustieteen yleinen tieteenteoria tai tieteenfilosofia tutkimuksen tieteenteoreettisten sitoumusten merkityksessä. Oikeusfilosofia voidaan määritellä joko laajasti, käsittäen sekä analyttisen oikeusteorian että kontinentaalisen, ei-analyttisen oikeusfilosofian, tai suppeasti eli viitaten vain oikeusfilosofian mannereurooppalaisiin suuntauksiin, jolloin oikeusteorian suuntauksat ovat siitä erotettavissa.

e) *Lingvistinen filosofia* sisältää muun muassa *institutionaalisten puhetekojen* teorian John L. Austinin ja John Searlen sekä oikeudellisissa kontekstissa Neil McCormickin ja Ota Weinbergerin *institutionaalisen oikeuspositivismin* tarkoittamalla tavalla. Sen taustalla on Ludwig Wittgensteinin myöhäisfilosofian ajatus kielipeleistä (engl.: *language-games*), joissa sääntösidonnaiset yhteisölliset ja kielelliset käytännöt ovat yhteenkietoutuneina. Lingvistisellä filosofialla ja analyttisellä filosofialla on sen vuoksi varsin läheinen yhteys toisiinsa.

Analyttisen oikeuspositivismin tai oikeusrealismin keskeiskirjoituksista esimerkiksi H.L.A. Hartin *The Concept of Law* -teos jäsentyy yhtäältä oikeuden metatason *konstitutiivisten* voimaansaattamis- ja täytäntöönpanosääntöjen (engl.: *rules of change & adjudication*) ja toisaalta oikeuden *tieto-opillisen* tun-

nistamissäännön (engl.: *rule of recognition*) varaan. Hans Kelsenin *Puhdas oikeusoppi* keskittyy oikeuden konstitutiivisten ja episteemisten reunaehtojen analyysiin edellytetyn perusnormikonstruktion avulla, eikä lainopin metodiopin argumentaationsääntöjä juuri käsitellä. Alf Rossin *Om ret og retfærdighed* analysoi oikeudellista epistemologiaa *tuomarinideologian* keskeiskäsitteen avulla (tansk.: *den normative ideologi der besjæler dommeren*),⁵⁴ oikeudellisen lingvistiikan ja teoreettisen lainopin oikeussysteemisistä kysymyksiä oikeudellisen käsitesystematiikan avulla sekä oikeudellisen metodiopin kysymyksiä oikeudellisen tulkintaopin alla. Sanotussa teoksessa on myös jonkin verran yleisiä oikeusfilosofisia pohdintoja luonnonoikeusfilosofian kysymyksistä,⁵⁵ mutta pääpaino on kuitenkin analyyttisen oikeusteorian pohdinnoilla.

Kaavio 14: Oikeustieteen tieteenkuvan osatekijöiden yhdistelmät

- a) *oikeuden institutionaalinen epistemologia + oikeudellinen logiikka & lingvistiikka*
= oikeuden äärellisyyden analytiikka: oikeuden ”sanat” ja ”asiat” eli oikeuden looginen muoto ja oikeudelliset käsitekategoriat sekä oikeudelliset ilmiöt
= oikeuden episteeminen ja käsitteellinen identiteetti
- b) *oikeuden institutionaalinen ontologia + oikeudellinen metodologia*
= oikeuden institutionaalinen positiviteetti: oikeuden velvoittava muoto ja tulkinnallinen merkityssisältö
= oikeuden ontinen ja metodinen konstituutio
- c) *oikeuden institutionaalinen ontologia + oikeuden institutionaalinen epistemologia*
= *oikeusteoria ja/tai oikeusfilosofia*: oikeuden käsite tai idea, oikeudellinen validiteetti, oikeuden institutionaaliset oikeuttamisperusteet tai vastaavat muut oikeuden filosofisessa katsannossa merkitykselliset ominaisuudet
- d) *oikeuden institutionaalinen ontologia + oikeudellinen logiikka & lingvistiikka*
= *lingvistinen filosofia*: institutionaalisten puhetekojen teoria (engl.: *speech-act theory*), institutionaalinen oikeusteoria (engl.: *an institutional theory of law*)
- e) *oikeudellinen logiikka & lingvistiikka + oikeudellinen metodologia*
= *teoreettinen lainoppi*: oikeudellinen käsitesystematiikka ja pääsääntö/poikkeussääntö -luokitukset
- f) *oikeuden institutionaalinen epistemologia + oikeudellinen metodologia*
= *tulkintalainoppi*: oikeuden ”semanttisesti mahdolliset maailmat” eli oikeuden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö
- g) *oikeuden ontologia + epistemologia + metodologia + logiikka & lingvistiikka*
= *oikeustieteen tietenteoria* (tai *tieteenfilosofia*)
= oikeuden konstitutiiviset, episteemiset, metodiset ja semanttis-käsitteelliset määreet

Lainoppi ja oikeusfilosofia jakaantuvat toisin sanoen teoria- tai abstraktiota-soltaan varsin erilaisiin tutkimusaloihin, joita vain tutkimuskohteen edellytetty

⁵⁴ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56.

⁵⁵ Ross, mts. 351 *et seq.* – ”Ikke ’retsfilosofi’, men ’retsfilosofiske problemer’”, oli Rossin *Om ret og retfærdighed* -teoksen eräänlaisena mottona. Ross, mts. 33–36. Oikeusfilosofian tutkimuskohteen ei toisin sanoen ollut oikeus tai jokin sen osa-alue, vaan oikeustiede: ”*Retsfilosofien genstand er ikke retten, nodel del eller side af denne, men retsvidenskab.*” Ross, mts. 35 (kursivointi Rossin).

oikeudellisuus sekä väljä sidonnaisuus yhteiskunnan *institutionaaliseen perustaan* yhdistävät. Oikeuden muu tulkintatieteellinen analyysi kuin varsinainen lainoppi samoin kuin oikeuden ihmistieteellinen, kulttuuritieteellinen ja yhteiskuntatieteellinen tutkimus sekä oikeusteoria ja oikeusfilosofia toteuttavat kukin tahollaan varsin erilaista oikeustieteen tutkimuskohteen, tiedonintressin ja tutkimusmetodin osatekijöiden määrittelyä.

12. TETEELLISEN METODIOPIN VÄHIMMÄISKRITEERIT

Historiantutkija Jorma Kalelan oman tieteenalansa tutkijoista esittämä havainto kuvaa osuvasti myös suomalaisen oikeustieteen – ja etenkin lainopin – tutkijoiden ja professoreiden metodista itseymmärrystä:⁵⁶

”Tiedenäkökulman ehdollistama keskustelu on aiheuttanut vääristymiä, joita kuvaavat parhaiten historiantutkijoiden ristiriitaiset tulkinnat omasta työstään. Heillä on itse asiassa kolme samanaikaisesti erilaista itseymmärrystä. Yhden niistä saa selville, kun erittelee heidän tekemiään tutkimuksia, heidän työnsä tuloksia. Toinen tulee esiin, kun kuuntelee historiantutkijoiden puhetta ja erityisesti heidän tapaansa kuvata omaa työtään muiden alojen edustajille. Kolmas itseymmärrys taas välittyy alan menetelmäteoksista. Nämä kolme erilaista tulkintaa historiantutkimuksen luonteesta ovat ristiriidassa. Mitä alan edustaja *käytännössä tekee* ei ole sitä, mitä hän *sanoo tekevänsä* eikä kumpikaan näistä ole sitä, mitä *metodiesitykset edellyttävät* hänen tekevän.”

Oikeustieteessäkään ei ole lupa luottaa siihen, että se, mitä yksittäinen oikeustieteen tutkija sanoo tekevänsä tai mitä alan metodiesitykset edellyttävät hänen tekevän, olisi yhtä kuin se, mitä hän tosiasiaissa tutkimuksissaan tekee. Alan suomalainen perusesitys, Juha Häyhän toimittama *Minun metodini* -teos, jossa 17 alan johtavaa oikeustieteen professoria tai tutkijaa perustelee kukin oman käsityksensä oikeustieteen metodiopista, jättää lainopin metodin määrittelyn avoimeksi. Kirja antaa samalla tukea käsitykselle, jonka mukaan lainoppi on *metodisesti ohut* ja *episteemisesti epävarma tiede*,⁵⁷ jonka tietenteoria ja etenkin metodiopilliset sitoumukset ovat varsin heikosti jäsenyntyneitä alan tutkijoiden keskuudessa. Kirja toistaa H.C. Andersenin tuttua kertomusta keisarin uusista vaatteista, joiden tyylikkyyttä vaatturit, hoviväki ja kamaripalvelijat kilvan ke-

⁵⁶ Kalela, *Historiantutkimus ja historia*, s. 15–16 (kursivoinnit Kalelan).

⁵⁷ Onnistunut termi ”epävarma tiede” (engl.: *an uncertain science*) on Panu Minkkisen, joskin hän viittaa sillä laajemmin oikeustieteen filosofiseen ja etenkin tietoteoreettiseen perustaan. Minkkinen, *Thinking without Desire*, s. 9–25.

huivat, kunnes juhlaparaatia seurannut lapsukainen lausui lopulta totuuden julki: ”mutta eihän hänellä [keisarilla] ole vaatteita ensinkään.”⁵⁸

Lainopin metodi on Aulis Aarnion esittämän standardimääritelmän mukaan oikeussääntöjen *tulkintaa ja systematisointia*, mutta oikeudellisen metodiopin keskeiskysymys – *millaista oikeussääntöjen tulkintaa ja systematisointia?* sekä *millaista oikeusperiaatteiden punnintaa?* – jää yhä vaille vastausta. Luvussa 8, ”Lainopin tulkintamatriisit”, hahmottelemani oikeudelliset *tulkintamatriisit* antavat yhdeksän erilaista vastausta kysymykseen oikeussääntöjen tulkinnan ja systematisoinnin sekä oikeusperiaatteiden arvosidonnaisen punninnan rajoista. Tieteenteorian tasolla oikeustieteen metodioppia voi lisäksi lähestyä arvioimalla, mitä (oikeus)tieteelliseltä ja lainopilliselta metodilta on *vähintään* edellytettävä, jotta ylipäättään olisi kyse tieteellisestä metodista.

Tieteellisen metodin osaelementit liittyvät yhtäältä tutkijan ainutkertaiseen, subjektiiviseen ja intuitiiviseen *oivaltamisen logiikkaan* (engl.: *logic of discovery*), toisaalta tiedeyhteisösidonnaiseen, toistettavissa ja yleistettävissä olevaan *perustelemisen logiikkaan* (engl.: *logic of justification*).⁵⁹ Tieteellinen metodioppi perustelee ajatuksellisen siirtymän tutkijan ainutkertaisesta, idiosynkraattisesta ja mahdollisesti irrationaalisesta oivaltamisen logiikasta tiedeyhteisösidonnaiseen, toistettavissa ja yleistettävissä olevaan perustelemisen logiikkaan, ja kääntäen. Tieteen metodin yleinen määritelmä, joka soveltuu oikeustieteeseen yhtä hyvin kuin mihin tahansa muuhunkin tieteeseen, on seuraava:

Tieteellinen metodi on niiden päättelysääntöjen kokonaisuus, joiden avulla on mahdollista toteuttaa ajallisesti kertautuva ja tutkimuksellista varianssia tuottava siirtymä tutkijan ainutkertaisesta ja yksilöllisestä *oivaltamisen logiikasta* (engl.: *logic of discovery*) tiedeyhteisösidonnaiseen, yleistettävissä ja toistettavissa olevaan *perustelemisen logiikkaan* (engl.: *logic of justification*), ja kääntäen.

Keskeistä on ajatuksellinen vuorottelu tutkijan ainutkertaisen *oivaltamisen logiikan* sekä tiedeyhteisösidonnaisen ja myös toistettavissa olevan *perustelemisen logiikan* välillä. Oivaltamisen ja perustelemisen logiikan (engl.: *logic of discovery & justification*) sijaan voi puhua myös oivaltamisen ja keksimisen asiayhteydestä eli kontekstista (engl.: *context of discovery & justification*). Tutkijan oivaltamisen logiikka on kiinteässä yhteydessä uusia tutkimuksellisia ideoita ja tiedonlisää tuottavaan *tutkimukselliseen generoitavuuteen*, kun taas tiedeyhteisösidonnainen perustelemisen logiikka on kiinteässä yhteydessä *tutkimukselliseen kontrolloitavuuteen*. Kokoavasti tutkijan oivaltamisen logiikka ja

⁵⁸ Andersen, ”Keisarin uudet vaatteet”, s. 84; vrt. Siltala, ”Keisarin vanhat ja uudet vaatteet”, s. 80–82.

⁵⁹ Vrt. Ruse, ”Scientific Methodology”, s. 813.

siihen liittyvät tutkimuksellisen generoitavuuden arviointikriteerit sekä tiedeyhteisösidonnainen perustelemisen logiikka ja siihen liittyvät tutkimuksellisen kontrolloitavuuden arviointikriteerit voidaan esittää seuraavasti:

Tutkimuksellinen generoitavuus:

Trivialiteettikielto:

tutkimuksellinen merkityksellisyys

Identtisyyskielto:

tutkimuksellinen omaehtoisuus

Tutkimuksellinen kontrolloitavuus:

Idiosynkraattisen yksityismetodin kielto:

yhteisöllinen hyväksyntä

Radikaalin ajallisen epäjatkuvuuden kielto:

ajallinen jatkuvuus, ennakoitavuus

Sattumanvaraisen oraakkelimetodin kielto:

rationaalinen perusteltavuus

Methodisen anarkismin kielto:

riittävä täsmentyneisyys

Methodisen nihilismin kielto:

metodin edellytetty eksistenssi

Methodin totaalisen kohdereduktion kielto:

tutkimuksellinen identiteetti

Äärimmäisen kompleksisen metodin kielto:

tutkimuksellinen määritettävyyys

= Oivaltamisen logiikka
(engl.: *logic of discovery*)

= Perustelemisen logiikka
(engl.: *logic of justification*)

Tutkimuksellista generoitavuutta eli tutkimuksellisen tiedonlisän tuottamista määrittävät siis (a) tutkimuksellinen *trivialiteettikielto*, joka kieltää tutkijaa esittämästä täydellisen merkityksetöntä tai itsestäänselvää eli triviaalia tietoa tieteilisenä kontribuutiona, sekä (b) tutkimuksellinen *identtisyyskielto* eli *identtisen toiston kielto*, joka kieltää epäitsenäisen tutkimuksellisen jäljittelyn tieteellisen merkityksen. Oivaltamisen prosessin *irrationaalisuutta* ei sinänsä ole kielletty. Esimerkiksi Ludwig Wittgensteinin ajatus kielipeleistä (engl.: *language-game*) syntyi hänen katsellessaan jalkapallo-ottelua,⁶⁰ eikä taloustieteen nobelisti John F. Nash kyennyt itse tekemään mielekästä eroa matemaattisen peliteorian oivallusten ja ulkoavaruuden olioiden väitetysti hänelle lähettämien koodattujen viestien syntyvän välillä, sillä molempien subjektiivinen synty tapa eli oivaltamisen logiikka oli hänen mukaansa täsmälleen samanlainen. Tutkijan ainutkertainen oivaltamisen logiikka voi toisin sanoen olla vaikka miten irrationaalista ja ennakkoimatonta tahansa, kunhan se vain on käännettävissä tiedeyhteisösidonnaisen perustelemisen logiikan kielelle, ja tämän vaatimuksen vain peliteorian oivallukset, eivät ulkoavaruuden olioiden lähettämät koodatut viestit, pystyivät täyttämään. Sitä vastoin täydellisen triviaalien tai aiempien tutkimusten kanssa täysin

⁶⁰ Malcolm, *Ludwig Wittgenstein. Muistelma*, s. 85.

identtisten tulosten esittely ei täytä tutkimuksellisen oivaltamisen vähimmäiskriteerejä, vaikka tutkimuksellisen perusteltavuuden kriteerit sinänsä täyttyisivätkin.

Tutkimuksellista *kontrolloitavuutta* määrittävät (a) *idiosynkraattisen yksityis-
metodin kielto*, joka kieltää puhtaasti tutkijakohtaisen yksityis-
metodin tieteenteoreettisen oikeutuksen ja edellyttää sovellettavalta metodilta ainakin jonkin-
laista yhteisöllistä hyväksyntää sekä suhteuttamista tieteenalakohtaiseen tradi-
tioon ja yleisiin tieteenteoreettisiin määreisiin, (b) *radikaalin ajallisen epäjatkua-
vuuden kielto*, joka kieltää ainutkertaisen ”kertakäyttömetsodin” (engl.: *a self-
effacing method of analysis*) tieteenteoreettisen oikeutuksen, (c) *sattumanvarai-
sen oraakkelimetsodin kielto*, joka kieltää jumalantuomioiden, lantinheiton ja ka-
suistisen *khadi*-oikeudenkäytön kaltaiset menetelmät, jotka eivät ole rationaali-
sesti perusteltavissa, (d) *metodisen anarkismin kielto*, joka kieltää täsmentämät-
tömsn tai täydellisen epämääräisen tutkimusmetodin oikeutuksen, (e) *metodisen
nihilismin kielto*, joka kieltää senkaltaisen väitteen tieteenteoreettisen oikeutuk-
sen, jonka mukaan tieteellistä tutkimusta voisi tehdä ilman minkäänlaista meto-
dia, (f) *äärimmäisen kompleksisen metodin kielto*, joka kieltää ei-määritettävissä
ja tutkimuksellisesti ”ei-haltuunotettavissa” olevan tutkimusmetodin tieteenteo-
reettisen oikeutuksen, sekä (g) *metodin totaalisen kohdereduktion kielto*, joka
kieltää metodin täydellisen palautettavuuden sen kohdereferenssiin eli tutkimus-
kohteeseen voimassa olevan oikeuden tai vallitsevan oikeuskäytännön merkityk-
sessä.

13. LAINOPIN METODIN MÄÄRITELMÄ

Oikeudellinen *argumentaatio* viittaa oikeussääntöjen tulkintaan ja systemati-
sointiin sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oi-
keusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien arvo-
ja/tai tavoitesidonnaiseen punnintaan tavalla, jota oikeudellisen metodiopin päät-
tely- eli argumentaatio-
säännöt tarkemmin määrittävät ja rajaavat. Oikeudellinen
tulkinta tarkoittaa voimassa olevan oikeuden sääntöjen tietynhetkisen, institutio-
naalisista ja osin myös ei-institutionaalisista oikeuslähteistä johdetun *tulkinnalli-
sen merkityssisällön* määrittämisestä suhteessa tiettyyn oikeustositseikastoon. Näin
johdettujen oikeudellisten merkitysten kokonaisuutta voi kutsua oikeuden se-
manttisesti ”mahdollisten maailmojen” kokonaisuudeksi. Argumentaatioteoreet-
tisesti oikeuden tulkinta noudattaa mallia, missä fakta- ja normipremissin yhdis-
telmästä johdetaan oikeudellinen tulkintakannanotto, joka on muotoa: ”tapauk-
sessa, jonka tosiseikat ovat *f*, voimassa olevaa oikeutta on institutionaalisista
oikeuslähteistä johdettujen tulkinta- ja ratkaisuperusteiden valossa perusteltua

tulkita tavalla *p*.” Käytännön lainopin tutkimuksessa oikeudellinen tulkintalause lyhenee tavallisesti muotoon: ”voimassa olevan oikeuden kanta tapaukseen *f* on *p*.”

Oikeudellisen päättelyprosessin osatekijät ovat periaatteessa samat siihen katsomatta, onko kyse tutkijan ainutkertaisen *oivaltamisen logiikan* subjektiivis-intuitiivisesta tulkintaprosessista vaiko tiedeyhteisösidonnaisen *perustelemisen logiikan* yhteisösidonnaisesta eli myös toistettavissa ja yleistettävissä olevasta sekä sen vuoksi – ei aidosti objektiivisesta, mutta – *intersubjektiivisesta* päättelystä. Oikeudellinen tulkinta noudattaa mallia, jossa oikeudellisen *faktapremissin* eli määrätyn oikeustositseistokuvauksen ja oikeudellisen *normipremissin* eli institutionaalisen oikeuslähdeopin rajaamien oikeudellisten ratkaisuperusteiden avulla johdetaan oikeudellinen *tulkintalause*. Oikeudellinen *systematisointi* rajaa ja lukitsee käsitteellis-systeemisen kehyksen, jonka avulla oikeudelliset pääsääntö/poikkeussääntö -luokittelut ovat määritettävissä ja jota vasten yksittäistapauksellisesti kohdennetut tulkinnat voimassa olevan oikeuden säännöistä käyvät mahdollisiksi.

Oikeussäännöt ovat täysimääräisesti formaaleja tai ainakin formalisoitavissa olevia oikeudellisia ratkaisuperusteita, jotka lisäksi ovat vahvasti *rakenteistuneet* Suomen oikeuteen niiden taustalla vaikuttavan institutionaalisen oikeuttamisperusteen eli tavallisimmin oikeusvaltioperiaatetta toteuttavan demokratiaperiaatteen eli lainsäätäjän tahdon kunnioittamisen nojalla. Metodisesti tämä tarkoittaa sitä, että yksittäisen oikeussäännön tulkinnallinen merkityssisältö on ainakin lähtökohtaisesti tulkinnan avulla määritettävissä riippumatta sen alkuperäisestä synty- tai validiteettiperusteesta eli lainsäädännön taustalla vaikuttavista tai alun perin vaikuttaneista yhteiskunnallisista arvo- ja tavoiteperusteista. Sovellettava *tulkintakehys* lukitaan tavallisesti johonkin määrättyyn lainopilliseen tulkintamatriisiin, jonka välittämänä joko vallitsevan tuomariniideologian käsittämät tai tutkijan itsensä sisäistämät yhteiskunnalliset arvo- ja/tai tavoiteperusteet suodatuvat oikeudellisen tulkintaan ja systematisointiin.

Toisin kuin oikeussäännöt, *oikeusperiaatteet* ja muut vastaavat oikeudelliset *ratkaisustandardit* eivät ole systematisoitavissa eli lukittavissa kiinteän, ennalta tai edes jälkikäteen vakioitavissa olevan oikeudellisen käsitesystematiikan sekä lainopillisten dogmien ja niitä täydentävien konstruktioiden muotoon. Oikeusperiaatteet ovat määritelmällisesti kietoutuneet yhteen niiden ilmentämien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden kanssa, eikä niiden tilannekohtainen tulkinnallinen merkityssisältö ole sen vuoksi määritettävissä irrallaan sanotuista yhteiskunnallisista taustaperusteista. Oikeussääntöjä tulkitaan, mutta oikeusperiaatteita on tarpeen *punnita* niiden ilmentämien arvo- ja/tai tavoitenäkökohtien valossa, ja ne tulee *tasapainottaa* suhteessa toisten asiaanvaikuttavien oikeusperiaatteiden vastaaviin yhteiskunnallisiin taustaperusteisiin (engl.: *weighing and balancing*). Oikeudellisesta tulkintamatriisista johdettu oikeudellinen *punninta-*

kehys määrittää oikeusperiaatteiden arvosidonnaisen punninnan avulla tavoittelutavat oikeudelliset ja yhteiskunnalliset päämäärät.

Tieteellisen metodin vähimmäiskriteerit sekä tieteellisen metodin määritelmä tutkijan ainutkertaisen oivaltamisen logiikan ja tiedeyhteisösidonnainen perustelemisen logiikan keskinäisen suhteen merkityksessä lukitsevat ne käsitteelliset koordinaatit, joiden varaan myös lainopin metodioppi asettuu, jos ja kun on kyse tieteelliset kriteerit täyttävästä tutkimuksesta puhtaasti poliittisten yhteiskunnallisten vaikuttamispyrkimysten sijaan. Lainoppi on samalla vahvasti traditiosidonnainen tulkintatiede, jossa tutkijan oivaltamisen logiikan suhteellinen painoarvo on olennaisesti vähäisempi kuin tiedeyhteisösidonnaisen perustelemisen logiikan vastaava merkitys. Lainopin tulkinnallisen eli *oikeussääntöjen tulkintaa* ohjaavan metodin määritelmä on sen vuoksi seuraava:

Lainopin tulkinnallinen eli oikeussääntöjen *tulkintaa* ohjaava metodi on niiden oikeudellisten argumentaationsääntöjen kokonaisuus, joiden avulla on mahdollista toteuttaa ajallisesti kertautuva ja tutkimuksellista varianssia tuottava siirtymä oikeudellisen tyyppitapauksen *faktapremisseistä* ja vallitsevan tai kriittisen oikeuslähdeopin rajaamista *normipremisseistä* määrättyyn oikeudellisten *tulkintalauseiden* joukkoon, ja kääntäen.

Keskeistä lainopin metodille on toistettavissa ja myös perusteltavissa oleva siirtymä määrätystä fakta- ja normipremissien yhdistelmästä määrättyyn oikeudelliseen tulkintalauseeseen, jonka mukaan ”voimassa olevan oikeuden kanta tapaukseen *f* on *p*.” *Sääntökeskeisen* oikeudellisen päättelyn *faktapremissit* kuuluvat *olemisen* (saks.: *Sein*; engl.: *Ought*) maailmaan. Ne ovat *tyyppitapauksellisia* eli joko tuomioistuinten ratkaisemista oikeustapauksista yleistettyjä tai puhtaasti hypoteettisia faktakonstellatioita. Tyyppitapausajattelu toteuttaa kaiken tieteellisen metodologian keskeisajatusta, jonka mukaan tieteellisen metodin ja sen avulla saavutettujen tulosten tulee olla myös muun tiedeyhteisön julkisesti arvioitavissa ja kontrolloitavissa.

Oikeusperiaatteiden osalta asia on toisin: oikeusperiaatteet ovat jo määritelmänsä mukaisesti aidosti *tilannesidonnaisia* oikeudellisia ratkaisuargumentteja. Yksittäisen oikeusperiaatteen tai muun oikeudellisen ratkaisustandardin arvosidonnainen *punninta* (engl.: *weighing and balancing*) merkitsee sen ilmentämien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden suhteuttamista muiden asiaanvaikuttavien oikeusperiaatteiden vastaaviin yhteiskunnallisiin taustapremisseihin käsillä olevan oikeustositseikaston ainutkertaisessa merkityskontekstissa, eikä senkaltaisen oikeudellisen harkinnan lopputulosta voi yleistää koskemaan myös muita vastaavia ratkaisutilanteita ilman, että sovellettu oikeusperiaate saa vähintään heikosti sääntöformaaleja ominaisuuksia. Oikeusperiaatteiden painoarvopunninta on sen vuoksi metodiopillisesti pulmallinen, eikä sitä voi lukita yleisen tieteellisen metodin määritelmän muotoon kuin hyvin yleisellä tasolla. Jos ja kun oikeusperiaatteisiin sidottu lainoppi hajoaa joukoksi *ad hoc* -tyyppisiä

punnintakannanottoja, joista jokaisen soveltamisala rajautuu aina kulloinkin käsillä olevaan tapaukseen ilman minkäänlaisen tyyppitapauksellisen yleistettävyyden mahdollisuutta, menetetään myös vakiodun oikeudellisen systematiikan arviointikriteerit. Toisaalta, osana vähintään heikosti systeemisesti jäsentynyttä lainopin tulkintamatriisia, kuten osana perusoikeuskeskeistä laintulkintamallia tai Pöyhösen ehdottamalla tavalla yleistetyn yhteisöllisen kohtuuden varaan rakentuvaa sopimusoikeutta jäsentävien oikeusperiaatteiden punnintamallia, myös oikeusperiaatteiden punnintamenettely voi saada heikosti systeemisen luonteen, mikä tekee samalla sen ainakin jonkinasteisen tutkimuksellisen kontrolloitavuuden mahdolliseksi.

Ehdotukseni oikeusperiaatteiden punninnassa sovelletun metodin yleiseksi määritelmäksi on seuraava:

Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneiden eli riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden ratkaisustandardien *punninta* on joko (a) aidosti tilannekohtaista oikeudellista harkintaa, missä asiaan vaikuttavien oikeusperiaatteiden ja vastaavien muiden oikeudellisten ratkaisustandardien ilmentämät yhteiskunnalliset arvo- ja tavoiteperusteet suhteutetaan toisiinsa käsillä olevan oikeustapauksen ainutkertaisessa merkityskontekstissa (engl.: *weighing and balancing*), jos on kyse systeemisesti täysin vapaasta punnintatilanteesta, tai (b) vähintään heikosti etusijaistettua oikeudellista harkintaa, missä asiaan vaikuttavien oikeusperiaatteiden ja vastaavien muiden oikeudellisten ratkaisustandardien ilmentämät yhteiskunnalliset arvo- ja tavoiteperusteet suhteutetaan toisiinsa käsillä olevan oikeustapauksen ainutkertaisessa merkityskontekstissa sovellettavan tulkintamatriisin asettamien vähintään heikosti systeemisten etusijaperusteiden tarkoittamalla tavalla.

Oikeudellisessa *systematisoinnissa* vakiodun systeemisen kiintopisteen valinta on keskeinen, sillä sen avulla ratkaistaan, mikä on määrättyssä tulkintatilanteessa sovellettava pääsääntö ja mikä siihen tehty poikkeus. Vähintään heikosti systeemiseen oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien jäsennykseen sovellettuna keskeistä on se, mikä on oikeudenalan johtava periaate ja mikä tavallisesti – muttei kuitenkaan aina ja poikkeuksetta – siihen nähden väistytävä periaate. Se, valitaanko esimerkiksi sovellettavan sopimusoikeudellisen systematiikan perustaksi sopijapuolten tahdonautonomia, perustellun luottamuksen suoja, yhteisöllinen kohtuus ja sopimustasapaino vaiko heikomman sopijapuolen intressien suoja, rajaa olennaisesti valittavan oikeudellisen punnintakehyksen sisältöä. Oikeudellista eheyttä (engl.: *law as integrity*) tai vastaavaa systeemistä jäsennystä toteuttavan *prejudikaatti-ideologian* premisien alaisuudessa prejudikaattiperustaisen oikeuden osalta keskeistä on vastavasti se, mikä katsotaan vallitsevaksi prejudikaattinormiksi ja mikä tai mitkä siihen nähden väistyviksi normeiksi. Oikeudellista systematisointia ei voi lukita yleisen määritelmän muotoon kuin hyvin yleisellä tasolla:

Oikeudellinen *systematisointi* tarkoittaa (a) voimassa olevan oikeuden sääntöjen, (b) vähintään heikosti systeemisesti jäsentyneiden oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien, (c) systeemistä jäsennyttä vailla olevien oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien^{60a} sekä (d) prejudikaattinormien keskinäisten suhteiden määrittämistä vakioitun oikeudellisen kiintopisteen avulla, jolloin on ratkaistavissa se, mikä on määrättyssä oikeudellisessa tulkintatilanteessa noudatettava pääsääntö ja mikä siihen tehty poikkeus (= kohta a), mikä on oikeudenalan johtava periaate ja mikä tavallisesti väistytävä periaate (= kohdat b ja c, oikeusperiaatteiden eriaasteisen systeemisen jäsennyksen mukaisesti) sekä mikä on prejudikaattiperustaisen oikeuden systeemisesti vallitseva prejudikaattinormi ja mitkä siihen nähden väistytviä prejudikaattinormeja (= kohta d, prejudikaattiperustaisen oikeuden eriaasteisen systeemisen jäsennyksen mukaisesti).

Oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien arvosidon-nainen punninta ja keskinäinen tasapainottaminen on määriteltävissä vain enemmän tai vähemmän tilannesidonnaisesti, mihin sovellettavan tulkintamatriisin edellyttämä oikeusperiaatteiden systeemisen jäsennyksen aste keskeisesti vaikuttaa. Oikeussääntöjen staattinen systematiikka sekä oikeusperiaatteiden ja vastaavien ratkaisustandardien samoin kuin prejudikaattinormien enemmän tai vähemmän dynaaminen systematiikka on sen vuoksi eriytettävä suhteessa oikeussääntöjen (= kohta a), eriaasteisesti systeemisten oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien ratkaisustandardien (= kohdat b ja c) sekä prejudikaattinormien (= kohta d) systeemisen vakioitavuuden asteeseen sovellettavan oikeudellisen tulkinta- tai punnintakehyksen tarkoittamalla tavalla.

Lainopin metodin määritelmä kiinnittyy (a) oikeussääntöjen *tulkinnassa* ajatukselliseen siirtymään oikeudellisen tyyppitapauksen faktapremisseistä ja institutionaalisen oikeuslähdeopin rajaamista normipremisseistä määrättyyn oikeuslauseiden eli oikeudellisten tulkintalauseiden joukkoon, (b) oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien *punninnassa* joko tilannekohtaiseen ratkaisuharkintaan, missä asiaan vaikuttavien oikeusperiaatteiden ja vastaavien muiden oikeudellisten ratkaisustandardien ilmentämät yhteiskunnalliset arvo- ja/tai tavoiteperusteet suhteutetaan toisiinsa arvioitavana olevan oikeustapauksen ainutkertaisessa merkityskontekstissa, tai vähintään heikosti etusijais-tettuun oikeudelliseen ratkaisuharkintaan, missä asiaan vaikuttavien oikeusperiaatteiden ja vastaavien muiden oikeudellisten ratkaisustandardien ilmentämät yhteiskunnalliset arvo- ja tavoiteperusteet suhteutetaan toisiinsa käsillä olevan oikeustapauksen ainutkertaisessa merkityskontekstissa sovellettavan tulkintamatriisin asettamien vähintään heikosti systeemisten etusijaperusteiden tarkoit-tamalla tavalla, sekä (c) oikeudellisessa *systematisoinnissa* systeemisesti vakioi-

^{60a} Tosin tällöin on kyse oikeudellisesta systematisoinnista vain termien hyvin heikossa merkityksessä.

tujen oikeudellisten kiintopisteiden valintaan, joiden avulla ratkaistaan se, mikä on oikeudellisessa tulkintatilanteessa noudatettava pääsääntö ja mikä siihen tehty poikkeus, mikä on oikeudenalan johtava oikeusperiaate ja mikä tavallisesti tai ainakin toisinaan väistynyt oikeusperiaate sekä mikä on prejudikaattiperustaisen oikeuden systeemisesti vallitseva prejudikaattinormi ja mitkä siihen nähden väistyviä prejudikaattinormeja.

Kokoavasti lainopin metodin määritelmä voidaan esittää seuraavasti:

Lainopin metodi on *oikeudellista argumentaatiota* eli oikeudellista *päätelyä määrätystä oikeustositseikoista määrättyihin oikeusseuraamuksiin* (= oikeussääntöjen tulkinta ja oikeusperiaatteiden punninta) sekä *oikeusnormien keskinäisten suhteiden määrittämistä* (= oikeussääntöjen sekä vähintään heikosti systeemisesti jäsentyneiden oikeusperiaatteiden ja prejudikaattinormien systematisointi) ohjaavien metatason sääntöjen ja periaatteiden kokonaisuus. Oikeudellinen argumentaatio on yhtäältä oikeussääntöjen *tulkintaa*, toisaalta oikeussääntöjen ja vähintään heikosti systeemisesti jäsentyneiden oikeusperiaatteiden ja prejudikaattinormien *systematisointia* eli keskinäisten suhteiden määrittämistä sekä kolmanneksi oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien *punnintaa* ohjaavien argumentaatiosääntöjen ja -periaatteiden kokonaisuus.

Lainopin metodinen ohuus ja episteeminen epävarmuus perustelevat väitteen, jonka mukaan yksittäisen lainopin tutkijan käytettävissä on yleistettävissä olevan lainopillisen metodin sijaan vain hajanainen joukko oikeudellisia *metodi-fragmentteja* eli erilaisia oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita. Näitä ovat esimerkiksi semanttis-käsitteelliset tulkintaperusteet, oikeussysteemisistä argumentit, painoarvoltaan tilannesidonnaiset oikeusperiaatteet, oikeudellinen säädös- tai tapausanalogia, prejudikaattiperustaisen oikeuden *ratio/dicta* -jaottelu sekä noudatetut prejudikaattiperustaisen oikeuden päätelysäännöt, Suomen oikeusjärjestykseen eriasteisesti *rakenteistuneet* eli eriasteista mutta riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet, Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet tarvittaessa yleiseurooppalaiseen oikeuskäytäntöön suhteutettuna, vakiintuneet yhteisölliset sopimus- ja muut oikeudelliset käytännöt, oikeusvertailevat argumentit, reaaliset argumentit, ja niin edelleen. Lainoppi jakautuu lukuisiin erilaisiin suuntauksiin tai koulukuntiin eli oikeudellisiin *tulkintamatriiseihin*, joiden tieteenteoreettiset sitoumukset poikkeavat merkittävästi toisistaan. Oikeudelliset tulkintamatriisit, kuten käsitelainoppi, analyyttinen oikeustiede, sosiaalinen siviilioikeus, oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi tai perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi, tarjoavat oikeuden tutkijalle tieteenteoreettisesti yhtenäistetyn oikeudellisen tulkinta-, systematisointi- tai punnintakehyksen, jonka yhteydessä oikeudelliset metodifragmentit voivat saavuttaa paremman tieteellisen perusteltavuuden.

14. LAINOPIN TULKINTAMATRIISIEN KIRJO

Lainopin *tulkintamatriisi* on tutkimuksen *konstitutiivisten* (= ontologisten), *oikeuslähdeopillisten* (= epistemologisten), *argumentaatioteoreettisten* (= metodologisten) ja *semanttis-käsitteellisten* (= loogis-lingvististen) sitoumusten kokonaisuus. Suomalaisen lainopin ajallisesti osin päällekkäin lomittuvat tulkintamatriisit voidaan esittää kokoavasti seuraavasti:

- 1) *käsitelainoppi*: oikeus ”varsinaisten oikeuskäsitteiden” eli substanssikäsitteiksi ymmärrettyjen oikeudellisten peruskäsitteiden systeemisestä kokonaisuutena, missä yksittäisen oikeussäännön suhteellinen sijainti oikeuskäsitteiden kokonaissysteemissä rajaa ja määrittää oikeuden tulkintaa,
- 2) *analyttinen* t. *analyttis-funktionaalinen oikeustiede*: oikeus lainsäätäjän (ja tuomioistuimen) voimaansaattamien oikeustositseikka – oikeusseuraamus -relaatioiden kokonaisuutena, missä oikeuskäsitteillä on vain esitystekninen tehtävä ilman semanttista referenssiä oikeus – velvollisuus -relaatioiden ulkopuolella, ja lainopin tehtävänä on tuottaa voimassa olevan oikeuden sisältöä koskevia systematisointi- ja tulkintalauseita valitsevaa tuomarinideologiaa vastaavalla tavalla,
- 3) *vaihtoehtoinen lainoppi*: oikeuden ja vallitsevan (eli: analyttis-funktionaalisen) oikeustieteen ideologiakritiikki marxilaisen vasemmistoidologian näkökulmasta sekä oikeuden ylläpitämisen rakenteellisen eriarvoisuuden purkaminen esittämällä voimassa olevasta oikeudesta vaihtoehtoisia eli marxilais-vasemmistolaisen yhteiskuntaideologian mukaisia systematisointi- ja tulkintasuosituksia,
- 4) *sosiaalinen siviilioikeus*: hyvinvointivaltioideologian mukainen heikomman sopijapuolen intressien suojeleminen sopimusoikeudessa sekä ennakkollisesti (vakio)sopimusehtojen sääntelyn että jälkikäteisesti jo solmitun sopimuksen tai sen yksittäisen sopimusehdon kohtuullistamisen merkityksessä,
- 5) *pragmaattinen instrumentalismi*: *reella överbäganden* eli *social engineering* -juridiikka eli oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten korostaminen sekä oikeuden yhteiskuntatieteellisen analyysin ja reaalisten argumenttien (ruots.: *reella överbäganden*) hyödyntäminen oikeudellisessa tulkinnassa käsitelainopin suosimien oikeussysteemien ja käsitteellisten näkökohtien sijaan (1940-l.) sekä oikeuden taloudellisten vaikutusten analyysi ja taloudellisin kriteerein määritelty reaalinen argumentaatio eli *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi* (alkaen 1990-l.),
- 6) *oikeusperiaatteiden punnintamalli*: oikeus institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien muodostamana avoimena ja dynaamisena systeeminä sekä oikeusperiaatteiden tilannesidonnainen punninta niiden ilmentämien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden valossa (engl.: *weighing and balancing*),
- 7) *naisioikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus*: oikeuden ja vallitsevan lainopin ideologiakritiikki feministisen yhteiskuntaideologian näkökulmasta sekä oikeuden ylläpitämisen rakenteellisen epätasa-arvon purkami-

- nen naisten tai yleisemmin minkä tahansa aiemmin syrjinnän kohteeksi joutuneen yhteiskuntaryhmän tietoisien suosivan erityiskohtelun keinoin,
- 8) *kriittinen oikeuspositivismi*: oikeuden mieltäminen monitasoiseksi ilmiöksi, missä oikeuden syvemmät kerrostumat eli oikeuskulttuurin taso ja oikeuden syvä taso täyttävät konstitutiivis-kriittisen tehtävän oikeuden pintatason ilmiöihin nähden ja missä oikeuden pintatasolla myös vallitsevan ja kriittisen lainopin lauseet uusintavat oikeutta,
 - 9) *perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi*: oikeuden tulkinta, systematisointi ja punninta perusoikeuslähtöisestä näkökulmasta eli voimassa olevan perustuslain hyväksymää tai vähintäänkin hiljaisesti edellyttämää perusoikeusjärjestelmää tutkimuksen vakioituna kiintopisteenä hyödyntäen, ja
 - 10) *käytännönläheinen laintulkintaoppi*: institutionaalisiiin oikeuslähteisiin eli lakitekstiin, lainvalmisteluaineistoon ja oikeuskäytäntöön sekä lainopin käytännölliseen tiedonintressiin kiinnittyvä laintulkintaoppi ilman tutkijan omakohtaista oikeusteoreettista tai tieteenteoreettista reflektiota.

a) *Käsitelainoppi* oli suomalaisen lainopin vallitseva suuntaus 1800-luvun lopulta aina 1950- ja osin jopa 1960-luvulle asti. Jo 1940-luvulla oikeuden yhteiskunnallisia tavoitteita ja taloudellisia vaikutuksia korostanut *reella överbä ganden* -juridiikka eli pragmaattinen instrumentalismi oli riitauttanut käsitelainopin systeemisen käsitelogiikan sekä yhteiskunnallisilta tulkintaperusteilta eli reaalisilta tulkinta-argumenteilta suljetun oikeuslähteopin, mutta käsitelainopin valta-asemaa se ei onnistunut horjuttamaan. Vasta 1950- ja 1960-luvun analyytinen oikeustiede, joka korosti yhtäältä oikeudellisten käsitteiden tarkoitussidonnaisuutta ja toisaalta niiden relationaalisuutta eli suhdekäsiteluonteisuutta esimerkiksi oikeus/velvollisuus -käsiteparin merkityksessä, onnistui syrjäyttämään käsitelainopin systeemisen käsitelogiikan. Käsitelainoppi kiinnitti lainopin metodin *varsinaisten oikeuskäsitteiden* eli oikeudellisten peruskäsitteiden muodostamaan ja aukottomaksi ja ristiriidattomaksi miellettyyn kokonaisjärjestelmään. Oikeudellinen analyysi merkitsi tarkasteltavana olevan oikeudellisen ilmiön ideaalisen olemuksen paikantamista tuossa oikeudellisten peruskäsitteiden systeemissä, minkä jälkeen sanotulla tavalla lukittu oikeudellinen *käsitesysteemi* sai ratkaisevasti määrittää ja rajata oikeudellista tulkintaa.

Esimerkiksi A.R. Heikonen pohti 1930-luvulla *Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa silmälläpitäen erikoisesti perillisen omistusoikeussuhteita, I-II* -teoksessaan laajasti seuraavanlaisia käsitteellis-systeemisiä kysymyksiä: onko jakamaton kuolinpesä juridinen henkilö, onko jakamaton kuolinpesä yhtiö, onko jakamaton kuolinpesä esine, onko perillisten oikeus jäämistöön saamisoikeutta, onko perintöosuus sama kuin jäämistössä olevien esineiden ja oikeuksien osuuk-sien summa, ovatko perintöosuus ja itse perillisuus identtisiä? Käsitelainopin systeemilogiikan tutkimuksellisenä hintana oli oikeudellisen analyysin sidonnaisuus vaikeasti perusteltavissa olevaan idealistiseen saksalaiseen metafysiikkaan sekä oikeuden yhteiskunnallisen ulottuvuuden sivuuttaminen oikeudellisen käsi-

telogiikan vaatimusten tieltä. Nykyisin käsitelainoppi on lähinnä historiallinen ilmiö, joskin jäänteitä sen systeemisestä tarkastelutavasta on nähtävissä esimerkiksi Juha Pöyhösen tavassa jäsentää sopimusoikeutta oikeuden peruskäsitteiden ja edellytetyn systeemilogiikan sekä, käsitelainopin ideoista tältä osin irtautuen, oikeusperiaatteiden tilannesidonnaisen punnintamallin avulla. Samoin Pöyhösen ajatus perusoikeusjärjestelmän hiljaisesti edellyttämistä perusoikeuksista viittaa käsitelainopin systeemisten vaikutteiden suuntaan.

b) *Analyyttinen eli analyttis-funktionaalinen oikeustiede* syntyi 1950-luvulla vastareaktionä käsitelainoppiin ja sen tieteenteoreettisiin sitoumuksiin. Käsitelainopin tutkimukselliset esikuvat oli noudettu Saksan oikeustieteestä. Analyyttisen oikeustieteen taustalla oli sen sijaan Alf Rossin edustama skandinaavinen oikeusrealismi, Hans Kelsenin (ja Felix Kaufmannin) ajatus puhtailla oikeuskäsitteillä työskentelemisestä oikeustieteessä sekä amerikkalaisen Wesley Newcomb Hohfeldin jo 1910-luvulla esittämä omistusoikeuskäsitteen analyttinen tarkastelu erilaisten oikeus/velvollisuus -alakäsitteiden yhdistelmänä, jonka vaikutus ulottui Suomeen osin suoraan Hohfeldilta itseltään saatujen vaikutteiden sekä osin skandinaavisten kirjoittajien, kuten Alf Rossin, välityksellä. Käsitelainopin olemuskäsitteet korvattiin nyt *funktionaalisilla* käsitteillä, jotka kaiken lisäksi miellettiin relationaalisina eli *suhdekäsitteen* luonteisina: esimerkiksi esi-
neen omistajan A:n määrätyn sisältöistä oikeutta vastasi aina yleisen tai erityisen sivullistaho B:n vastaava velvollisuus, eikä ”omistusoikeudella” ollut muuta semanttista referenssiä kuin sanottujen oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuus.

Käsitelainopin konstruktiiviset päätelmät, joissa varsinaisten oikeuskäsitteiden systeemistä katsottiin voitavan johtaa yksittäisiä oikeusseuraamuksia tai oikeudellisia tulkintalauseita, samoin kuin sen idealistinen saksalaisperäinen metafysiikka korvattiin nyt teknisellä *oikeusasema-analyysillä*: oikeudelliset käsitteet, kuten omistusoikeus, oikeushenkilö tai avoin yhtiö, olivat vain juridis-teknisiä termejä, jotka lyhensivät oikeudellista kielenkäyttöä sekä kuvasivat mahdollisimman tarkoituksenmukaisella tavalla lainsäätäjän asettamia oikeustositseikka – oikeusseuraamus -suhteita. Esimerkiksi ”kuolinpesä” oli vain juridis-tekninen yhteisnimitys kuolinpesän osakkaiden hallitsemalla omaisuusmassalle, ja täsmällisempää olikin puhua ”perillisen oikeusasemasta” kuolinpesäkonstruktion sijaan. Kunkin pesän osakkaan *oikeusasema* eli oikeudet ja velvollisuudet suhteessa eri henkilötahoihin selvisivät lakikirjaa ja lainsäätäjän omaksumaa oikeudellista systematiikkaa tutkimalla. Käsitelainopin metafysiset spekulatiot kuolinpesän ideaalisesta olemuksesta olivat samalla käyneet tarpeettomiksi. Analyttisen oikeustieteen etuna oli täsmentyneempi oikeudellinen kysymyksenasettelu, mikä vastasi paremmin kasvavan vaihdantatalouden ja etenkin arvopapereiden vaihdannan vaatimuksia: omistusoikeuden ideaalisen olemuksen määrittelyn sijaan nyt voitiin esittää kysymys omistusoikeuden eri osatekijöiden mah-

dollisesti eriaikaisesta siirtymisestä esimerkiksi omistuksenpidätystilanteessa tai perustajaurakoinnissa.

c) *Vaihtoehtoinen lainoppi* riitautti 1960-luvun lopulla ja 1970-luvulla analyttisen oikeustieteen tutkimukselliset ja yhteiskunnalliset lähtökohdat, syytäten opillista edeltäjäänsä teknisyydestä, tutkimuksellisesta kapea-alaisuudesta sekä oikeuden yhteiskunnallisten, ideologisten ja poliittisten kytkentöjen sivuuttamisesta. Vaihtoehtoinen lainoppi pyrki *yhteiskunnallistamaan* lainopin radikaalilla tavalla, joka toteutuessaan ei olisi jättänyt perinteisestä lainopin tutkimuksesta paljoakaan jäljelle. Sen rinnakkaisilmionä 1970-luvun oikeustieteessä oli ajatus lainopin metodisesta palauttamisesta empiiristen yhteiskuntatieteiden yhteyteen, esimerkiksi käyttäytymistieteen (Antti Kivivuori), oikeussosiologian (Esko Riepula) tai politologian (Antero Jyränki) merkityksessä, mikä olisi taannut oikeustutkimuksen tieteellisyys. Siltä osin kuin lainopin metodinen lähtökohta oikeustutkimuksessa kuitenkin hyväksyttiin, voidaan puhua vaihtoehtoisesta lainopista.

Vaikka lainopin tutkimuksellisenä lähtökohtana olikin institutionaalisista oikeuslähteistä johdettu tai johdettavissa oleva voimassa oleva oikeus, oikeudellisen tulkinnan premissit haettiin nyt *marxilaisesta* tai vasemmistolaisesta oikeus- ja yhteiskuntaideologiasta analyttisen oikeusopin virheellisesti kohde- ja arvo-neutraaliksi väitetyä tarkastelutavan sijaan, joka vaihtoehtoisen lainopin kannattajien mukaan toteutti porvarillisen yhteiskuntaideologian arvomaailmaa.⁶¹ Marxilaisittain oikeus on osa yhteiskunnan ideologista ja aatteellista pintatasoa tai päällysrakennetta, joka vain suhteellisen epäitsenäisellä tavalla heijastaa yhteiskunnan taloudellisessa perustassa vallitsevia tuotantosuhteita ja tuotantorakenteita sekä itseään uusintavan pääoman liikelakeja ”ekspressiivisine yhteyksi-neen”.⁶² Suuntauksen ajatukselliset esikuvat haettiin italialaistuomarien yhteiskunnallisesti ja poliittisesti tiedostavasta ammatillisesta itseymmärryksestä (ital.: *uso alternativo del diritto*), Frankfurtin koulukunnan *immanentin yhteiskuntakri-tiikin* ohjelmasta, jonka mukaan porvarillista oikeutta tuli kritisoida sen itsensä tarjoamin käsitteellisin ja metodisin apuvälinein, tai suoraan marxilaisesta oikeus- ja yhteiskuntafilosofiasta, jonka mukaan oikeus on kapitalistisen luokka- ja sorto-vallan väline.

Oikeus nähtiin nyt yhteiskunnallisena *mahdollisuutena* ja muutospotentiaalina, ei pelkästään toteutuneena tai toteutettavissa olevana yhteiskunnallisena tosiasiana: oikeuden (vain) *mahdolliset* tulkinnat sekä oikeudellisen sääntelyn taustalla vaikuttava yhteiskunnallinen tavoiterationaalisuus oli asetettava yhtä hyvin analyttisen oikeustieteen kuin käsitelainopin edustaman syllogistisen ratkaisu-

⁶¹ Näinhän asia tietysti oli, koska Suomen voimassa olevan oikeuden arvoperusta oli ja on edelleen lähtökohdiltaan ei-marxilainen.

⁶² Vrt. Tuori, *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta*, I, s. 74. Vrt. myös Tuori, mts. 74–77.

logiikan tilalle: ”... från subsumtionslogisk till målrational argumentation”.⁶³ Oikeutta ja oikeustiedettä oli määrä muuttaa sisältäpäin, oikeaisemalla analyytisen oikeustieteen sisältämät piilevät ideologiset vinoutumat arvo- ja yhteiskuntatietoisien ideologiakritiikin keinoin sekä siirtymällä sidotusta ratkaisulogiikasta avoimen tavoiterationaaliseen harkintaan oikeudenkäytössä. Avainsana oli yhteiskunnallinen *tavoiterationaalisuus*: ”... se on niin sanoaksemme porvarillisessa oikeudessa piilevä räjähdysaine”, niin kuin Lars D. Eriksson asian sattuvasti ilmaisi.⁶⁴

Vaihtoehtoinen lainoppi voidaan siis määritellä joko laajasti, jolloin se käsittää varsinaisen vaihtoehtoisen lainopin ohella myös erilaiset kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin suuntaukset, joiden liittymät marxilaiseen yhteiskuntafilosofiaan ovat heikommalla ja joiden ajallinen jänne ulottuu aina 2000-luvulle asti, tai suppeasti, jolloin sanotun termin semanttisena referenssinä on yksinomaan 1960-luvun lopun, 1970-luvun sekä 1980-luvun alun marxilaiseen oikeus- ja yhteiskuntafilosofiaan tukeutunut oikeusopin suuntaus. Itse olen seurannut jälkimmäistä, soveltamisalaltaan suppeampaa vaihtoehtoisen lainopin määrittelyä. Muut kuin avoimen marxilaiseen oikeus- ja yhteiskuntafilosofiaan palautuvat kriittisen oikeusopin suuntaukset käsittävät *sosiaalisen siviilioikeuden*, *naisoikeus-* ja *oikeudellisen tasa-arvotutkimuksen* sekä kriittisten sitoumustensa osalta *kriittisen oikeuspositivismin* ja Juha Pöyhösen tavoin tulkitun *oikeusperiaatteiden punnintamallin*, missä yhteisölliselle kohtuusperiaatteelle ja sopimustasapainolle on annettu vähintään heikko systeemin etusija sopimusoikeuden tahtoperiaatteen ja luottamuksensuojan sijaan. Kaikille neljälle tulkintamatriisille on yhteistä oikeuden mieltäminen *yhteiskunnallisena ideaalina* tai *yhteiskunnallisena mahdollisuutena* sekä oikeuden sisäisten ristiriitaisuuksien ja ideologisten jännitteiden korostaminen, mikä tekee (vain) mahdolliset eli *vaihtoehtoiset* tulkinnot voimassa olevasta oikeudesta mahdollisiksi. Vaihtoehtoinen lainoppi on edellä määrittelyssä suppeassa merkityksessä nykyisin pikemminkin vain oikeushistoriallinen eli 1960-luvun lopun, 1970-luvun sekä 1980-luvun alun suomalaista lainoppia jäsentänyt ilmiö.

d) *Sosiaalinen siviilioikeus* on jatkanut vaihtoehtoisen lainopin aloittamaa kriittisen oikeusopin traditiota maassamme. Yhteistä Lars D. Erikssonin edustamalle vaihtoehtoiselle lainopille ja Thomas Wilhelmssonin sosiaaliselle siviilioikeudelle on sitoutuminen *tarve-* tai *tavoiterationaaliseen* käsitykseen oikeudesta: kriittisen lainopin tiedonintressinä on tarkastella oikeutta tietoisien arvo- ja ideologiatietoisesta näkökulmasta. Yhteistä on käsitys, jonka mukaan voimassa oleva oikeus muodostuu keskenään ristiriitaisista systeemi-impulsseista tai sään-

⁶³ Eriksson, ”Om olika argumentationsmodeller”, s. 49.

⁶⁴ Eriksson, ”Marxilaisen lainopin lähtökohtia”, s. 26; vrt.: ”... den målrationala modellen, då det är denna som sas. utgör sprängstoffet i den borgerliga rätten”, Eriksson, ”Utkast till en marxistisk jurisprudens”, s. 53.

telymalleista, mikä perustelee vallitsevasta doktriinista poikkeavien eli semanttisesti ja oikeudellisesti (vain) *mahdollisten* tulkintojen esittämisen voimassa olevan oikeuden säännöistä ja periaatteista, ilman sitoutumista analyttisen oikeustieteen ajatukseen institutionaalisesta tuomarireferenssistä sekä oikeudesta toteutuneena ja myös vastaisuudessa toteutettavissa olevana yhteiskunnallisena tosiasiana. Yhteistä vaihtoehtoiselle lainopille ja sosiaaliselle siviilioikeudelle on myös sitoutuminen oikeuden ideologiakritiikkiin, missä kritiikin ponttimena on nyt maltillisempi pohjoismainen *hyvinvointivaltioideologia* vaihtoehtoisen lainopin kannattaman avoimen marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian sijaan.

Keskeisajatuksena sosiaalisessa siviilioikeudessa on vallitsevan lainopin doktriinin käyttämien yleisten ja abstraktien juridisten roolitermien – kuten velkoja/velallinen, työnantaja/työntekijä – korvaaminen konkreettisilla eli *henkilö-* ja *tilannesidonnaisilla* termeillä, kuten ”velallinen, jolla on rajalliset varat”, ”työtön velallinen”, ”velallinen, jolla on suppea ammattikokemus ja koulutus” tai ”pienyrittäjä, jolla on rajoitettu taloudellinen kantokyky”,⁶⁵ jolloin käsillä olevan oikeustapauksen aidosti tilannesidonnaiset tekijät voidaan ottaa oikeuden soveltamisessa paremmin huomioon. Oikeuden semanttis-käsitteelliseen elementtiin kohdentuva kritiikki yhdistää samalla sosiaalista siviilioikeutta sekä naisoikeus- ja oikeudellista tasa-arvotutkimusta. Vallitsevan doktriinin hyödyntämät yleiset ja abstraktit oikeudelliset käsitteet eivät tavoita yhteiskunnan sosiaalisen tai sukupuolisidonnaisen rakenteellisen eriarvoisuuden ilmentymiä, vaan näennäinen oikeudellinen tasa-arvo kätkee taakseen tosiasiallisen yhteiskunnallisen eriarvoisuuden. Päättelyä voitaisiin jatkaa esimerkiksi lapsioikeuden ja lapsinäkökulman, vanhusoikeuden ja vanhusnäkökulman, vammaisoikeuden ja vammaisnäkökulman, etnisten vähemmistöjen erityisen oikeudellisen näkökulman sekä yleisemmin erilaisten syrjittyjen yhteiskunnallisten vähemmistöjen oikeuksien parempaan ottamiseen huomioon lainopissa.

Termi ”sosiaalinen siviilioikeus” voi tarkoittaa mitä tahansa hyvinvointivaltiolista ja *interventionistista* sääntelyä eli julkisen vallan yksityisiin sopimussuhteisiin väliintulevaa sääntelyä, jonka tietoisena tavoitteena on oikeussuhteen heikomman osapuolen suojele joko *kollektiivisesti* ja *ennakollisesti* esimerkiksi tuotevastuu- ja kuluttajansuojalainsäädännön, vakiosopimusehtojen yleisen sääntelyn ja kuluttajaviranomaisorganisaation mahdollistamien ohjauskeinojen avulla tai, vaihtoehtoisesti, *yksilöllisesti* ja *jälkikäteisesti* kohtuuttomien sopimusehtojen kohtuullistamisen, vakiosopimusehtojen kuluttajan eduksi tapahtuvan tulkinnan sekä sosiaalista suoritusestettä eli sosiaalista *force majeure* -tilanetta koskevan yleisen lainopillisen doktriinin avulla. Vaatimusta oikeudellisen analyysin henkilösidonnaisuudesta ei ole kuitenkaan ulotettu työntekijä – työn-

⁶⁵ Wilhelmsson, *Social civilrät*, s. 139 ja 221.

antaja tai velallinen – velkoja -käsiteparien jälkimmäiseen, lähtökohtaisesti asemaltaan vahvempaan osatekijään, vaikka esimerkiksi erottelu suuryritys/pienyri-tyksen työnantajana saattaisi hyvinkin olla oikeudellisesti ja sosiaalisesti perusteltu.

e) *Pragmaattinen instrumentalismi* voidaan jakaa ajallisesti kahteen suuntaukseen, joita sitoutuminen oikeuden yhteiskunnallisten ja etenkin taloudellisten vaikutusten ennakoimiseen yhdistää. 1940-luvun *reella överbälganden* eli *social engineering* -juridiikka painotti oikeuden yhteiskunnallisia tavoitteita ja vaikutuksia tavalla, joka poikkesi varsin radikaalisti tuolloin vielä vallalla olleen käsittelainopin tavasta hahmottaa oikeudellinen tulkinta eräänlaisena systeemisellä käsitelogiikkana. Oikeus nähtiin nyt ”yhteiskunnallisena insinööritaitona” (engl.: *social engineering*), jonka avulla yhteiskuntaan voitiin tietoisesti vaikuttaa sekä lainsäädännöllä että yksittäisillä tuomioistuini- ja viranomaisratkaisuilla. Suuntauksen synty ajoittuu 1940-luvulle Suomen ruotsinkielisten juristien, kuten Erik af Hällströmin, C.H. Ekin, Berndt Godenhielmin ja Lars Erik Taxellin, kirjoituksiin. Perinteistä lainsäädäntökeskeistä ja vahvasti systeemistä lainoppia haluttiin laajentaa ja muuttaa siten, että *reaalisilla argumenteilla* sekä tuomioistuinten antamalla *prejudikaateilla* olisi ollut aiempaa suurempi painoarvo käsitelainopin korostaman systeemilogiikan ja käsitteellisten päätelmien sijaan. Tästä väistämättä seuraava oikeudenkäytön kasuistisuus ja yleislausekkeiden välttämättömyys oikeudellisen sääntelyn välineinä avoimesti tunnustettiin, mitä oikeuteen systeemisemmin ja käsittelainopillisemmin suhtautuneet juristitutkijat kritisoivat epätieteellisenä ja tunteenomaisena lähestymistapana oikeuteen. *Reella överbälganden* -juridiikka liitti oikeuden ja oikeudellisen tulkinnan sen *yhteiskunnalliseen* kontekstiin käsittelainopin edustaman oikeussysteemisen ja käsitteellisen-logiikan kontekstin sijaan. Käsittelainopin valta-asemaa oikeuteen instrumentalistisesti suuntautuneet tutkijat eivät kyenneet horjuttamaan, vaikka ehdotetun oikeudellisen tulkinnan ennakoitavissa olevat yhteiskunnalliset vaikutukset onkin nykyisin eräänlainen oikeudellisen tulkinnan viimekätinen kontrollikriteeri. *Reella överbälganden* -juridiikan ajatus oikeudesta tietoisena yhteiskunnallisena sääntelyinstrumenttina on sekin nykyisin yleisesti hyväksytty, samoin kuin ajatus oikeudellisten yleislausekkeiden käyttämisestä lainsäädännössä.

Toisaalta, 1990-luvulla ja 2000-luvulla *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi* on jatkanut puoli vuosisataa aiemmin vaikuttaneen *reella överbälganden* -juridiikan instrumentalistista metodiohjelmaa. Oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi on perustellut käsityksen, jonka mukaan *taloudellinen kustannustehokkuus* on lainsäädännön ja oikeudellisen tulkinnan keskeinen tai suorastaan johtava kriteeri, tulkittuna esimerkiksi liiketoiminnan transaktiokustannusten minimoinnin ja optimaalisen yhteiskunnallisen resurssiallokaation toteuttamisen merkityksessä. Oikeustaloustieteellisen laintulkintaopin myötä taloudellinen rationaalisuus on tuotu osaksi oikeudellista tulkintaa tavalla, joka rikkoo Kelsenin puhtaan oikeusopin tarkoittaman oikeustieteen metodisen puhtauden ja omalaki-

suuden suhteessa taloustieteeseen. Yleistettynä tulkintamatriisina oikeustaloustieteellisen laintulkintaopin käyttöala rajoittuu kuitenkin lähinnä yhteisöoikeuden sisämarkkina- ja kilpailuoikeuden, yritysjuridiikan sekä arvopaperien ja vastaavien hyödykkeiden vaihdannan oikeudellisiin ongelmiin. Esimerkiksi perusoikeuksiin ja kansalaisten sosiaaliturvaan ulotettuna oikeustaloustieteellinen lähestymistapa on huomattavasti vaikeammin perusteltavissa.

f) *Oikeusperiaatteiden punnintamalli* toteuttaa osaltaan vaihtoehtoisen lainopin ja sosiaalisen siviilioikeuden ajatusta voimassa olevan oikeuden sisäisesti ristiriitaisista elementeistä, jota nyt tulkitaan keskenään kilpailevien oikeusperiaatteiden merkityksessä esimerkiksi Juha Pöyhösen sopimusoikeuden tai Jaakko Jonkan syyttäjän syyteharkinnan jäsentämisessä. Yhteistä niin oikeusperiaatteiden punnintamallille kuin sosiaaliselle siviilioikeudelle sekä naisoikeus- ja tasa-arvotutkimukselle on ajatus *tilannesidonnaisen* oikeudellisen arvioinnin välttämättömyydestä, mikä saa syrjäyttää käsitelainopin ja analyyttisen oikeustieteen ajatuksen yleisten ja abstraktien oikeuskäsitteiden ja ennalta vakioidun oikeudellisen käsitesystematiikan varassa tapahtuvasta oikeudellisesta analyysistä.

Pöyhönen jäsentää sopimusoikeutta yleisen *sopimusmallin* eli sopimusoikeutta jäsentävien oikeudellisten peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktoiden yhdistelmän avulla, erottaen toisistaan sopimusoikeudellisen tahtomallin, luottamusmallin, oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön mallin sekä Thomas Wilhelmssonin sosiaalisen siviilioikeuden ajatuksiin palautuvan heikomman hyvittämisen mallin. Tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkinta päättyy Pöyhösen mukaan eri sopimusmallien taustalla vaikuttavien oikeusperiaatteiden eli sopimusvapauden periaatteen, vaihdannan intressin, yhteisöllisen kohtuusperiaatteen sekä heikomman hyvittämisen periaatteen aidosti tilannekohtaiseen punnintaan (engl.: *weighing and balancing*) sopimuksen tai yksittäisen sopimusehdon kohtuullisuutta tai kohtuuttomuutta arvioitaessa. Pöyhösen sopimusmallin yleisessä ideassa on ilmeisiä vaikutteita – paitsi Ronald Dworkinin oikeusperiaatteiden varaan rakentuvasta oikeuskäsityksestä sekä Hans Kelsenin ja Alf Rossin ajatuksesta, jonka mukaan oikeusnormeja, tai tässä sopimusmallia, käytetään tulkinta-avaimena eli tulkintakehyksenä yhteisöllisen todellisuuden hahmottamisessa – myös käsitelainopin systeemisestä logiikasta, kun oikeudelliset peruskäsitteet on Pöyhösen mallissa sijoitettu oikeudellisen systeeminrakennuksen keskiöön lainopillisten dogmien ja konstruktoiden ohella. Pöyhösen sopimusoikeuden jäsenitys on toisin sanoen vähintäänkin heikosti systeeminen oikeusperiaatesidonnainen malli sopimusoikeudesta, koska yhteisölliselle kohtuusperiaatteelle ja tilannesidonnaiselle sopimustasapainolle on siinä annettu systeeminen etusija muihin sopimusoikeutta jäsentäviin oikeusperiaatteisiin, kuten *pacta sunt servanda* -oppia ilmentävään tahtoperiaatteeseen tai perustellun luottamuksen sijaan periaatteeseen, nähden.

Jaakko Jonkka on analysoinut syyttäjän syyteharkintaa oikeusperiaatteiden

punnintamallin avulla, missä Robert Alexyn tavoin *optimointikäskyiksi* (saks.: *Optimierungsgebote*) ymmärretyt oikeusperiaatteet jäsentävät edelleen normatiivisesti oikeussääntöjen avoimeksi jättämää ”harmaata vyöhykettä”. Sääntökeskeisessä oikeuspositivistisessä ajattelussa tämä oli jäänyt oikeudellisen päätöksentekijän, kuten tuomarin tai syyttäjän, vapaan eli lainsäätäjän harkintaan rinnastuvan ratkaisuvallan alaisuuteen. Oikeusperiaatteiden avulla vain heikosti normatiivisesti säännelty elämänalue on oikeudellisesti edelleen jäsennettävissä. Oikeusperiaatteita voitaisiin hyödyntää myös tilanteessa, jossa tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaa samanaikaisesti lukumääräisesti liiallinen ja keskenään ristiriitainen joukko oikeussääntöjä. Syyttäjän syyteharkinnassa on Jonkan mukaan vastakkain kaksi keskeistä oikeusperiaatetta: yhtäältä valtiollinen *jutun selvittämisentressi* eli pyrkimys sen selvittämiseen, onko rikoksesta epäilty henkilö todellakin syyllistynyt siihen rikosoikeudellisesti moitittavaan tekoon, josta häntä kertyneen näytön perusteella epäillään, sekä toisaalta syytetyn *oikeusturvaintressi* ja lähtökohtainen syyttömyysolettama eli periaate, jonka mukaan rikoksesta epäiltyä on pidettävä syyttömänä kunnes syyttäjän toimesta toisin osoitetaan. Syyteharkinnassa syyttäjän tulee suhteuttaa nämä kaksi periaatetta tai intressiä tapauskohtaisesti keskenään, jolloin syytekynnys on tapauskohtaisesti muuntuva sekin. Oikeusperiaatteiden punnintaa on toki toteutettu muullakin tavoin,⁶⁶ mutta Pöyhösen ja Jonkan oikeudelliset analyysit edustavat sen kahta keskeistä suuntausta.

g) *Naisoikeustutkimus* arvioi voimassa olevaa oikeutta siitä näkökulmasta, miten hyvin voimassa oleva lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö toteuttavat yhteiskuntaideaaliksi valittua sukupuolten välistä tasa-arvoa sekä naisten yhteiskunnallisten erityisintressien huomioon ottamista ja naisten suhteellisen aseman parantamista. Laajemmin ymmärrettyinä *oikeudellinen tasa-arvotutkimus* vaatii oikeudellisen sääntelyn ja päätöksenteon mukauttamista erilaisten kansalaisryhmien toisistaan poikkeaviin tarpeisiin. Vaihtoehtoista lainoppia ja naisoikeustutkimusta yhdistää oikeuden ja vallitsevan lainopin doktriinin yhteiskunnallinen *ideologiakritiikki*: voimassa oleva oikeus ei ole ideologisesti neutraali sääntelyjärjestelmä, jollaisena analyttinen oikeustiede on sen tahtonut esittää, eikä valitseva lainopin doktriini ole sekään arvo- tai kohdeneutraali suhteessa filosofisesti, yhteiskunnallisesti ja oikeudellisesti keskeiseen *sukupuolieroon*. Vaihtoehtoisen lainopin alun perin marxilainen taustaideologia on nyt vaihtunut naisnäkökulmaa painottavaan *feministiseen* oikeus- ja yhteiskuntaideologiaan. Naisoikeustutkimus ei ole kovin yhtenäinen tulkintamatriisi, vaan opillista hajautuneisuutta eli yhtenäisen teoreettisen tai metodisen viitekehyksen puuttumista on pidetty jopa sanotun tutkimussuuntauksen yhtenä keskeisenä tunnuspiirteenä.

Tutkimukselliselta tiedonintressiltään naisoikeustutkimukselle rinnasteinen

⁶⁶ Ks. myös luku 7.5.3. ”Lainoppi ja oikeudelliset metodifragmentit”, *in fine*.

oikeudellinen tasa-arvotutkimus voi tarkastella oikeutta esimerkiksi lasten, vanhusten, vammaisten tai erilaisten etnisten, uskonnollisten tai vaikka seksuaalisten vähemmistöryhmien oikeudellisten ja yhteiskunnallisten erityisintressien näkökulmasta. Yhteiskuntapoliittisena tavoitteena on samalla sen arvioiminen, miten sanotunlaisia intressejä voitaisiin lainsäädännön ja oikeuskäytännön avulla parhaiten edistää.

h) *Kriittinen oikeuspositivismi* perustuu Kaarlo Tuorin oikeusajatteluun. Moderni oikeus on hänen mukaansa monitasoinen ilmiö, jossa voidaan erottaa kolme ajallista kerrostumaa: oikeuden pintataso, oikeuskulttuurin taso sekä oikeuden syvätkaso. Näistä kukin noudattaa omaa ajallista muutosdynamiikkaansa. *Oikeuden pintataso* koostuu lainsäädännöstä, yksittäisistä tuomioistuinratkaisuista sekä vallitsevan ja kriittisen lainopin tulkintalauseista. *Oikeuskulttuurin taso* käsittää oikeudenalakohtaisesti eriytyneet yleiset opit eli oikeuskäsitteet ja yleiset oikeusperiaatteet, kuten sopimusoikeuden tahtoperiaatteen tai heikomman suojelun periaatteen, sekä oikeudelliset päättelymallit, kuten yhtäältä (käsitelainopin) formaalin ja toisaalta (sosiaalisen siviilioikeuden) tarverationaalisen oikeudellisen päättelyn. Oikeuskulttuurin taso edustaa ammatillisesti eriytyntä oikeudellista asiantuntijakulttuuria. Siinä on toisin sanoen kyse oikeudellisen ajattelun käsitteellisistä, normatiivisista ja metodisista malleista, jotka ovat vain vähitellen ”sedimentoituneet” oikeuden tahdonvaltaisen eli lainsäätäjän ja tuomioistuimen tietojen päätösten avulla muutettavissa olevan pintatason alle. *Oikeuden syvätkaso* käsittää modernin oikeuden perustavat oikeuskategoriat, kuten oikeussubjektin tai suvereenin lainsäätäjän käsitteet, perustavimmat normatiiviset oikeusperiaatteet, kuten oikeusvaltioperiaatteen tai ihmisoikeusperiaatteen, sekä vallitsevan oikeudellisen rationaalisuustyyppin, kuten Weberin formaalin rationaalisuuden, Habermasin kommunikatiivisen rationaalisuuden tai François Ewaldin ”Normin rationaalisuuden”. Lisäksi oikeus koostuu yhtäältä oikeusnormeista eli oikeussäännöistä ja oikeusperiaatteista sekä toisaalta lainsäädännön, oikeuskäytännön ja oikeustieteen kaltaisista oikeudellisista käytännöistä, jotka tuottavat ja uusintavat oikeusnormeja.

Oikeuden monitasomallin avulla Tuori pyrkii perustelemaan samalla kertaa tahdonvaltaisen ja aidosti kriittisen oikeustutkimuksen mahdollisuuden. Oikeuskulttuurin tason ja oikeuden syvätason käsittämät sisällölliset oikeusperiaatteet sekä oikeuden pintatasolla kriittisen lainopin tuottamat tulkintalauseet tarjoavat oikeuden tutkijalle normatiivisen mittapuun, jota vasten toteutunutta lainsäädäntöä, yksittäisiä tuomioistuinratkaisuja sekä lainopin vallitsevan doktriinin tuottamia oikeudellisia tulkintalauseita voi kriittisesti arvioida. Metodiopillisesti Tuorin kriittinen oikeuspositivismi noudattaa lähinnä oikeusperiaatteiden tilannesidonnaisen punnintamallin menetelmällisiä lähtökohtia, missä Ronald Dworkinin tavoin ymmärretyillä aineellisilla oikeusperiaatteilla on keskeinen merkitys. Toisaalta ajatus oikeuden lainsäädäntöä ja toteutuneita tuomioistuinratkaisuja edel-

tävien tai ”syvempien” kerrostumien tai tasojen merkityksestä liittää kriittiseen oikeuspositivismiin systeemis-käsitteellisen elementin, joka toteuttaa – termin heikossa merkityksessä – käsitelainopin kaltaisia systeemisiä pyrkimyksiä.

i) *Perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi* asettaa perustuslain selväsanaisesti hyväksymän tai vähintäänkin hiljaisesti edellyttämän *perusoikeusjärjestelmän* oikeudellisen analyysin vakioiduksi semanttiseksi referenssiksi eli ajatukselliseksi kiintopisteeksi, jota vasten ehdotetun oikeudellisen systematiikan sekä yksittäisten oikeudellisten tulkinta- ja punnintakannanottojen lainmukaisuutta ja oikeellisuutta tulee arvioida. Perusoikeudet voidaan jakaa kolmen tai neljän sukupolven perusoikeuksiin niiden syntyajankohdan ja sisäisen logiikan perusteella. *Yksilölliset vapausoikeudet*, kuten hengen, terveyden, omaisuuden ja yksityisyyden suoja, kuuluvat ensimmäisen sukupolven perusoikeuksiin. *TSS + O-oikeudet* eli taloudelliset, sosiaaliset, sivistykselliset sekä, tulkintani mukaan, myös juridiset eli *oikeudelliset* oikeudet oikeusturvan saatavuuden, hallinnon lainalaisuuden ja kansalaisten oikeuksiinsa pääsyn (engl.: *access to justice*) merkityksessä kuuluvat perusoikeuksien toiseen sukupolveen, kuten kansalaisten oikeus koulutukseen, terveydenhuoltoon, oikeusturvaan, toimeentuloturvaan tai työttömyysturvaan. Kolmannen sukupolven perusoikeuksilla tarkoitetaan *yhteisöllisiä* tai *kollektiivisia oikeuksia*, kuten kansojen itsemääräämisoikeutta, oikeutta rauhanomaiseen kehitykseen tai oikeutta omaehtoiseen kulttuuriin. Toisinaan erotetaan vielä neljännen sukupolven perusoikeuksina erityiset *luontoa ja ympäristöä* koskevat oikeudet, kuten oikeus kestävään kehitykseen sekä eläinten oikeudet.

Perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin taustalla on ajatus *oikeusperiaatteista*, joiden tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaava vaikutus on vain tilannekohtaisesti arvioitavissa. Perusoikeuksia tukevien oikeusperiaatteiden keskinäisessä kollisiotilanteessa, missä kaikkia oikeusperiaatteita ei voi yhtäläisesti toteuttaa, on arvioitava kunkin asiaanvaikuttavan oikeusperiaatteen taustalla vaikuttavien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden tilannesidonnainen painoarvo. Sovellettava ratkaisuharkinta noudattaa näin oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien punnintamenettelyä (engl.: *weighing and balancing*), joskin perusoikeudet ovat jäsentyneet systeemisesti muita periaateluontoisia ratkaisuperusteita vahvemmin voimassa olevan perustuslain niille takaaman poikkeuksellisen vahvan institutionaalisen tuen sekä vallitsevan *perusoikeusjärjestelmän* asettaman ja vähintäänkin heikosti vakioidun perusoikeuksien keskinäisen etusijajärjestyksen vuoksi. On nähdäkseni mahdoton kuvitella tilannetta, jossa jokin toisen sukupolven hyvinvointivaltioillisista TSSO-oikeuksista, kolmannen sukupolven yhteisöllisistä tai globaaleista perusoikeuksista tai neljännen sukupolven luontoa koskevista oikeuksista voisi syrjäyttää ensimmäisen sukupolven perusoikeuksiin kuuluvan kansalaisten hengen ja terveyden suojan. Myös suhteessa muihin oikeusperiaat-

teisiin perusoikeuksia tukevilla oikeusperiaatteilla on ainakin heikko systeeminen etusija, missä etusijan vahvuus lisäksi riippuu sanotulla tavalla kyseisen perusoikeuden tyypistä. Tältä osin on siis kyse vähintään *heikosti systeemisesti* jäsenytneestä oikeusperiaatteiden punnintamenettelystä. Muilta osin oikeudellinen harkintatilanne on dynaaminen ja systeemisesti avoin. Ajatus perusoikeusjärjestelmästä, joka määrittää perusoikeuksien ja niitä ilmentävien oikeusperiaatteiden keskinäisiä suhteita, tuo samalla perusoikeuskeskeiseen laintulkintaoppiin vähintään heikosti systeemisen elementin, joka liittyy sen tältä osin -ajatuksellisesti käsiteläinopin oikeussysteemisten pyrkimysten yhteyteen.

j) *Käytännönläheinen laintulkintaoppi* viittaa lainoppiin, jonka keskeiset tietenteoreettiset sitoumukset – eli toteutetun oikeustieteellisen tutkimuksen suhde lainsäätäjän ja tuomioistuinten toimintaa määrittäviin oikeuden *konstituutiosääntöihin*, oikeuden *tunnistamissääntöön* institutionaalisen oikeuslähdeopin merkityksessä, oikeudellisen metodiopin *argumentaationsääntöihin* oikeudellista tulkintaa, systematisointia ja punnintaa määrittävien sääntöjen (tai periaatteiden) merkityksessä sekä toteutettavaa oikeudellista käsiteläsystematiikkaa määrittäviin loogis-lingvistisiin *artikulaationsääntöihin* – ovat jääneet täsmentämättä lainopin perin juurin käytännölliseksi mielletyn tiedonintressin vuoksi. Termin ”käytännönläheisen laintulkintaoppi” alle kootut yksittäiset ja tietenteoreettisilta sitoumuksiltaan varsin hajanaiset tutkimukset eivät ole luokiteltavissa esimerkiksi analyttiseksi oikeustieteeksi, koska sidonnaisuus analyttisen koulun oikeusasema-analyysiin ja ei-referentiaalisiksi miellettyihin oikeuskäsitteisiin on jäänyt puutteelliseksi. Kyse ei ole myöskään esimerkiksi reaalisiin argumentteihin tukeutuvasta pragmaattisesta instrumentalismista eli *reella överbäganden* -juridiikasta, koska sidonnaisuus lainsäädäntöön ja lainsäätäjän käyttämään kieleen on käytännönläheisessä laintulkintaopissa olennaisesti edellistä suurempi eikä taloudellisilla argumenteilla ole etusijaa muodollis-juridisiin ratkaisuperusteisiin nähden. Käytännönläheisessä laintulkintaopissa on kyse reflektioimattomasta tutkimuksellisen mallin tai esikuvan sokeasta seuraamisesta ilman, että tutkija olisi omakohtaisesti pohtinut sanotun mallin tietenteoreettisia tai oikeusteoreettisia sidonnaisuuksia. Rudolf von Jheringin toteamus, jonka mukaan: ”Kaikista laeista, joiden parissa lakimiehet työskentelevät, he tuntevat huonoimmin oman tietensä lait”, pitää sen vuoksi poikkeuksellisen hyvin paikkansa käytännönläheisen laintulkintaopin suhteen.

Vaihtoehtoista lainoppia, sosiaalista siviilioikeutta, oikeustaloustieteellistä laintulkintaoppia, naisoikeus- ja oikeudellista tasa-arvotutkimusta sekä vallitsevasta tuomarinideologiasta poikkeavin osin myös oikeusperiaatteiden punnintamallia ja kriittistä oikeuspositivismia yhdistää kriittisen ajatuksellisen etäisyyden ottaminen oikeuteen yhteiskunnallisena tosiasiana sekä lainopin vallitsevan doktriinin sitoumuksiin *institutionaalisen tuomarireferenssin* eli vallitsevan tuomarinideologian käsittämien oikeuslähdeopillisten ja oikeudellisen argumentaa-

tioteorian sitoumusten merkityksessä: mikä on *voimassa olevan oikeuden* tietynhetkinen, institutionaalisista oikeuslähteistä oikeudellisten argumentaatiösääntöjen tarkoittamalla tavalla johdettavissa oleva *tulkinnallinen merkityssisältö* suhteutettuna määrättyyn oikeustosisekastoon f? Kriittinen oikeustutkija voi puolestaan sitoutua vallitsevasta tuomarinideologiasta suuntaan tai toiseen poikkeavaan institutionaalisen oikeuslähteopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian premissiin, jotka perustelevat *ideaalisen* eli *parhaan mahdollisen* tulkinnan voimassa olevasta oikeudesta, perustuen vaikkapa marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntakäsityksen (= vaihtoehtoinen lainoppi), hyvinvointivaltiollisen yleistetyn heikomman sopijapuolen suojelun (= sosiaalinen siviilioikeus), naisten tai jonkin muun yhteiskuntaryhmän tietoisien suosivan erityiskohtelun (= naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus) tai taloudellisen kustannustehokkuuden, transaktiokustannusten minimoinnin ja optimaalisen yhteiskunnallisen resurssiallokaation saavuttamisen varaan (= oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi).

15. ”... KUIN HEIKOILLA KEVÄTJÄILLÄ KULKIEN”

Oikeuteen ei ole *näkökulmaa ei-mistään*, niin olen edellä perustellut amerikkalaisfilosofi Thomas Nagelin onnistunutta sanontaa lainaten.⁶⁷ Oikeustieteellisessä niin kuin missä tahansa muussakin tieteellisessä tutkimuksessa on aina edellytettynä tietynlainen käsitys varsinaista tutkimuskohdetta ja tutkimusprosessia jäsentävistä tieteenteoreettisista sitoumuksista, oli kirjoittaja niistä itse tietoinen tai ei. Luvussa 9, ”Oikeudellisen metodiopin fragmentteja”, pyrin paikantamaan kulloinkin arvioitavana olevan tekstin kirjoittajan oman *tutkijanposition* eli *tutkijanäkökulman* suhteessa tekstiin: mistä tutkimuksellisesta näkökulmasta käsin kirjoittaja esittää tulkintansa oikeudesta ja mikä on sanotunlaisten tieteenteoreettisten sitoumusten suhde tekstissä esitettyihin väitteisiin? Hylkäsin totunnaisten idean tekstin parhain päin tulkitsemisesta ja pyrin sen sijaan tekstin *kriittiseen lähilukuun*. Pyrin tunnistamaan myös tekstin käsitteelliset, episteemiset ja metodiset halkeamat, katkokset ja epäjatkuvuudet sekä mahdolliset muut ongelmakohdat, jotka olivat jääneet kirjoittajalta itseltään havaitsematta. Tavoitteena oli arvioida eräiden keskeisten oikeudellisten tekstien *teoreettista viitekehystä* tavalla, jossa olen saanut vaikutteita Jacques Derridan *filosofisesta dekonstruktioista*.

Perustelin esimerkinomaisesti 25 hyvää syytä unohtaa valheelliset kuvitelmat kirjoittajan vilpittömästä hyvántahtoisuudesta ja suvereenista kaikkivoipaisuudesta suhteessa tekstin merkityksiä tuottaviin (ja samalla merkityksiä hajottaviin) yhteisöllis-kulttuurisiin, lingvistis-semanticisiin ja mentaalis-tajunnallisiin

⁶⁷ Nagel, *The View from Nowhere*.

rakenteisiin ja prosesseihin, lähtien filosofisessa katsannossa kielletyistä *non sequitur* -päätelmistä, loogisista kehäpäätelmistä ja itsensä kumoavista argumenteista erilaisiin tekstin sisäisen perustelukohereenssin vajeisiin, ”on katsottava” -tyyppisiin näennäispäätelmiin, ajatuksellisiin kuperkeikkoihin, missä kirjoittaja palaa jo kertaalleen virheelliseksi osoittamaansa argumenttiin, sekä performatiivisiin ristiriitoihin, missä kirjoittaja toimii räikeästi vastoin itse esittämiään metodisia, tutkimuseettisiä tai muita tutkimuksellisia periaatteita. Oikeustieteellistä, yhtä hyvin kuin filosofista, yhteiskuntatieteellistä tai mitä tahansa muutakin tekstiä, on syytä lähestyä asianmukaista varovaisuutta noudattaen, *kuin heikoilla kevätjäillä kulkien* ja jään (tai tekstin) kestävyyttä tämän tästä koetellen.⁶⁸ Vastuu on aina viime kädessä tekstin lukijalla: *caveat lector* – tekstin lukija pitääköön varansa! Toteuttamani oikeudellisten tekstien kriittinen lähiluenta on saanut ilmeisiä vaikutteita Jacques Derridan filosofisesta ajattelusta. Mottona oli Derridan metodinen vaatimus.⁶⁹

”... the unlimited right to ask any question, to suspect all dogmatism, to analyze every presupposition, even those of the ethics or the politics of responsibility.”

Sallittujen kysymysten ala ei toisin sanoen ole ennalta rajattu (vaikka vastakaisia pyrkimyksiä oikeuskirjallisuudessa aika ajoin esiintyy), vaan tutkijalla on rajoittamaton oikeus esittää mikä tahansa tutkimuksellisesti perusteltu kysymys, oikeus epäillä kaikkea älyllistä dogmatismia sekä oikeus alistaa mikä tahansa tutkimuksellinen ennako-olettama kriittisen analyysin kohteeksi, oli sitten kyse vaikkapa yhteiskunnallisen vastuun eettisistä ja poliittisista – tai oikeudellisista – perusteista. Kriittisen lähiluvun kohteeksi valitsemani teokset edustavat, filosofi Ludwig Wittgensteinia ja oikeusfilosofi H.L.A. Hartia lukuunottamatta, viimeaikaista suomalaista oikeuskirjallisuutta.

Arvioin ensinnä Juha Pöyhösen väitöskirjaa *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*. Pöyhönen analysoi sopimusoikeutta kohdeneutraaliksi tarkoitettua sopimusmallin idean avulla. *Sopimusmalli* käsittää (1) *oikeudelliset peruskäsitteet*, (2) *dogmit* ja (3) *konstruktiot*, joiden avulla sopimusoikeutta jäsenetään. Pöyhönen erottelee kirjassa neljä erilaista sopimusmallia, joista tarkemmin käsitellään kolmea: sopijapuolten alkuperäiseen tahtojen konsensusukseen perustuva *tahtomalli*, vaihdannan intressin ja vilpittömän mielen suojan varaan rakentuva sopimuksen *luottamusmalli* sekä yhteisöllisen kohtuuseriaatteen ja aristotelisen tilannekohtaisen sopimustasapainon idean varaan jäsentyvä *oikeu-*

⁶⁸ Silta, A *Theory of Precedent*, s. 38, 264–267.

⁶⁹ Derrida, *On the Name*, s. 28. – Derrida viittaa tekstikatkelmassa yleisesti kirjallisuuden kriittiseen tehtävään, mutta ajatuksen voi kohdentaa myös erityisesti oikeuskirjallisuuteen.

denmukaisen yhteisöllisen käytännön malli eli yhteisöllinen kohtuusmalli. Neljäntenä Pöyhönen viittaa vielä heikomman sopijapuolen hyvittämisen eli *heikomman suojelun malliin*, jota Thomas Wilhelmssonin sosiaalinen siviilioikeus toteuttaa.

Perustelin väitteen, jonka mukaan Pöyhösen sisällöllisesti kohdeneutraaliksi tarkoitettuun yleisen sopimusmallin ideaan sisältyy kirjoittajan huomaamatta piilevä ja vähintään heikosti käsitelainopillinen ainesosa, joka vinouttaa oikeudellista analyysia oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön mallin sekä sosiaalisen siviilioikeuden keskeisideoihin palautuvan heikomman hyvittämisen mallin osalta, koska sanotut tilannesidonnaisiin oikeusperiaatteisiin perustuvat sopimusmallit – toisin kuin sääntösidonnaiset sopimusoikeuden tahtomalli ja luottamusmalli – eivät ole systemaattisesti vakioitavissa ja formalisoitavissa Pöyhösen yleisen sopimusmallin edellyttämään *oikeudellinen peruskäsite + dogmi + konstruktio* -muotoon. Tästä on osoituksena sekin, ettei kirjoittaja anna yhtään esimerkkiä oikeudenmukaista yhteisöllistä käytäntöä (tai heikomman osapuolen suojelua) jäsentävistä oikeudellisista peruskäsitteistä tai lainopillisista dogmeista. Pöyhösen tutkimusta rasittaa *metodinen halkeama*, jonka eri puolille sijoittuvat sopimusoikeuden mallit – eli yhtäältä sääntösidonnaiset tahtomalli ja perustellun luottamuksen suojaan perustuva malli sekä toisaalta oikeusperiaatesidonnaiset oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön malli ja heikomman hyvittämisen malli – eivät ole yhteismitalliset suhteessa vakioituun tutkimukselliseen referenssiin eli sopimusmallin yleiseen konstituutioon. Sanottu tutkimuksellinen epäjatkuvuus poistuu vasta, kun sopimusmalli määritellään vahvasti kohdesidonnaisella tavalla suhteessa sen aineelliseen sisältöön.

Markku Helinin väitöskirja *Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960* arvioi suomalaisen lainopin tieteenkuvassa tapahtunutta muutosta käsitelainopista analyttiseen oikeustieteeseen skandinaavisen oikeusrealismin keskeisideoiden valossa. Helin perustelee kirjassaan kaksi erilaista näkökulmaa oikeuteen, joista toinen toteuttaa *hiljaisen tekijän tiedon* ja toinen *reflektoidun teoreettisen tiedon* mukaista tiedonintressiä. Perustelin tulkinnan, jonka mukaan myös Thomas S. Kuhnin tieteen sosiologiaa, jota Helin teoksessaan seuraa, voi lukea kahdelta eri tarkastelutasolta käsin, joko tieteenkuvan yleisiä ja teoreettisia tai yksittäisiin esimerkinomaisiin tutkimuksellisiin esikuviin eli *eksemplaareihin* liittyviä määreitä painottaen.

Skandinaavisen oikeusrealismin filosofisena innoittajana oli ruotsalaisfilosofi Axel Hägerströmin arvonihiilistinen ja metafysiikkakielteinen käsitys todellisuuden luonteesta, mitä vasten Upsalan koulukunnan edustajat, kuten Karl Olivecrona, Vilhelm Lundstedt, Per Olof Ekelöf, Alf Ross ja Knud Uden, kirjoittivat kukin oman teoriansa oikeudesta ja oikeustieteestä. Tavoitteena oli ”pelastaa” oikeustiede Hägerströmin metafysiikkakritiikiltä, joka oli kieltänyt filosofisen

metafysiikan ja siinä sivussa myös lainopin tieteenteoreettisen oikeutuksen. Vaikka suomalaisten lainoppineiden *ontologian taju* eli Hägerströmin vaikeaselkoiseksi tiedetyn filosofian tuntemus osoittautui Helinin itsensä mukaan varsin puutteelliseksi, hän yhtä kaikki suhteuttaa suomalaisen lainopin tieteenkuvan ja siinä tapahtuneet muutokset pikemminkin reflektoidun teoreettisen tiedon kuin hiljaisen tekijän tiedon mukaiseen tiedonintessiin ja käsitykseen oikeustieteestä. Samalla Kuhnin itsensä korostama ajatus tutkimuksellisesta mallioppimisesta eli käytännön tutkimuksellisten esikuvien eli eksemplaarien seuraamisesta on saanut väistyä lainopin teoreettisemmin määriteltujen premissien tieltä. Hahmotellen tekstissä vaihtoehtoisen tavan lähestyä suomalaisen lainopin tieteenkuvan muutosta.

Perustelin väitteen, jonka mukaan amerikkalainen Wesley Newcomb Hohfeldin toteuttama omistusoikeuskäsitteen analyttinen tarkastelu, johon Simo Zitting viittaa heti väitöskirjansa *Omistajanvaihdoksesta silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia* ensimmäisellä sivulla, sen järjestyksessä toisessa alaviitteessä, tarjosi suomalaiselle analyttiselle siviililainopille tutkimuksellisen oikotien ohi Hägerströmin vaikeaksi tunnetun todellisuuden teorian. Suomalaisen lainopin suhde Thomas S. Kuhnin tieteensosiologian keskeiskäsitteeseen ”tieteellinen vallankumous” osoittautuu monitulkintaiseksi, koska tutkimuksellinen siirtymä käsitelainopista analyttiseen siviilioikeustieteeseen sekä pragmaattiseen instrumentalismiin eli *reella överbäganden* -juridiikkaan merkitsi osin tutkimuksellista murrosta ja osin tutkimuksellista jatkuvuutta.

Kaarlo Tuorin *Kriittinen oikeuspositivismi* on kunnianhimoinen yritys perustella samalla kertaa tahdonvaltaisen positivistinen ja aidosti kriittinen teoria modernista oikeudesta yhteisöllis-kulttuurisena ilmiönä, jota lakimiesprofession ammatillisesti eriytynyt oikeuskulttuuri keskeiseltä osaltaan jäsentää ja uusintaa. Tuori on perustellut soveltamaansa *immanentin kritiikin* tutkimusohjelmaa myös metodisessa itsereflektiossaan, joka sisältyy Juha Häyhän toimittamaan teokseen *Minun metodini*.⁷⁰

”Kriittisen positivismin ohjelmassa kritiikki on immanenttia, kuten sen oli määrä olla marxilaisväritteisessä ideologiakritiikissäkin: *kohde itse, oikeus, tarjoaa välineet ja mittapuut omalle kritiikilleen*. Kriittisen positivismin ohjelmassa kritiikin immanentti luonne on jotain, mihin sen pakottaa jo positiivisuus modernin oikeuden tunnusmerkkinä. Positiivisena oikeutena moderni oikeus sallii itseään kritikoitavan vain sisältä käsin. Positiivinen oikeus ei tunnusta ulkopuolisen kritiikin oikeudellista relevanssia; tämän havaitsi jo Kelsen.”

⁷⁰ Tuori, ”Ideologiakritiikistä kriittiseen positivismiin”, s. 324 (kursivointi lisätty). Vrt. sama, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 30.

Kritiikki on siis sallittu vain sisältäpäin, positiivisen oikeuden itsensä tarjoamin käsitteellisin, normatiivisin ja metodisin apuvälinein. Tuori asettaa *kriittisen oikeuspositivismin* teorian vasten Kelsenin ja Hartin edustamaa perinteistä eli analyttistä oikeuspositivismia, joka Tuorin mukaan ei kykene vastaamaan kahteen keskeiskysymykseen: yhtäältä kysymykseen *oikeuden rajoista* ja toisaalta kysymykseen *oikeuden hyväksyttävyyden* ja sisällöllisen *kritiikin* perusteista. Käänsin Tuorin immanentin kritiikin ohjelman ”sisäänpäin” eli sanottuun teoriaan itseensä ja arvioin, miten hyvin Tuorin kriittinen oikeuspositivismi selviytyy itse asettamistaan arviointikriteereistä sekä oikeuden rajojen määrittämisen että oikeuden sisältekritiikin osalta.

Toisin kuin Tuori kirjassaan väittää, analyttisen oikeuspositivismin edustajat Hans Kelsen ja H.L.A. Hart onnistuivat oikeuden rajojen määrittelyssä huomattavasti Tuorin kriittistä oikeuspositivismia täsmällisemmin, Kelsen transsendentaalis-logisen perusnormikonstruktion (saks.: *Grundnorm*) ja Hart oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön (engl.: *ultimate rule of recognition*) avulla. Tuorin kriittinen oikeuspositivismi osoittautui, Boaventura de Sousa Santosin osuvaa termiä lainatakseni, *huokoiseksi positivismiksi* eli *huokoiseksi legaliteetiksi*, missä kriittisen lainopin tuottamat tulkintalauseet oikeuden tahdonvaltaisella pintatasolla sekä aineelliset oikeusperiaatteet oikeuden syvemmillä tasoilla välittävät ja suodattavat vallitsevan tai kriittisen yhteiskuntamoraalin arvosidonnaisia tulkintaperusteita oikeuteen. Samalla oikeuden rajat käyvät väistämättä epätarkoiksi ja huokoisiksi, eivätkä oikeuden muodollinen voimassaolo (engl.: *law as it is*) ja oikeuden sisällöllinen hyväksyttävyys (engl.: *law as it ought to be*) ole enää erotettavissa toisistaan Austinin, Kelsenin ja Hartin analyttisen oikeuspositivismin edellyttämällä tavalla. Jos oikeuskulttuurin tason yleisiä oikeusperiaatteita tai oikeuden syvätason perustavia normatiivisia periaatteita ei voi ylipäättään määrittää tai tunnistaa ilman viittausta vallitsevan tai kriittisen yhteiskuntamoraalin periaatteisiin ja/tai yhteiskunnallisiin tavoitteisiin, oikeuden sisäpuoli ja oikeuden ulkopuoli kietoutuvat yhteen *Moebiuksen silmukan* tavoin. Mutta mitä voi silloin olla oikeuden *immanentti* kritiikki? Tuori korostaa kirjassaan, miten kriittisessä oikeuspositivismissa ”modernia oikeutta lähestytään monitasoisena ilmiönä ja ulotetaan positiivisuuden tunnusmerkki oikeuden pinta-tason ohella oikeuskulttuuriin ja oikeuden syvärakenteeseen.”⁷¹ Yhteiskuntamoraalin arvoperusteet eivät tätä ehtoa kuitenkaan täytä, niin kuin eivät täytä vaihtoehtoisen tai kriittisen lainopin tulkintalauseetkaan. Lisäksi oikeuden viimekätiset pätevyys- tai erottelukriteerit, kuten Kelsenin puhtaan oikeusopin edellyttämä perusnormi tai Hartin viimekätinen oikeuden tunnistamissääntö, eivät ole luokiteltavissa normi/fakta tai oikeus/ei-oikeus -jaottelun alaisuuteen ilman, että

⁷¹ Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 342.

sanottu dikotomia samalla mitätöityy ja pyyhkiytyy yli, niin kuin olen toisaalla perustellut.⁷²

Se, että Kelsenin edellytetyn perusnormin tai Hartin oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön itsensä ontologinen status osoittautui asiaa lähemmin tarkasteltaessa pulmalliseksi, ei vaikuta tuomarin tai lainopin tutkijan astetta käytännönläheisempään oikeudelliseen tiedonintressiin sanotunlaisten tutkimuksellisten premissien vallitessa. Perusnormin tai oikeuden tunnistamissäännön itsensä ontologia saattaa olla varsin vaikeasti hahmotettavissa analyttisen oikeuspositivismin tarjoamien menetelmällisten ja käsitteellisten työvälineiden avulla, mutta tuomarille ja oikeuden tutkijalle ne tarjoavat kumpikin toimivan kriteerin oikeuden erottamiseksi kaikesta, mikä ei ole oikeutta, esimerkiksi vallitsevan yhteiskuntamoraalin, politiikan, uskonnon tai tapaetiketin käyttäytymisnormien merkityksessä.⁷³

Toisaalta, Tuori onnistuu perustelemaan oikeustieteen *kriittisen tehtävän* olennaisesti paremmin kuin Kelsen tai Hart, joiden käsitys oikeudesta on tältä osin sidottu lainsäätäjän tai tuomareiden jo tekemiin institutionaalsiin arvovallintoihin. Vallitsevan tai kriittisen yhteiskuntamoraalin kanssa yhteenkietoutuneet arvoperiaatteet sekä kriittisen lainopin tulkintalauseet, jotka siis rikkovat positiivisen oikeuden yhtenäisen rajapinnan, välittävät oikeuteen yhteiskunnallisia arvo- ja/tai tavoiteperusteita, joiden avulla oikeuden sisältökritiikki käy mahdolliseksi. Loppupäätelmänä Tuorin kriittisestä oikeuspositivismista on *nollasummayhtälö*: aito oikeuden sisältökritiikki on mahdollinen vain siltä osin kuin teorian lähtökohtaisesta positivistisuudesta sekä oikeuden ja moraalin tarkkarajaisesta erottamisesta toisistaan Austinin, Kelsenin ja Hartin tarkoittamassa merkityksessä on luovuttu aineellisten oikeusperiaatteiden sekä kriittisen lainopin tuottamien tulkintalauseiden hyväksi, ja oikeuden rajojen tarkkarajainen määrittäminen on mahdollinen vain siltä osin kuin oikeuden moraaliperustaisesta sisältökritiikistä on luovuttu puhtaasti tahdonvaltaisen ja oikeuspositivistisen oikeuskäsityksen hyväksi analyttisen oikeuspositivismin tarkoittamalla tavalla.

Juha Pöyhösen teos *Uusi varallisuus-oikeus* perustelee samalla kertaa analyttisen ja vahvasti tilannesidonnaisen eli, Pöyhösen termein, tilanneherkän käsityksen omistus-, sopimus- ja vahingonkorvausoikeudesta, missä vallitseva *perusoikeusjärjestelmä* on oikeuden viimekätinen semanttinen referenssi eli kiinnotpiste, johon oikeudellinen tulkinta tai punninta on aina viime kädessä palautettavissa. Perusoikeudet voidaan jakaa totutusti syntyajankohtansa mukaisesti kolmen tai neljän eri sukupolven oikeuksiin. *Yksilölliset vapausoikeudet*, kuten hengen, terveyden, omaisuuden ja yksityisyyden suoja, kuuluvat perinteisiin ensimmä-

⁷² Ks. luku 9.12. ”Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia?”.

⁷³ Kelsenin ja Hartin oikeusajattelua käsitellin edellä muun muassa luvussa 2, ”Mitä oikeus on?”, ja etenkin sen alaluvussa 2.2. ”Analyttinen oikeuspositivismi ja analyttinen oikeusrealismi”.

mäisen sukupolven vapausoikeuksiin. *TSS-oikeudet* eli taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet kuuluvat perusoikeuksien toiseen sukupolveen, kuten esimerkiksi oikeus koulutukseen ja sosiaaliturvaan. Perustelin edellä käsityksen, jonka mukaan myös juridiset eli *oikeudelliset oikeudet* kuuluvat osaltaan hyvinvointivaltioillisiin TSS + O -oikeuksiin toimivan oikeuslaitoksen sekä kansalaisten oikeusturvan ja hallinnon lainalaisuuden eli oikeuden saatavuuden ja kansalaisten oikeuksiinsa pääsemisen (engl.: *access to justice*) merkityksessä. Kolmannen sukupolven perusoikeuksilla tarkoitetaan kansoille ja ihmisryhmille kuuluvia *yhteisöllisiä tai kollektiivisia oikeuksia*, kuten kansojen itsemääräämisoikeutta, oikeutta rauhanomaiseen kehitykseen tai oikeutta omaehtoiseen kulttuuriin, jotka ilmentävät globaalia vastuuyhteiskuntaa. Toisinaan erotetaan vielä neljännen sukupolven perusoikeuksina erityiset luontoa koskevat oikeudet, kuten oikeus kestävään kehitykseen ja eläinten oikeudet.

Perustelin tulkinнан, jonka mukaan ensimmäisen sukupolven yksilölliset vapausoikeudet ovat oikeusvaltiollisia *protected rights (against invasion)* -tyyppisiä oikeuksia eli yksilöllisesti kohdennettuja oikeuksia sekä yksityisen sivullistahon että julkisen vallan oikeudenloukkauksia vastaan, kuten hengen, terveyden, henkilökohtaisen koskemattomuuden ja omaisuuden suoja. Toisen sukupolven TSS + O -oikeudet ovat hyvinvointivaltioillisia eli *access to* -tyyppisiä oikeuksia, joiden perusteella julkisella vallalla on velvollisuus turvata määrättyjen *julkishyödykkeiden markkinoiden*, kuten koulutuksen, terveydenhuollon, sosiaaliturvan tai vaihdantatalouden, toimivuus sekä kansalaisten esteetön pääsy niille. Kolmannen ja neljännen sukupolven perusoikeudet ovat globaalin vastuuyhteiskunnan *justice as* -tyyppisiä aidosti kollektiivisia oikeudenmukaisuusoikeuksia ja vastuuperustaisia toimintarajoituksia, kuten oikeus terveelliseen ympäristöön ja samalla vastuu ympäristöstä sekä sukupolvet ylittävä oikeudenmukaisuus kestävän kehityksen merkityksessä tai yhteisöllinen oikeudenmukaisuus vähemmistöryhmien kollektiivisena suojana, esimerkiksi edustuksellisten kiintiöpaikkojen ja tietoisien suosivan erityiskohtelun muodossa, samoin kuin oikeudenmukaisuus etnisten ja muiden ryhmien omaehtoisen kulttuurin suojeluna.

Pöyhönen erottaa perusoikeusjärjestelmän sisäisinä, *horisontaalisina sidosperiaatteina* kolme periaatetta, jotka vastaavat perusoikeuksien keskinäissuhteiden määrittelystä: *vastavuoroisuus*, *suhteellisuus* ja *yhdenvertaisuus*. Pöyhösen tutkimus on soveltavan perusoikeustutkimuksen terävintä kärkeä, mutta samalla se toistaa – niin vahvuuksineen kuin puutteineenkin – sitä metodista mallia, jonka kirjoittaja esitteli jo sopimusoikeudellista kohtuullisuutta käsitelleessä väitöskirjassaan. Aivan kuten sopimusmallin yleinen idea eli oikeudelliset peruskäsitteet + dogmit + konstruktio -malli edellä, perusoikeusjärjestelmän horisontaaliset sidosperiaatteet eivät ole sisällöllisesti *kohdeneutraaleja* suhteessa sääntelylogiikaltaan varsin erityyppisiin eri sukupolvien perusoikeuksiin. Perusoikeuksien edellytetty vastavuoroisuus voi toteutua vain ensimmäisen sukupolven yksilöl-

listen ja liberalististen vapausoikeuksien, ei toisen sukupolven hyvinvointivalttiollisten TSS + O -oikeuksien tai kolmannen (ja neljännen) sukupolven aidosti kollektiivisten perusoikeuksien kohdalla, joissa ei välttämättä ole edes osoitettavissa Pöyhösen teorian edellyttämää oikeuden vastapuolta esimerkiksi kestäväää kehitystä toteuttavien oikeuksien ja toimintarajoitusten kohdalla. Samoin yhdenvertaisuus ei tarkoita samaa asiaa liberalistisiin vapausoikeuksiin, hyvinvointivalttiollisiin TSS + O -oikeuksiin tai globaaleihin yhteisöllis-kollektiivisiin oikeuksiin sovellettuna.

Tapio Määttä perustelee kirjassaan *Maanomistusoikeus. Tutkimus maanomistusparadigmoista maaomaisuuden käytön ympäristöoikeudellisen sääntelyn näkökulmasta* käsityksen modernista, myös ympäristöoikeudelliset näkökohdat huomioon ottavasta maanomistusoikeudesta. Määttä kritisoi analyttistä siviilioikeustiedettä omistusoikeuden *luonnonoikeudellisten* tai, oikeammin, *fenomenologisten* välttämättömyyksien sivuuttamista. Seuraan Määttän argumentaatiota kirjan systemaattisiin tarkasteluihin, joissa luonnonoikeudelliset painotukset saavat kuitenkin väistyä varsin puhdaspiirteisesti analyttisen tarkastelun tieltä. Määttän suhde analyttiseen omistusoikeuskäsitteeseen ja tutkimustraditioon on oudolla tavalla kahtiajakautunut, samalla kertaa hyväksyvä ja torjuva. On kuin hänen vasen kätensä pyyhkisi kaiken aikaa pois sitä, minkä hänen oikea kätensä on jo analyttisen oppitradition mukaisesti omistusoikeudesta kirjoittanut, ja kirjoittaisi sen päälle toista, fenomenologista ja luonnonoikeudellista kertomusta omistusoikeuden apriorisesta sisällöstä sen kollektiivisen historiallisen alkupe-
rän, syvärakenteen justifikaation sekä etologis-antropologisen perustan merkityksessä. Määttä kritisoi analyttis-funktionaalista lähestymistapaa sillä perusteella, että se sivuuttaa ihminen – luonto -suhteen sekä omistamisen *aprioriset* eli lainsäädäntöä (ja empiirisiä havaintoja) käsitteellisesti edeltävät määreet oikeudellisesti merkityksettöminä. Tutkimuksen soveltavassa, voimassa olevaa maanomistusunormistoa systematisoivassa osassa analyttis-funktionaalista lähestymistapaa yhtä kaikki hyödynnetään ilman, että kirjoittajan edellä ehdottama fenomenologinen tai luonnonoikeudellinen ajattelutapa saisi olennaisesti vaikuttaa tuon analyysin lopputulokseen.

Kevät Nousiaisen väitöskirja *Prosessin herruus. Länsimaisen oikeudenkäytön ’modernille’ ominaisten piirteiden tarkastelua ja alueellista vertailua* tarkastelee länsimaisen oikeudenkäytön modernisoitumiskehitystä sekä, siihen liittyen, filosofisen ja oikeudellisen subjektikäsitteen syntyä ja myöhempiä muodonmuutoksia. Englantilaisen John Locken filosofia on Nousiaisen mukaan *empiirisen* tiedon ja sitä vastaavan subjektikäsitteen edellytys. Tieto voi Locken mukaan perustua vain aistihavaintoihin, eikä mitään apriorista, aistihavainnoista riippumattonta tietoa rationalistis-intuitiivisen päättelyn merkityksessä voi olla. *Transsendentaalinen* eli *oikeudellis-moraalinen* subjekti syntyi saksalaisen Immanuel Kantin transsendentaalifilosofian myötä. Ihminen on Kantin mukaan ”kahden

valtakunnan kansalainen”, jonka toimintaa ja moraalisia valintoja voidaan arvioida yhtäältä syy – seuraus -suhteisten kausaalilakien, toisaalta yleisesti velvoittavan moraalilain eli *kategorisen imperatiivin* avulla. Nousiainen kytkee Locken *common law* -oikeuden *jury*-laitoksen ilmentämään empiiriseen tietokäsitykseen, kun taas vasta Kantin transsendentaalifilosofia tekee oikeudellisen ja moraalisen subjektin synnyn mahdolliseksi.

Tarina modernin subjektikäsitteen konstituutiosta katkeaa kuitenkin kesken, sillä eräs kolmas subjektifilosofi on jäänyt sen ulkopuolelle. Locken empiirisen havaintosubjektin ja Kantin transsendentaalisen oikeus- ja moraalisubjektin rinnalle on tullut 1800- ja 1900-luvulla *ihmis- ja sosiaalitieteiden konstituoina* ja normalisoivan *kurinpidollisen vallankäytön kohteena oleva subjekti*, minkä semanttisen kaksitulkitaisuuden ranskankielen termi *objet disciplinaire* hyvin tavoittaa. Siinä yhdistyvät ajatus länsimaisesta subjektista erilaisten ”tarkkailevien ja rankaisevien” eli normaalistavien ja kurinpidollisten hoitotoimien kohteena sekä toisaalta erilaisten ”psykotieteiden” eli psykologian, psykiatrian, käyttäytymistieteen, kriminologian ja väestötieteen kaltaisten ihmis- ja sosiaalitieteiden tuottaman, kohdettaan normaalistavan tiedon tuottamana ilmiönä.⁷⁴ Uudenlainen ihmistieteellinen tieto länsimaisesta subjektista syntyi Foucault’n mukaan *ihmistieteiden laboratorioissa* eli vankilan, kuritushuoneen, sotilaskasarmien, mielisairaalan ja sisäoppilaitoksen kaltaisissa kurinpitolaitoksissa, joissa kertynyttä tietoa erilaiset ihmis- ja sosiaalitieteet pyrkivät sittemmin tieteellisesti jäsentämään. Valistuksen aika, joka keksi kansalaisten vapausoikeudet, kehitti myös erilaiset kurinpitotekniikat sanottujen vapauksien rajoittamiseksi.

Oikeusprosessissa tämä subjektikäsitteen muodonmuutos Locken empiirisen havaintotiedon kohteesta Kantin oikeudellis-moraaliseen, syyntakeiseen ja toisintoimimiseen kykenevään vastuunkantajaan sekä lopulta Foucault’n ihmis- ja sosiaalitieteiden tuottamaan sekä samalla normalisoivan kurinpidollisen vallankäytön kohteena olevaan subjektiin ilmenee ei-oikeudellisen asiantuntijavallan muodossa. Niin kuin ”tiedonarkeologi” ja vallankäytön genealogi Michel Foucault huomautti tarkkanäköisesti *Tarkkailla ja rangaista* -teoksessaan, erilaiset ihmis- ja sosiaalitieteiden, kuten kasvatustieteen, psykologian, psykiatrian ja erilaisten kriminaalitieteiden, edustajat ovat saaneet puhevallan modernissa oikeusprosessissa tuomarin ja *jury*-instituution rinnalla sosiaalisia poikkeavuuksia arvioitaessa sekä tarkoituksenmukaisia oikeudellisia, sosiaalisia tai hoidollisia seuraamuksia määrättäessä. Tämän subjektikonstituution keskeisjuonteen Nousiainen sivuuttaa, vaikka tutkimuksen nimenomaisena teemana siis on länsimaisen oikeusprosessin ja sitä vastaavan subjektikäsitteen modernisaatio.

”Kielen ja maailman rajat, I: ”*Oikeus, joka on kuin sementtiä ...*” on – tietenkin, niin kuin lukija varmasti oivalsi – tietoinen tutkimuksellinen parodia lähes-

⁷⁴ Foucault, *Tarkkailla ja rangaista*, *passim*.

tymistavasta, joka antaa kielen käsitteiden foneettisesta analyysistä tehtäville päätelmille tieteellistä arvoa ja filosofista merkitystä. Håkan Gustafssonin muutoin ansiokas kirjoitus, jota siis tekstissä arvioin, alkaa lainauksella Edmont Jabés’lta:⁷⁵

”’Commencement, ’beginning’: comment se ment? *How does the beginning lie to itself in order to compel recognition as beginning? How does it, in lying to itself, lie to us and establish its lie so firmly it makes us believe we begin with it? This is my inquiry for today*’, wrote Reb Saadoun.”

Kirjoituksessaan Kelsenin ja Spinozan ajattelun suhteista, ”Immanence of Law”, ruotsalainen tutkija Håkan Gustafsson tekee mielestäni arveluttavia päätelmiä ranskankielen foneettisesta kaksitulkintaisuudesta: *commencement* (= alku, aloitus) ääntyy foneettisesti samoin kuin *comment se ment?* (= ”miten valehdellaan?”). Tällä modernin oikeuden alun/petoksen yhteenkietoutumisella kirjoittaja leikittelee toistuvasti tekstissä: itse itsensä perustavalla ja legitimoivalta oikeudella ei ole alkua tai perustaa ilman väkivallan (itse)petosta.⁷⁶ Gustafssonin lingvistinen (kvasi)argumentti on etäistä sukua Jacques Derridan *différence/différance* -erottelulle, jota puhuttu ranska ei kykene ylläpitämään ja jonka Derrida sen vuoksi asettaa *filosofisen dekonstruktion* keskiöön. Derridalla sanottu lingvistinen argumentti tuottaa joukon filosofisesti äärimmäisen kiinnostavia seurauksia,⁷⁷ mutta samaa ei nähdäkseni voi sanoa Gustafssonin lingvistiksestä argumentista. Foneettis-käsitteellisiä päätelmiä löytyy viimeaikaisesta oikeuskirjallisuudesta toki muualtakin. Panu Minkkinen arvioi *Thinking without Desire* -teoksessa Carl Schmittin saksan kielen ”alkutermien”, kuten termin *Raum*, foneettisen analyysin perusteella tekemiä päätelmiä kielestä ja maailmasta,⁷⁸ ja Kjell Sevón puolestaan hämmentää heideggerilaista käsi/käsitepuuroa varsin tajuunnavirralliseen tyyliin oikeuden polysentrian ideaa tavoitellen.⁷⁹

Jatkoin Gustafssonin foneettista analyysia *ad absurdum*: ”Foneettisesti *commencement* ääntyy myös samoin kuin *comme en ciment* (t. *ciment*) (= kuin sementissä t. sementtiin).” Viittaaan tekstissä eteläisen Tyynen valtameren *Noûsul*-saarten primitiiviseen *Noît-cif* -heimoyhteisöön. Tämä on tietenkin täydellisesti fiktiota, niin kuin jokainen Alf Rossin ”Tû-Tû”-artikkelin huolella lukenut tietää.⁸⁰

⁷⁵ Gustafsson, ”Immanence of Law”, s. 135 (kursivoinnit alkutekstissä). – Gustafssonin keskeispäätelmä Hans Kelsenin ja Baruch Spinozan ajattelun keskeissuhteesta on kiinnostava ja ansaitsisi perinpohjaisemman arvion kuin mihin tässä on ollut mahdollisuus.

⁷⁶ Gustafsson, ”Immanence of Law”, s. 135, 140–141, 145, 166.

⁷⁷ Filosofisesta dekonstruktiosta prejudikaatiooikeuteen sovellettuna, Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 22–29, 32–34, 229–231, 255–260, 264–267.

⁷⁸ Minkkinen, *Thinking without Desire*, s. 61.

⁷⁹ Sevón, ”Käsi ja käsite”, *passim*.

⁸⁰ Ross, ”Tû-Tû” (1951), s. 474; sama, ”Tû-Tû” (1957), s. 817.

”*Saisi par le droit, (c’est) comme en ciment* (t. *ciment*)”: oikeuden kohteeksi tai määrittelemäksi joutuminen on kuin tulisi valetuksi sementtiin, niin kuin eteläisen Tyynen valtameren *Noïssulli*-saarten primitiivinen *Noît-cif* -yhteisö ilmaisikin asian 1900-luvun alussa murteellisella ranskallaan. Tanskalaisen Alf Rossin klassisen ”Tû-Tû”-artikkelin tunnetuksi tekemän illyrialaisen antropologin, Negni Ydobonin, mukaan tuo *Noît-cif* -yhteisön uskonnollisen rituaali-kielen ilmaus on tavattu myös muodossa ”*Sujet à le droit, ...*” tai jopa ”*Frappé par le droit, ...*”. Oikeuden määrittelemäksi ja käsitteellisen haltuunoton kohteeksi joutuminen voi olla sen kohteelle eli yksittäiselle heimon jäsenelle varsin totaalinen, sekä traumaattinen että vapauttava kokemus subjektin oikeudellisen konstituution ja oikeudellisen alistamisen kaksijakoisessa merkityksessä.

Tekstin viittaukset Thomas Hobbesin sotaiaan luonnontilakäsitykseen, Émile Durkheimin sosiaalisen työnjaon eriytymiseen, Pierre Bourdieun analysoimiin sosiaalisiin distinktioihin, Michel Foucault’n ihmis- ja sosiaalitieteiden genealogian keskeisajatuksen oikeussubjektin samanaikaisesta konstituutiosta ja kurinpidollisesta alistamisesta sekä H.L.A. Hartin ideaan oikeuden tunnistamissäännöstä rajapyykkinä esi-oikeudellisen ja oikeudellisen yhteisöllisen järjestyksen välillä olivat sinänsä oikeita ja paikkansa pitäviä, mutta niiden tutkimuksellinen konteksti oli nyt täydellisen fiktiivinen ja mieltä vailla – *nonsensical*, niin kuin asia englanniksi ilmaistaisiin. Hyväntahtoisia vihjeitä kirjoittajan tarkoituspelistä oli toki ripoteltuna tekstiin: *caveat lector* -varoitukset sanotun oikeudellisia metodifragmentteja käsittelevän luvun alussa, tekstin viittaukset 1900-luvun alun Troijan ja Illyrian yliopistoihin, Alf Rossin ”Tû-Tû”-artikkelin tunnetuksi tekemän sosiaaliantropologi Ydobonin tutkimukset *Noïssulli*-saarten primitiivisestä *Noît-cif* -heimoyhteisöstä, ”Anthropological and Quasi-Semantical Remarks on the Noîtcefonian Phrase ’*Saisi par le droit, (c’est) comme en ciment*’”, jotka oli julkaistu Troijan yliopistopainon sarjassa *Recueils sur le langage non-analytique de la tribu archaïque Noît-cif*, Lauri Viidan kosminen *Betonimylläri*-sitaatti sekä tarinan loppupäätelmänä esitetty Ludwig Wittgensteinin myöhäisfilosofian oivallus, jonka mukaan: ”Filosofian tulokset ovat silkan mielettömyyden paljastamista ja ne kuhmut, jotka ymmärryksemme on saanut rynnätessään päin kielen rajaa. Nämä kuhmut saavat meidät käsittämään tämän paljastuksen arvon.”⁸¹

”Kielen ja maailman rajat, II: Polysentrisen oikeuden manifesti” arvioi sekin kielen ja maailman rajoja Hirvosen toimittamassa *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law* -teoksessa. Lars D. Eriksson, Ari Hirvonen, Panu Minkkinen ja Juha Pöyhönen määrittävät kirjan johdannossa ”Introduction: A Polytical Manifesto” viisi teesiä *polysentrisestä* oikeudesta muun muassa oikeuden ontologian ja oikeudellisen etiikan radikaalin uudelleen arvioimisen sekä erilaisten oikeus-

⁸¹ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, § 119 (s. 89).

positivismin ylläpitämien ja kohdettaan totalisoivien metanarratiivien oikeutuksen kieltämisen merkityksessä. Hajautuneen oikeuden yksittäisyyksien moninaisuus (engl.: *plurality of singularities*) ja yhtenäisyyden purkautuminen eli disseminaatio (engl.: *dissemination of unities*) saavat syrjäyttää oikeuden väitetysti yhtenäisen perustan, mihin analyyttisen oikeusteorian edustajat vielä uskoivat. Adolf Reinachin oikeusfenomenologian määrittelemät oikeuden aprioriset lähtökohdat saavat korvata positiivisen oikeuden analyysin, ja oikeudellisen etiikan radikaali uudelleen arviointi johtaa sen ainutkertaisten, ei-toistettavien ja ei-representoitavissa olevien piirteiden korostamiseen. Samalla oikeusvaltion, suvereenin lainsäätäjän, yhteiskuntasopimuksen sekä kansalaisten perusoikeuksien kaltaiset yhtenäisen ja universaalin – eli monosentrisen – oikeuden metanarratiivit voi siirtää oikeushistorian lehdille, kun hajautettu ja hajautunut oikeuden *polysentria* saa nyt korvata oikeuden keskitetyt metakertomukset.

Ongelmana on vain polysentrisen analyysin muodon ja sisällön sovittamaton ristiriita: Erikssonin, Hirvosen, Minkkisen ja Pöyhösen *polysentrisen oikeuden manifestin* muotokieli ja narratiivinen logiikka toistaa yhtenäistä, universaalia, yleistä ja toistettavissa olevaa oikeudellista metanarratiivia sen väitetysti polysentrisen hajautuneisuuden sijaan. Aidosti hajautunutta ja fragmentaarista oikeus- ja oikeustiedekäsitystä ei voi lukita teesimuotoiseksi ohjelmanjulistukseksi ilman, että ajaututaan samalla käsitteelliseen ristiriitaan ja itsensä kumoavaan argumentaatioon (engl.: *self-defeating argumentation*). Kun polysentrisen oikeustutkimuksen ajatuksellinen keskiö tai polttopiste on kerran määritelty esimerkiksi Erikssonin, Hirvosen, Minkkisen ja Pöyhösen polysentrisen oikeuden *manifestin* tarkoittamalla tavalla, olemme jo palanneet takaisin *monosentriseen*, tutkimuskohdetta yhtenäistävään, keskittävään ja totalisoivaan tutkimustraditioon. Teesimuotoinen, ”manifestoiva” tutkimusasenne ei myöskään sovi yhteen senkaltaisen oikeustieteen perustavan *episteemisen epävarmuuden* kanssa, jota Panu Minkkinen jäsentää samaan kokoomateokseen sisältyvässä kirjoituksessaan ”Law, Science and Truth”. Minkkinen kritisoi Costas Douzinasin ja Ronnie Warringtonin epätoivoista yritystä lukita postmoderni oikeuskäsitys modernin logiikkaa toistavan manifestin muotoon. Douzinasin ja Warringtonin *postmodernin* oikeuden manifesti on Minkkisen mukaan ”täydellisen sokea omalle arkeologialleen”,⁸² mutta samaa voi epäillä myös Erikssonin, Hirvosen, Minkkisen ja Pöyhösen *polysentrisen* oikeuden manifestista, jonka kerronnallinen logiikka toistaa ja uusintaa oikeutta yhtenäistävän, universaalin, totalisoivan eli *monosentrisen* – eikä suinkaan polysentrisen – oikeudellisen metanarratiivin lainalaisuuksia.

Radikaalin episteemisen epävarmuuden rasittaman, hajautuneen ja polysentri-

⁸² Minkkinen, ”Law, Science and Truth”, s. 22.

sen oikeuden loogis-semanttinen kielioppi noudattaa – tai, oikeammin ja paljon epävarmemmin, ”saattaa noudattaa” tai ”noudattaako todellakin?” – kieliopillisen *konditionaalin*, *potentiaalin* tai *kysymyslauseen* kerronnallista logiikkaa ehdottoman, kieliopillista indikatiivia toteuttavan väitelauseen sijaan. Idea aidosti polysentrisestä oikeudesta tekee mahdolliseksi vain hajanaisen ja keskenään ristiriitaisen joukon *ehkä-oikeudellisia* tai *enemmän-tai-vähemmän* -oikeudellisia ilmiöitä, joihin tutkija voi vain ostensiivisesti viitata, ilmiöiden *vain-mahdollisesti-oikeudellinen* luonne samalla radikaalisti kyseenalaistaen. Puhe polysentrisestä oikeudesta on siten katkonaista, epäselvää ja toistuvasti ylipyyhittyä puhetta ilmiöstä, jonka käsitteellinen ja episteeminen identiteetti on sumea ja epävarma, koska se kaiken aikaa riitauttaa itsensä sekä vallitsevan oikeudellisen *tietomuodon* (ransk.: *épistémè*) käsitteelliset ja episteemiset reunaehdot.

Kirjoituksessa ”Metrin pituudesta” arvioin filosofi Ludwig Wittgensteinin perusmetriargumenttia ja sen merkitystä oikeustutkimukselle. Wittgenstein kirjoitti *Filosofisia tutkimuksia* -teoksessa:⁸³

”On olemassa yksi esine, josta ei voi väittää, että se on 1 metrin pituinen, eikä, että se ei ole 1 metrin pituinen: Tämä esine on Pariisissa säilytettävä perusmetri. – Näin sanoessamme emme ole tietenkään liittäneet tähän esineeseen mitään merkillistä ominaisuutta, vaan ainoastaan luonnehtineet sen omalaatuista roolia metrimitalla tapahtuvassa mittaamisen pelissä. – Kuvitelkaamme sitten, että vastaavalla tavalla kuin perusmetriä Pariisissa säilytettäisiin myös värin malleja. Niinpä määrittelemme: ’Seepia’ on siellä ilmatiiviissä tilassa säilytetyn perusseepian väri. Silloin ei olisi mieltä väittää tästä mallista, että sillä on tai että sillä ei ole tätä väriä.”

Wittgensteinin filosofinen pulma liittyy pituusmittaamisen viimekätiseen referenssiin: minkä mittainen on Pariisissa säilytettävä perus- eli standardimetri (engl.: *standard metre*), jota Wittgensteinin elinaikana käytettiin metrimuotoisen pituusmittaamisen vakioituna referenssinä, ja minkä väriset olisivat ”standardivärit” (engl.: *standard colours*), jos myös värinmäärityksen objektiivisista kriteereistä olisi vastaavalla tavalla sovittu? Wittgenstein päätyi mielestäni virheeliseen käsitykseen, jonka mukaan perusmetrin itsensä pituudesta ei voi mielekkäällä tavalla puhua eli väittää, että perusmetri joko on tai että se ei ole yhden metrin pituinen. Senkaltaiset lausumat lankeavat Wittgensteinin ja Aarnion mukaan *metrimuotoisen pituusmittaamisen kielipelin* sallittujen käsitteellisten rajojen ulkopuolelle, jolloin puhe perusmetrin itsensä pituudesta on vailla mielekästä semanttista referenssiä.

Nähdäkseni kysymystä perusmetrin itsensä pituudesta on perusteltua tarkastella Wittgensteinin oppilaiden ja hänen kielifilosofiansa edelleen kehittäjien,

⁸³ Wittgenstein, *Filosofisia tutkimuksia*, § 50 (s. 55).

kuten sääntösidonnaisten tosiasioiden ja *institutionaalisten puhetekojen* teoriaa pohtineiden Elizabeth Anscomben, John L. Austinin ja John Searlen sekä institutionaalista oikeusteoriaa edelleen kehittäneiden Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin, ajatusten avulla. Perusmetri on *institutionaalinen tosiasia*, jonka ominaisuus *olla (täsmälleen) metrin mittainen* ei perustu mihinkään sen ulkoiseen referenssiin tai vertailukohtaan, koska sellaista ei määritelmän mukaisesti voi olla, vaan on kyse sääntösidonnaisesta yhteisöllisestä tosiasiasta, jota koskevien väitteiden totuusarvo on sidoksissa sanotunlaisen yhteisöllisen konvention olemassaoloon. Perusmetri institutionaalisena tosiasiana rinnastuu senkaltaisiin sääntösidonnaisiin yhteisöllisiin ja/tai oikeudellisiin ilmiöihin kuin avioliitto, osakeyhtiö, testamentti, valtiopäiville kokoontunut (Suomen) eduskunta, Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 234 artiklan mukainen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle tehty ennakkoratkaisupyyntö (= perusteiltaan *oikeudelliset* institutionaaliset tosiasiat) tai kunniaotohtorin arvon myöntäminen tieteellisesti ansioituneelle henkilölle yliopiston juhlallisessa promootiotilaisuudessa, lapsen kastetilaisuudessa saama nimi tai yhteisöllisenä arvon mittarina ja vaihdon välineenä käytetty raha (= perusteiltaan *yhteisölliset* institutionaaliset tosiasiat).

Aarnio liittää kirjoituksessaan sanotunlaisen konventionaalisuuden Ludwig Wittgensteinin postuumisti julkaistun *Varmuudesta*-kirjan yhteyteen. Täsmälleen päinvastoin kuin Aarnio kirjoittaa, tuo kirja käsittelee nähdäkseni sitä, mikä ei ole – eikä voi olla – Pariisin perusmetrin pituuden vakioineen konvention tavoin aidosti sopimuksenvaraista. Toisin kuin perusmetrin yhteisöllinen ja sopimuksenvarainen ominaisuus ”olla (täsmälleen) metrin mittainen” tai Wittgensteinin pohtimien hypoteettisten värimallien ominaisuus ”olla (esimerkiksi) seepian värinen”, moorelais-wittgensteinilainen *esitiedollinen varmuus* siitä, että maa on ollut olemassa jo satoja vuosia ennen syntymääni, että en ole koskaan käynyt kuussa ja että minulla on keho ja kaksi kättä, ei voi olla pätevien tietopillisten sopimusten kohteena. Perusmetrin pituuden vakioineella yhteisöllisellä sopimuksella ja länsimaisen maailmankuvan viimekätisillä perusteilla on toisin sanoen varsin erilainen epistemologinen eli tietopillinen asema.

Varmuudesta-kirjassa Ludwig Wittgenstein pohti ”lauseita, joilla on omalaa-
tuinen looginen rooli kokemuslauseidemme järjestelmässä”, kuten hän itse asian ilmaisi.⁸⁴ Wittgenstein arvioi senkaltaisten G.E. Mooren filosofiaan palautuvien lauseiden totuusarvoa ja tietopillista asemaa kuin: ”Tiedän että maa on ollut olemassa jo kauan ennen syntymääni”⁸⁵ tai ”Tiedän, etten ole koskaan käynyt kuussa.”⁸⁶ Wittgenstein päätteli, että senkaltaiset väittämät ovat ehdottoman varmoja, koska ne ovat vallitsevan maailmankuvan lukkoon lyöty perusta eli joukko

⁸⁴ Wittgenstein, *Varmuudesta*, § 136 (s. 58).

⁸⁵ Wittgenstein, *Varmuudesta*, § 84 (s. 48) *et seq.*

⁸⁶ Wittgenstein, *Varmuudesta*, § 111 (s. 54).

filosofisten perusteluketjujen päätepisteitä, ja sen vuoksi niiltä puuttuu tavallisten propositioiden tosi/epätosi -ominaisuus: ”Tiedon käsite ei itse sovellu siihen, mitä sen käytössä edellytetään”, niin kuin filosofi G.H. von Wright on asian ilmaissut.⁸⁷

Kirjoituksessa ”Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia?” pohdin Hartin analyttisen oikeusteorian edellyttämän oikeuden viimekätisen erottelukriteerin pulmallista ontologiaa. Tarkanäköisenä kirjoittajana Hart havaitsi itsekkin *The Concept of Law* -teoksessa oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön (engl.: *ultimate rule of recognition*) itsensä luokittelun pulmallisuuden. Kumpikaan tarjolla olevista vaihtoehdoista, normatiivisesti *velvoittava oikeussääntö* tai empiirinen *yhteiskunnallinen säännönmukaisuus*, ei tuntunut soveltuvan oikeuden viimekätiseen pätevyyskriteeriin eli mittapuuhun, jonka avulla voimassa olevan oikeuden säännöt tunnistetaan tuomioistuinten ja muiden viranomaisten toimesta sekä erotetaan kaikesta, mikä ei ole oikeutta, esimerkiksi yhteiskuntamoraalin, uskonnon tai tapaetiketin käyttäytymisnormien merkityksessä. Hart hylkäsi selväsanaisesti mahdollisuuden, että oikeuden tunnistamissääntö voisi olla velvoittava oikeussääntö. Näin hän vältti ne ongelmat, joihin Hans Kelsen päätyi koettaessaan perustella transsendentaalis-loogisen perusnormin (saks.: *Grundnorm*) oikeudellista velvoittavuutta. Toisaalta, tunnistamissäännön määrittely tuomarien ja muiden viranomaisten ratkaisukäytännön säännönmukaisuuksien avulla johtaa tilanteeseen, missä tunnistamissääntö on yksi – yhteen –palautettavissa sanottuun oikeudelliseen soveltamis- ja ratkaisukäytäntöön, ilman omaehtoista käsitteellistä tai episteemistä identiteettiä.

Perustelin Jacques Derridan ajatuksiin viitaten käsityksen, jonka mukaan Hartin oikeuden tunnistamissäännön tai minkä tahansa muun oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin luokittelu *normi/fakta* tai *oikeus/ei-oikeus* -merkityksessä on radikaalilla tavalla *ratkeamaton*, jos oikeus määritellään analyttisen oikeuspositivismin tarkoittamalla tavalla suljettuna normijärjestelmänä moraalissääntöjen suuntaan. Tunnistamissääntö on samalla kertaa *sekä – että* ja *ei – eikä* suhteessa normi/fakta tai oikeus/ei-oikeus -dikotomiaan: se on sekä velvoittava oikeussääntö että yhteiskunnallinen tosiasia, eikä se kuitenkaan ole aidosti kumpikaan näistä. Se väistää onnistuneesti sanotun luokittelun, koska sen alistaminen käsiteparin jommankumman osatekijän alle mitätöisi kyseisen jaottelun siten aiheutetun päättelyn loogisen kehän myötä. Vaihtoehtona on ongelman siirtäminen askelta ylemmälle metatasolle, jolloin sanottu filosofinen pulma vain kertautuu aina astetta ylemmällä tarkastelutasolla, *ad infinitum*.

Kun Hartin oikeuden viimekätistä tunnistamissääntöä ei voi sijoittaa normi/fakta tai oikeus/ei-oikeus -kahtiajaon kummankaan osatekijän alaisuuteen ilman,

⁸⁷ von Wright, ”Wittgenstein varmuudesta”, s. 19.

että tuo käsitteellinen dikotomia samalla mitätöityy, on kyse Platonin termin ”kolmannesta kategoriasta” (kreikk.: *triton genos*), joka normi/fakta tai oikeus/ei-oikeus -jaottelun edellytyksenä sijoittuu itse sen käsitteellisten rajojen ulkopuolelle. Kelsenin perusnormi ja Hartin viimekätinen tunnistamissääntö rinnastuvat ontologiselta statukseltaan Platonin omalaatuiseen termiin *khōra*, joka tunnetusti ei taipunut kreikkalaisfilosofin muutoin dualistisen ontologian alaisuuteen: muoto/sisältö, järjen avulla tajuttava/aistein havaittava, muuttumaton/muuttuva ja *logos/mythos*. Oikeuden *infrastruktuurit* eli oikeuden infrastruktuuritason premissit ovat perinteisen länsimaisen kaksiarvologiikan tavoittamattomissa: niitä ei voi *kohteellistaa* ja *käsitteellistää* eli tuoda määrätynlaisella metafysiikalla kyllästetyn oikeudellisen kielen piiriin ilman, että niiden tehtävä oikeus/ei-oikeus ja normi/fakta -dikotomian välttämättömänä ajatuksellisenä edellytyksenä samalla pyyhkiytyy yli.

16. *QUO VADIS, IURISPRUDENTIA?*

16.1. ”Sateenkaaren tuolla puolen?”

Modernin oikeustieteen keskeiskysymyksen voi esittää amerikkalaisen *Critical Legal Science* -liikkeen merkittävän ideologisen vaikuttajan Roberto Mangabeira Ungerin tavoin: *what should legal analysis become?*⁸⁸ Mitä tai millaista oikeustieteen tai oikeudellisen analyysin tulisi 2000-luvulla olla?

Oma analyyttiseen oikeusrealismiin ja institutionaaliseen oikeuspositivismiin sitoutunut tutkimukseni käy ehkä hieman yllättäen viimeaikaisen suomalaisen oikeusteoria- ja oikeusfilosofiakirjallisuuden valtavirtaa vastaan. Suomalaisen oikeusfilosofian painopiste on siirtynyt *oikeusfenomenologian*, *luonnonoikeusfilosofian* ja *oikeusteologian* sekä osin *oikeushermeneutiikan* suuntaan,⁸⁹ eikä analyyttistä, oikeusrealistista tai institutionaalista oikeusteoriaa ole samassa

⁸⁸ Unger, *What Should Legal Analysis Become?*

⁸⁹ Oikeusfenomenologiaa edustavat muun muassa Minkkinen, *Thinking without Desire. A First Philosophy of Law*, ja Hirvonen, *Oikeuden käynti. Antigonon laki ja oikea oikeus*. Oikeudellista hermeneutiikkaa esittelee kokoavasti Tontti, *Right and Prejudice. Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law*. Luonnonoikeusoppia edustaa meillä Juha-Pekka Renton laaja tuotanto aina hänen väitöskirjastaan *Prudentia Juris. The Art of the Good and the Just* lähtien, samoin kuin Hannu Tolosen väitöskirja *Luonto ja legitimaatio. Normatiivisten asiointilöjien johtaminen aristoteelisen luonnonoikeustradition mukaan*. Vrt. myös Tontti & Mäkelä, toim., *Filosofien oikeus*, 2, joka tosin täydellisesti sivuuttaa ruotsalaisfilosofi Axel Hägerströmin arvonihiilistisen ja antimetafyysisen filosofian vaikutuksen skandinaaviseen oikeusrealismiin, amerikkalaisen filosofisen pragmatismien vaikutuksen O.W. Holmesin ja Roscoe Poundin edustamaan Yhdysvaltain sosiologiseen koulukuntaan ja varsinaiseen amerikkalaiseen oikeusrealismiin sekä osin myös myöhempään *Cri-*

määrin harjoitettu maassamme viime vuosina.⁹⁰ Olen toisalla puhunut suomalaisen oikeusfilosofian *uskonnollisesta käänteestä*,⁹¹ viitaten muun muassa Ari Hirvosen tarkastelemaan ”rakkauden lakiin” (*the law of love, caritas, ahav, agape*),⁹² Panu Minkkisen väitöskirjassaan *Thinking without Desire. A First Philosophy of Law* hyödyntämään Erik Wolfin oikeusteologiaan,⁹³ filosofi Hannu Siveniuksen kirjoitukseen sateenkaaren merkityksestä juutalaisessa kabbalamystiikassa⁹⁴ sekä Juha-Pekka Renton systemaattisesti kehrittelemään ideaan aristotelis-uustomistisesta ja yhteisöllisestä luonnonoikeusfilosofiasta, missä myös uskonnollisilla vaikutteilla on keskeinen sija.⁹⁵ Nämä uskonnollisen oikeusfilosofian ja oikeusteologian sidonnaisuudet ovat saaneet syrjäyttää analyyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin perustelevan idean oikeudesta *yhteiskunnallisena tosiasiana*, joka on palautettavissa suvereenin lainsäätäjän antamiin yleisiin säädöksiin sekä tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tekemiin soveltamisratkaisuihin. On kuin amerikkalaistuomari O.W. Holmesin käsitys oikeudesta olisi äkisti käännetty nurinpäin:⁹⁶

tical Legal Studies -suuntaukseen, samoin kuin Ludwig Wittgensteinin myöhäisfilosofian vaikutuksen 1900-luvun jälkipuolen lingvistiseen oikeusfilosofiaan ja oikeudelliseen argumentaatioteoriaan. Hans Kelsen on sijoitettu oudosti kirjan ensimmäiseen niteeseen 1800-luvun ajattelijoiden Hegelin, Marxin ja von Jheringin seuraan, vaikka 1900-luvun oikeusfilosofia, jolle kirjan toinen nide on täysimääräisesti omistettu, oli mitä suurimmassa määrin keskustelua Kelsenin puhtaan oikeusopin uuskantilaisen tieteenteoreettisen normativismin kanssa, joita Kelsen kehitti 1920-luvulta 1960-luvulle asti. Kelsen, *Der Soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht* (1928); sama, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934); sama, *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit* (1960). Vrt. Klami, ”Hans Kelsen – kriittinen esittely”, s. 313–324. – Oma väitöskirjani *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to A Post-Analytical Philosophy of Law* pyrki ylittämään ajatuksellisen kuilun analyyttisen oikeusteorian ja post-analyttisen oikeusfilosofian välillä, mutta esittämäni keskustelunavaukseen ei ole oikein osattu tarttua kummankaan filosofisen tradition piirissä.

⁹⁰ Väitteeni koskee siis vain suomalaista oikeusfilosofiaa. Vrt. kuitenkin Matti I. Niemen väitöskirja *Päämäärien valtakunta. Konventionalistinen analyysi lainopillisen tiedon edellytyksistä ja oikeusjärjestelmän perusteista*, missä kirjoittaja perustelee konventionalistisen eli, toisin sanoen, institutionaalisen käsityksen oikeudesta ja oikeustieteestä, sekä Aulis Aarnion *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*. Maailmalla analyyttistä oikeusteoriaa (engl.: *analytical jurisprudence*) toki edelleen harjoitetaan entiseen tapaan.

⁹¹ Siltala, ”Sateenkaaren tuolla puolen’ – polysentrisen oikeuden manifesti”, s. 309–311.

⁹² Hirvonen, ”After the Law”, s. 222–225.

⁹³ Minkkinen, *Thinking without Desire*, s. 167–171.

⁹⁴ Sivenius, ”The Law and the Rainbow”, s. 239–244.

⁹⁵ Rentto, *Prudentia Juris. The Art of the Good and the Just, passim*.

⁹⁶ Holmes, ”Southern Pacific Co. v. Jensen”, 244 U.S. 205 (1917), Posner, toim., *The Essential Holmes*, s. 230.

”The common law is not a brooding omnipresence in the sky but the articulate voice of some sovereign or quasi-sovereign that can be identified; although some decisions with which I have disagreed seem to me to have forgotten the fact. It always is the law of some state ...”.

Oikeusfenomenologia pohtii oikeuden apriorista, itseannettua ja empiiristä havainnoista riippumatonta olemusta, jolloin empiirisen yhteiskuntatodellisuuden kontingentit ilmiöt, kuten lainsäätäjän ja tuomioistuinten tosiasiallinen yhteiskunnallinen vallankäyttö, rajautuvat sen käsitteellisten pohdintojen ulkopuolelle. *Luonnonoikeusfilosofia* arvioi oikeuden suhdetta ehdottomaan yhteisölliseen ja/tai uskonnolliseen oikeudenmukaisuuteen, esimerkiksi Aristoteleen ”hyvän elämän politiikan” tai Tuomas Akvinolaisen skolastisen ja uskonnollisen maailman selityksen mukaisesti, eikä luonnonoikeusfilosofia ole kiinnostunut voimassa olevan oikeuden tulkinnasta muutoin kuin suhteessa asetettuun yhteisölliseen tai uskonnolliseen oikeudenmukaisuusideaaliin. *Oikeusteologia* arvioi oikeutta ja oikeudellisia ilmiöitä teologian soveltamien jumaluusopillisten kriteerien valossa. Sen tiedonintressi on *messiaaninen*, kohdentuen ehdottoman täydellisen yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden toteutumiseen (ehkä) joskus kaukaisessa tulevaisuudessa. Kaikki kolme – oikeusfenomenologia, klassinen ja moderni luonnonoikeusfilosofia sekä oikeusteologia – sivuuttavat perinteisen tulkintajuridiikan tiedonintressin voimassa olevan oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittämisestä filosofisessa katsannossa epäkiinnostavana.

Samoin *oikeushermeneutiikka* arvioi oikeudellisten merkitysten muodostumisen kulttuuris-yhteisöllisiä, lingvistis-käsitteellisiä sekä yksilölliseen tai kollektiiviseen alitajuntaan liittyviä ehtoja ja edellytyksiä, eikä tulkintajuridiikan keskeiskysymys – *mikä on voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen, institutionaalista oikeuslähteistä johdettavissa oleva tulkinnallinen merkityssisältö suhteessa määrättyyn oikeustositseikastoon?* – ole sen filosofisen tiedonintressin kohteena muutoin kuin suhteessa yhteisöllisen ja kulttuurisidonnaisen tulkintaprosessin yleisiin lainalaisuuksiin ja reunaehtoihin.⁹⁷ Sanottu pätee myös *oikeuden polysentria* -projektiin, jonka tutkimuksellinen tiedonintressi kohdentuu oikeuden ontologian radikaaliin uudelleen määrittelyyn yksittäisyyksien moninaisuuden (engl.: *plurality of singularities*) ja yhtenäisyyden purkautumisen (engl.: *dissemination of unities*) merkityksessä sekä oikeudellisen etiikan radikaaliin uudelleen arviointiin sen määritelmällisen ainutkertaisuuden, ei-toistettavuuden ja ei-representoitavuuden merkityksessä.⁹⁸

⁹⁷ Kuvaava on tässä suhteessa esimerkiksi Jarkko Tontin väitöskirja *Right and Prejudice. Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law*, missä empiirinen oikeuskäytäntö lähes täydellisesti sivuutetaan yleisemmän hermeneuttisen tiedonintressin hyväksi.

⁹⁸ Eriksson, Hirvonen, Minkinen & Pöyhönen, ”Introduction: A Polytical Manifesto”, s. 4–7.

Yllättäen myös *lainopin teoria* tuntuu jääneen suomalaisen oikeusteoriakirjallisuuden reunamille, sen unohdettuihin marginaaleihin.⁹⁹ Sen taantunutta nykytilaa kuvaa ehkä parhaiten se tosiseikka, ettei Aulis Aarnion ja Aleksander Peczenikin jo 1980-luvun lopulla esittämää ja meillä yleisesti hyväksyttyä oikeuslähdeopin mallia, joka oli laadittu hyvissä ajoin ennen Suomen sitoutumista yhtäältä Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja toisaalta Euroopan yhteisön perustamisopimuksen oikeudellisiin velvoitteisiin, mukaan lukien Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet ja yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö, ollut ajantasaistettu vastaamaan muuttunutta 2000-luvun oikeustilaa ennen nyt käsillä olevaa tutkimusta.¹⁰⁰

Kaarlo Tuorin *kriittinen oikeuspositivismi* on kokonaisvaltainen teoria modernista oikeudesta sen kolmen tason tai ajallisen kerrostuman eli oikeuden pintatason, oikeuskulttuurin tason ja oikeuden syvätason sekä kahden ulottuvuuden eli oikeusnormien ja oikeutta tuottavien ja uusintavien oikeudellisten käytäntöjen, kuten lainsäädännön, oikeuskäytännön ja oikeustieteen, merkityksessä. Juristien ammatillisesti eriytyneelle asiantuntijakulttuurille ja etenkin oikeustieteelle on annettu kirjassa keskeinen sija. Varsinaisesti lainopin teoriaa se ei kuitenkaan ole, sillä Tuori ei määrittele kirjassa *voimassa olevan oikeuden* käsitettä, jota sekä teoreettinen lainoppi että tulkintalainoppi edellyttävät ajatukselliseksi kohdereferenssiksi: ilman voimassa olevan oikeuden käsitettä lainopin *tulkinnallinen tiedonintressi* eli kysymys voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä ei ole kohdennettavissa oikeuden institutionaaliseen perustaan.¹⁰¹ Tuorin teoria ei myöskään sisällä lainopin ammatilliselle itseymmärrykselle keskeisiä *institutionaalisen oikeuslähdeopin* sekä *oikeudellisen argumentaatioteorian* sisällöllistä analyysiä.¹⁰² Kriitti-

⁹⁹ Poikkeuksena on Aulis Aarnion *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics* vuodelta 1997, joka tosin kokoaa yhteen tekijänsä jo aiemmissa yhteyksissä esittämiä teemoja eikä siten merkitse suunnanmuutosta lainopin teorian *status quo*'hon. Juha Häyhän toimittama *Minun metodini* samalta vuodelta käsittelee toki sekin lainopin metodikysymyksiä, lainopin metodisen ohuuden samalla paljastaen.

¹⁰⁰ Ks. luku 4, "Institutionaalinen oikeuslähdeoppi". – Vrt. kuitenkin Timonen, *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima*, s. 113–130; sama, "Taloustieteen ja sen tulosten käyttö oikeustutkimuksessa", s. 129–150, missä on tehty ehdotus yhteisöoikeudellisen normiston liittämisestä tutkijan ja tuomarin (Timosen mukaan toisistaan poikkeavan) oikeuslähdeopin osaksi.

¹⁰¹ Ks. luku 9.5. "Mistä puhumme, kun puhumme oikeudesta?". – Olen käsitellyt kriittistä oikeuspositivismia edellä itsenäisenä oikeudellisenä tulkintamatriisina, vaikka *tulkintaopillisesti* se noudattaakin lähinnä oikeusperiaatteiden punnintamallin menetelmällisiä piirteitä.

¹⁰² Oikeustieteen menetelmällisiä aineksia tosin sivutaan lyhyesti oikeuskulttuurin tason oikeudellisten argumentaatiomallien ja oikeuden syvätason vallitsevan oikeudellisen rationaalisuustyyppin yhteydessä. Vallitsevan institutionaalisen oikeuslähdeopin tai oikeudellisen argumentaatioteorian esitystä kirjasta ei kuitenkaan löydä. Vrt. Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*, s. 184–187, 211–212, 311.

nen oikeuspositivismi on toisin sanoen ansiokas rekonstruktio modernista oikeudesta *yhteisöllis-kulttuurisena ilmiönä*, eikä voimassa olevan oikeuden määritelmää ole helppo irrottaa sen yleisemmistä ontologisista pohdinnoista.

Myös varsinaisessa tulkintajuridiikassa eli lainopillisessa kommentaarikirjallisuudessa ajatus oikeudesta yhteiskunnallisena *ideaalina*, *mahdollisuutena* tai *muutospotentiaalina* on saanut enenevässä määrin kannatusta marxilaiseen oikeus- ja yhteiskuntafilosofiaan tukeutuvan *vaihtoehtoisen lainopin*, hyvinvointivaltiolliiseen aineellisten resurssien yhteiskunnalliseen uudelleenjakoon perustuvan *sosiaalisen siviilioikeuden*, feministiseen oikeus- ja yhteiskuntaideologiaan perustuvan *naisoikeus-* ja *oikeudellisen tasa-arvotutkimuksen* sekä osin *oikeusperiaatteiden punnintamallin* yleistetyn yhteisöllisen ja sopimusoikeudellisen kohtuus- ja sopimustasapainoajattelun, *kriittisen oikeuspositivismin* sisältämien erilaisten kriittisen oikeusopin elementtien samoin kuin *oikeustaloustieteellisen laintulkintaopin* taloudellista kustannustehokkuutta painottavien oikeudellisten tulkintaperusteiden muodossa. Se, mitä oikeus *yhteiskunnallisena tosiasiana* eli *toteutuneiden* ja myös tulevaisuudessa *toteutettavissa* olevien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien merkityksessä on, tuntuu jääneen myös suomalaisen tulkintajuridiikan valtavirrasta sivuun.

16.2. Paluu analyyttiseen oikeusrealismiin ja institutionaaliseen oikeuspositivismiin

On siis tullut aika suoda John Austinin, Wesley Newcomb Hohfeldin, Hans Kelsenin, H.L.A. Hartin ja Jerzy Wróblewskin *analyttiselle oikeuspositivismille*, Alf Rossin ja tulkintani mukaan myös H.L.A. Hartin *analyttiselle oikeusrealismille* sekä Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin *institutionaalille oikeuspositivismille* viimeinen leposija ja armelias unohdus oikeushistorian oppikirjojen tekstimarginaaleissa – vai onko? Eikö 2000-luvun oikeustiede saisi tyytyä oikeuden *apriorisen olemuksen*, *ideaalisten olomuotojen*, *uskonnollisten määreiden* tai vain *mahdollisten maailmojen* tarkasteluun oikeusfenomenologian, luonnonoikeusfilosofian, oikeusteologian sekä vaihtoehtois-kriittisen oikeusopin tarkoittavalla tavalla, jolloin oikeusteologioiden ajatus *messiaanista oikeudesta* saisi syrjäyttää ajatuksen toteutuneesta ja myös toteutettavissa olevasta oikeudesta. Vai onko jokin erityinen syy, miksi lainsäädäntö- ja tuomioistuinkeskeinen analyyttinen oikeusteoria pitäisi uudelleen elvyttää? Analyyttinen oikeusteoriahan sivuuttaa pohdinnat oikeuden apriorisen, itseannetun, ideaalisen tai messiaanisen olemuksen määrittelystä joutavana metafyyssisenä spekulatiiona, jolla ei ole mielekäästä liittymää oikeuden *institutionaaliseen* ja *yhteiskunnalliseen perustaan* eli niihin oikeuksiin ja velvollisuuksiin, joille yksittäiset kansalaiset voivat myös saada tehokasta oikeussuojaa tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tosiasiallisessa ratkaisukäytännössä.

Paluun analyttiseen oikeusrealismiin ja institutionaaliseen oikeuspositivismiin voi mielestäni perustella oikeuden keskeisten yhteiskunnallisten sidonnaisuuksien avulla. Moderni oikeus on pätevällä tavalla luotavissa, muutettavissa, pantavissa täytäntöön eli oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa sekä kumottavissa vain lainsäätäjän ja tuomioistuinten sekä muiden lakia soveltavien viranomaisten *institutionaalisten puhetekojen* avulla.¹⁰³ Analyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin metodiohjelma merkitsee näiden oikeuden *yhteiskunnallisten* ja *insitutionaalisten* sidonnaisuuksien ”ottamista vakavasti” eli tavalla, joka täyttää Ronald Dworkinin esittämän vaatimuksen kansalaisten aitojen oikeuksien turvaamisesta yhtäältä valtiovallan mielivaltaa sekä toisaalta muiden kansalaisten mahdollisia oikeudenloukkauksia vastaan.¹⁰⁴

Tutkimuksellista siirtymää oikeusfenomenologian käsitteellisiin pohdintoihin oikeuden apriorisesta, itseannetusta olemuksesta tai oikeusteologian ajatukseen *messiaanisesta* oikeudesta ei ole ilman, että keskeiset institutionaaliset päätökset vallan, vastuun ja niukkojen aineellisten resurssien jaosta yhteiskunnassa irtautuvat oikeusfilosofian esoteerisista pohdinnoista ja jäävät oikeuteen pragmaattisemmin suhtautuvien tuomarien, juristien ja hallintoviranomaisten yksinoikeudeksi. ”Kun juristi pyytää leipää, oikeusfilosofi antaa hänelle kiven”,^{104a} niin kuin Otto Brusiin asian ilmaisi: mannereurooppalaisen oikeusfilosofian tarjoamat vastaukset eivät kohtaa oikeusjuttua ratkaisevan tuomarin tai institutionaaliseen tuomarireferenssiin sitoutuneen lainopin tutkijan oikeudellista tiedonintressiä: *mikä on voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö määrättyyn oikeustositseikastoon suhteutettuna?* Ilman liittymää oikeuden institutionaaliseen perustaan oikeusfenomenologian, klassisen tai modernin luonnonoikeusfilosofian, oikeusteologian sekä vaihtoehtois-kriittisen oikeusopin pohdinnat oikeuden *apriorisesta* ja *itseannetusta olemuksesta*, *ideaalisesta olo-muodosta*, *uskonnollis-teologisista määreistä* tai (vain) *mahdollisista maailmoista* rajautuvat modernia oikeutta koskevan tietomuodon (ransk.: *épistémè*) ulkopuolelle eli teologian, yleisen runousopin, estetiikan tai filosofian puheeksi *messiaanisesta* oikeudesta, joka on aina ”kätkeyty ja saavuttamaton”,¹⁰⁵ ”ikuisesti tuleva”,¹⁰⁶ ”ei-mitään”,¹⁰⁷ ”se mikä on oikein Jumalan edessä”^{107a} tai ”sateenkaaren tuolla puolen”¹⁰⁸ – ei milloinkaan *tässä-ja-nyt*.

¹⁰³ Lisäksi yksityiset kansalaiset voivat rajoitetusti muuttaa omia oikeuksiaan ja velvollisuuksiaan siviilioikeudellisten dispoitointinormien tarkoittamalla tavalla.

¹⁰⁴ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *passim*.

^{104a} Brusiin, ”Oikeusfilosofia ja käytäntö”, s. 243–244.

¹⁰⁵ Hirvonen, ”After the Law”, s. 233.

¹⁰⁶ Hirvonen, *Oikeuden käynti*, s. 484–485.

^{107a} ”what is law (right) before God, that ought to be law (right) for man”, Panu Minkkinen kirjoittaa Erik Wolfin oikeusteologiaan viitaten. Minkkinen, *Thinking without Desire*, s. 168.

¹⁰⁷ Hirvonen, mts. 484: ”*Dike* ei ole mitään.”

¹⁰⁸ Sivenius, ”The Law and the Rainbow”, s. 239–244.

16.3. Todellisen ja mahdollisen dialektiikka

Olen edellä ottanut ajatuksellista etäisyyttä suhteessa kolmenlaisiin teorioihin tai käsityksiin oikeudesta. Ensinnäkin, olen perustellut tutkimuksellisen vaihtoehdon oikeusfenomenologian, luonnonoikeusfilosofian ja oikeusteologian edustamalle ideaaliselle oikeudelle. Oikeus on analyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin alaisuudessa *toteutunut* ja *toteutettavissa* oleva *yhteiskunnallinen tosiasia*, ei vain saavuttamaton ajatuksellinen ideaali tai yhteiskunnallinen mahdollisuus. Toiseksi, en sitoutunut myöskään Aulis Aarnion suhteessa idealistisempaan oikeuskäsitykseen, missä oikeussäännön sekä oikeudellisen valideiteetti- tai tulkintakannanoton hyväksyttävyyden rationaaliseen harkintaan sitoutuneessa oikeusyhteisössä saa voimassa olevaa oikeutta konstituoi- van ja määrittelevän merkityksen. Annoin sen sijaan ratkaisevan merkityksen tanskalaisen Alf Rossin ja englantilaisen H.L.A. Hartin tarkoittamalla tavalla tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli *institutionaalisten lainsoveltajien* kollektiivisesti sisäistämälle käsitykselle institutionaalisista oikeuslähteistä ja sovellettavista oikeudellisista argumentaatiomalleista voimassa olevan oikeuden tunnistamisessa sekä sen tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön määrittämisessä. Kolmanneksi, ajatus toteutuneesta ja myös toteutettavissa olevasta oikeudesta merkitsee tietoisien ajatuksellisen etäisyyden ottamista erilaisiin *vaihtoehtoisen*, *kriittisen* tai avoimen *poliittisen* lainopin suuntauksiin käytännön tulkintajuridiikan tasolla.

On sen vuoksi mahdollista, että oikeudellisen analyysin *mainstream*-henkiset elementit ovat edellä ylikorostuneet oikeusajattelun kriittisten ainesosien kustannuksella. Tyytyminen senkaltaiseen ”onnellisen positivistin” rooliin, jollaisena ranskalaisfilosofi Michel Foucault luonnehti 1960-luvun lopulla omaa *ihmistieteiden tiedonarkeologian* projektiaan,¹⁰⁹ ei kuitenkaan tyhjennä oikeustieteen tutkimuksellista tiedonintressiä. Ideaalisesti oikeudellinen analyysi toteuttaa *dialektista* ja ajallisesti kertautuvaa liikettä *todellisen* ja *mahdollisen* eli yhtäältä *toteutuneen* ja myös *toteutettavissa* olevan oikeuden sekä toisaalta *ideaalisen* tai *parhaan mahdollisen* mutta samalla ainakin toistaiseksi vain enemmän tai vähemmän *epätodennäköisen* oikeuden tulkinnan välillä. Oma tutkimuksellinen näkökulmani on tarkastellut oikeutta vasten yhteiskunnan institutionaalista perustaa, toteutuneen ja toteutettavissa olevan oikeuden merkityksessä, mutta samalla myös oikeudellisen analyysin kriittinen potentiaali on syytä tunnustaa.¹¹⁰

¹⁰⁹ ”... je suis un positiviste heureux”, Foucault, *L'Archéologie du savoir*, s. 164–165.

¹¹⁰ Ilman vallitsevan tuomarinideologian kaltaista ajatuksellista referenssiä vaihtoehtoiskriittisen lainopin edellyttämä kriittinen tutkijanpositio ei olisi edes käsitteellisesti mahdollinen, sillä oikeuden *vaihtoehtoinen* tulkinta (ital.: *uso alternativo del diritto*) edellyttää jo käsitteellisesti vakioitua ajatuksellista referenssiä *vallitsevan* oikeuslähdeopin ja argumentaatioteorian sitoumusten merkityksessä.

Ilman oikeudellisen tai yhteiskunnallisen kritiikin mahdollisuutta ”onnellinen positivismi” jähmettyisi kulloisetkin yhteiskunnalliset valtasuhteet ja valtakäytännöt legitimoivaksi oikeudelliseksi *apologiaksi*. Ilman vallitsevan tuomarinideologian tarjoamaa semanttista kohdereferenssiä kriittinen oikeusajattelu jäisi puhtaaksi oikeudelliseksi *utopiaksi* ilman tosiasiallisen toteutumisen tai toteuttamisen mahdollisuutta.¹¹¹

Ilman kriittisen oikeusopin hahmottelemia vaihtoehtoisia tai ”vain-mahdollisia” oikeudellisia sääntely- ja ratkaisumalleja analyttis-realistinen ja institutionaalinen oikeusteoria johtaisi lopulta Roberto M. Ungerin hahmottelemaan *institutionaaliseen fetisismiin* eli käsitykseen, jonka mukaan senkaltaisilla määrätysissä yhteiskunnassa tosiasiallisesti omaksutuilla abstrakteilla institutionaalisilla käsitteillä ja malleilla kuin poliittinen demokratia, markkinatalous tai vapaa kansalaisyhteiskunta on vain yksi luonnollinen yhteiskunnallinen ilmenemismuoto, joka kaiken lisäksi vastaa vallitsevaa länsimaista liberalistista yhteiskuntajärjestystä. Ungerin mukaan on kyse valheellisista ideologisista pakoista (engl.: *false necessities*), joita yhteiskunnallisesti tiedostavan juristin tulee vastustaa erilaisten demokraattisten kokeilujen (engl.: *democratic experimentalism*) sekä institutionaalisen mielikuvituksen (engl.: *institutional imagination*) tarjoamin keinoin.¹¹² Ungerin ajatus institutionaalisesta fetisismistä on samalla varsin lähellä luonnonoikeusajattelun ja oikeusfenomenologian ideaa asioiden luonnollisesta ja oikeasta järjestyksestä (saks.: *Natur der Sache*), joka lisäksi on johdettavissa apriorisen, empiirisistä havainnoista riippumattoman päättelyn avulla. Oikeuden ”mahdollisten maailmojen” konstitutiiviset toteuttamisedot ja niiden muutokset on kuitenkin suhteutettava oikeuteen *institutionaalisena tosiasiana* eli toteutuneiden ja myös toteutettavissa olevien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien merkityksessä. Jos näin ei tapahdu, ungerilaista oikeudellista analyysia uhkaa rajautuminen oikeuden institutionaalista perustaa jäsentävän diskurssin ulkopuolelle, erilaisten käänteisten ideologisten ”pakottomuuksien”, yltiödemokraattisten kokeilujen ja institutionaalisen mielikuvituksen sfääreihin vailla kosketuskohtaa yhteiskunnan tosiasialliseen vallankäyttöön.

On myös kaksi oikeustieteen ja sen tutkimuskohteen määrittelyyn liittyvää tekijää, jotka vääjäämättä lisäävät oikeudellisen analyysin joustavuutta 2000-luvulla. Ensinnäkin oikeuden määrittely tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten kollektiivisesti sisäistämän tuomarinideologian (Alf Ross) tai oikeuden viimekätisen tunnistamissäännön (H.L.A. Hart) avulla johtaa sii-

¹¹¹ Oikeudellisista apologioista ja utopioista kansainvälisessä oikeudessa, Koskeniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*.

¹¹² Unger, *What Should Legal Analysis Become?*, s. 6–8. Vrt. myös Unger, *False Necessity*, *passim*.

hen, että voimassa olevaa oikeutta koskevat voimassaolo- tai tulkintalauseet ovat aina vain enemmän tai vähemmän *todennäköisiä* väitteitä tulevaisuudessa toteutuvista institutionaalisista asiantiloista. On toisin sanoen kyse oikeusnormilauseiden tai oikeudellisten tulkintalauseiden *totuudenkaltaisuudesta* (engl.: *truth-likeness*; lat.: *verisimilitude*) tieteenfilosofi Ilkka Niiniluodon totuuden korrespondenssiteoriasta esittämän tulkinnan merkityksessä, ei oikeusfenomenologian, luonnonoikeusfilosofian tai oikeusteologian apriorisista, itseannetuista, välttämättä tosista ja empiirisiä havaintoja käsitteellisesti edeltävistä totuuksista.

Toisaalta, 1990-luvulla tapahtuneet suomalaisen tuomarin oikeuslähdeopin syväiset muutokset ovat merkinneet *dynaamisen oikeuslähdeopin* ja *dynaamisen oikeudellisen systeemikäsityksen* läpimurtoa, missä aidosti tilannesidonnaiset ja systeemisesti avoimet tai ”kelluvat” oikeudelliset ratkaisuperusteet ovat asettuneet Kelsenin ja Merklin oikeusnormihierarkian sekä Aarnion ja Peczenikin kolmiportaisen oikeuslähdeopin jäsenyyksen käsittämien staattisten ja systeemisesti vakioitavissa olevien oikeuslähteiden rinnalle tai jopa niiden edelle. Etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevien yleisten oikeusohjeiden sekä, siihen liittyen, yhtenäisen ja vakiintuneen kansallisen yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön merkitys myös suomalaisen tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavana tekijänä on siirtänyt suomalaisen oikeuslähdeopin sekä sovellettavien oikeudellisten argumentaatiomallien painopistettä kohden aiempaa *dynaamisempaa* ajattelutapaa, joka samalla laajentaa lainopin tutkijan ajatuksellista liikkumavaraa suhteessa oikeuden institutionaaliseen ja yhteiskunnalliseen perustaan. Oikeusperiaatteiden ja vastaavien ratkaisustandardien lisääntynyt merkitys tuomarien ja muiden viranomaisten oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa on vaikuttanut samansuuntaisesti, avartuen oikeudellista analyysia kohden oikeuden ”mahdollisten maailmojen” semantiikkaa ja ontologiaa.

Oikeuden dynaamista systematiikkaa ja sääntö/periaate -jaottelua jäsentävät osaltaan myös oikeudellisen ratkaisuperusteen *rakenteistuminen* Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan sekä *formalisoituminen* eli oikeudellisen ratkaisuperusteen suhteellinen itsenäistyminen sen taustalla vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvo- ja tavoiteperusteisiin nähden, sillä ne vaikuttavat tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan harkintavaltaan sekä välillisesti myös lainopin tutkimukseen. Oikeudellisten ratkaisuperusteiden lisääntyvä rakenteistuminen ja formalisoituminen merkitsee sitä, että tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellinen harkinta muuttuu entistä sidotummaksi. Samalla institutionaaliseen tuomarireferenssiin sitoutuneen lainopin tutkijan tutkimuksellinen liikkumavara vastaavasti kaventuu. Toisaalta, oikeudellisten ratkaisuperusteiden suhteellinen *destrukturoiduminen* tai *deformalisoitumiskehitys* on yhtä lailla mahdollinen. Tällöin tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellinen harkintavalta muuttuu vähemmän sidotuksi, ja samalla institutionaaliseen tuo-

marireferenssiin sitoutuneen lainopin tutkijan tutkimuksellinen liikkumavara vastaavasti kasvaa.

16.4. Argumentatiivinen avoimuus ja metodinen erillisyyks

Perustelin edellä ajatuksen *tutkimuksellisesta vuorovaikutusmallista*, jonka mukaan lainopin tulee olla avoimessa vuorovaikutussuhteessa oikeustieteen muihin osalohkoihin eli oikeuden *tulkintatieteelliseen*, *ihmistieteelliseen*, *kulttuuritieteelliseen*, *yhteiskuntatieteelliseen* sekä *oikeusteoreettiseen* ja *oikeusfilosofiseen* analyysiin oikeudellisen tulkinnan normipremissien oikeanlaista kohdentumista sekä saavutettujen tulkintatulosten yhteiskunnallista oikeellisuutta arvioitaessa. Tieto oikeudesta sijoittuu oikeuden äärellisyyden analytiikan ja institutionaalisen positiviteetin rajaamaan nelikenttään, jota voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö (= *lainoppi ja muut oikeuden tulkintatieteet*), oikeudellisesti merkitykselliset mentaalis-tajunnalliset faktat sekä yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan lainalaisuudet (= *oikeuden ihmistieteet*), oikeuden yhteisöllis-kulttuuriset merkitykset ja merkitysrakenteet (= *oikeuden kulttuuritieteet*), oikeuden yhteiskunnalliset vaikutukset ja vaikutussuhteet (= *oikeuden yhteiskuntatieteet*) sekä oikeuden määritelmälliset tai muutoin filosofisessa katsannossa merkitykselliset ominaisuudet (= *oikeusteoria* ja *oikeusfilosofia*) yhteisesti rajaavat ja määrittävät. Ne perustele- vat myös oikeusteorian ja oikeusfilosofian tutkijalle ajatuksellisen referenssin, johon pohdinnat oikeudesta ja oikeudenmukaisuudesta on perusteltua suhteuttaa, jos tarkoituksena on osallistua modernin oikeuden institutionaalista perustaa jäsentävään argumentaatioon esimerkiksi teologisten tai moraalifilosofisten pohdintojen sijaan.

Aulis Aarnio on tiivistänyt tutkimuksellisen vuorovaikutusmallin idean hyvin empiiristen yhteiskuntatieteiden osalta, mutta kannan voi yleistää koskemaan lainopin ja oikeustieteen muiden osa-alueiden suhteita:¹¹³

”... the connection between legal dogmatics and the empirical social sciences is *instrumental*, not *methodological*. The sociology of law produces interpretation data for legal dogmatics, but does not provide methods for it.”

Jo Otto Brusiin huomautti aikanaan, miten tuomarin tulee osata *ajatella* esimerkiksi sosiologin, valtio-oppieneen tai taloustieteilijän tavoin pulmallisessa oikeudellisessa ratkaisutilantessa,¹¹⁴ ja sama pätee yleistäen myös oikeuden ihmis- ja yhteiskuntakuntatieteiden sekä oikeusteorian ja oikeusfilosofian tuottamaan

¹¹³ Aarnio, ”On the Truth and Validity of Interpretative Statements in Legal Dogmatics”, s. 165 (kursivointi lisätty).

¹¹⁴ Brusiin, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*, s. 204–229 ja etenkin s. 222–223 ja 226.

perusteltuun tietoon ihmisestä, oikeudesta ja yhteiskunnasta. 1900-luvun ja 2000-luvun oikeustiede onkin pyrkinyt vastaamaan tutkimukselliseen haasteeseen, jonka amerikkalaistuomari Oliver Wendell Holmes asetti sille jo yli sata vuotta sitten.¹¹⁵

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

Holmesin oraakkelimainen ennuste, jonka mukaan tulevaisuuden oikeusoppi-nut tulisi olemaan *oikeuden taloustieteen ja oikeuden tilastotieteen* ammattilainen (engl.: *the man of statistics and the master of economics*) perinteisen tulkintajuridiikan oppien taitajan sijaan, on osoittautunut sekä oikeaksi että vääräksi – oikeaksi siinä merkityksessä, että oikeuden yhteiskuntatieteellinen analyysi esimerkiksi oikeussosiologian ja oikeustaloustieteen merkityksessä on kiistatta noussut perinteisen tulkintajuridiikan rinnalle oikeustieteen monimuotoisessa kokonaisuudessa, mutta vääräksi siinä merkityksessä, ettei erilaisten yhteiskuntatieteiden oikeuden yhteiskunnallisia vaikutuksia ja vaikutussuhteita selittävä, mallintava ja ennustava tiedonintressi ole kyennyt syrjäyttämään lainopin tulkinnallista tehtävänasettelua, eikä se käsitykseni mukaan tule sitä koskaan syrjäyttämäänäkään.¹¹⁶

Oikeudellinen analyysi on argumentatiivisesti avoin päättelyn normatiivisten premissien ja faktapremissien sekä varsinaisen johtopäätöksen oikeellisuutta arvioitaessa, missä oikeuden tulkinta-, ihmis-, kulttuuri- ja yhteiskuntatieteellinen tutkimus sekä oikeusteoria ja oikeusfilosofia tarjoavat sille tutkimuksellisen referenssin, mutta samalla lainopin metodinen identiteetti on säilynyt ennallaan. *Metodiopillisesti* myös 2000-luvun lainoppi on yhä *oppineiden reunahuomautusten taitoa* lakitekstin ja muiden institutionaalisten oikeuslähteiden laveissa tekstimarginaaleissa keskiajan glossaattoreiden ja kommentaattorien alulle paneman lakitekstin kumuloituvan tulkintakäytännön tavoin. On epätodennäköistä,

¹¹⁵ Holmes, ”The Path of the Law”, s. 469, 474.

¹¹⁶ Vrt. toisin Kivivuori, *Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys, I*, s. 26, missä hän esitti vaatimuksen lainopin perinteisen tulkinnallisen tiedonintressin ja tutkimusmenetelmän korvaamisesta lainsäätäjän ja tuomioistuinten käyttäytymisen selittämisellä. Aarnio on johdonmukaisesti puolustanut lainopin tulkinnallisen tiedonintressin itsenäistä yhteiskunnallista merkitystä laajassa argumentaatioteoreettisessa tuotannossaan.

että lainopin metodinen itseymmärrys voisi ratkaisevasti muuttua tulevaisuudesaakaan, sillä sen tulkinnallinen tiedonintressi – mikä on *voimassa olevan oikeuden* tietynhetkinen, institutionaalisista oikeuslähteistä johdettavissa oleva *tulkinnallinen merkityssisältö* suhteessa määrättyyn oikeustositseikastoon? – vastaa keskeistä yhteiskunnallista tiedontarvetta, eikä oikeudellisesti merkityksellisten mentaalisten faktojen sekä yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan lainalaisuuksien (= oikeuden ihmistieteet), oikeuden yhteisöllis-kulttuuristen merkitysten ja merkitysrakenteiden (= oikeuden kulttuuritieteet), oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten ja vaikutussuhteiden (= oikeuden yhteiskuntatieteet) tai oikeuden määritelmällisten ja muutoin filosofisessa katsannossa merkityksellisten ominaisuuksien analyysi (= oikeusteoria ja oikeusfilosofia) pysty sitä korvaamaan. Ehkä on lupa tuomari Holmesia mukaillen todeta, että tulevaisuuden oikeusoppinut on sittenkin tulkintajuridiikan ammattilainen, joka perinteisen oikeussääntöjen tulkinnan ja systematisoinnin sekä oikeusperiaatteiden arvosidonaisen punninnan ohella hallitsee myös oikeustieteen muiden osa-alueiden menetelmälliset perusteet niin oikeuden ihmistieteellisen, kulttuuritieteellisen, yhteiskuntatieteellisen kuin filosofisenkin analyysin merkityksessä.

Filosofian merkitys juristin ajattelulle ulottuu samalla oikeustieteen muiden osalohkojen vaikutusta syvemmälle. Tämä on seurausta modernin oikeuden ja oikeustieteen vain heikosti jäsenytyneestä käsitteellisestä ja tieteenteoreettisesta identiteetistä. Moderni oikeus on, Thomas Morawetzin tarkoittamalla tavalla, *radikaalisti tulkinnanvarainen yhteiskunnallinen käytäntö* (engl.: *deliberative practice*), missä oikeuden käsite, oikeustieteen tieteenkuvan keskeismääreet sekä oikeudellisen sääntelyn ja ratkaisutoiminnan avulla yhteiskunnassa tavoiteltavat asiantilat ovat vahvasti kiistanalaisia sanottuun käytäntöön osallisten kesken.¹¹⁷ Määrittelyn oikeusteorian ja oikeusfilosofian niiden toisistaan poikkeavan filosofiakäsityksen avulla. *Oikeusteoria* soveltaa etenkin Englannissa, Puolassa ja pohjoismaissa vaikuttaneen ja yhä vaikuttavan *analyttis-lingvistisen filosofian*, *oikeus-* eli *normilogiikan*, *oikeustieteen tieteenteorian*, Yhdysvaltain *filosofisen pragmatismen* sekä *Critical Legal Studies* -liikkeen tarkoittamalla tavalla – ja samalla ranskalaisfilosofi Jacques Derridan esittämästä käsityksestä poiketen – metodisesti ymmärretyn *dekonstruktion* ideoita oikeuden ja erilaisten oikeudellisten ilmiöiden tutkimiseen.¹¹⁸ *Oikeusfilosofia* soveltaa oikeudellisten ilmiöiden tarkasteluun kontinentaalista, ei-analyttistä filosofiaa *hermeneuttisen*, *fenomenologisen*, *eksistentiaalistisen*, *marxilaisen* tai *feministisen filosofian*, klassisen tai modernin *luonnonoikeusfilosofian* sekä ranskalaisfilosofi Jacques Derridan itsensä tarkoittaman *filosofisen dekonstruktion* merkityksessä. Keskeis-

¹¹⁷ Morawetz, "Epistemology of Judging, Wittgenstein and Deliberative Practices", s. 19–23.

¹¹⁸ Vrt. Derrida, "Letter to A Japanese Friend", s. 3: "Deconstruction is not a method and cannot be transformed into one." Vrt. Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 22–29.

tä on siis karkea jako yhtäältä analyyttiseen ja toisaalta kontinentaaliseen filosofiaan sekä edellisen toteuttamaan filosofiseen (käsite)analyysiin ja jälkimmäisen toteuttamaan filosofiseen reflektioon tutkimusmenetelmänä.¹¹⁹

Idealisesti *oikeusteoria* perustelee toimivan ajatuksellisen yhteyden kahden sekä tiedonintressiltään että metodiopiltaan varsin erilaisen tieteenalan, lainopin ja filosofian, välille. Lainopin tiedonintressi on tulkinnallinen, ja se on sidottu vallitsevan tuomarinideologian eli tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämän oikeuslähdeopin ja oikeudellisten argumentaatiomallien institutionaaliin reunaehtoihin. *Oikeusfilosofia* on jo määritelmällisesti vapaa oikeustieteen tai lainopin institutionaalisista rajoitteista. Filosofia on etymologisesti ”viisauden rakastamista” eli (muun muassa) olevan, hyvän ja oikean idean filosofista reflektiota ja käsiteanalyysia. Analyyttisen oikeusteorian yhtä hyvin kuin kontinentaalisen oikeusfilosofian tuntemus syventää tuomarin tai oikeustieteen tutkijan ammatillista itseymmärrystä. Ne tarjoavat tuomarille, tutkijalle tai muulle juristille joukon filosofisessa katsannossa perusteltuja ideoita, malleja, käsityksiä ja oppirakennelmia, joiden avulla on mahdollista jäsentää esimerkiksi yksilön tahdonautonomiaa, oikeudellista kausaliiteettia, rikosoikeudellista syyksilukemista ja toisintoimimismahdollisuutta, oikeusvaltioperiaatetta ja lainsäädännön suvereniteettiperiaatetta, yhteiskunnallista oikeudenmukaisuutta sekä oikeudellisen tulkinnan ja perustelemisen yleisiä lainalaisuuksia tavalla, johon tehtävänsä pragmaattisemmin asennoituva lainoppi tai edes laajemmin ymmärretty oikeustiede ei yksinään kykene.

Toisaalta, oikeustiede voi vastaavasti tarjota filosofille oikeudellisesti perustellun näkökulman yhteiskuntaan, jota lainsäätäjän ja tuomioistuinten oikeutta luovat institutionaaliset puheteot, kansalaisten perusoikeudet sekä muut oikeudet, institutionaaliset oikeuslähteet, tutkijalle mahdolliset oikeudelliset tulkin- takehykset samoin kuin tuomarin oikeudellinen ratkaisupakko ja perusteluvelvollisuus keskeisesti jäsentävät ja joita ilman filosofien yleiset pohdinnat oikeuden intuitiivis-apriorisesta olemuksesta tai ehdottomasta yhteiskunnallisesta oikeudenmukaisuudesta eivät tavoittaisi yhteiskunnan institutionaalista perustaa. Vuorovaikutussuhde filosofian ja oikeustieteen välillä on idealisesti kaksisuuntainen eli yhtäläisesti molempiin suuntiin avautuva.

16.5. Oikeudellinen pluralismi

Suomalainen oikeustiede oli aina 1950-luvulle ja osin vielä 1960-luvulle asti käsitelainopillisen tutkimustavan hallitsema, eikä 1940-luvun pragmaattinen instrumentalismi eli *reella överbäganden* -juridiikka kyennyt vielä sen valta-

¹¹⁹ Jako analyyttiseen ja kontinentaaliseen filosofiaan ei ymmärrettävästi ole maantieteellisesti aukoton, onhan Suomessa lukuista joukko molempien suuntausten edustajia.

asemaa horjuttamaan. Muutos tuli vasta 1950- ja 1960-luvulla, jolloin oikeudellisten käsitteiden tarkoitussidonnaisuutta ja suhdekäsiteläluonteisuutta painottanut analyttis-funktionaalinen oikeustiede onnistui lopulta syrjäyttämään käsitelainopin suljetun systeemilogiikan. Oikeus ja oikeustiede nähtiin nyt skandinaavisen oikeusrealismin, amerikkalaisen Wesley Newcomb Hohfeldin käsiteanalytiikan sekä Kelsenin puhtaan oikeusopin metodisten lähtökohtien valossa käsitelainopin idealistisen metafysiikan, systeemisen käsitelogiikan ja käsitteellisten olemuspohdintojen sijaan. 1970-luku merkitsi suomalaisen oikeustieteen radikaalia yhteiskunnallistumista ja politisoitumista. Vaadittiin yhtäältä lainopin tulkinnallisen metodin täydellistä lakkauttamista ja palauttamista jälleen metodisesti empiiristen yhteiskuntatieteiden, kuten oikeussosiologian (Esko Riepula), käyttäytymistieteiden (Antti Kivivuori) tai politologian (Antero Jyränki), yhteyteen vahvan metodisen reduktioteesin tarkoittamalla tavalla, mikä ei kuitenkaan saanut juristikunnan yleistä hyväksyntää edes vahvasti poliittisella 1970-luvulla. Toisaalta vaadittiin oikeuden ja oikeustieteen yhteiskunnallisten ja arvosidonnaisten taustapremissien paljastamista sekä oikeudellisen analyysin kiinnittämistä avoimen marxilais-vasemmistolaiseen oikeus- ja yhteiskuntaideologiaan analyttisen oikeustieteen väitetysti porvarillisten lähtökohtien sijaan,¹²⁰ mitä pyrkimystä vaihtoehtoinen lainoppi pyrki tahollaan toteuttamaan.

1980-luvun jälkipuoliskolla Thomas Wilhelmssonin sosiaalinen siviilioikeus ja Juha Pöyhösen tavoin hahmotettu sopimusten yhteisöllistä kohtuullisuutta korostanut oikeusperiaatteiden punnintamalli jatkoivat vaihtoehtoisen lainopin ajatusta oikeuden sisäisesti ristiriitaisesta ja jännitteisestä sääntelylogiikasta, joka toistaa laajempia yhteiskunnallisia intressikonflikteja ja arvovalintoja esimerkiksi vaihdantatalouden markkinalogiikan ja heikomman sopijapuolen suojelun tai sopimussitovuuden ja yksittäistapauksellisen sopimuskohtuuden välillä. 1990- ja 2000-luvulla sosiaalinen siviilioikeus, naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvo-tutkimus sekä Kaarlo Tuorin kriittinen oikeuspositivismi ovat jatkaneet vaihtoehtoisen lainopin ajatusta oikeudesta yhteiskunnallisena mahdollisuutena ja muutospotentiaalina. 1990-luvun jälkipuoliskolla oikeustaloustieteellinen lain-tulkintaoppi on löytänyt uudelleen oikeuden yhteiskunnallisia vaikutuksia puoli vuosisataa aiemmin korostaneen *reella överbägnanden* -juridiikan keskeisteesit. Instrumentalistisen oikeusopin tutkimuksellinen painopiste on nyt asetettu taloudellisen kustannustehokkuuden, liiketoiminnan transaktiokustannusten minimoinnin ja optimaalisen yhteiskunnallisen resurssiallokaation saavuttamiseen. 2000-luvulla perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi on liittynyt oikeudellisten tulkintamatriisien kirjoon, asettaen voimassa olevan perustuslain selväsanaisesti

¹²⁰ Näinhän asia toki oli: analyttisen oikeustieteen premissit olivat porvarilliset, koska Suomen voimassa olevan oikeuden arvopremissit olivat – ja ovat tietenkin edelleen – ei-marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntakäsityksen mukaiset.

omaksuman tai ainakin hiljaisesti edellyttämän perusoikeusjärjestelmän kaiken oikeuden tulkinnan, systematisoinnin ja punninnan vakioiduksi tulkintakehykseksi.

Oikeudellisen analyysin muotokieli yhtä hyvin kuin oikeustieteen täsmentynyt tiedonintressi ja varsinaisen tutkimuskohteen määrittely heijastavat oman aikansa yhteiskuntaa ja sen oikeudellisia tarpeita. Käsitelainoppi toimi täysin tyydyttävästi staattisessa, sotaa edeltävässä suomalaisessa agraariyhteiskunnassa muttei kyennyt enää 1950- ja 1960-luvulla vastaamaan jatkuvasti monimuotoistuvan vaihdantatalouden vaatimuksiin. Uudenlaiset kollisiotilanteet etenkin arvopaperien vaihdannassa perustelivat tutkimuksellisen siirtymän käsitelainopin staattisesta systeemilogiikasta analyttis-funktionaalisen oikeustieteen aiempaa täsmällisempään kysymyksenasetteluun, esimerkiksi omistusoikeuden eri osatekijöiden eriaikaisen siirtymisen ja erilaisten dynaamisten sivullissuojamuotojen analyysin merkityksessä. Samalla käsitelainopin suljettu käsitelogiikka koettiin oikeuden yhteiskunnallisten ja etenkin taloudelliseen vaihdantaan liittyvien muutosten edessä riittämättömäksi, mihin *reella överbäganden* -juridiikka pyrki osaltaan vastaamaan.

Lisääntynyt tietoisuus erilaisista yhteiskunnan rakenteellisen syrjinnän ja eriarvoisuuden ilmenemismuodoista on perustellut yhtäältä sosiaalisen siviilioikeuden keskeisidean heikomman sopijapuolen intressien suojaamisesta, toisaalta naisoikeustutkimuksen sekä oikeudellisen tasa-arvotutkimuksen idean tietoisien suosivan erityiskohtelun (engl.: *positive discrimination*) toteuttamisesta esimerkiksi vähemmistöryhmille varattujen kiintiöpaikkojen merkityksessä. Laajimmin ymmärrettynä oikeudellinen tasa-arvotutkimus on pyrkinyt edistämään erilaisten syrjittyjen tai unohdettujen yhteiskuntaryhmien asemaa, oli sitten kyse lasten, vanhusten, vammaisten tai vaikka uskonnollisten tai seksuaalisten vähemmistöjen erityisintresseistä. Osaltaan tähän ovat vaikuttaneet myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja sen ylikansallisen valvontajärjestelmän Suomelle asettamat oikeudelliset velvoitteet. Oikeustaloustieteellisen laintulkintaopin läpimurto 1990-luvun jälkipuoliskolla ajoittuu puolestaan varsin tarkasti ajankohtaan, jolloin Euroopan yhteisön perustamissopimuksesta eli Rooman sopimuksesta johdetut, perusteiltaan taloudelliset sitoumukset alkoivat velvoittaa oikeudellisesti myös Suomea Euroopan yhteisön jäsenmaana. Samoihin aikoihin toteutettu perustuslaki- ja perusoikeusuudistus sekä Suomen liittyminen Euroopan ihmisoikeussopimuksen velvoitteisiin jo vuosikymmenen alussa on saanut tutkimuksellisen vastineensa perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin muodossa. Oikeudellinen analyysi heijastaa näin muuttuneita yhteiskunnallisia olosuhteita.

Paluuta oikeudellisen analyysin opilliseen yksituumaisuuteen ei ole, eikä ole todennäköistä, että mikään yksittäinen tulkintamatriisi voisi enää saavuttaa saman aseman kuin käsitelainoppi, joka toteutti kuhiinlaisen normaalitieteen tehtävää suomalaisessa lainopissa yli puolen vuosisadan ajan, 1800-luvun lopulta

aina 1950-luvulle ja osin jopa 1960-luvulle asti. Perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi, jolle eräänlaista kaikkea vastaista laintulkintaa ja oikeusperiaatteiden punnintaa ohjaavan oikeudellisen ”supermatriisin” asemaa on jo ehditty oikeuskirjallisuudessa tarjota,¹²¹ ei kykene täyttämään sanotunlaista tehtävää ilman, että perusoikeuksien arvo oikeudellisena argumenttina samalla vähitellen täydellisesti inflatoituu. Sama pätee myös muihin mahdollisiin oikeudellisiin tulkintakehyksiin, kuten sosiaaliseen siviilioikeuteen ja naisoikeustutkimukseen, joiden avulla yhteiskunnallista eriarvoisuutta ja rakenteellista syrjintää pyritään korvaamaan tai oikaisemaan ja jotka sopimusoikeuden (= sosiaalinen siviilioikeus) tai kaiken oikeudellisen tulkinnan (= naisoikeustutkimus) johtavaksi tulkintaperiaatteeksi nostettuna mallina rikkoisivat Suomen oikeuden ja yhteiskunnan *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan* rakenteistuneita institutionaalisia oikeusperiaatteita eli sopimusoikeudellista tahdonautonomiaa ja oikeudellisen yhdenvertaisuuden ideaalia vastaan.

2000-luvun suomalainen yhteiskunta on *pluralistinen* eli monimuotoinen ja moniarvoinen, mitä lainopin nykyinen tulkintamatriisien kirjo osaltaan heijastaa. Samalla rajalinja lainopin vallitsevan doktriinin sekä erilaisten vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin suuntausten välillä on vaikeammin määritettävissä kuin käsitelainopin aikana vallinneen oikeudellisen yksiarvoisuuden ja yksiuolotteisuuden aikana. Yhtä kaikki, jos voimassa olevan oikeuden määritelmä kiinitetään oikeuden institutionaaliseen perustaan sekä lainsäätäjän ja tuomioistuinten sääntösidonnaisiin institutionaalsiin puhetekoihin analyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin tarkoittamalla tavalla, niin kuin tässä tutkimuksessa on tehty, lainopin tutkimukselliset koordinaatit on mahdollista lukita Alf Rossin oikeusteorian tarkoittaman *institutionaalisen tuomarireferenssin* avulla. Tällöin *toteutunut* ja *toteutettavissa* oleva oikeus saa etusijan oikeuden (vain) mahdollisiin ja epätodennäköisiin maailmoihin nähden.

16.6. Suljetusta systeemilogikasta avoimeen yhteiskunnalliseen kontekstiin

Käsitelainopin käsitys oikeudesta oli systeeminen ja käsitesidonnainen. Oikeusseuraamukset eivät sen mukaan liittyneet yksinkertaisiin ja arkisiin yhteiskunnallisiin tosiseikkoihin vaan subjektiivisiin oikeuksiin ja muihin lainopillisiin konstruktioihin.¹²² Lisäksi oli vain yksi oikea tapa käsitteellistää eli luokitella

¹²¹ Vrt. Pöyhönen, *Uusi varallisuus-oikeus*, missä kirjoittaja perustelee yleistävän perusoikeuskeskeisen näkökulman varallisuus-oikeuteen.

¹²² ”Konstruktioilla” on tässä eri merkitys kuin Juha Pöyhösen sopimusmallin oikeudellisten peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktoiden yhteydessä. Markku Helinin käsitelainopin ja analyttisen koulun tarkasteluissa konstruktioit viittaavat yleisesti lainopillisiin oppirakennelmiin.

oikeudelliset ilmiöt,¹²³ ja oikeudelliset käsitteet oli irrotettu arkikielestä ja oikeussubjektien elämysmaailmasta tavalla, jota käsitelainopillisesti suuntautunut oikeustiede tarkemmin jäsensi. Myös analyttinen oikeustiede sitoutui ajatuksen oikeudellisten ilmiöiden käsitteellistämisestä yleisten ja abstraktien oikeudellisten käsitteiden avulla, mutta nyt nuo oikeudelliset termit miellettiin vain teknisinä ja tarkoitussidonnaisina apuvälineinä, joiden avulla oikeudellista kielenkäyttöä voitiin merkittävästi lyhentää ja yksinkertaistaa. Sen sijaan, että olisi joka kerta lueteltu erikseen ja tyhjentävästi esimerkiksi ne määrätyt oikeustositseikat ja oikeusseuraamukset, jotka lainsäätäjä oli liittänyt omistamiseen tai perimystapahtumaan, kielenkäyttöä voitiin lyhentää puhumalla ”omistusoikeudesta” tai ”perillisen oikeusasemasta” sanottujen oikeussääntöjen kokonaisuuteen viitaten. Oikeudellisten käsitteiden abstraktisuus ja teoriasidonnaisuus oli kuitenkin yhteinen analyttiselle oikeustieteelle ja ajallisesti sitä varhaisemmalle käsitelainopille.

Vasta 1970-luvun vaihtoehtoinen lainoppi sekä myöhemmät kriittisen oikeusopin suuntaukset¹²⁴ koettivat murtaa analyttisen oikeustieteen suljetun systeemilogiikan eli uskon yleisiin ja abstrakteihin oikeuskäsitteisiin sekä oikeudellisen systeemin yhtenäisyyteen ja sisäiseen ristiriidattomuuteen. Avainsana oli oikeudellinen *tarve-* tai *tavoiterationaalisuus* oikeudellisen sääntelyn ja ratkaisuharkinnan osatekijänä.”... se on niin sanoaksemme porvarillisessa oikeudessa piilevä räjähdysaine”, niin kuin marxilaisen *uso alternativo del diritto* -suuntauksen keskeisideat Suomeen tuonut Lars D. Eriksson asian ilmaisi.¹²⁵ Kaarlo Tuorin 1980-luvun alun oikeusajattelussa marxilaisittain ymmärretty oikeuden ja yhteiskunnan monitasomalli pääoman liikelakeineen sekä oikeuden eri tasojen välillä vaikuttavine ”ekspressiivisine yhteyksineen” sisälsi ajatuksen oikeuden pintatason (eli lakimuodon) lainsäädäntöä ja tuomioistuinratkaisuja syvempien tasojen (eli oikeusideologian ja oikeusmuodon) systeemistä, oikeudellista tulkintaa keskeisesti rajoittajista ja määräävistä tekijöistä. 1980-luvulla oikeusperiaatteiden punnintamalli on tuonut oikeudelliseen analyysiin aidosti *tilannesidonnaiset* oikeudelliset ratkaisuarargumentit sekä ajatuksen oikeusperiaatteiden *punninnasta* ja *tasapainottamisesta* suhteessa muihin asiaanvaikuttaviin oikeusperiaatteisiin ja niiden yhteiskunnallisiin taustaperusteisiin (engl.: *weighing and bal-*

¹²³ Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, s. 322.

¹²⁴ Vaihtoehtoinen lainoppi voidaan siis määritellä joko laajasti eli käsittäen erilaiset vaihtoehtoisen, kriittisen ja poliittisen lainopin suuntaukset tai suppeasti, jolloin sen referenssinä on vain 1960-luvun lopun, koko 1970-luvun sekä 1980-luvun alun marxilaiseen oikeus- ja yhteiskuntafilosofiaan tukeutunut suuntaus, niin kuin perustelin edellä luvussa 8.3.3. ”Vaihtoehtoinen lainoppi: oikeuden marxilainen tulkinta”.

¹²⁵ Eriksson, ”Marxilaisen lainopin lähtökohtia”, s. 26. Vrt.: ”... den målrationella modellen, då det är denna som sas. utgör sprängstoffet i den borgerliga rätten”, Eriksson, ”Utkast till en marxistisk jurisprudence”, s. 53.

ancing), joka ei ole systeemisesti vakioitavissa eli lukittavissa kiinteän oikeudellisen systematiikan muotoon. Jo 1940-luvun *reella överbäganden* -juridiikan esittämä ajatus reaalisten argumenttien ja etenkin taloudellista vaihdantaa suosivien tulkintaperusteiden hyödyntämisestä lainopissa on muuntunut 1990- ja 2000-luvulla *oikeustaloustieteelliseksi* argumentaatioksi, missä formaalit oikeudelliset ratkaisuperusteet saavat ainakin osin väistyä markkinalogiikan ilmentämän taloudellisen rationaalisuuden tieltä.

2000-luvun perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi on merkinnyt sitoutumista voimassa olevan perustuslain omaksuman tai ainakin hiljaisesti hyväksymän perusoikeusjärjestelmän käsittämiin oikeusperiaatteisiin oikeudellisen analyysin vain tilannesidonnaisesti määritettävissä olevina systeemisinä kiintopisteinä. Tosin perusoikeuskeskeiseen lainoppiin on sisäänrakennettuna vähintään heikosti systeeminen idea perusoikeuksia tukevien oikeusperiaatteiden keskinäisten suhteiden samoin kuin niiden ja muiden oikeusperiaatteiden keskinäisten suhteiden heikosta ja monin osin täsmentymättä jäävästä etusijajärjestyksestä.

Sosiaalinen siviilioikeus ja naisoikeustutkimus ovat kumpikin kritisoineet perinteisen eli lähinnä analyttisen lainopin hyödyntämiä yleisiä ja abstrakteja oikeuskäsitteitä yhteiskunnan piilevän eriarvoisuuden ylläpitämisestä, sosiaalinen siviilioikeus heikomman sopijapuolen intressien sekä naisoikeustutkimus naisten yhteiskunnallisten erityisintressien sivuuttamisen merkityksessä. Tuorin kriittinen oikeuspositivismi tukeutuu samaan kriittisen oikeusopin perustaan kuin Juha Pöyhösen tavoin ymmärretty oikeusperiaatteiden punnintamalli, Thomas Wilhelmssonin sosiaalinen siviilioikeus sekä naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus niiden kunkin toteuttaman yhteiskuntakriittisen ohjelman osalta. Muodollinen juridinen tasa-arvo peittää alleen tosiasiallista yhteiskunnallista eriarvoisuutta, jonka oikaisemiseksi perinteinen oikeudellinen käsitteistö ja systematiikka eivät riitä. Niinpä analyttisen oikeustieteen suosimien abstraktien oikeuskäsitteiden tilalle on tarjottu *tilanne- ja henkilösidonnaisia* käsitteitä, missä oikeudellisen sääntelyn kohderyhmän omille käsityksille oikeudesta ja yhteiskunnallisesta oikeudenmukaisuudesta on annettu aiempaa suurempi painoarvo. Yhteiskuntatieteen termejä analogisesti soveltaen voi ehkä sanoa, että on tapahtunut siirtymä yhteiskuntatieteellisen *systeemiajattelun* abstrakteista ja yleisistä roolikäsitteistä *etnometodologian* ja *konstruktionistisen* yhteiskuntatieteen suosiin tilannesidonnaisiin käsitteisiin, joiden vaihtuva-alainen ja tilanneherkkä semanttinen referenssi ei tavallisesti ole yleistettävissä ohi käsillä olevan yksittäisen oikeudellisen ratkaisutilanteen. Staattinen ja vakioitu oikeudellinen systeemilogiikka on saanut tehdä tilaa tilannekohtaiselle oikeudelliselle ratkaisuharkinnalle esimerkiksi kohtuuserustaisessa sopimusten sovittelussa ja muussa sosiaaliperustaisessa lainsäädännössä sekä naisoikeustutkimuksen kannanotoissa, jotka pyrkivät edistämään naisten yhteiskunnallisia erityisintressejä.

Yhteiskunta muuttuu, ja samalla odotukset oikeuden ja oikeudellisen analy-

sin muuttumisesta kasvavat. Simo Zitting huomautti aikanaan saksalaiseen Hans Fehriin viitaten, miten uuden omistusoikeuskäsitteen ”oli määrä tulla”, kun varallisuus oikeuden yhteiskunnallinen konteksti muuttui staattisesta agraariyhteiskunnasta uudenaikaiseen vaihdantatalouden lakien sääntelemään yhteiskuntaan.¹²⁶ Samoin uudenaikaiselle *dynaamiselle* oikeuslähte- ja laintulkintaopille sekä avoimelle oikeudelliselle systematiikkakäsitykselle on avautunut ilmeinen sosiaalinen ja intellektuaalinen tilaus näin 2000-luvulla, kun 1990-luvulla toteutunut eurooppalainen integraatiokehitys, Suomen liittyminen Euroopan Neuvoston ylikansalliseen ihmisoikeuksien valvontajärjestelmään sekä 2000-luvun perusoikeuskeskeinen lainsäädäntö ovat asettaneet suomalaisen tuomarin ja suomalaisen oikeustieteen uudenaikaisen haasteiden eteen. Suljettu oikeudellinen systeemi-logiikka on saanut murtua erilaisten tilannesidonnaisten ja systeemisesti avoimien oikeudellisten ratkaisuarargumenttien kirjoksi. Perinteinen lainsäädäntökeskeinen oikeuslähteoppi on saanut taipua Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevien yleisten oikeusohjeiden vaikutuksesta aiempaa dynaamisempaan suuntaan. Samalla oikeuden systeeminen konteksti on avautunut oikeusperiaatteille ja muille oikeudellisille ratkaisustandardeille, joiden noudattama sääntely- ja ratkaisulogiikka poikkeaa perinteisestä sääntökeskeisestä oikeuskäsityksestä. Siirtymä oikeuden suljetusta systeemi-logiikasta avoimeen yhteiskunnalliseen kontekstiin on edellyttänyt – ja yhä edellyttää – uudenaikaisen oikeudellisen argumentaation työvälineiden kehittämistä ja hyödyntämistä.

Samalla kun oikeudellisen sääntelyn painopiste on siirtynyt kansallisesta lainsäädännöstä kohden yleiseurooppalaista oikeudellista sääntelyä ja oikeuskäytäntöä, tuomareilta yhtä hyvin kuin lainopin tutkijoilta edellytetyt oikeudelliset argumentaatiotaidot ovat muuttaneet luonnettaan. Taito lukea ja soveltaa yksittäistapauksellisia prejudikaatteja vaatii varsin erilaisia oikeudellisen argumentaation taitoja kuin yleisen lainsäädännön soveltaminen yksittäiseen oikeustapaukseen.¹²⁷ Prejudikaattiperustainen oikeus on säädännäistä oikeutta vahvemmin sidoksissa siihen yksittäiseen oikeustositseikastoon, jota varten määrätty ennakkoratkaisu alun perin annettiin, ja yksittäisen prejudikaatin sisältämä oikeusohje on yleistettävissä myöhempään tapaukseen vain määrätyn, oikeusyhteisön asianmukaiseksi tunnistaman *prejudikaatti-ideologian* tarkoittamalla tavalla.¹²⁸

Mahdollisia prejudikaatti-ideologioita ovat esimerkiksi myöhemmän lainsoveltajan takautuva päättely ennakkoratkaisun aineellisesta lopputuloksesta sen välttämättömiin (Cross & Harris) tai riittäviin (MacCormick) normi- tai fakta-

¹²⁶ Zitting, ”Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista, II”, s. 530–531.

¹²⁷ Siltala, *A Theory of Precedent*, s. 1–148 (luku ”How to Do Things with Precedents”) ja s. 249–267.

¹²⁸ Käsittelin prejudikaattien tulkintaoppia ja prejudikaatti-ideologioita edellä luvussa 5.4. ”Prejudikaattien tulkinta”.

premissoihin (Goodhart) taaksepäin katsovan *oikeudellisen eksegeesin* merkityksessä; *lainsäädäntöä jäljittelevä* prejudikaatti-ideologia, missä prejudikaatin asettava tuomioistuin määrittää samalla arvovaltaisesti ja lopullisesti sen, mikä sanotussa ratkaisussa on vastaisuudessa katsottava sen yleisesti velvoittavaksi oikeusohjeeksi (lat.: *ratio decidendi*); toteutuneiden ennakkoratkaisujen sarjan arvioiminen parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian ja *oikeudellisen eheyden* valossa Ronald Dworkinin oikeusteorian tarkoittamassa merkityksessä (engl.: *law as integrity*) tai prejudikaatin mieltäminen esimerkinomaiseksi *malliratkaisuksi*, jonka soveltamisalaa joko analogisesti lavennetaan tai kavennetaan oikeudellisen distinktiotekniikan avulla myöhemmän oikeustapauksen soveltamiskontekstissa riittävän tai riittämättömän samankaltaisuusarvion perusteella. Prejudikaatteihin perustuva oikeus, toisin kuin muodollisesti velvoittava lainsäädäntö, ei myöskään ole kumottavissa formaalin derogaatiomenettelyn avulla, vaan yksittäisen prejudikaatin ja sen sisältämän yleistettävän oikeusohjeen asiallinen vanhentuminen tai käyminen muutoin epätarkoituksenmukaiseksi on osoitettava muulla tavoin myöhemmän ratkaisun perusteluissa. Myös tämä lisää oikeuden systeemistä avoimuutta ja herkkyyttä esitettävälle tulkintaperusteille, joiden soveltamisala saattaa rajoittua vain käsillä olevaan oikeustapaukseen.

16.7. Kohti yleiseurooppalaista oikeutta?

1990-luvulla tapahtui kaksi merkittävää seikkaa, jotka ovat syvällisellä tavalla muuttaneet suomalaisen tuomarin oikeudellista ratkaisukontekstia sekä samalla myös oikeuden tutkijan institutionaalista oikeuslähteoppia ja oikeudellisia argumentaatiomalleja. Korkeimman oikeuden emerituspresidentti Olavi Heinonen on kiteyttänyt toteutuneen oikeuskehityksen osuvasti:¹²⁹

”Suomalaisella tuomioistuimella on tänä päivänä kolmoisrooli. Ensinnäkin se soveltaa puhtaasti kansallista lainsäädäntöä. Toiseksi se huolehtii Euroopan ihmisoikeussopimuksen ja muiden ihmisoikeussopimusten toteuttamisesta Suomen oikeuskäytännössä. Kolmanneksi se huolehtii EU-oikeuden noudattamisesta asioissa, joilla on kosketuspintoja EU-oikeuteen. Vielä vuoden 1990 alkukuukausina suomalainen tuomari oli lähinnä vain *kansallinen tuomari*. Nyt hän on tämän lisäksi *ihmisoikeustuomari* ja *EU-tuomari*. – Kaikissa rooleissaan hän joutuu soveltamaan säännöstöjä, jotka jättävät hänelle runsaasti harkintavaltaa. Tämän harkintavallan käyttö hänen on pystyttävä sitomaan ratkaistavaa kysymystä koskettaviin oikeusperiaatteisiin, joiden sisältöä hän joutuu selvittämään paitsi kotimaisista lähteistä myös esimerkiksi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ja EY-tuomioistuimen käytännöstä.”

¹²⁹ Heinonen, ”Näköala eiliseen ja huomiseen. Haastattelijana Aulis Aarnio”, s. 79 (kursivoinnit lisätty).

Kun Suomi liittyi Euroopan yhteisön jäseneksi vuoden 1995, oikeudellista lainsäädäntö- ja muuta päätösvaltaa siirrettiin samalla merkittävästi Euroopan yhteisön lainsäädäntöelimille sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle. Samalla suomalaisen tuomarin ja muun lainsoveltajan noudattama oikeuslähdeoppi muuttui vastaavasti. Erityisen merkittäväksi suomalaisen tuomarin oikeuslähdeopin kannalta on osoittautunut Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 234 artiklan (ent. 177 artiklan) tarkoittama *ennakkoratkaisumenettely*. Sen mukaan Euroopan yhteisöjen tuomioistuimella on toimivalta antaa kansallisen tuomioistuimen tai muun lakia soveltajan viranomaisten pyynnöstä ennakkoratkaisu asiassa, joka koskee yhteisöoikeuden oikeaa tulkintaa kansallisessa soveltamis-kontekstissa.

Tavoitteena on yhteisöoikeuden normien *yhtenäinen* ja *yhdenmukainen* tulkinta koko Euroopan yhteisön oikeudellisella alueella, mitä yhteisöoikeuden *lojaliteettiperiaate* ja *acte clair* -oppi osaltaan tukevat. Eräät yhteisöoikeuden merkittävimmistä oikeudellisista doktriineista, kuten oppi yhteisöoikeuden normien suhteellisesta etusijasta kansalliseen sääntelyyn nähden, ovat syntyneet Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännössä. Lisäksi Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on muun muassa *von Colson* (14/83) -tapauksessa asettanut direktiivien yhdenmukaisen ja mahdolliset kansallisen oikeuden rajoitukset ylittävän tulkinnan jäsenmaissa noudatettavaksi yleiseksi oikeusohjeeksi. Oikeuskirjallisuudessa tähän oikeudellisen *yhtenäistulkinnan* ideaan viitataan tavallissimmin yhteisöoikeuden välillisen vaikutuksen eli tulkintavaikutuksen (engl.: *indirect effect*) nimellä.

Euroopan ihmisoikeussopimus on velvoittanut Suomea vuodesta 1990 lähtien. Sopimukseen on liitetty tehokas *ylikansallinen valvontajärjestelmä*, jonka mukaan jokaisella, joka katsoo jonkin sopimuksen allekirjoittajamaista loukanneen hänen ihmisoikeuksiaan, on *yksilövalitusoikeus* eli oikeus viedä asia Strasbourgissa istuntonsa pitävän Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaistavaksi. Asiassa annettava ratkaisu sitoo sopimuksen allekirjoittajavaltioita, kuten Suomea. Sovelletavan yleiseurooppalaisen ihmisoikeusnormiston sisältö on merkittävästi täsmentynyt Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä.

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevillä yleisillä oikeusohjeilla on myös suomalaisen tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaava vaikutus, jos ne ovat *rakenteistuneet* yleiseurooppalaisen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eli nauttivat riittävää *institutionaalista tukea* ja *yhteisöllistä hyväksyntää* Euroopan yhteisön jäsenmaiden sekä Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaiden yhtenäisessä ja vakiintuneessa kansallisessa tuomioistuin- ja viranomaiskäytännössä. Kun suomalaisen tuomarin on kiperässä yhteisöoikeudellisessa tai ihmisoikeusnormiston so-

veltamiseen liittyvässä ratkaisutilanteessa arvioitava myös sanotun oikeusohjeen rakenteistumista vallitsevaan yleiseurooppalaiseen oikeuskäytäntöön, Heinosen luonnehdintaan suomalaisen tuomioistuimen kolmoisroolista voi liittää vielä yleiseurooppalaista oikeuskäytäntöä oikeusvertailevasti jäsentävän näkökulman suomalaisen tuomarin ”neljäntenä roolina” tilanteessa, jossa eurooppaoikeudellisen normin oikeuslähdeopillinen ratkaisuarvo on syystä tai toisesta epäselvä.

Voimassa oleva oikeus ei siten ole enää puhtaasti kansallinen projekti, jonka sisältö olisi suvereenin kansallisen lainsäätäjän sekä kansallisten tuomareiden ja muiden lakia soveltavien viranomaisten yksinomaisesti määritettävissä, vaan erilaiset ylikansalliset sopimusjärjestelyt sekä Suomen kansallisista valinnoista pääosin riippumaton yleiseurooppalainen oikeuskehitys rajoittavat merkittäväällä tavalla sekä kansallisen lainsäätäjän että kansallisten tuomioistuinten ja muiden viranomaisten harkintavaltaa. On odotettavissa, että erilaiset kansainvälisoikeudelliset sopimusjärjestelyt ja niihin liitetyt ylikansalliset valvontamekanismit tulevat jatkossa yleistymään.¹³⁰ *Globalisoituva* oikeus tulee muuttamaan myös suomalaisen tuomarin ja lainopin tutkijan oikeusajattelun perusteita. Eurooppalaisen oikeuden tulevaisuus muistuttaa sen vuoksi oikeustilaa ajalta ennen suuria kansallisia lakikodifikaatioita 1700-luvun lopulla ja 1800-luvun alussa, joista Ranskan siviililakikoonnos *Code civil* eli *Code Napoleon* on tunnetuin. Sanottu kehitys huipentui 1800-luvun lopulla yhdistyneen Saksan siviililakikirjaan *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) vuonna 1900. Ennen kodifikaatioaatteen läpimurtoa roomalainen oikeus oli se intellektuaalisesti ylivertainen yleiseurooppalainen normiperusta, johon paikalliset hajanaiset oikeustavat suhteutettiin.

Toisaalta, ja vastoin yhtenäisen yleiseurooppalaisen oikeuden, Euroopan yhteisöoikeuden yhtenäistulkinnan sekä ainakin eurooppalaisessa mittakaavassa universaalien ihmisoikeuksien yhtenäisen soveltamisen ideaa, oikeudellinen kehitys on kulkenut myös kohden kansallisten tai paikallisten oikeustapojen merkityksen tunnustamista¹³¹ sekä suurempaa tapauskohtaista joustavuutta myös eurooppalaisen oikeuden tulkinnassa. Yhteisöoikeuden *toissijaisuus*- eli *läheisyysperiaate* edustaa eurooppalaisen oikeuden *lokalisoitumista*, pyrkien vähentämään yhteisöoikeudellista lainsäädäntöä rasittavaa demokratiavajetta sitomalla oikeudellisen sääntelyn tiukemmin paikallisiin oikeustapoihin ja oikeuskäsityksiin. Lisäksi sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen että Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen noudattama tulkintaideologia – eli *teleologinen* tulkintaoppi Euroopan yhteisöjen tuomioistuimessa ja *dynaamis-evolutiivinen* tulkinta-

¹³⁰ Ehdotettu pysyvä kansainvälinen rikostuomioistuin on esimerkki tiivistyvistä kansainvälisestä yhteistyöstä ja siihen liittyvistä oikeudellisista valvontamekanismeista. Yhdysvaltain vastustuksen vuoksi on tätä kirjoittaessa kuitenkin epävarmaa, toteutuuko sanotun tuomioistuimen perustaminen aiotulla tavalla.

¹³¹ Näin myös Christie, *The Notion of an Ideal Audience in Legal Argument*, s. 195.

oppi Euroopan ihmisoikeustuomioistuimessa – korostavat eurooppaoikeudellisen normiston tulkinnan joustavuutta ja muutosherkkyyttä oikeuden yhteiskunnallisen soveltamiskontekstin ja/tai institutionaalisen arvoperustan muuttuessa.

Oikeuden polysentria -projekti on pyrkinyt antamaan filosofisen perustelun idealle hajonneesta ja hajautuneesta eli *fragmentoituneesta* oikeudesta, missä oikeudellisten yksittäisyyksien kirjo (engl.: *plurality of singularities*) ja yhtenäisyyden purkautuminen (engl.: *dissemination of unities*) saavat korvata modernin oikeuden institutionaalisen ontologian. Samalla oikeudellinen etiikka on määritelty uudelleen oikeudellisten arvostelmien ainutkertaisuuden, ei-toistettavuuden ja ei-representoitavuuden merkityksessä. Institutionaaliselle oikeusvaltioperiaatteelle, kansalaisten perusoikeuksille tai oikeudellisen argumentaation yleisille rationaalisuusehdoille ei jää enää sijaa, kun radikaalilla tavalla moniarvoinen ja moniääninen oikeus taipuu ottamaan kulloinkin arvioitavana olevan yksittäisen oikeustapauksen yksilölliset piirteet huomioon.

Entä oikeustieteen tulevaisuus? Hajautunutta oikeuden polysentriaa vaiko yleiseurooppalaista yhtenäistulkintaa? ”Onnellista positivismia” ranskalaisen ”tiedonarkeologin” Michel Foucault’n tarkoittamassa merkityksessä vaiko oikeudellista eheyttä amerikkalaisen oikeusfilosofin Ronald Dworkinin tarkoittamalla tavalla? Oikeusfenomenologiaa ja luonnonoikeusoppia vaiko analyttistä oikeusrealismia ja institutionaalista oikeuspositivismia?

Oikeustieteen tulevaisuus riippuu ratkaisevasti siitä, millaista oikeutta ja millaista yhteiskuntaa tahdomme olla alkavalla 2000-luvulla toteuttamassa. Oikeus on *radikaalisti tulkinnanvarainen yhteiskunnallinen käytäntö* (engl.: *deliberative practice*), joka taipuu hyvin varsin erilaisten yhteiskuntäkäsitysten osaksi. Se on Suomen oikeuteen eriasteisesti *rakenteistuneiden* ja keskeisin osin *sääntöformaalien* oikeudellisten ratkaisuperusteiden kokonaisuus, joka on avoin erilaisille yhteiskunnallisille ideologioille Hans Kelsenin tarkoittamalla tavalla.¹³² Samoin oikeustiede on wittgensteinilaisittain ymmärretty *perheyhtäläinen* eli *ryväskäsite* (engl.: *cluster concept*), jonka käsittämiä tieteenaloja vain tutkimuskohteen edellytetty *oikeudellisuus* ja vain väljä sidonnaisuus oikeuden *institutionaaliseen perustaan* yhdistävät. Tuo määritelmällinen ”oikeudellisuus” tarkoittaa kuitenkin varsin eri asioita oikeuden tulkintatieteellisessä, ihmistieteellisessä, kulttuuritieteellisessä ja yhteiskuntatieteellisessä sekä (oikeus)filosofisessa analyysissä, eivätkä oikeuden institutionaaliset sidonnaisuudet estä oikeuden tutkijaa haaveilemasta toisesta oikeudesta ja toisesta yhteiskunnasta ”sateenkaaren tuolla puolen”.

Oikeuteen ei ole *absoluuttista* eli ainoaa oikeaa tutkimuksellista näkökulmaa, joka lopullisesti lakkauttaisi oikeusfilosofien pitkälliset ja ajoittain kiivassanai-

¹³² Vrt. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1960), s. V.

set erimielisyydet oikeuden ja oikeustieteen määrittelystä. Mutta oikeuteen ei ole myöskään *näkökulmaa ei-mistään*, irrallaan tutkimusta määrittävistä tieteenteorian ja tutkijanideologian vaihtoehtoja rajaavista sitoumuksista. Oikeustieteessä on vain joukko *suhteellisia totuuksia*, jotka ovat sidoksissa valittuun tutkimukselliseen näkökulmaan ja teoriareferenssiin omaksutun tieteenteoreettisen lähtökohdan merkityksessä. Väitteet oikeudesta on lukittava *johonkin* vaihtoehtoista tarkastelutavoista, oli sitten kyse analyyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin mukaisesta oikeudesta tai jostain sen vaihtoehdosta. Samoin lainopissa tutkijan eteen avautuu oikeudellisten tulkintamatriisien kirjo, joiden joukosta hänen on tehtävä oma valintansa.

Esimerkiksi omistusoikeuteen sovellettuna oikeudelliset tulkintamatriisit rajaavat joukon erilaisia oikeudellisia *tulkintakehyksiä*, joihin kuuluvat omistusoikeuden varsinaisen ideaalisen olemuksen määrittäminen sekä oikeudellisten tulkintojen rajaaminen pakottavan käsitelogiikan avulla (= *käsitelainoppi*), omistajan teknisen oikeusaseman analyysi oikeus/velvollisuus -suhdekäsitteiden sekä lainsäätäjän asettamien oikeustositseikka – oikeusseuraamus -relaatioiden kokonaisuutena (= *analyyttinen oikeustiede*), omistusoikeuden liittymät yhteiskunnan taloudelliseen perustaan eli vallitseviin tuotantosuhteisiin ja -rakenteisiin sekä taloudellisen pääoman itseään uusintaviin liikelakeihin (= *vaihtoehtoinen lainoppi*), heikomman sopijapuolen intressien suojaaminen omistusoikeuden tulkintakysymyksiin sovellettuna (= *sosiaalinen siviilioikeus*), yhteiskunnan rakenteellisen eriarvoisuuden purkaminen sekä pyrkimys naisten tai jonkin muun yhteiskuntaryhmän suhteellisen aseman parantamiseen myös omistusoikeutta koskevissa kysymyksissä (= *naisioikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus*), omistamisen yhteiskunnalliset ja etenkin taloudelliset vaikutukset (*reella överväganden -juridiikka*), omistusoikeutta jäsentävien oikeusperiaatteiden analyysi (= *oikeusperiaatteiden punnintamalli*), omistusoikeus oikeuden ja yhteiskunnan monitasomallin valossa ymmärrettynä ilmiönä (= *kriittinen oikeuspositivismi*), omistusoikeus osana vallitsevaa perusoikeusjärjestelmää (= *perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi*) sekä omistamisen liittymät taloudelliseen kustannustehokkuuteen, liiketoiminnan transaktiokustannusten minimointiin ja optimaaliseen yhteiskunnalliseen resurssiallokaatioon (= *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi*).

Oikeustieteen ja etenkin lainopin tulevaisuus on avoin. Erilaiset oikeudelliset tulkintamatriisit sekä nyt olemassa olevien että tulevaisuudessa mahdollisesti kehitettävien tulkintakehysten merkityksessä rajaavat vain oikeuden semanttisesti *mahdollisten maailmojen* sfäärin, jonka alla tutkijan yhteiskuntaideologiset ja aksiologiset sitoumukset voivat saada oikeudellisen muodon. Varmaa on vain se, että lainopin tulkinnallinen tiedonintressi tulee myös tulevaisuudessa säilymään. Toisin kuin Karl Marx aikanaan ennusti, oikeus ei tule ”kuihtumaan tarpeettomana pois” tulevaisuuden yhteiskunnasta, olivatpa sen institutionaaliset,

taloudelliset ja yhteisölliset reunaehdot millaiset tahansa, eikä puhtaasti tekninen tai hallinnollinen tieto ihmisestä ja yhteiskunnasta kykene syrjäyttämään lainopin tulkinnallista tiedonintressiä: mikä *on voimassa olevan oikeuden* sääntöjen ja periaatteiden tietynhetkinen, institutionaalisista ja ei-institutionaalisista oikeuslähteistä johdettavissa oleva *tulkinnallinen merkityssisältö*?

Summary*

Raimo Siltala

A THEORY OF THE SCIENCE OF LAW

Contents:

1. Relative Truths about Law
2. Theoretical Frame of Reference: Analytical Legal Realism and Institutional Legal Positivism
3. The Concept of Law
4. What Is the Science of Law?
5. An Institutional Doctrine of the Sources of Law
6. Legal Methodology
7. Matrix of the Science of Law
8. Scientific Methodology
9. Matrices of Legal Interpretation
10. Fragments of a Legal Methodology
11. What Should Legal Analysis Become?

Diagram 1: *Main Branches of Legal Science, Object of Research, Interest of Knowledge, and Methodology Utilised*

Diagram 2: *Matrix of the Science of Law under Analytical Legal Realism and Institutional Legal Positivism*

Diagram 3: *The Minimum Content of Scientific Methodology in the Context of Law*

1. RELATIVE TRUTHS ABOUT LAW

Of all the laws they commonly deal with, lawyers know the least the laws of their own scholarly pursuit, i.e. the science of law, as Rudolf von Jhering once wrote.¹ The aim of the present book, *Oikeustieteen tieteenteoria* (*A Theory of the Science of Law*), is to give a comprehensive outline of the content of such laws, with

* I wish to thank Rupert Haigh for checking my English in this summary.

¹ Rudolf von Jhering (1818–1892) is known as the founder of *Interessenjurisprudenz*, the German school of law that emphasised the role of various kinds of social interest in shaping the contents of law.

particular reference to the theoretical premises of legal science and legal dogmatics (in German: *Rechtsdogmatik*). In this brief abstract, however, no more than a few fragmentary observations about its line of argumentation can be presented.

There is no *view from nowhere* to the law, to rephrase Thomas Nagel's apt expression in the context of law.² Thus, there is no angle of approach to the law that would be free from all kinds of theoretical and ideological commitments which constitute the grounding premises of the science of law. But neither can there be any *absolute* or somehow privileged point of view with regard to the law, in the sense of some *a priori*, self-justifying definition of and perspective upon law and legal science. Rather, modern law is an example of a *deliberative practice*, in which the very concept of law is under dispute among those engaged in legal argumentation. Law is not a well-ordered, rule-governed social practice that might be fruitfully compared to a simple game such as chess, football or cricket, despite the frequent suggestions to the contrary put forward in jurisprudential literature,³ but the very identity of law and of the science of law is at the core of the issue. As Morawetz writes:⁴

"From the point of view of the theorist, the situation is paradoxical. A player of chess plays with a player of Chinese checkers, and they in turn play with a third who is playing bridge. Each justifies her moves by appealing to her particular game."

There can only be *relative truths about law*, so that any proposition about law is *truth-relative* to the particular set of theoretical premises that have been adopted in the research. There is no one right definition of law, or of the theoretical premises of legal science either, while various schools of law, such as analytical legal positivism, institutional legal positivism, analytical legal realism, natural law philosophy, phenomenology of law, legal hermeneutics, historical school of law, existentialist philosophy of law, Critical Legal Studies movement, Marxist philosophy of law and society, feminist philosophy of law and society, and possible other schools of legal research, each define the concept of law, the constitutive premises of the science of law, and the social goals to be achieved by means of law in highly divergent terms.

² Nagel, *The View from Nowhere*.

³ H.L.A. Hart utilised the cricket analogy, whereas Alf Ross analysed law with reference to the rules of chess. Hart, *The Concept of Law*, pp. 9, 34, 58, 99, 138–141; Ross, *Om ret og retfærdighed*, p. 22–26. The idea of a language-game is said to have occurred to Ludwig Wittgenstein while watching a game of football. Malcolm, *Ludwig Wittgenstein. Muistelma*, p. 85. On the game analogy, see also Ost & van de Kerchove, *Le droit ou les paradoxes du jeu, passim*.

⁴ Morawetz, "Epistemology of Judging. Wittgenstein and Deliberative Practices", pp. 6–7.

2. THEORETICAL FRAME OF REFERENCE: ANALYTICAL LEGAL REALISM AND INSTITUTIONAL LEGAL POSITIVISM

The theoretical frame of the present treatise is based on two distinct strands of modern legal philosophy, viz. *analytical legal realism*, as represented by the Dane Alf Ross (1899–1979) and H.L.A. Hart (1907–1992), on the one hand, and *institutional legal positivism*, as outlined by the Scotsman Neil MacCormick (1941–) and the Austrian Ota Weinberger (1919–), on the other. Some of the key ideas of *analytical legal positivism*, as propounded, for instance, by John Austin (1790–1861), Wesley Newcomb Hohfeld (1879–1918), Hans Kelsen (1881–1973) and Jerzy Wróblewski (1926–1990), can be seen at the root of analytical legal realism. Yet, there is a key difference between those two analytical strands in jurisprudence. Analytical legal realism places the main emphasis on the *law in action*, i.e. the specific rights and duties of individual citizens which have been duly acknowledged and enforced by the judiciary and other law-enforcement officials and which, on the basis of the prevalent normative ideology that has been collectively accepted by the judiciary and other law-enforcement officials, will most likely also be acknowledged and enforced by them in the foreseeable future, while analytical legal positivism puts the main emphasis on formally valid statutory legislation, or the *law in books*, in Roscoe Pound's terminology.

Whether Hart is classified as a representative of analytical legal positivism, as is more common, or a representative of analytical legal realism, as has been done in the present treatise, is in the last resort a matter of judgment and personal preference. Hart's own example of the rule of recognition for English law is given in terms of the *Queen rule*, i.e. "what the Queen in Parliament enacts is law",⁵ with reference to the primacy of formal legislation *vis-à-vis* any other institutional source material when identifying formally valid legal norms. Still, Hart's definition of the rule of recognition was given in distinctively *sociological* and *empirical* terms, with reference to the actual practice of the courts of justice and other law-enforcement officials in identifying the legal rules to be applied in a case,⁶ thereby also lending support to the idea of treating Hart as a representative of analytical legal realism. The essentially *epistemic* function of Hart's rule of recognition runs parallel to that of Ross' idea of the judge's normative ideology (in Danish: *den normative ideologi der besjæler dommeren*)⁷, with reference

⁵ Hart, *The Concept of Law*, p. 108.

⁶ Hart, *The Concept of Law*, p. 107: "... the rule of recognition exists only as a complex, but normally concordant, practice of the courts, officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact."

⁷ Ross, *Om ret og retfærdighed*, p. 56: "Retsvidenskaben beskæftiger sig med den normative ideologi der besjæler dommeren."

to which valid legal rules and other legal standards can be identified by the judiciary and other law-applying officials.

The institutional theory of law is based on John L. Austin's (1911–1960) and John R. Searle's (1932–) prominent ideas on "how to do things with words",⁸ in the sense of how to bring certain desired social or legal consequences into existence by means of making certain linguistic utterances in a certain social context. A priest who says to the couple standing at the altar, "I hereby pronounce you man and wife", a statesman who breaks a bottle of champagne at the side of a ship, saying, "I name this ship *Queen Elizabeth*", and a judge who declares a judicial verdict in a criminal law trial, "I hereby sentence the accused to two years in prison for larceny", are all three performing certain *speech acts* by means of which the construction of social reality is being altered. It is only by means of the performance of certain *institutional speech acts* by the legislator⁹ and the courts of justice that the legal rules of a given legal system can be formally enacted, transformed in content, duly given effect and enforced by the courts of justice and other law-applying officials, and finally derogated. The decisive influence of Ludwig Wittgenstein's seminal idea of *language-games*, as propounded in his late work *Philosophische Untersuchungen (Philosophical Investigations)* can be seen at the root of such intertwined, rule-based linguistic and social practices.

In Chapter 9 of the present treatise, "Fragments of a Legal Methodology", a decisively *deconstructive* reading of certain legal and philosophical texts is adopted, as advocated by the French philosopher Jacques Derrida.

3. THE CONCEPT OF LAW

In line with the theoretical premises of *analytical legal realism* and *institutional legal positivism* adopted in the treatise, the concept of valid law may be defined as follows:

Law is an *institutional fact* which comprises formally valid *legal rules*, on the one hand, and such *legal principles* and other *legal standards*, on the other, which enjoy adequate institutional support and societal approval, on the condition that they have been duly recognised as pertinent criteria of legal decision-making by the courts of justice and other law-applying officials in the past and that they are also likely to be recognised as such decision-making criteria in the foreseeable future, on the basis of the epistemological and

⁸ Austin, *How to Do Things with Words*.

⁹ "Legislator" is in fact a plural noun, with reference to the various norm-giving authorities both on a European and national level.

methodological premises of the prevalent *normative ideology* that has been collectively internalised by the judges and other law-applying officials (in Danish: *den normative ideologi der besjæler dommeren*).

From the point of view of *individual legal subjects*, the concept of law may be defined as follows:

Law is the sum total of such *rights* and *duties* as have been allocated to the individual legal subjects (i.e. citizens) which the courts of justice and other law-applying officials have duly recognised and enforced in the past and which they are also likely to continue to recognise and enforce in the foreseeable future, on the basis of the epistemological and methodological premises of the prevalent normative ideology internalised by the judges and other law-applying officials.

From the point of view of the *legal source doctrine* and *legal argumentation theory*, the concept of law may be defined as follows:

Law is the sum total of such *criteria of legal decision-making* as can be derived from the institutional and non-institutional sources of law which the normative ideology internalised by the judiciary and other law-applying officials comprises, including formally valid *legal rules*, on the one hand, and such *legal principles* and other *legal standards*, on the other, which enjoy adequate institutional support and societal approval, and the content of which can be clarified by means of the prevalent models of legal argumentation.

The concept of law comprises formal legal rules together with legal principles and other legal standards which enjoy adequate institutional support and societal approval. Sometimes even precedent-norms, being norms derived from individual precedents (in Latin: *ratio decidendi*), are treated on an individual basis and are distinguished from statutory rules and legal principles in legal decision-making.

Legal rules are *formal* criteria of legal decision-making, in the sense that their validity, or binding force, and content can at least *prima facie* be determined by having recourse to such formal criteria as those comprised in the prevalent rule of recognition or the formal *pedigree* of the norm, as Ronald Dworkin put it, without having recourse to the specific set of social values and/or goals on the basis of which the rule was originally enacted. Legal principles are of a different kind. They form an essential part of the *axiological ground* of law, in the sense that they enjoy such a degree of institutional support and societal approval in Finnish society that they are regarded as having legal significance and thus belong to the normative premises of legal decision-making. Legal principles and similar standards of legal decision-making are by definition intertwined with certain social values and/or goals. Therefore, in order to determine the bearing of

a legal principle on the legal discretion of a judge or some other law-applying official, recourse needs to be had to the axiological premises to which they serve to give effect.

In addition, legal rules may be arranged in the form of an internally consistent norm hierarchy or "norm pyramid", as outlined by Hans Kelsen in his *Pure Theory of Law*, where the mutual relations of valid legal rules can be determined in a conclusive manner. Legal principles, on the other hand, are by necessity non-systemic arguments, since they do not follow the systemic logic of legal rules. Legal principles and other legal standards which enjoy adequate institutional support and societal approval, are essentially *contextual* arguments the impact of which on a judge's legal discretion can only be determined on a contextual basis for the individual case at hand. Yet, there are some exceptions to the essentially non-systemic character of legal principles. A conception of legal principles that lends support to an at least weakly systemic conception of legal principles can be found under the *basic rights oriented matrix* of legal interpretation, in which the legal principles which lend support to the core of basic rights have precedence over any other kind of legal standards, and under Juha Pöyhönen's *model of contract law*, in which the principle of equity has priority over other kinds of contractual models and their background principles, thus giving effect to a weakly systemic model of legal principles. The same also holds true for precedent-norms, if the prevalent *precedent-ideology* that has been internalised by the judges and other law-applying officials lends support to a more-or-less systemic conception of a line or series of precedents. Such is the case for instance under the constructive model of precedent-following in line with Ronald Dworkin's idea of *law as integrity* when applied to the reading of precedents.

4. WHAT IS THE SCIENCE OF LAW?

Rudolf von Jhering's well-founded complaint about the poor state of self-reflection and knowledge of the laws that constitute legal science among the lawyers themselves is dealt with in this treatise by means of the following categories, the sum total of which is equal to the self-understanding of a legal scholar *vis-à-vis* the law:

- (1) *branch of legal science*,
- (2) *object of research*,
- (3) *interest of knowledge*,
- (4) *methodology of legal research*,
- (5) *research ideology*,
- (6) *matrix of legal science*, and
- (7) *outcome or outcomes of research*.

Legal science is a *plural* notion, covering several fields or branches of legal research, each of which contains its own definition of the object of research and type of knowledge to be sought after. It can be divided into five main categories.

- a) *Legal science as an interpretive science* analyses the content of formally valid legal rules, on the one hand, and of legal principles and other legal standards which enjoy adequate institutional support and societal approval, on the other. Legal dogmatics, comparative analysis of law, and (in part) *de lege ferenda* studies on law, in the sense of research of legal politics, belong to the branch of legal science conceived as an interpretive science.
- b) *Legal science as a human science* analyses the mental structures and processes of the human mind and the edifice of an individual or collective human unconscious which has or may have legal significance. Legal psychology, legal psychiatry, and psychoanalytical study of law belong to the human studies of law.
- c) *Legal science as a cultural science* analyses the societal and cultural meanings and meaning structures which have legal significance. Legal semiotics, legal linguistics, the law and literature approach, and the history of law that is based on analysing the impact of culture-bound ideas and mentalities on legal change, rather than the impact of social and economical factors, belong to the cultural studies of law.
- d) *Legal science as a social science* analyses the influence of law and legal phenomena on various kinds of social structures and processes. Legal sociology, economic analysis of law, statistical analysis of law, legal anthropology, and the history of law that is based on analysing the impact of social and economic factors on legal change, rather than the impact of culture-bound ideas and mentalities, belong to the social studies of law.
- e) *Legal science as legal philosophy* analyses the constitutive premises or definitional characteristics of law or, in wider terms, any such qualities of law that may have significance when seen from a philosophical point of view. Legal philosophy may be further divided into *analytical jurisprudence* (i.e. legal theory) and *continental legal philosophy*, comprising, for example, phenomenology of law, natural law philosophy, legal hermeneutics, existentialist philosophy of law, Marxist philosophy of law and society, and feminist philosophy of law and society.

The *interest of knowledge* pursued and the *methodology of legal research* diverge from each other within the different branches of legal science:

- a) *Legal science as an interpretive science* seeks to analyse the content of law (in force) by means of *interpreting* and *systematising* formally valid legal rules, on the one hand, and by *weighing* and *balancing* legal principles and other legal standards which enjoy adequate institutional support and societal approval, on the other.
- b) *Legal science as a human science* seeks to analyse the impact of various kinds of mental facts, i.e. the cognitive structures and processes of the human mind, together with the laws of an individually or collectively

- constituted human unconscious upon the law and legal phenomena, utilising the methods adopted in the human sciences, such as legal psychology, legal psychiatry, and psychoanalytical study of law.
- c) *Legal science as a cultural science* seeks to analyse the influence of various kinds of community and culture-related meanings and meaning structures in society upon the law and legal phenomena, utilising the methods of the various kinds of cultural studies, such as legal semiotics, legal linguistics, the law and literature approach, and history of law that is based on analysing the impact of culture-bound ideas and mentalities, rather than the social and economical factors, on legal change.
 - d) *Legal science as a social science* seeks to analyse the influence of the various kinds of social structures and processes upon the law and legal phenomena, utilising the methods of the social sciences, such as legal sociology, economic analysis of law, statistical analysis of law, legal anthropology, and history of law that is based on analysing the impact of social and economic factors, rather than culture-bound ideas and mentalities, on legal change.
 - e) *Legal science as legal theory and legal philosophy* seeks to analyse the definitional characteristics or constitutive premises of the law or, in broader terms, any such qualities of the law and legal phenomena that may have significance when seen *from a philosophical point of view*, utilising a philosophical method on the study of law.

The methodology adopted in legal dogmatics can fruitfully be compared to the methodology adopted in the other branches of legal science, with reference to legal science conceived as a human science, a cultural science, a social science, and legal philosophy. In addition, legal dogmatics is compared to theology and the study of literature, all of which share the methodological idea of analysing the meaning content of certain linguistic or text-based source material. In theology, the source material is historically and theologically defined, whereas in the study of literature, any texts laden with the notion of (notably vague) literary merit may be chosen as an object of analysis. Legal dogmatics is *methodologically closed* but *argumentatively open vis-à-vis* the other branches of legal science. Thus, the method of *interpreting* and *systematising* legal rules and of *weighing* and *balancing* legal principles and other legal standards is a distinguishing feature of legal dogmatics, while the results obtained in the other branches of legal research may – and in hard cases of legal decision-making even ought to – be utilised in legal dogmatics, in directing the choice of its factual premises and in evaluating the appropriateness of the outcome reached in legal interpretation. Otherwise, Hans Kelsen's seminal idea of the strict methodological purity of legal analysis, as applied here to the methodology of legal dogmatics *vis-à-vis* the others branches of legal science, is to be sustained.

The methodology of legal dogmatics comprises the *interpretation* and *systematisation* of formally valid legal rules and the *weighing* and *balancing* of legal

principles and other legal standards which enjoy adequate institutional support and societal approval so as to have legal significance. The analysis of any legally significant mental facts, cultural facts, social facts or definitional characteristics of the law, as investigated by the human sciences, the cultural sciences, the social sciences and the philosophical analysis of law, are beyond the *methodological* reach of legal dogmatics.

The *research ideology* of an individual legal scholar may be either *analytical* and *descriptive*, if the aim of study is to describe the law in force with reference to the epistemological and methodological premises of the normative ideology collectively internalised by the judiciary, in line with the analytical and institutional premises of the present treatise, or alternatively, *normative* and *critical*, if the aim of study is to critically evaluate the law in force with reference to some other set of epistemological and methodological premises of law, such as a Marxist, feminist or predominantly economic conception of law. If the law (in force) is conceived as a social and institutional fact, an analytical and descriptive research ideology may be adopted, with reference to the existence of the law and its meaning content at a given moment of time, and the prevalent normative ideology internalised by the judiciary and other law-applying officials may then serve as the final reference of legal research. If the law is, instead, conceived in terms of a (mere) social ideal to be pursued, a normative and critical research ideology may be adopted, with reference to what the law and its meaning content might or, perhaps, even ought to be at a given point of time, and some other social, political or legal ideology than the normative ideology internalised by the judiciary and other law-applying officials may then serve as the final reference of legal research.

The prevalent *matrix of legal science*, in the sense defined by Thomas S. Kuhn in the second edition of *The Structure of Scientific Revolutions*, and by Aulis Aarnio *vis-à-vis* legal dogmatics, is outlined with reference to the *ontological*, *epistemological*, *methodological*, and *logico-linguistic* premises of the science of law. *Axiological* premises are included in the choice of the various elements of the matrix, since it is through the said compounds of the matrix of legal science that various kinds of social values and objectives are filtered to legal science. The ontological and epistemological tenets of legal science are essentially *institutional* in kind, in the sense that the creation, subsequent transformation, enforcement, and derogation of legal norms can only be performed by certain legally competent institutional agents, such as the legislator, the courts of justice and other law-applying officials, and the identification of valid legal norms is also determined with reference to such institutional facts. The matrix of legal science comprises (a) the *constitutive rules* concerning the creation, subsequent transformation, enforcement, and derogation of legal norms; (b) the *rule of recognition*, with reference to the prevalent *institutional source doctrine of law*; (c) the *rules*

of *legal argumentation*, in the sense of the norms guiding the *interpretation* and *systematisation* of legal rules and the *weighing and balancing* of legal principles and other standards with adequate institutional support and societal approval; and (d) the *rules of legal articulation*, in the sense of the rules of logical syntax and semantics which guide the logical and linguistic conceptualisation of legal phenomena.

The research *outcome* of legal dogmatics is given in terms of a set of legal sentences concerning the interpretation and systematisation of legal rules and the weighing and balancing of legal principles and other legal standards which enjoy adequate institutional support and societal approval.

Legal dogmatics can be concisely defined as a discipline, whose:

- (a) *object of research* is the law in force, in the sense of formally valid legal rules along with legal principles and other legal standards with adequate institutional support and societal approval, if the premises of an analytical and descriptive research ideology have been adopted, or, alternatively, the law that might or, perhaps, even ought to be in force, if the premises of a normative and critical research ideology have been adopted;
- (b) *interest of knowledge* is to produce arguments concerning the interpretation and systematisation of formally valid legal rules and the weighing and balancing of legal principles and other standards which enjoy adequate institutional support and societal approval;
- (c) *methodology* comprises the interpretation and systematisation of formally valid legal rules and the weighing and balancing of legal principles and other legal standards which enjoy adequate institutional support and societal approval;
- (d) *research ideology* is to be defined in relation to the prevalent normative ideology that has been collectively internalised by the judiciary and other law-applying officials, in the sense of either accepting or rejecting the epistemological and methodological premises of legal recognition and argumentation to which it gives effect;
- (e) *matrix of legal science* is outlined with reference to the *ontological*, *epistemological*, *methodological*, and *logico-linguistic* premises of law, while in legal dogmatics such a matrix refers to (1) the *constitutive rules* of law, in the sense of the enactment, subsequent transformation, enforcement, and derogation of legal norms; (2) the *rule of recognition*, in the sense of the prevalent *institutional source doctrine of law*; (3) the *rules of legal argumentation*, in the sense of the meta-norms which guide the interpretation and systematisation of legal rules and the weighing and balancing of legal principles and other standards which enjoy adequate institutional support and societal approval; and (4) the logico-linguistic rules of *articulation*, in the sense of the rules governing the conceptualisation of various legal phenomena; and

- (f) *research results* obtained comprise a set of legal statements concerning the interpretation and systematisation of formally valid legal rules and the weighing and balancing of legal principles and other legal standards with adequate institutional support and societal approval.

The *main branches of legal science, object of research, interest of knowledge, and methodology of legal research* can be concisely presented in the form of the following diagram:

Diagram 1: Main Branches of Legal Science, Object of Research, Interest of Knowledge, and Methodology Utilised

<i>Branches of Legal Science</i>	<i>Science of Law as an Interpretive Science</i>	<i>Science of Law as a Human Science</i>	<i>Science of Law as a Cultural Science</i>	<i>Science of Law as a Social Science</i>	<i>Science of Law as (Legal) Philosophy</i>
<i>Object of Research</i>	meaning content of formally valid legal rules and legal principles and other standards which enjoy adequate institutional support and societal approval	such mental structures and processes of the human mind and the edifice of an individual or collective human unconsciousness that have legal significance	such societal and cultural meanings and meaning structures that have legal significance	the influence of law and of legal phenomena on various kind of social structures and processes	definitional characteristics of law and legal phenomena, or any tenets of law that may have significance from a philosophical point of view
<i>Interest of Knowledge</i>	meaning content of the law in force in descriptive or normative terms, i.e. law as a social fact to be recognised and enforced or as a social ideal to be pursued	legal heuristics: the impact of mental and subconscious structures and processes on law and legal phenomena	increased understanding of the impact of societal and cultural meanings and meaning structures on law and legal phenomena	explanation and/or understanding of the impact of various social structures and processes on law and legal phenomena	analytical or reflective
<i>Methodology</i>	interpretation and systematisation of formally valid legal rules and weighing and balancing of legal principles and other legal standards with adequate institutional support and societal approval	heuristics of law, psycho-analytical analysis of law, behavioural analysis of law	analysis of social and cultural meanings and meaning structures	empirical observations, analysis and modelling of social phenomena	philosophical analysis and/or reflection

5. AN INSTITUTIONAL DOCTRINE OF THE SOURCES OF LAW

The prevalent legal source doctrine in Finland is based on Aulis Aarnio's and Aleksander Peczenik's three-level model of legal sources, in which the *must*-sources, *should*-sources and *may*-sources are distinguished from each other. The must-sources comprise *legislation* and *customary law*, and a judge must take them into account as normative premises of judicial decision-making. If a judge ignores one of the must-sources, an official sanction will be inflicted upon him or her, in the sense of the consequences of a blameworthy misconduct in office or even criminal charges. The should-sources comprise *travaux préparatoires* and *precedents*, and a judge should take them into account as normative premises of judicial decision-making. If a judge overlooks one of the should-sources, some unofficial consequences will be inflicted upon him or her in the sense of professional blame for a defective, less-than-perfect judicial decision. Moreover, the decision that the judge makes is likely to be reversed by the court of appeal or the highest court, unless the decision was given by the highest court. The may-sources comprise all other kinds of legal source material that a judge may use in legal discretion, such as arguments put forth by legal dogmatics.

Aarnio's and Peczenik's model was outlined well before the drastic legal changes affecting Finland's legal system that took place in the 1990's, viz. Finland's joining the European Community in 1995 and becoming a member of the European Convention on Human Rights in 1990. Moreover, Aarnio's and Peczenik's model, like the one presented by Hans Kelsen in his *Pure Theory of Law*, is based on a *static* account of the various kinds of legal source material, in which the relative weight of each type of legal argument may be determined beforehand, while precedents and in particular such legal standards as may be inferred from the decisions given by the European Court of Justice or the European Court of Human Rights, rather follow a *dynamic* logic of legal decision-making, in which the relative weight of an argument may be determined only with reference to the particular case at hand, without a corresponding claim to the universality or generality of the decision made. Understandably, Aarnio's and Peczenik's model could not anticipate the emergence of such European law and its profound impact on the judicial discretion of a Finnish judge.

The *institutional* doctrine of the sources of law is presented as an alternative to Aarnio's and Peczenik's corresponding model is based on the notion that certain institutional decision-making bodies in society, such as the legislator, courts of justice and other law-applying officials, have decisive importance in determining the contents of law at a given moment of time. There are six elements involved in any theory or model of the sources of law:

- (a) correspondence of the model with the normative ideology that is collectively internalised by the judiciary and other law-applying officials (in Danish: *den normative ideologi der besjæler dommeren*)¹⁰, with reference to the *field of coverage* and relative *accuracy* of the model *vis-à-vis* the normative decision-making criteria that are in fact utilised by the courts and other officials;
- (b) static or dynamic characteristics of the model, with reference to whether the impact of a certain kind of legal argument on judicial discretion can be determined *ex ante* as being part of a constant and rigid system of legal sources, in which case the model of legal sources is based on *static* systemic logic, or whether the impact of a certain kind of legal argument on judicial discretion can only be determined *ex post facto*, *vis-à-vis* the actual case at hand, in which case the model of legal sources is based on *dynamic* systemic logic;
- (c) different facets of *legal formality* involved in legal arguments, with reference to their elements of constitutive or validity formality, systemic formality, mandatory formality, structural or norm-logical formality, methodological or argumentative formality, and linguistic or expressive formality, in the sense outlined by Robert S. Summers;
- (d) *structural axiology* of law, with reference to the relative degree of institutional support and societal approval enjoyed by a legal argument;
- (e) *institutional justification premises* of the legal source doctrine; and
- (f) prevalent *meta-theory of law*, in the sense of the *institutional meta-context* of law.

In this treatise above, I reject three models of justification for the prevalent legal source doctrine. I reject, firstly, legal pragmatism, in which the negative consequences of a judge's non-compliance *vis-à-vis* the prevalent legal source doctrine are held to be decisive, in the sense rephrasing Justice Oliver Wendell Holmes' famous *bad man theory of law* in the context of legal source doctrine, i.e. what will be the negative consequences for a judge, if he or she deviates from the prevalent source doctrine? Aulis Aarnio's and Aleksander Peczenik's legal source doctrine is based on such pragmatist premises, as the infliction of an official sanction upon a judge who refuses duly to follow the prevalent source doctrine in the case of legislation or customary law is deemed to have decisive importance. In addition, some unofficial sanctions in the sense of, e.g., professional blame may be inflicted on a judge who refuses to follow the prevalent source doctrine in the case of *travaux préparatoires* or precedents.

Still, I find such pragmatist premises of a legal source doctrine less than fully satisfactory when viewed from an axiological and moral philosophical point of view. Similarly, I reject the transcendental-logical model of justification of law

¹⁰ Ross, *Om ret og retfærdighed*, p. 56: "Retsvidenskabens beskæftiger sig med den normative ideologi der besjæler dommeren."

that is put forward in Hans Kelsen's *Pure Theory of Law*, with its transcendental-logical idea of the basic norm construction (in German: *Grundnorm*), because of the transcendental or merely hypothetical presuppositions involved. In addition, I reject the empiricist and sociological model based on H.L.A. Hart's idea of the rule of recognition, due to the logical difficulties involved in inferring an *Ought* from an *Is*, in the sense of inferring the binding character of law from the existence of certain social facts, and due to the circularity of the model of reasoning adopted, if the rule of recognition is defined in purely empirical or sociological terms as Hart himself suggested. Instead, I argue that justification for the Finnish model of legal sources may be given in institutional terms, with reference to the *institutional justification premises* of law.

The principle of *democracy*, in the sense of respect for the institutional value choices made by the Parliament, provides an institutional justification for the binding character of statutes and other decrees of hierarchically lower status, such as administrative and communal decrees. In addition, it gives indirect backing to the official *travaux préparatoires*. Respect for the *contract law autonomy* of the citizens provides an institutional justification for the private law contracts made by the citizens, in the sense of respecting the *pacta sunt servanda* principle that lends support to the idea of the binding force of contracts. *Equality before the law* provides an institutional justification for precedents, for other court decisions of a constant and uniform kind, and possibly for other decisions given by the law-applying officials, on the condition that the material *ratio* of the decision may be generalised or universalised so as to cover other, similar decision-making situations. The three institutional justification principles, i.e. respect for parliamentary decision-making, respect for contract law autonomy of the citizens and equality before the law may be collected under the common heading of the *rule of law ideology* (in German: *Rechtsstaatsideology*) as it is being upheld in the Finnish legal system. In addition, the *prevalent theory of social justice* provides a non-institutional justification for other possible kinds of legal source material, such as legal comparative arguments outside the context of the law of the European Community and the idea of uniform legal interpretation within it, legal historical arguments, references made to the principles of prevalent political morality in society, or the anticipated social consequences of a certain legal interpretation in light of the principles of the prevalent political morality in society.

The essentially self-justifying principle of *legal sovereignty* provides a (weak) institutional justification for such norms of EC origin which cannot draw support from the principle of parliamentary democracy because of the *democracy deficit* involved in EC legislation or from the principle of equality before the law because of the possibly zigzagging and less-than-uniform line of decisions issued by the European Court of Justice. Because of the dynamic interpretation methods

employed by the Court, the outcome of decision-making need not lean backwards, or towards past judicial decisions, but rather forward, in the sense of adapting the EC to the novel social circumstances that are evolving.

Moreover, there may be a set of counter-principles which function as a counter-weight to the prevalent institutional justification principles. The principle of self-justifying sovereignty is itself a counter-principle to the principle of parliamentary democracy. The various principles of equity in contractual relations and the protection of the weaker party of a contract, as propounded by Thomas Wilhelmsson's *social civil law* ideology, act as a counter-weight to the prevalent idea of contract law autonomy and the principle of *pacta sunt servanda* in contract law. In a similar manner, the principle of equity in contract law and the protection of the weaker party to a contract, as derived from the premises of social civil law, and the parallel principle of positive discrimination in favour of women, as argued for by the proponents of *feminist legal studies*, deviate from the principle of equality before the law. The principle of self-justifying legal sovereignty is counterbalanced by the *subsidiarity* principle in EC law, according to which the competence of legal or administrative decision-making is brought back to national or even local level, in preference to centralised decision-making in the EC. Finally, the prevalent theory of social justice that provides a justification for the non-institutional sources of law is counterbalanced by the various kinds of alternative interpretations of social justice, with reference to, for example, a Marxist or feminist orientation to the law and society, instead of those in fact acknowledged and enforced by the judiciary and other law-applying officials.

Legal dogmatics and the reasoned interpretation standpoints that are produced by it can only make an appeal to an indirect basis of legal justification, in the sense that legal dogmatics puts forward a set of institutional and possibly non-institutional arguments in favour of certain interpretations of the law in force, but it cannot have any inherent authoritative or justificatory value of its own, i.e. without the argumentative support gathered from the various institutional or non-institutional sources of law, such as legislation, *travaux préparatoires*, and precedents, which are then rephrased by legal dogmatics in favour of a certain legal outcome.

The prevalent *legal source doctrine* in Finland, in the sense of the specific contents of the rule of recognition or the normative ideology that has been collectively internalised and approved by the judiciary and other law-applying officials, comprises a reference to the following kinds of legal sources:

a) *Institutional Sources of Law:*

- (1) EC legislation, including the Rome Treaty and subsequent amendments thereto, EC regulations, directives, and decisions given by the EC organs

- the material *ratio* of which may also be extended to apply to other cases of a similar kind;
- (2) national legislation, including the national constitution, statutes enacted by the Finnish parliament, decrees issued by the President, the Council of State, or individual ministries, administrative and communal decrees, and so on;
 - (3) *travaux préparatoires*;
 - (4) precedents and other court decisions the material *ratio* of which can be generalised to apply to other cases of a similar kind;
 - (5) legal standards that can be inferred from the decisions given by the European Court of Justice;
 - (6) legal standards that can be inferred from the decisions given by the European Court of Human Rights;
 - (7) private law contracts made by citizens;
 - (8) customary law, if there is no legislation or uniform court practice on the issue;
 - (9) decisions given other by law-applying officials the material *ratio* of which can be generalised to apply to other cases of a similar kind;
 - (10) constant and uniform practice in interpreting EC law or the human rights law in the national courts and other law-applying officials in the countries which belong to the European Union or the states which have signed the European Convention on Human Rights.

b) Non-Institutional Sources of Law:

- (11) arguments presented in legal dogmatics;
- (12) other arguments that may have legal significance, such as legal comparative arguments outside the context of a constant and uniform practice of interpreting EC law or the human rights law, legal historical arguments, arguments derived from the economic analysis of law and the like arguments; and
- (13) anticipated social consequences of a certain legal interpretation in the light of the principles of the prevalent political morality.

The material included in the prevalent legal source doctrine may still be provisionally divided into the three categories of the *must*-sources, *should*-sources and *may*-sources, but the classification cannot be extended to cover the dynamic sources of law. In particular, those legal standards that may be inferred from the decisions given by the European Court of Justice or the European Court of Human Rights cannot be classified on the basis of their formal origin, or their *pedigree* in Ronald Dworkin's terminology, into just one of the three categories available, but they might be classified under each of the three categories of the *must*-sources, *should*-sources and *may*-sources, depending on the combination of arguments involved: (a) *structural axiology* of the arguments involved; (b) their degree of *legal formality*; (c) their *institutional justification* ground in

the light of (d) the prevalent *institutional meta-theory of law*; and (e) the presence or absence of a *constant and uniform practice* of interpreting and enforcing the EC law or the human rights law in the national jurisdictions in the countries which belong to the European Union or in the states which have signed the European Convention on Human Rights, along with the material content of such decisions *vis-à-vis* the *grounding principles of Western constitutional law*, in the case of EC law, or the *most basic human rights*, in the case of human rights law. Yet, I prefer to utilise the terminology of the *binding* sources, the *persuasive* sources, and *other feasible* sources of law, rather than Aarnio's and Peczenik's terminology of the must-sources, should-sources and may-sources of law.

Legal source material which belongs to the category of the *binding* sources *vis-à-vis* the legal discretion of the judiciary and other law-applying officials comprises: (1) EC legislation; (2) legal standards that may be inferred from the decisions given by the European Court of Justice or the European Court of Human Rights which, because of their widely acknowledged position in the constant and uniform practice of interpreting EC law or human rights law in the national courts and other law-applying officials in the countries which belong to the European Union or the states which have signed the European Convention on Human Rights, their relative degrees of legal formality and position in the structural axiology in the Finnish legal system, and their institutional justification in the light of the prevalent institutional meta-theory of law, belong to the same level of legal binding force as the Finnish constitution or national legislation in Finland, while in the case of EC law, the most foundational constitutional doctrines are then at issue, and in the case of the human rights law, the most basic human rights are at issue; (3) national legislation; (4) customary law, if there is no legislation or uniform court practice on the issue; and (5) private law contracts made by the citizens.

Legal source material which belongs to the category of the *persuasive* sources *vis-à-vis* the legal discretion of the judiciary and other law-applying officials comprises: (6) *travaux préparatoires*; (7) precedents and other uniform national court practice; (8) decisions given by other law-applying officials the material *ratio* of which can be generalised to apply to other cases of a similar kind; (9) legal standards that may be inferred from the decisions given by the European Court of Justice or the European Court of Human Rights which, because of their less than widely acknowledged position in the constant and uniform practice of interpreting EC law or the human rights law in the national courts and other law-applying officials in the countries which belong to the European Union or the states which have signed the European Convention on Human Rights, the relatively weaker tenets of legal formality involved and their relatively weaker position in the grounding structural axiology of the Finnish legal system, and their relatively weaker institutional justification ground in light of the prevalent insti-

tutional meta-theory of law, belong to the same level of legal binding force as the Finnish national precedents and the lower-level norms of formal administrative legislation, while in the case of EC law, competition law and the rules of the internal market or national subsidies are then at issue, and in the case of human rights law, rights deemed as less than most basic are then at issue.

Legal source material which belongs to the category of the *other feasible* sources of the legal discretion of the judiciary and other law-applying officials comprises: (10) arguments presented in legal dogmatics; (11) legal standards that may be inferred from the decisions given by the European Court of Justice or the European Court of Human Rights which, because of legal cultural differences, lack direct applicability in Finnish law, such as a decision concerning the English *trust*, infliction of retributive tort, or the German *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (*GmbH*), with reference to the EC law and the decisions given by the European Court of Justice, or the permissiveness of the death penalty or the use of anonymous witness statements, with reference to human rights law and the decisions given by the European Court of Human Rights, since the Finnish legal system does not acknowledge the normative impact of such legal institutions or arrangements at the moment; (12) arguments derived from legal history, economic analysis of law or legal comparison outside of the EC law or human rights law context; and (13) anticipated social consequences of a certain legal interpretation in the light of the principles of the prevalent political morality.

The concept of law is, accordingly, a cluster concept in which the ingredients may be derived from the various kinds of institutional and non-institutional sources of law for the individual case at hand.

6. LEGAL METHODOLOGY

Unlike legal dogmatics, the other branches of legal science may utilise the very same methodological tools as the "background science" involved, whether it be one of the human sciences, the cultural sciences, the social sciences, or philosophy *vis-à-vis* the law. Thus, legal history makes use of the methods of the general study of history, legal sociology makes use of the methods of the social studies, economic analysis of law utilises the methods of economics as applied to the law and legal phenomena, and legal philosophy utilises the methods of a philosophical analysis, with reference to the various conceptions of philosophy and the methodological alternatives available. It is only legal dogmatics that is problematic insofar as its methodology is concerned.

The methodology adopted in legal dogmatics is legal *argumentation*, in the sense of the *interpretation* and *systematisation* of formally valid legal rules and the *weighing* and *balancing* of legal principles and other legal standards which

enjoy adequate institutional support and societal approval. Such legal principles and standards, in other words, form an essential and constitutive part of the *grounding axiological structure* of (Finnish) law and society. The methodological models which legal dogmatics may lean on provide no more than weak support for the methodology of legal argumentation, with reference to the methodological options that are available in such branches of research as theology and the study of literature. In all three fields of study, viz. legal dogmatics, theology and the study of literature, the subject matter of research is text-based source material. Yet, it is only in legal dogmatics that the source material is restricted to the *institutional sources of law*. In theology, the canon of texts to be duly interpreted is outlined in a manner very different from legal dogmatics, with reference to certain historical texts of a theological kind. In the study of literature, almost anything with at least some kind of literary or aesthetic value might be taken as the subject of analysis, including the diary entries and private correspondence of certain authors, in addition to the more conventional topics of novels, poems and plays.

In the case of formally valid legal rules, the connection to the set of social values and/or goals on the basis of which the rule was originally enacted has been decisively severed, in the sense that the formal validity and the specific meaning content of an individual legal rule *vis-à-vis* an individual case at hand may – at least *prima facie* – be defined irrespective of such social background considerations, provided that the formal criteria of legal validity are duly fulfilled. Legal principles and other legal standards with adequate institutional support and societal approval, on the other hand, are by definition intertwined with the social values and/or goals to which they give effect, and their significance in legal decision-making and their specific meaning content *vis-à-vis* an individual case at hand cannot be determined without taking such moral and/or social considerations into account.

Still, legal principles and other standards of legal decision-making may obtain rule-like tenets and become more or less formalised arguments, being then subject to the meta-norms of legal interpretation and systematisation on a more decontextualised basis in relation to their initial social background reasons. Conversely, legal rules may lose their formal characteristics and become more principle-like or standard-like arguments, being then subject to the meta-norms of weighing and balancing on a more contextual basis. In addition, legal principles and other legal standards may even lose their institutional support and societal approval and obtain the status of mere idiosyncratic value considerations of an individual decision-maker, with no acknowledged normative impact on the legal discretion of a judge or other law-applying official. The relative degree of *legal formality*, on the one hand, and the connections that bind a certain social value-consideration to the grounding *axiological* premises of law, in the sense of the

degree of institutional support and societal approval enjoyed by it, on the other, determine the relative rule-likeness or the principle-likeness (or standard-likeness) of a legal argument. Purely idiosyncratic, either value-laden or goal-oriented ideological premises of judicial decision-making lack any facets of legal formality or support in the axiological grounding premises of law. Therefore, they cannot be part of the prevalent concept of law either.

Legal argumentation refers to the *interpretation* and *systematisation* of formally valid legal rules and the *weighing* and *balancing* of legal principles and other legal standards with adequate institutional support and societal approval. Precedent-based law is situated somewhere in between formal legal rules and no more than weakly formal legal principles and other legal standards in this respect.

In legal argumentation, the methodology to be adopted needs to be tailored for the type of legal source in question. Legislative norms are usually wide and general in scope, and the legislator has given them an express norm-formulation. Precedents, on the other hand, are bound to the individual case originally ruled upon by the precedent court, and frequently there is no authoritative norm-formulation, nor any single method of determining the exact *ratio decidendi* of a precedent.¹¹ Thus, in the case of precedents, the very definition of the *ratio decidendi* of a case, in the sense of the binding element of the case *vis-à-vis* the discretion of the subsequent judge, as distinguished from mere *obiter dicta*, or the non-binding reasoning context of the said *ratio* in the decision, first needs to be discerned, and it is only thereafter that the precedent may be subjected to the process of interpretation and systematisation or the process of value-laden weighing and balancing.

Legislative norms need to be interpreted in the light of the specific *matrix of legal interpretation* which has been collectively internalised by the community of legal scholars in question. In the case of precedents, the prevalent *precedent-ideology* internalised by the judiciary has a similar role *vis-à-vis* the definition of the *ratio/dicta* distinction of an individual precedent and the exact meaning content to be given to it. There are various general matrices of legal interpretation available, ranging from conceptualist legal dogmatics to analytical-functionalist legal dogmatics, social civil law, feminist legal studies, weighing and balancing of legal principles, and the basic rights oriented legal dogmatics. In a similar manner, the array of precedent-ideologies available to a judge or scholar extends from precedent-based *judicial exegesis*, in which the normative and/or factual reasoning premises of the precedent are held to be decisive; to precedent-based *reasoning by analogy and distinguishing*, in which the precedent case is no more than a model decision or an exemplar in the Kuhnian sense to be followed in later

¹¹ Cf. Hart, *The Concept of Law*, p. 131–132.

adjudication; to the reading of precedents in the light of the *best constructive interpretation* in Ronald Dworkin's sense of legal integrity; and to *judicial legislation* by means of precedents, where the prior court decides all by itself what is to count as the *ratio* of the decision, giving it an authoritative and final formulation in the rubrics or abstract of the case. The models of legal interpretation (and of weighing and balancing) need to be adjusted accordingly.

In interpreting contractual obligations, the idea of the constitutive *contract model* has a decisive impact on legal argumentation. A contract may accordingly be defined, for instance, in terms of the initial consensus of the parties to a contract; protection of the legitimate expectations of the parties to a contract; maintenance of contractual balance and the equitable nature of the mutual terms of the contract; or the protection of the weaker party of the contract. Depending on the contract model to be applied, the models of legal interpretation need to be adjusted as well. Customary law may be seen in light of the tacitly presumed contractual requirements involved in the legal relations between the parties. Therefore, the approach adopted in interpreting contractual obligations may partly be extended also to the interpretation of customary law, and usually the idea of protecting the legitimate expectations of the parties to a contractual relation has a decisive role therein. When considering the anticipated social consequences of law, the idea of *goal-rationality* takes priority in reading the law.

The methodology of legal dogmatics is closely related to the choice of a particular *matrix of legal interpretation* adopted by a legal scholar, being the *methodological* part of the general concept of the *matrix of legal science*. By means of the matrix of legal interpretation, the legal and social goals to be attained by means of legal argumentation are then defined.

7. MATRIX OF THE SCIENCE OF LAW

The matrix of legal science comprises the *ontological*, *epistemological*, *methodological*, and *logico-linguistic* premises of the science of law. The ontological and epistemological characteristics of legal science are *institutional* in kind, in the sense that the initial creation, subsequent transformation, authoritative enforcement, and finally derogation of legal norms is performed by certain institutional actors, such as the legislator, the courts of justice and other law-applying officials; and the identification of legal norms as valid law is also defined by reference to such institutional facts. In legal dogmatics, the matrix of legal science comprises: (a) the *constitutive rules* concerning the creation, transformation, enforcement, and derogation of legal norms; (b) the *rule of recognition*, with reference to the prevalent *institutional source doctrine of law*; (c) the *rules*

of *legal argumentation*, in the sense of the norms guiding the interpretation and systematisation of legal rules and the weighing and balancing of legal principles and other standards with adequate institutional support and societal approval; and (d) the *rules of articulation*, in the sense of the norms of logical syntax and semantics which guide the logical and linguistic conceptualisation of the various kind of legal phenomena.

The epistemological, logical and linguistic premises of law define the *analytics of finitude of law*, with reference to the way in which the "words", or conceptual categories, and "things", or legal phenomena, are related to one another in a certain society and legal culture.¹² The ontological and methodological premises of law, on the other hand, define the *institutional positivity of law*, with reference to the binding form and material content of the law in a given society and legal culture. Thus, we have the following theoretical premises of law and of legal science which make up the *historical a priori* (in French: *épistémè*) of modern law in terms of the analytics of finitude and the institutional positivity of law:

Analytics of Finitude of Law:

- a) *Epistemological Premises of Law*: the prevalent *rule of recognition*, with reference to the institutional and non-institutional sources of law as comprised by the criteria used for the identification of law by the judges and other law-applying officials; and
- b) *Logical and Linguistic Premises of Law*: logical syntax and semantics of law, with reference to the *logical* and *linguistic rules* that define the conceptualisation of legal phenomena in both syntagmatic and paradigmatic terms.

Institutional Positivity of Law:

- c) *Ontological Premises of Law*: creation, subsequent transformation, enforcement, and derogation of law, with reference to the constitutive rules of law; and
- d) *Methodological Premises of Law*: norms of legal argumentation, with reference to the norms which guide the interpretation and systematisation of formally valid legal rules and the weighing and balancing of legal principles and other legal standards with adequate institutional support and societal approval.

The two axes of *analytics of finitude* and the *institutional positivity* of law define the plane on which all knowledge of modern law is situated under the premises of *analytical legal realism* and *institutional legal positivism*. The resulting matrix of legal science can be concisely presented as follows:

¹² Cf. Foucault, *Les Mots et les choses*; Austin, *How to Do Things with Words*.

Diagram 2: Matrix of the Science of Law under Analytical Legal Realism and Institutional Legal Positivism

LINGUISTIC PHILOSOPHY Institutional facts & institutional speech acts LEGAL INSTITUTIONS	LOGIC & LINGUISTICS OF LAW (i) <i>Articulation Rules of Law</i> : conceptual categories of law and of legal phenomena <i>Law that can be conceptualised & linguistically articulated</i> (= L-rationality)	THEORETICAL LEGAL DOGMATICS Systemically determinable law: formal norm hierarchy + main rule/exceptions dichotomies, prevalent legal principle/weaker principles, and leading precedent-norm/weaker precedent-norms RATIONALITY OF LAW	METHODOLOGY OF LAW <i>Rules of Legal Argumentation</i> : (f) rules of legal systematisation (g) rules of legal interpretation + (h) norms of value-laden weighing and balancing of legal principles <i>Law whose meaning content can be defined (= D-rationality)</i>	Institutional Positivity of Law = Form and Content of Law = Ontic and Methodic Identity of Law
ONTOLOGY OF LAW <i>Constitutive Rules of Law</i> : (a) rules of enactment (b) rules of transformation (c) rules of enforcement (d) rules of derogation <i>Law that can be enacted, transformed, enforced and derogated by institutional decision-makers</i>	SOLLEN <i>Primary Rules of Obligation</i> (p → Sq)	PRACTICAL LEGAL DOGMATICS Content of law: law as an enforceable social fact, or law as a (non-enforceable) social ideal to be pursued LEGAL SIGNIFICATION	THEORY OF SCIENCE: Ontological, Epistemological, Methodological, and Logical and Linguistic Premises of Law: constitutive rules, rule of recognition, rules of argumentation, and rules of articulation of legal science	

Linguistic philosophy, *legal philosophy* and *legal theory*, *theoretical legal dogmatics*, and *practical legal dogmatics* are situated at the four corners of the diagram. *Epistemology of law*, *logic and linguistics of law*, *ontology of law*, and *methodology of law* are situated on the four sides of the diagram. The horizontal axis depicts the *positivist* and *institutional* aspects of law, in the sense of the *institutional positivity* of law, while the vertical axis depicts the *analytical* aspects of law, in the sense of the *analytics of finitude* of law.

Epistemology of law comprises the prevalent rule of recognition, with reference to the prevalent doctrine of the institutional sources of law by means of which the (re)cognition of law is made possible. *Logic and linguistics of law* comprise the articulation rules of law, with reference to the framing of the basic conceptual categories and other logical and linguistic properties of law. They give effect to the rules of *L-rationality*, or logical and linguistic rationality, in law. *Ontology of law* comprises the constitutive rules of law, with reference to the rules of initial norm creation, subsequent transformation, authoritative enforcement, and finally derogation of law. *Methodology of law* comprises the prevalent rules of formal legal interpretation, the rules of legal systematisation *vis-à-vis* legal rules proper, precedent-norms and legal principles with at least some systemic characteristics, and the norms of weighing and balancing of legal principles and other standards with adequate institutional support and societal approval. They give effect to the rules of *D-rationality*, or discursive rationality, in law.

Linguistic philosophy combines elements drawn from the logic and linguistics of law, on the one hand, and from the institutional ontology of law, on the other. It comprises, among other things, the analysis of institutional facts in terms of institutional speech acts, as investigated by John L. Austin and John R. Searle on the basis of Ludwig Wittgenstein's philosophy of various kinds of language-games and Elizabeth Anscombe's philosophy of intention and institutional facts. *Legal theory* and *legal philosophy* combine elements from the epistemology of law and the ontology of law. The very idea or concept of law, its relation to legal ontology and legal epistemology, and the validity ground and the justification ground of law are analysed by such a philosophical approach to the law. *Theoretical legal dogmatics* combines elements drawn from the logic and linguistics of law, on the one hand, and the methodology of law, on the other. It produces statements concerning the systemic tenets in law, with reference to the main rule/exceptions dichotomy in a set of legal rules, the prevalent legal principle/weaker legal principles classification in a set of legal principles and other legal standards with adequate institutional support and societal approval, and the leading precedent-norm/weaker precedent-norms classification in a set of precedents under certain precedent-ideology. *Practical legal dogmatics* combines elements drawn from the institutional epistemology of law and the methodology of law. It produces interpretation statements concerning the content of law at a given point of

time. At the centre of the diagram, the concept of the *primary rule of obligation* and the idea of a legal *Ought* (in German: *Sollen*) is given effect.

The constitutive rules of law, with reference to the rules of norms creation, transformation, enforcement, and derogation, are meta-level norms *vis-à-vis* the primary rules of obligation. In all, the diagram displays the *historical a priori* (in French: *épistémè*) of modern law in terms of the *analytics of finitude* and the *institutional positivity* of law, with reference to the *words* (or conceptual categories) and *things* (or legal phenomena) within legal discourse, on the one hand, and the *form* and *content* of law, on the other.

8. SCIENTIFIC METHODOLOGY

Understanding of the laws of legal methodology is no more than weakly formed among the members of the legal profession and the legal scientific community in Finland, as the essay collection *Minun metodini* (*My Method*), edited by the then researcher (and later Justice) Juha Häyhä, testifies. Despite the promising title of the book, few of the 17 eminent Finnish legal scholars who contributed to the said essay collection offered anything like a reasoned self-reflection of the legal methodology adopted by him or her. Rather, the essays tend to be about the heuristics of a logic of scientific discovery, the variety of the research results obtained in the individual studies, biographical accounts on "how-my-books-actually-came-about" by the authors, the citing of theory-fragments and scholarly name-dropping of distinguished scholars in the field of law and social philosophy. The key question or question of legal methodology are still left unanswered.

Aulis Aarnio's idea of legal argumentation theory, as given in terms of the interpretation and systematisation of law, comes closest to outlining the methodology of legal dogmatics. Still, the criteria to be adopted in such a process of legal interpretation and systematisation are left unspecified, as are the criteria of weighing and balancing legal principles and other standards of legal decision-making. Similarly, Thomas Wilhelmsson's idea of social civil law, with its key idea of promoting the interests of the weaker party in contract law relations by reading the main rule/exception classifications in a manner highly different from the one commonly adopted in legal dogmatics, has obvious methodological implications. Yet, the model of reading the law in the light of its inherent potential for change in the society to come, as traced in the exception clauses in legislations and other systemic discontinuities in law, cannot be extended to cover all branches of law.

Accordingly, an effort was made to outline the *minimum content* of a scientific method, in which H.L.A. Hart's idea of the *minimum content of natural law*

provided for the source of inspiration. Firstly, a definition of scientific method was given in terms of the logic of discovery and the logic of justification:

Scientific method is the sum total of the rules of inference by means of which a repeatable and cumulative shift can be accomplished from the idiosyncratic and unique *logic of discovery* of an individual scholar to the universalisable and repeatable *logic of justification* that is sustained by the scientific community, and *vice versa*.

Scientific method is the bond that connects the two ingredients of science with each other, i.e. the idiosyncratic and unique *logic of discovery* of an individual scholar and the essentially universalisable and repeatable *logic of justification* that is sustained by the scientific community at large, in such a manner that the process yields both internal variation and controllability of the results thereby reached. Since the lawyers' methodological self-reflection proved to be rather poorly formed, the methodology of the science of law was approached from the point of view of the *minimum requirements* demanded from such a methodology. In the science of law, the minimum content of legal methodology would need to take into account the following criteria:

Diagram 3: The Minimum Content of Scientific Methodology in the Context of Law

Production of Scientific Contributions

- (a) Ban on Scientific Triviality
= requirement of scientific significance of the results obtained
- (b) Ban on Total Identicalness with Prior Research
= requirement of scientific innovation

Controllability of Scientific Results

- (a) Ban on Purely Idiosyncratic Method
= requirement of societal acceptance of the results obtained
- (b) Ban on Radical Discontinuity *vis-à-vis* Prior Scientific Methodology Adopted
= requirement of scientific continuity and predictability of the method
- (c) Ban on a Haphazard "Oracle Method" or "Coin-Tossing" Method
= requirement of rational justifiability of the method
- (d) Ban on Methodological Anarchism
= requirement of adequate specificity of the method
- (e) Ban on Methodological Nihilism
= requirement of a presumed existence of the method
- (f) Ban on Total Reduction of the Method *vis-à-vis* the Subject Matter of Study
= requirement of autonomous identity of the method
- (g) Ban on Extreme Complexity in Method
= requirement of scientific determinateness of the method

The minimum requirements placed on scientific methodology serve to rule out certain clear cases of pseudo-science or "less-than-science", if either or both of the two seminal criteria concerning the production of novel scientific contributions or the public controllability of scientific results fail. The bans on *scientific triviality* and on *total identicalness* with prior research seek to guarantee the scientific novelty of the results obtained, ruling out entirely trivial outcomes and mere repetition in research out the field of science. The bans on purely *idiosyncratic* methodology that cannot be subjected to the examination of the scientific community at large, on *radical discontinuity* of method, in the sense of a "self-effacing method" of reading the law, on a haphazard or arbitrary *oracle method* or *coin-tossing method* in legal science,¹³ on *methodological anarchism*, as envisioned by Paul Feyerabend in which "anything goes" for a method, on *methodological nihilism*, in which the very existence of the method is put in doubt, on *total reduction* of the method *vis-à-vis* the subject matter of study, depriving the claimed method of its conceptual and epistemological identity, and on *extreme complexity* in method, in respect of which grasping the method would take more than a lifetime, seek to guarantee the outward controllability of the methodology and of the results thereby reached.

Because of its tradition-bound character, the weight of emphasis is on the logic of justification, and not on the logic of discovery, in the methodology adopted in legal dogmatics. Moreover, the methodological rules that structure legal dogmatics need to be further differentiated for the interpretation, systematisation, plus weighing and balancing of law:

In the case of legal *interpretation*, the method can be defined as follows:

The rules of legal interpretation comprise the sum total of the rules of argumentation by means of which a repeatable and internal variation producing intellectual movement can be achieved from the factual and normative premises of the case at hand, the latter as outlined in accordance with the prevalent legal source doctrine that is collectively adopted by the judiciary and other law-applying officials, to a determinate set of interpretation statements concerning the content of law at a given moment of time, and *vice versa*.

In legal *systematisation*, the mutual relations of legal norms are defined *vis-à-vis* one another, and the choice of the systemically constant elements is essential, with reference to (a) the main rule/exception dichotomy in a set of formally valid legal rules; (b) the contextual classification of the leading principle of law and

¹³ Hart labelled such an approach to the law *the game of scorer's discretion*. Hart, *The Concept of Law*, pp. 138–141.

other, weaker principles of law, in line with a conception of legal dogmatics that lends support to a more-or-less systemic model of legal principles and other standards with adequate institutional support and societal approval, such as the basic rights oriented matrix of legal dogmatics; or (c) the leading precedent (*ratio decidendi*) and the weaker precedents, in line with a precedent-ideology that lends support to a more-or-less systemic model of precedents, such as Ronald Dworkin's idea of legal integrity as applied to the context of precedents.

The *weighing and balancing* of legal principles and other legal standards with sufficient institutional support and societal approval may be either purely *contextual* legal discretion, where the relative weight of the social values and goals involved are weighed and balanced against one another in the unique context of the particular case at hand, without any systemic constraints imposed upon such discretion. Alternatively, the weighing and balancing of such legal standards may be placed under the more-or-less systemic constraints of a matrix of legal dogmatics which lends support to such weakly systemic considerations, such as the basic rights oriented matrix of legal interpretation, where the principles at the back of the core basic rights have a decisive priority over any other kind of legal principles or standards, or Juha Pöyhönen's principle-oriented model of contract law, where equity and contractual balance take priority over any other principles of contract law.

In all, the method utilised in legal dogmatics may be presented as follows:

The method adopted in legal dogmatics is equal to legal *argumentation*, in the sense of the sum total of such meta-level norms of inference which provide for the intellectual move from a set of legal facts to a set of normative legal consequences, either on a universalisable and repeatable basis (= interpretation of legal rules) or on a contextual basis (= weighing and balancing of legal principles), and for the determining of the mutual relations prevailing among legal rules and, in a weaker sense of the term, among legal principles and precedent-norms (= systematisation of legal norms). Legal argumentation is, in other words, equal to (a) the *interpretation* of legal rules; (b) the *systematisation* of legal rules, in the strong sense of the term, and of legal principles and precedent-norms (*ratio decidendi*) that have been placed under a weakly systemic frame, in the weaker sense of the term; plus (c) the value-based *weighing and balancing* of legal principles and other legal standards with adequate institutional support and societal approval, according to the prevalent meta-norms of legal reasoning.

9. MATRICES OF LEGAL INTERPRETATION

The matrix of legal science is the sum total of the *ontological*, *epistemological*, *methodological*, and *logical and linguistic* premises of the science of law. In legal dogmatics, the matrix of legal science refers to (a) the *constitutive rules* of law, with reference to the creation, transformation, enforcement, and derogation of legal norms; (b) the *prevalent rule of recognition*, in the sense of the *institutional source doctrine* of law; (c) the *rules of legal argumentation*, in the sense of the meta-norms of legal interpretation, legal systematisation and weighing and balancing of legal principles and other legal standards; and (d) the *rules of articulation*, in the sense of the semantic-conceptual rules of conceptualising legal phenomena through logical and linguistic means.

The matrices of Finnish legal dogmatics are as follows:

- 1) *conceptualist legal dogmatics* (in German: *Begriffsjurisprudenz*): the reading of law as the systemic total of "authentic legal concepts", in the sense of a network of substantive legal concepts, in which the relative position of an individual legal concept or institution within the conceptual network frames and determines the interpretation of its content (1800/1900–1950/60);
- 2) *analytical-functionalist legal dogmatics*: the reading of law in the technical terms of legal fact – legal consequences relations, as enacted by the legislator and duly enforced by the courts of justice and other law-applying officials, where the task of legal dogmatics is to produce reasoned interpretation and systematisation statements of the law in force with reference to the prevalent normative ideology that is collectively internalised by the judiciary and other law-applying officials (since the 1950's);
- 3) *alternative legal dogmatics* (in Italian: *uso alternativo del diritto*): ideology critique of the law and of the prevalent (analytical-functionalist) science of law from the point of view of a Marxist conception of law and society, and the dismantling of structural inequality in society by means of bringing forth alternative interpretation and systematisation recommendations of the law from an openly leftist or socialist ideology (1960/70–c. 1985);
- 4) *social civil law*: protection of the interests of the weaker party in contract law and in private law relations in general in line with a welfare-state oriented conception of the law and society, by regulating the terms of a contract *ex ante* with an eye on the interests of the weaker party of the contract and *ex post facto* by means of a stately intervention in contracts already made if the terms originally agreed upon are not deemed to be equitable from the point of view of the weaker party, thereby restoring the balance in contractual relations (since c.1985);
- 5) *pragmatic instrumentalism*: the reading of law in the light of the social consequences of law and legal interpretation, particularly in terms of the economic analysis of law, along with a recommended use of general

- clauses in statutory legislation and a wider use of precedents as legal source material in adjudication (in the 1940's), and with a stronger orientation towards an economic analysis of law (since the mid-1990's);
- 6) *weighing and balancing of legal principles*: the reading of law in terms of (formally valid legal rules plus) legal principles and other legal standards which enjoy adequate institutional support and societal approval, either with no systemic constraints whatsoever or with only weakly systemic constraints placed on further adjudication (since c. 1985);
 - 7) *feminist legal studies and research on legal equality*: ideology critique of the law and the prevalent (i.e. analytical-functionalist) science of law from the point of view of a feminist philosophy of law and society, and the dismantling of structural inequality in society by means of positive discrimination and other similar measures so as to improve the relative social position of women or, if conceived in wider terms, that of any previously discriminated minority group in society, whether defined by reference to sex, religion, ethnic origin, old age, physical or mental disability, or other such criteria (since the 1990's);
 - 8) *critical legal positivism*: the reading of law in terms of a multi-layered phenomenon where the "deeper" levels of law, in the sense of the phenomena which make up the level of legal culture and the deep-structure level of law, have a twin constitutive and critique-facilitating function *vis-à-vis* the surface-structure level phenomena of law, i.e. legislation and adjudication, and where the statements and recommendations on the interpretation of law, as produced by the prevailing and alternative legal dogmatics, respectively, have a reproductive legal function (since 2000);
 - 9) *basic rights oriented legal dogmatics*: the reading of law in the light of the prevalent system of basic rights that has been laid down in the Finnish constitution, where the interpretation and systematisation of formally valid legal rules and the weighing and balancing of legal principles and other legal standards with adequate institutional support and societal approval can be traced back to the allocated rights and duties that are contained in such a system of basic rights (since 2000); and
 - 10) *pragmatics-oriented legal dogmatics*: the reading of law by having recourse to the prevalent institutional sources of law, especially in the sense of formally valid legislation, the *travaux préparatoires*, and the leading precedents, without any scholarly self-reflection as to the constitutive and theoretical premises of legal dogmatics.

Nowadays, conceptualist legal dogmatics and alternative legal dogmatics are mostly historical phenomena. Analytical-functionalist legal dogmatics, basic rights oriented legal dogmatics, along with the weighing and balancing of legal principles and critical legal positivism, insofar as the two are committed to using the prevalent normative ideology of the judges and other officials as the fixed reference of legal argumentation, give effect to an *analytical* or *descriptive* research ideology as to the contents of law. Together, they make up the prevalent conception of the law and legal dogmatics. On the other hand, social civil law,

feminist legal studies and the research on legal equality, along with the weighing and balancing of legal principles and critical legal positivism, in so far as the two deviate from the prevalent normative ideology of the judges and other officials as the fixed reference of legal argumentation, give effect to a *normative* or *critical* research ideology as to the contents of law.

Yet, the notion of what constitutes the prevailing conception of legal dogmatics and what is a critical deviation from it may vary in accordance with the branch of law in question. In consumer law, Thomas Wilhelmsson's doctrine of social civil law, with its seminal idea of protecting the specific interests of the weaker party of a contract, has gained increasing institutional support both in legislation and in adjudication. Similarly, arguments that were initially put forth by the advocates of feminist legal studies have increasingly gained ground in the interpretation of various kind of gender-sensitive legislation. Moreover, in issues related to EC competition law and internal market law, along with the transfer of securities and stock exchange in general, the economic analysis of law has proved significant. On the other hand, with respect to the basic rights of the citizens, social security issues, major environmental issues, adoption rights, or the care of elderly people, the economic analysis of law might have some less favourable consequences.

10. FRAGMENTS OF A LEGAL METHODOLOGY

In Chapter 9, "Oikeudellisen metodiopin fragmentteja" ("Fragments of a Legal Methodology"), a *deconstructive* approach is applied to a close reading of certain legal texts, as advocated by the French philosopher Jacques Derrida. The following legal and/or philosophical texts are subjected to such a critical reading procedure: Juha Pöyhönen's influential doctoral dissertation *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* and his later book *Uusi varallisuus-oikeus*, Markku Helin's high-standard doctoral dissertation *Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960*, Kaarlo Tuori's *Kriittinen oikeuspositivismi*, Tapio Määttä's doctoral dissertation *Maanomistus-oikeus. Tutkimus maanomistusparadigmoista maaomaisuuden käytön ympäristöoikeudellisen sääntelyn näkökulmasta* and Kevät Nousiainen's doctoral dissertation *Prosessin herruus. Länsimaisen oikeudenkäytön 'modernille' ominaisten piirteiden tarkastelua ja alueellista vertailua*, the relation between law and language in the collective work edited by Ari Hirvonen, *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*, Ludwig Wittgenstein's argument concerning the length of the standard metre, and H.L.A. Hart's seminal idea of the ultimate rule of recog-

inition, as put forth in his *The Concept of Law*, with reference to the norm/fact dichotomy involved.¹⁴ Since the source texts are for the most part in Finnish, I will not rephrase the line of argumentation here.

11. WHAT SHOULD LEGAL ANALYSIS BECOME?

The future of legal analysis may be phrased in terms of Roberto Mangabeira Unger, one of the leading figures of the *Critical Legal Science Movement* in America: *what should legal analysis become?*¹⁵

The idea of a profoundly religious and/or theological concept of law, in combination with Phenomenology of Law or Natural Law Philosophy has somewhat unexpectedly gained ground in the recent Finnish literature on legal philosophy. The claimed *turn to the theology of law*, as I chose to label the said movement in my book review on *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*, has been prevalent in, for instance, Ari Hirvonen's notion of the biblical and neighbourly "law of love" (*caritas, ahav, agape*),¹⁶ in Panu Minkkinen's *Thinking without Desire. A First Philosophy of Law*, where Erik Wolf's notion of the theology of law is adopted,¹⁷ philosopher Hannu Sivenius' idea of the meaning of the rainbow in the light of the Jewish Kabbalah,¹⁸ and in Juha-Pekka Rentto's systematic investigation into the premises of an Aristotelian and Neo-Thomistic natural law theory, where religious ideas have a key position.¹⁹

After the turn to religion in the Finnish legal philosophy, the essence of the law might well be something that "lacks being", is "very little ... almost nothing" or is "inaccessible to contemplation",²⁰ is "forever to-come",²¹ or is "equal to nothing",²² and the final reference of law and legal analysis might well reside "somewhere over the rainbow",²³ as Sivenius put it in a style reminiscent of *The Wizard of Oz*. In addition, "what is law (right) before God, that *ought* to be law (right) for man", as Minkkinen writes, citing Erik Wolf's idea of the theology of law and its key notion of loving your neighbour.²⁴ Yet, such a notion of law and

¹⁴ Cf. Siltala, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to A Post-Analytical Philosophy of Law*, pp. 221–231.

¹⁵ Unger, *What Should Legal Analysis Become?*

¹⁶ Hirvonen, "After the Law", pp. 222–225.

¹⁷ Minkkinen, *Thinking without Desire*, pp. 167–171.

¹⁸ Sivenius, "The Law and the Rainbow", pp. 239–244.

¹⁹ Rentto, *Prudentia Juris. The Art of the Good and the Just, passim*.

²⁰ Hirvonen, "After the Law", p. 233.

²¹ Hirvonen, *Oikeuden käynti*, pp. 484–485.

²² Hirvonen, *Oikeuden käynti*, p. 484: "Dikē ei ole mitään." ("Dikē is nothing.")

²³ Sivenius, "The Law and the Rainbow", pp. 239–244.

²⁴ Minkkinen, *Thinking without Desire*, p. 168.

legal analysis, while paying due attention to the religious and justice-related issues of the law, ignores the essentially *institutional* and *social* premises involved. Therefore, a return to the seminal ideas presented by analytical legal realism and institutional legal positivism was proposed by the present author. In my opinion, the indispensable institutional and social premises of law would necessitate a more down-to-earth approach to the analysis of law and legal phenomena, so as to reach the prevalent institutional arrangements on the division of power and responsibility, along with the allocation of the scarce resources in society.

The weight of emphasis in the present treatise has been laid on law as a *social fact*, in the sense of a social phenomenon that is *identifiable* and *enforceable* by the courts of justice and other law-applying officials and, with reference to such an institutional frame of analysis, can be identified by legal science as well, in line with the basic premises of analytical legal realism and institutional legal positivism. The dynamics of law and legal analysis are, however, structured by the *dialectical interplay* of the *factual* and that which is no more than *possible* in the context of law and society. The *possible-worlds semantics* of law is in other words situated between the two end poles of a *legal apology*, on the one hand, in which the straightforward philosophy of the "might is right" maxim and the *status quo* of prevalent power politics have a decisive priority over social idealism, and that of a *legal utopia*, on the other, in which the law might make a bold reference to the ideal reality somewhere "over the rainbow" but invariably fails ever to reach it.²⁵ Without the counterbalancing impact of social and legal idealism, legal analysis would freeze into *institutional fetishism*, in which the *false necessity* of reified and abstract institutional conceptions would force their systemic logic over the basic human needs. According to Roberto Mangabeira Unger, such institutional aspirations are to be resisted by means of *democratic experimentalism* and the power of *institutional imagination*.²⁶ Such a narrative of law and society, as propounded by Unger and other representatives of the *Critical Legal Studies* movement, would account for a different story from the one told above, in which the *institutional constraints* of legal adjudication, the divergent *models of legal argumentation* and the prevalent *matrix of the science of law* were taken as the point of reference.

The methodology of legal dogmatics is structured by its *argumentative openness* and *methodological closure vis-à-vis* the other branches of the science of law. As Aulis Aarnio put it:²⁷

²⁵ Cf. Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, in which the endless interplay between the utopian and apologetic arguments in the discourse of international law is forcefully presented.

²⁶ Unger, *What Should Legal Analysis Become?*, pp. 6–8. Cf. Unger, *False Necessity*, *passim*.

²⁷ Aarnio, "On the Truth and Validity of Interpretative Statements in Legal Dogmatics", p. 165 (*italics added*).

”... the connection between legal dogmatics and the empirical social sciences is *instrumental*, not *methodological*. The sociology of law produces interpretation data for legal dogmatics, but does not provide methods for it.”

In Finland, Otto Brusiin has argued that a judge will need to *think* like a social scientist who is trained in branches of knowledge such as sociology, politology or economics, when faced with a hard case of judicial decision-making with essentially social, political or economic elements involved.²⁸ The same goes for the specific kind of knowledge and understanding of man, culture and society that is produced by the *human sciences*, *cultural sciences* and *social sciences* along with *legal theory* and *legal philosophy*. In the 20th century and the novel 21st century, the science of law has tried to meet with the challenge that was placed before it by the famous American Justice, Oliver Wendell Holmes, over 100 years ago:²⁹

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

Holmes’ oracle-like prediction of the fate of legal analysis in terms of social statistics and the economic analysis of law has proven both right and wrong at the same time – right in the sense that the social and economic analysis of law has increasingly gained ground on side with the traditional legal analysis that focuses on the “black-letter law” of statutes and precedents, but wrong in the sense that the analysis of the social and economic consequences of law have not been able to replace the art of writing “learned glosses at the margins of the law (text)” that was initiated by Irnenius and the school of glossators in the Middle Ages. Legal dogmatics, as it is pursued even today, still adheres to the traditional model of textual analysis in which two kinds of text material are combined with each other, viz. the *object text*, in the sense of statutes, precedents and other institutional legal source material that is produced by the legislator, casts of justice and other institutional agents, and the *commentary text*, in the sense of the scholarly statements on the interpretation and systematisation of law that is produced by legal dogmatics. Nor is the day yet in sight when the glossing of such “black-letter law” might become obsolete and outdated.

²⁸ Brusiin, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*, pp. 204–229 and esp. pp. 222–223, 226.

²⁹ Holmes, “The Path of the Law”, pp. 469, 474 (*italics added*).

Until the 1960's, *conceptualist legal dogmatics* (in German: *Begriffsjurisprudenz*) had a dominant position in Finnish legal dogmatics. Since then, an array of divergent approaches to the reading of law has broken loose in Finland: *analytical-functional legal dogmatics*, in which legal concepts are taken as no more than technical tools for mastering legal facts – legal consequences relations, as laid down by the legislator and enforced by the courts of justice and other law-applying officials; *alternative legal dogmatics* (in Italian: *uso alternativo del diritto*) which aimed at a reading of the law from a Marxist point of view but whose influence more or less ended in the mid-1980's; *social civil law* that is based on the welfare ideology conception of protecting the interests of the weaker party in contract law and in private law in general; *weighing and balancing of legal principles* since the late 1980's in which the bearing of legal principles and other legal standards with adequate institutional support and societal approval on legal decision-making is stressed; *feminist legal studies and research on legal equality*, in which the specific interests of women or some social minority group are fostered in the sense of positive discrimination, quotas representation and other similar measures; *critical legal positivism*, in which the "deeper-level" elements of law, such the founding concepts and grounding principles of law, are emphasised at the cost of the surface-structure level phenomena of legislation and legal adjudication; *economic analysis of law*, in which economic efficiency, the reduction of transaction cost and optimal resource allocation in society are held in esteem; and *basic rights oriented legal dogmatics*, in which the constitutional rights of the citizens and the prevalent system of such rights have a key position.

Such *plurality* of legal ideas reflects the corresponding changes that have taken place in society and in the prevalent mentality of people *vis-à-vis* the law. The rise of an economic analysis of law occurred approximately at the same time as Finland joined the EC in 1995. The growing importance of the human rights and basic rights argumentation goes hand in hand with the set of legal obligations that were imposed upon Finland in joining the European Convention of Human Rights in 1990 and the constitutional reform in Finland in the late 1990's. Growing sensitivity towards the condition of women and various kind of minority groups in society, whether they be of ethnic, sexual or some other kind, has been channelled to the discourse in feminist legal studies and the research on legal equality. Thus, there is no return to the simple uniformity of the conceptualist legal dogmatics that prevailed in Finland on the first half of the 1990's.

At the same time, the idea of a legal system has also undergone a profound change, from a *static* and *closed* conception supported by conceptualist legal dogmatics and analytical-functional legal dogmatics, in which the frame of the legal system could be drawn *ex ante* on the basis of fundamental legal concepts and their mutual relations, to a *dynamic* and *open* conception, in which *contextualist* arguments may have a decisive role instead. Such a model of legal system is

prevalent under the theoretical premises of the weighing and balancing of legal principles, social civil law, feminist legal studies and research on legal equality, critical legal positivism, pragmatic instrumentalism, and basic rights oriented legal dogmatics. The said principle-oriented matrices of legal analysis allow no more than a weak systemic frame for the interpretation and systematisation of valid legal rules and the weighing and balancing of legal principles and other legal standards with adequate institutional support and societal approval. At the same time, the role of basic legal concepts has also changed. Social civil law and feminist legal studies, in particular, have severely criticised the prevalent analytic conception of legal concepts, on the basis that the analytical trend ignores or downscales some of the essential facets of the law when viewed from a welfare law oriented or a feminist point of view. As a consequence, a set of *concrete*, *person-related* and *contextual* concepts have instead been suggested, providing for better protection of the interests of the weaker party in contract law and of the specific interests of women in gender-based social and legal issues. The resulting change in the prevalent concept of the legal system and of legal concepts themselves might be described as "from a static and systemic logic of law to a dynamic and social context of law". The increasing role of precedent-based law has had a similar shattering effect on the systemic conception of law.

When Finland joined the European Convention on Human Rights in 1990 and the European Community in 1995, a profound change in the Finnish culture of legal adjudication took place. Chief Justice (emer.) Olavi Heinonen has acutely summarised the change in Finnish law as follows:³⁰

"A Finnish court of justice has a threefold role today. Firstly, it applies the decrees of purely national legislation. Secondly, it sees to it that the European Convention on Human Rights and other human rights conventions are given due effect in the Finnish adjudication. Thirdly, it sees to it that the law of the European Union is duly followed in legal issues with a European law connection. At the early months of the year 1990, a Finnish judge was basically a national law judge. Now, he is also a human rights law judge and an EC law judge. – In all these roles, he has to apply legal regulations which leave him with an ample amount of discretion. When using this kind of discretion, he must make use of legal principles the meaning content of which can only be clarified by reference to the decisions given by the European Court of Human Rights and the European Court of Justice, in addition to the national legal sources."

The importance of this profound legal change for a Finnish judge can hardly be overstated. As a "fourth role" of the Finnish judge or other law-applying

³⁰ Heinonen, "Näköala eiliseen ja huomiseen. Haastattelijana Aulis Aarnio", p. 79. Translation by the present author.

official, one might mention the impact of the existence of a *constant and uniform practice of interpreting the EC law or the human rights law* by the national courts in the countries which make up the European Union and/or which have signed the European Convention on Human Rights. Because of the inherent pressures towards a uniform reading of EC law and the universality of human rights protection in Europe, the future of European law would seem to resemble the state of the *ius commune* before the great codifications of law in the late 18th and the early 19th century. A more or less uniform conception of the Roman law as *ratio scripta* then prevailed, providing for a common reference of law over any aspirations of a merely national or local kind. Thus, the future of law might reside in a more or less "pan-European" or even global conception, in the sense of a uniform notion of European legal integration and the universality of human rights at least on a European scale. At the same time, however, there is a growing tendency towards increasing sensitivity *vis-à-vis* national, local and ethnic diversity in Europe and the European law. The idea of *subsidiarity* in EC law, together with the proclaimed judicial ideologies of *teleological* interpretation of law by the European Court of Justice and the *dynamic* and *evolutional* interpretation of law by the European Court of Human Rights, have or at least may have the counter-effect of decreasing such legal uniformity in Europe.

What about the future of law and legal analysis? Will it be one of increasingly global and centralised regulation or one of local self-regulation and deregulation? Will a "pan-European" uniformity prevail in the interpretation of EC law and human rights law, or will the notion of legal fragmentation gain more ground under the theoretical premises of *legal polycentricity*? Will the marriage of legal phenomenology and the theology of law take precedence over analytical legal realism and institutional legal positivism, as has been suggested by the "turn to religion" in Finnish legal philosophy, or will the analytical, court-centred and institutional premises of law be rediscovered by the legal community? Only time will tell. Modern law is, as Thomas Morawetz wisely put it, a *deliberative practice* within which an array of divergent conceptions of law and society may flourish. Thus, there cannot be any one right answer to the future of legal analysis either. One thing is yet certain: despite Karl Marx' well-known prophesy to the contrary, law and the science of law will not "wither away" in the future society, whatever the nature of its institutional, economic and societal frame, and neither will a purely technical or administrative knowledge of man and society ever replace the essential interest of knowledge pursued by legal dogmatics: *what is the content of the law in force at a given point of time*, in light of the *institutional sources of law* which make up the normative ideology of the judiciary and other law-applying officials?

Lähteet

- Aarnio, Aulis: ”Analyysistä, käyttäytymisen selittämisestä ja vähän muustakin”, *Lakimies* 1970, s. 566–590.
- Aarnio, Aulis: ”Analyttisestä ja hermeneuttisesta oikeusteoriasta ja -tieteestä”, teoksessa Jukka Kekkonen, toim., *Studia Juridica 1981. Oikeustieteen perusteet, menetelmät ja tavoitteet*. Helsinki: Oikeuden yleistieteiden laitos, 1981, s. 1–16.
- Aarnio, Aulis: *Laintulkinnan teoria*. Helsinki: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1988.
- Aarnio, Aulis: ”Oikeusfilosofi kevätjällä”, *Oikeus* 1999/1, s. 75–77.
- Aarnio, Aulis: ”Oikeussäännösten systematisointi ja tulkinta”, teoksessa Juha Häyhä, toim., *Minun metodini*. Helsinki: WSLT 1997, s. 35–57.
- Aarnio, Aulis: ”Oikeustiede ja ’oikeustiede’”, *Oikeus* 1973/2, s. 9–13.
- Aarnio, Aulis: ”On the Predictability of Judicial Decisions”, teoksessa Matti Hyvärinen & Kauko Pietilä, eds., *The Institutes We Live By*. Tampere: University of Tampere, Publications of the Research Institute for Social Science, 1997/17, s. 205–224.
- Aarnio, Aulis: ”On the Truth and Validity of Interpretative Statements in Legal Dogmatics”, teoksessa *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*. Acta Philosophica Fennica, vol. 36. Helsinki: Societas Philosophica Fennica 1983, s. 163–184.
- Aarnio, Aulis: ”Onko oikeustiede yhteiskuntatiede?”, *Lakimies* 1993/5, s. 695–710.
- Aarnio, Aulis: *Perillisen oikeusasemasta*. Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, 1967.
- Aarnio, Aulis: ”Pitäisikö tuomiot perustellakin?”, teoksessa Risto Nuolimaa, Juha Tolonen & Kauko Wikström, toim., *Juhlajulkaisu Pertti Juhani Muukkonen 1927–1987*. Turku: Turun yliopisto, 1987, s. 7–18.
- Aarnio, Aulis: ”Precedent in Finland”, teoksessa Neil D. McCormick, & Robert S. Summers, eds., *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, s. 65–101.
- Aarnio, Aulis: *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo: D. Reidel Publishing Company, 1987.
- Aarnio, Aulis: *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.
- Aarnio, Aulis: ”Uusi varallisuus oikeus – vai vanha”, *Lakimies* 2002/4, s. 515–534.
- Aarnio, Aulis & Rieppelä, Esko: ”Virallisten vastaväittäjien Aulis Aarnion ja Esko Rieppelän Tampereen yliopiston taloudellisen-hallinnolliselle tiedekunnalle antama 15.3.1991 päivätty lausunto”, koskien Jukka Kultalahden väitöskirjaa *Omaisuuksensuojelusta ympäristönsuojelussa*, *Lakimies* 1991/4, s. 445–469.
- af Hällström, Erik: *Verkan av ägareförbehåll på rättsförhållandet mellan säljaren och köparen*. Åbo: Juridiska Föreningen i Finland, 1942.
- Alexy, Robert: *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Argumentation*. Translated by Ruth Adler and Neil McCormick. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- Alexy, Robert: *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg/München: Verlag Karl Alber, 1992.

- Alexy, Robert: "On Necessary Relations Between Law and Morality", 2 *Ratio Juris* (1989), s. 167–183.
- Alexy, Robert & Dreier, Ralf: "Precedent in the Federal Republic of Germany", teoksessa Neil D. MacCormick & Robert S. Summers, eds., *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, s. 17–64.
- Andersen, H.C.: "Keisarin uudet vaatteen", teoksessa *Andersenin suuri satukirja*, suomentanut Maila Talvio. Porvoo – Helsinki – Juva: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1990, s. 81–84.
- Anscombe, Elizabeth: *Intention*. Second edition. Oxford: Basil Blackwell, 1963.
- Anscombe, Elizabeth: "On Brute Facts", 18 *Analysis* 1958, s. 69–72.
- Aristoteles: "Retoriikka", *Teokset IX*. Suomentaneet Paavo Hohti ja Päivi Myllykoski. Selitykset laatinut Juha Sihvola. Helsinki: Gaudeamus, 1997, s. 7–156.
- Aristoteles: "Topiikka", *Teokset II*. Suomentaneet Juha Sihvola ja Marke Ahonen. Selitykset laati-neet Marja-Liisa Kakkuri-Knuuttila ja Juha Sihvola. Helsinki: Gaudeamus, 2002, s. 7–154.
- Arnaud, André-Jean: *Pour une pensée juridique européenne*. Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 1991.
- Atiyah, P.S. & Summers, Robert S.: *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*. Oxford: Clarendon Press, 1987.
- Audi, Robert, ed.: *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- Austin, John: *The Province of Jurisprudence Determined*. Edited by Wilfrid E. Rumble. Cam-bridge Texts in the History of Political Thought. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
- Austin, John Langshaw: *How to Do Things with Words*. The William James Lectures delivered in Harvard University in 1955. Second Edition, edited by J.O. Urmson and Marina Sbisa. Oxford, New York: Oxford University Press, 1986.
- Backman, Eero: *Oikeustiede yhteiskuntatieteenä. Tutkimuksia oikeustieteen luonteesta erityisesti rikosoikeuden kannalta*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1992.
- Backman, Eero: *Rikoslaki ja yhteiskunta, I. Teoreettinen erittely rikosoikeuden tieteenkäsitteistä 1800-luvulla ja sen konkretisointi moraalien, uskonnon ja rikoslain suhteisiin Suomessa vuosina 1874–1917*. Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, 1976.
- Berger, Peter L. & Luckmann, Thomas: *Todellisuuden sosiaalinen rakentuminen. Tiedonsosiologi-nen tutkielma*. Jälkisanat laatiineet Tapio Aittola & Vesa Raiskila. Suomentanut ja toimittanut Vesa Raiskila. Gaudeamus: Helsinki 1994.
- Bergholtz, Gunnar: *Ratio et Auctoritas. Ett komparativrättsligt bidrag till frågan om domsmotive-ringens betydelse främst i tvistemål*. Lund: Juridiska Föreningen i Lund, 1987.
- Bertilsson, Margareta & Christiansen, Peder Voetmann: "Jälkisanat", teoksessa Charles Sanders Peirce: *Johdatus tieteen logiikkaan ja muihin kirjoituksiin*. Valinnut ja suomentanut Markus Lång. Tampere: Vastapaino, 2001, s. 443–473.
- Bloom, Harold: *Lukemisen ylistys*. Helsinki: Otava, 2000.
- Borges, Jorge Luis: "Del rigor en la ciencia", teoksessa *El hacedor*. Madrid: Alianza Editorial, 1987, s. 143–144.
- Borges, Jorge Luis: "On Exactitude in Science", teoksessa *Universal History of Infamy*. Translated by Norman Thomas di Giovanni. New York: Penguin Books, 1972, s. 131.
- Bouckaert, Boudwijn: "Exegetical School", teoksessa Christopher B. Gray, ed., *The Philosophy of Law. An Encyclopedia*, Vol. I. New York & Lontoo: Garland Publishing, 1999, s. 276–278.
- Brusiin, Otto: "Oikeusfilosofia ja käytäntö", *Defensor Legis* 1934, s. 243–254.
- Brusiin, Otto: *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1938.

- Bruun, Niklas: *Kollektivavtal och rättsideologi. En rättsvetenskaplig studie av de rättsideologiska premisserna för inlemmandet av kollektivavtalet och kollektiva kampåtgärder i finsk rättsordning efter år 1924*. Helsinki: Juridica, 1979.
- Calasso, Francesco: *Medio evo del diritto. I – Le fonti*. Milano: Giuffrè, 1954.
- Cappelletti, Mauro: *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Foreword by Sir Jack Jacob, edited with the collaboration of Paul J. Kollmer and Joanne M. Olson. Oxford: Clarendon Press, 1989.
- Carlson, B.C.: ”Suhde- ja olemuskäsitteistä lainopissa”, *Lakimies* 1957, s. 22–32.
- Carver, Raymond: *Mistä puhumme kun puhumme rakkaudesta*. Helsinki: Tammi, 1997.
- Carver, Raymond: *What We Talk About When We Talk About Love*. New York: Vintage Books, 1982.
- Caselius, Ilmari: ”Ns. Gründer-säännösten kehittämisestä”, *Defensor Legis* 1960, s. 265–277.
- Christie, George C.: *The Notion of an Ideal Audience in Legal Argument*. Law and Philosophy Library, vol. 45. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers, 2000.
- Cook, W.W.: ”Scientific Method and the Law”, XIII *American Bar Association* 1927, s. 303–309; myös teoksessa: William W. Fisher, III, Morton J. Horwitz & Thomas A. Reed, eds., *American Legal Realism*. New York & Oxford: Oxford University Press, 1993, s. 242–250.
- Cross, Rupert & Harris, J.W.: *Precedent in English Law*. Fourth edition. Oxford: Clarendon Press, 1991.
- Dawson, John P.: *The Oracles of the Law*. Westport, Connecticut: Greenwood Press, 1978.
- Derrida, Jacques: ”Letter to A Japanese Friend”, David Wood & Robert Bernasconi, eds., *Derrida and Différance*. Evanston, IL: Northwestern University Press, 1988, s. 1–5.
- Derrida, Jacques: *On the Name*. Edited by Thomas Dutoit. Translated by David Wood, John S. Leavey, Jr. and Ian McLeod. Stanford, California: Stanford University Press, 1995.
- Didion, Joan: ”Varieties of Madness”, *XLV New York Review of Books*, April 23, 1998, s. 18–20.
- Durkheim, Émile: *Sosiaalisesta työnjaosta*. Suomentanut Seppo Randell. Helsinki: Gaudeamus, 1990.
- Durkheim, Émile: *Sosiologian metodisäännöt*. Suomentanut Seppo Randell. Helsinki: Kustannus-osakeyhtiö Tammi, 1977.
- Dworkin, Ronald: *A Matter of Principle*. Oxford: Oxford University Press, 1985.
- Dworkin, Ronald: ”How Law Is Like Literature”, teoksessa *A Matter of Principle*. Oxford: Oxford University Press, 1985, s. 146–166.
- Dworkin, Ronald: *Law’s Empire*. London: Fontana Masterguides, 1986.
- Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously. With a New Appendix, a Response to Critics*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978.
- Dworkin, ”The Model of Rules, I”, teoksessa *Taking Rights Seriously. With a New Appendix, a Response to Critics*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1978, s. 14–45.
- Ehrenzweig, Albert A.: *Psychoanalytic Jurisprudence. On Ethics, Aesthetics, and ”Law” – On Crime, Tort, and Procedure*. Leiden: W.W. Sijthoff & Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 1971.
- Ek, C.H.: *Bidrag till läran om utomobligatoriskt skadeståndsansvar vid rättsenlig farlig verksamhet enligt Finlands gällande civilrätt*. Helsingfors: Juridiska Föreningen i Finland, 1943.
- Ekroos, Ari & Majamaa, Vesa: *Maankäyttö ja rakennuslaki*. Helsinki: Edita, 2000.
- Eriksson, Lars D.: ”Kritisk rättsteori såsom ideologikritik”, *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 1975/5, s. 323–333.
- Eriksson, Lars D.: ”Legalstrategins möjligheter”, *Oikeus* 1975/2, s. 3–8.
- Eriksson, Lars D.: ”Marxilaisen lainopin lähtökohtia”, *Tiede ja edistys* 1980/2, s. 16–26.
- Eriksson, Lars D.: *Marxistisk teori och rättsvetenskap*. Helsinki: Juridica, 1980.
- Eriksson, Lars D.: ”Mina metoder”, teoksessa Juha Häyhä, toim., *Minun metodini*. Helsinki: WSLT, 1997, s. 57–73.

- Eriksson, Lars D.: "Om olika argumentationsmodeller", *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 1979/2, s. 25–51.
- Eriksson, Lars D.: "Rakenneselitykset marxilaisessa oikeusteoriassa", *Lakimies* 1972/2, s. 151–161.
- Eriksson, Lars D.: "Rättslig argumentering och den dialektiska logiken", *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 1966/6, s. 445–482.
- Eriksson, Lars D.: "Samhällstillvänd juridik", *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 1968, s. 565–583.
- Eriksson, Lars D.: "Utkast till en marxistisk jurisprudence", 11 *Retfærd* 1979, s. 40–54.
- Eriksson, Lars D.: "Värderingar, fakta och juridik", *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 1969/5, s. 414–430.
- Eriksson, Lars D., Hirvonen, Ari, Minkkinen, Panu & Pöyhönen, Juha: "Introduction: A Polytypical Manifesto", teoksessa Ari Hirvonen, ed., *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*. London & Sterling, Virginia: Pluto Press, 1998, s. 1–10.
- Ervasti, Kaijus: "Oikeus, yhteiskunta ja tuomioistuimet", teoksessa Kaijus Ervasti & Nina Meincke, toim., *Oikeuden tuolla puolen*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2002, s. 119–146.
- Ervasti, Kaijus & Meincke, Nina, toim.: *Oikeuden tuolla puolen*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2002.
- Feyerabend, Paul: *Against Method*. Third edition. London, New York: Verso, 1997.
- Finnis, John: *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1988.
- Fisher, William W., III, Horwitz, Morton J. & Reed, Thomas A., eds.: *American Legal Realism*. New York & Oxford: Oxford University Press, 1993.
- Foucault, Michel: *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Pontificia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 1978.
- Foucault, Michel: *Ceci n'est pas une pipe*. Montpellier: Fata Morgana, 1973.
- Foucault, Michel: *Dits et écrits 1954–1988, vols. I–IV*. Éditions établie sous la direction de Daniel Defert et François Ewald avec la collaboration de Jacques Lagrange. Paris: Gallimard, 1994.
- Foucault, Michel: *L'Archéologie du savoir*. Bibliothèque des Sciences humaines. Paris: Éditions Gallimard, 1969.
- Foucault, Michel: *La verdad e las formas jurídicas*. 2da. edición. Traducción Enrique Lynch. México: Edición Gedisa Mexicana, 1986.
- Foucault, Michel: "La vérité et les formes juridiques", *Dits et écrits 1954–1988, vols. II (1970–1975)*. Éditions établie sous la direction de Daniel Defert et François Ewald avec la collaboration de Jacques Lagrange. Paris: Gallimard, 1994, s. 538–645.
- Foucault, Michel: *Les Mots et les choses. Une Archéologie des sciences humaines*. Bibliothèque des Sciences humaines. Paris: Éditions Gallimard, 1966.
- Foucault, Michel: *L'ordre du discours. Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970*. Paris: Éditions Gallimard, 1971.
- Foucault, Michel: *Power/Knowledge. Selected Interviews and Other Writings 1972–1977*. Edited by Colin Gordon, translated by Colin Gordon, Leo Marshall, John Mepham and Kate Soper. Suffolk, Great Britain: The Harvester Press, 1980.
- Foucault, Michel: *Surveiller et punir. Naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1975.
- Foucault, Michel: *Tarkkailla ja rangaista*. Suomentanut Eevi Nivanka. Helsinki: Otava, 1980.
- Frank, Jerome: *Law and the Modern Mind*. Gloucester, Mass.: Peter Smith, 1970.
- Frände, Dan: *Den straffsrättsliga legalitetsprincipen*. Ekenäs: Juridiska Föreningen i Finland, 1989.
- Fuller, Lon L.: *The Morality of Law*. Revised edition. New Haven and London: Yale University Press, 1969.

- Gallie, W.B.: "Essentially Contested Concepts", 56 *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1955–1956, s. 167–198.
- Gasché, Rodophe: *The Tain of the Mirror. Derrida and the Philosophy of Reflection*. Cambridge (Massachusetts) & London: Harvard University Press, 1986.
- Goodhart, Arthur L.: "Determining the *Ratio Decidendi* of A Case", *Yale Law Journal* (Dec., 1930); myös teoksessa Arthur L. Goodhart, *Essays in Jurisprudence and the Common Law*. London, New York: Cambridge at the University Press, 1931, s. 1–26.
- Goodrich, Peter: *Oedipus Lex. Psychoanalysis, History, Law*. Berkeley – Los Angeles – London: University of California Press, 1995.
- Godenhjelm, Berndt: *Patentskyddets omfång på basen av patentanspråkets funktionella innehåll*. Helsingfors: Juridiska Föreningen i Finland, 1950.
- Gray, Christopher B. ed.: *The Philosophy of Law. An Encyclopedia, Vols. I–II*. New York & Lontoo: Garland Publishing, 1999.
- Greimas, A.J.: "Analyse sémiotique d'un discours juridique. La loi commerciale sur les sociétés et les groupes des sociétés", en collaboration avec Éric Landowski, *Sémiotique et sciences sociales*. Paris: Éditions du Seuil, 1976, s. 79–128.
- Greimas, A.J. & Landowski, Eric: *Sémiotique et sciences sociales*. Paris: Éditions du Seuil, 1976.
- Gustafsson, Håkan: "Immanence of Law", teoksessa Ari Hirvonen, ed., *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*. London & Sterling, Virginia: Pluto Press, 1998, s. 135–175.
- Gutting, Gary: "Scientific Methodology", teoksessa W. H. Newton-Smith, ed., *A Companion to the Philosophy of Science*. Massachusetts, USA & Oxford, England: Blackwell Publishers Ltd., 2000, s. 423–432.
- Halttunen, Rauno: *Oikeudellisesta ratkaisusta joustavien oikeusnormilauseiden soveltamisalueella*. Rovaniemi: Acta Universitatis Lapponiensis, 1993.
- Hannikainen, Antti: *Pidätysoikeuden rakenteesta silmälläpitäen Suomen voimassaolevaa oikeutta. Siviilioikeudellinen tutkimus*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1948.
- Hart, H.L.A.: "Lon L. Fuller: *The Morality of Law*", teoksessa *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, s. 343–363.
- Hart, H.L.A.: "Positivism and the Separation of Law from Morals", teoksessa *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983, s. 49–87.
- Hart, H.L.A.: *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1961.
- Hart, H.L.A.: *The Concept of Law*. Second Edition, with a Postscript by Hart, edited by Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- Hartney, Michael: "Introduction: The Final Form of *The Pure Theory of Law*", teoksessa Hans Kelsen, *A General Theory of Norms*. Translated by Michael Hartney. Oxford: Oxford University Press 1991, s. IX–LIII.
- Havaste, Paula: *Tarzan ja valkoisen miehen arvoitus. Maskuliininen identiteetti Edgar Rice Burroughsin Tarzan-sarjassa*. Helsinki: Like-kustannus, 1998.
- Havaste, Paula: "Tarzan ja viidakon laki", alustus Raimo Siltalan johtamassa Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan tutkijaseminaarissa 3.2.1999.
- Heidegger, Martin: *Oleminen ja aika*. Suomentanut Reijo Kupiainen. Tampere: Vastapaino, 2000.
- Heikonen, A.R.: *Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa silmälläpitäen erikoisesti perillisen omistusoikeussuhteita, I–II*. Helsinki: Suomalaisten Lakimiesten yhdistys, 1936 ja 1937.
- Heil, John: "Analytic Philosophy", teoksessa Robert Audi, ed., *The Cambridge Dictionary of Philosophy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, s. 22–23.
- Heimonen, Marja: "Musiikki ja laki – aspekteja esittävän säveltaiteen ja oikeuden välisestä suhteesta", *Tieteessä tapahtuu* 2001/4, s. 27–32.
- Heimonen, Marja: "NoaNoa – musiikin ja oikeuden tulkinnasta", teoksessa Kaijus Ervasti & Nina Meincke, toim., *Oikeuden tuolla puolen*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2002, s. 387–406.

- Heimonen, Marja: ”Soivatko lait? Musiikin ja oikeuden tulkinnasta”, alustus Raimo Siltalan johtamassa Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan tutkijaseminaarissa 14.4.1999.
- Heinonen, Olavi: ”kirja-arvostelu teoksesta Timonen, toim., *Johdatus Suomen oikeusjärjestelmään, 1–2*,” *Oikeus* 1990/2, s. 161–162.
- Heinonen, Olavi: ”Korkeimman oikeuden rooli muuttuvassa ympäristössä”, *Lakimies* 1991/3, s. 229–240.
- (Heinonen, Olavi): ”KKO:n Heinonen varoittaa tuomaripulasta lähivuosina”, *Helsingin Sanomat* 6.12.2001.
- Heinonen, Olavi: ”Kuka saa juttunsa Korkeimman oikeuden tutkittavaksi?”, *Lakimiesuutiset* 1985/10, s. 31–32.
- Heinonen, Olavi: ”Näköala eiliseen ja huomiseen. Haastattelijana Aulis Aarnio”, *Lakimies* 2002/1, s. 73–86.
- Heinonen, Olavi: ”Oikeustieteen ja tuomioistuinlaitoksen kosketuspintoja”, *Lakimies* 2002/4, s. 618–624.
- Helin, Markku: ”Immateriaalioikeuksien kohteesta”, *Lakimies* 1978, s. 645–664.
- Helin, Markku: ”Kieli oikeustodellisuuden rakentajana”, *Lakimies* 6–7/1998, s. 1927–1936.
- Helin, Markku: ”Kielitekojen teoriasta institutionaaliseen oikeusteoriaan”, teoksessa Ari Hirvonen & Kaarlo Tuori, toim., *Oikeus, kieli ja kritiikki*. Helsinki: Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitoksen julkaisuja, s. 141–158.
- Helin, Markku: ”Kriittinen oikeuspositivismi”, *Lakimies* 2000, s. 809–815.
- Helin, Markku: *Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960*. Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, 1988.
- Helin, Markku: ”Käsitteistä päättelemisestä”, teoksessa Leena Kartio, Jarno Tepora & Juhani Wiriander, toim., *Juhlaulkaisu Simo Zitting*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1985, s. 82–92.
- Helin, Markku: ”Monet on metodit”, *Oikeus* 1998/3, s. 310–314.
- Hermanson, Robert: ”Om juridisk konstruktion i statsrätten”, *Juridiska Tidskrift i Finland* 1878–1879, I–II, s. 1–32 ja 457–516.
- Hintikka, Jaakko: *Inquiry as Inquiry. A Logic of Scientific Discovery*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999.
- Hirvonen, Ari: ”After the Law”, teoksessa Ari Hirvonen, ed., *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*. London & Sterling, Virginia: Pluto Press, 1998, s. 192–238.
- Hirvonen, Ari: ”Nautintaoikeus. Sananvapaus ja sensuuri psykoanalyttisen lainopin tarkastelussa”, teoksessa Kimmo Nuotio, Casper Herler & Johan Boucht, toim., *Nykyajan muuttuva oikeus – Nutida rätt i förändring. rf. Justus ry. 10 vuotta/år*. Helsinki: Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja, 2001, s. 83–112.
- Hirvonen, Ari: *Oikeuden käynti. Antigonen laki ja oikea oikeus*. Helsinki: Loki-kirjat, 2000.
- Hirvonen, Ari, ed.: *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*. London & Sterling, Virginia: Pluto Press, 1998.
- Hirvonen, Ari & Tuori, Kaarlo, toim.: *Oikeus, kieli ja kritiikki*. Helsinki: Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitoksen julkaisuja, 1990.
- Hobbes, Thomas: *Leviathan eli kirkollisen ja valtiollisen yhteiskunnan aines, muoto ja valta*. Suomentanut Tuomo Aho. Tampere: Vastapaino, 1999.
- Hobbes, Thomas: *Leviathan, or The Matter, Forme, & Power of A Common-Wealth Ecclesiastical and Civill*. Edited with an Introduction by C.B. Macpherson. England: Penguin Books, 1987.
- Hohfeld, Wesley Newcomb: *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. New Haven and London: Yale University Press, 1964.
- Holmes, Oliver Wendell, Jr.: ”The Path of the Law”, 10 *Harvard Law Review* (1897), s. 457–478; myös teoksessa Robert S. Summers, ed., *American Legal Theory*. The International Library of

- Essays in Law and Legal Theory. Aldershot – Hong Kong – Singapore – Sydney: Dartmouth Publishing, 1992, s. 3–24.
- Honkasalo, Brynolf: *Suomen rikosoikeus. Yleiset opit: ensimmäinen osa*. Toinen painos. Helsinki: Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja, 1965.
- Husserl, Edmund: *Fenomenologian idea. Viisi luentoa*. Helsinki: Loki-kirjat, 1995.
- Hutcheson, Joseph C., Jr.: ”The Judgment Intuitive: The Function of the ‘Hunch’ in Judicial Decision”, 14 *Cornell Law Quarterly* (1929), s. 274–288.
- Hänninen, Sakari: *Aika, paikka, politiikka. Marxilaisen valtioteorian konstituutiosta ja metodista*. Oulu: Tutkijaliiton julkaisusarja 17, 1981.
- Häyhä, Juha, toim.: *Minun metodini*. Helsinki: WSLT 1997.
- Ilveskivi, Paula: *Perusoikeudet sosiaaliturvalainsäädännön toimeenpanossa. Tutkimus ensiasteen päätöksenteon rakenteesta ja sosiaalisten perusoikeuksien oikeusvaikutuksista*. Helsinki: KELA, Sosiaali- ja terveysalan tutkimuksia, 2000.
- Jellinek, Georg: *Allgemeine Staatslehre*. Dritte Auflage, siebenter Neudruck. Bad Homburg vor der Höhe: Hermann Gentner Verlag, 1960.
- Jonkka, Jaakko: *Syytekynnys. Tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista*. Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, 1991.
- Joutsamo, Kari, Aalto, Pekka, Kaila, Heidi & Maunu, Antti: *Eurooppaoikeus*. Kolmas, uudistettu painos. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2000.
- Juntunen, Hannu: ”Oikeuden idean teologiset perusteet”, alustus Raimo Siltalan johtamassa Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan tutkijaseminaarissa 17.1.2001.
- Juntunen, Hannu: *Oikeuden idean teologiset perusteet. Oikeusteologian hahmottelua demokraattisen oikeusjärjestyksen teologisena kritiikkinä*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2000.
- Jyränki, Antero: ”Teesejä juridiikasta ja juristeista”, *Lakimies* 1969, s. 880–892.
- Jyränki, Antero: ”Toiset työt, toiset metodit”, teoksessa Juha Häyhä, toim., *Minun metodini*. Helsinki: WSLT 1997, s. 74–89.
- Jääskinen, Niilo: *Historiallisen koulun oikeustiedekäsitys*. Helsinki: Oikeustieteellisen tutkimuksen tutkimus -julkaisusarja nro 5, 1983.
- Kaisanlahti, Timo: *Sidosryhmät ja riski pörssi-yhtiössä*. Helsinki: Edita, 1999.
- Kalela, Jorma: *Historiantutkimus ja historia*. Helsinki: Hanki ja jää & Gaudeamus, 2000.
- Kallioma-Puha, Laura & Mäki-Petäjä-Leinonen, Anna: ”Muuttuva vanhuus ja vanhusten oikeudet”, teoksessa Kaijus Ervasti & Nina Meincke, toim., *Oikeuden tuolla puolen*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2002, s. 297–324.
- Kangas, Urpo: *Lesken oikeudellinen asema*. Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, 1982.
- Kangas, Urpo: ”Minun metodini”, teoksessa Juha Häyhä, toim., *Minun metodini*. Helsinki: WSLT 1997, s. 90–109.
- Kangas, Urpo & Timonen, Pekka, toim. *Juhlajulkaisu Aulis Aarnio 1937–1997. XXX Oikeustiede – Jurisprudentia*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1997.
- Kanniainen, Vesa & Määttä, Kalle, toim.: *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen, 1*. Helsinki: Gaudeamus, 1996.
- Kanniainen, Vesa & Määttä, Kalle, toim.: *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen, 2*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1998.
- Karapuu, Heikki: ”Perusoikeuksien tausta ja yleinen sisältö”, teoksessa Pekka Hallberg, Heikki Karapuu, Martin Scheinin, Kaarlo Tuori & Veli-Pekka Viljanen, *Perusoikeudet*. Helsinki: WSLT, 1999, s. 61–86.
- Kartio, Leena: ”Esineoikeuden esine tutkimuspöydällä”, teoksessa Juha Häyhä, toim., *Minun metodini*. Helsinki: WSLT 1997, s. 110–130.

- Kartio, Leena, Tepora, Jarno & Wirilander, Juhani, toim.: *Juhlajulkaisu Simo Zitting*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1985.
- Kavonius, Petter: *Oikeusperiaatekin velvoittaa!* Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisu, 2001.
- Kekkonen, Jukka: ”Oikeudellisen muutoksen tutkimisesta – minun metodini”, teoksessa Juha Häyhä, toim., *Minun metodini*. Helsinki: WSLT 1997, s. 131–150.
- Kelsen, Hans: *Allgemeine Staatslehre*. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1993 (ensipainos 1925).
- Kelsen, Hans: *Der Soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht*. 2. Neudruck der 2. Auflage Tübingen 1928. Aalen: Scientia Verlag, 1981.
- Kelsen, Hans: *General Theory of Law and State*. Translated by Anders Wedberg. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1949.
- Kelsen, Hans: *General Theory of Norms*. Translated by Michael Hartney. Oxford: Oxford University Press, 1991.
- Kelsen, Hans: *Puhdas oikeusoppi*. Toinen, kokonaan uudistettu painos. Suomentanut Olli Nikkola. Porvoo: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1968.
- Kelsen, Hans: *Pure Theory of Law*. Translation from the Second (Revised and Enlarged) German Edition by Max Knight. Gloucester, Mass: Peter Smith, 1989.
- Kelsen, Hans: *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. 1. Auflage, 2. Neudruck der 1. Auflage Leipzig und Wien 1934, mit Vorwort zum Neudruck von Stanley L. Paulson und Vorrede zum 2. Neudruck von Robert Walter. Aalen: Scientia Verlag, 1994.
- Kelsen, Hans: *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*. Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage. Wien: Verlag Franz Deuticke, 1960.
- Kennedy, Duncan: *A Critique of Adjudication {fin de siècle}*. Cambridge, Massachusetts & London, England: Harvard University Press, 1997.
- Kennedy, Duncan: ”Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology”, 36 *Journal of Legal Education*, s. 518–562. Myös teoksessa: James Boyle, ed., *Critical Legal Studies*. The International Library of Essays in Law and Legal Theory. Aldershot – Hong Kong – Singapore – Sydney: Dartmouth Publishing, 1992, s. 45–89.
- Kivimäki, T.M.: ”Lainkäytön ja oikeustieteen oikeutta kehittävästä merkityksestä”, *Lakimies* 1937, s. 474–484.
- Kivimäki, T.M.: ”Oikeudellisen ajattelun kehityksestä viime vuosikymmenen kuluessa”, *Lakimies* 1959, s. 121–130.
- Kivimäki, T.M.: ”Uusia virtauksia siviililainopin alalla”, *Defensor Legis* 1921, s. 367–388.
- Kivivuori, Antti: *Politische Rechtswissenschaft*. *Studia Iuridica Helsingiensia*, Institutum Iurisprudentiae Comparativae Universitatis Helsingiensis # 9, 1971.
- (Kivivuori, Antti): ”Radikaali pysyy periaatteissaan – Antti Kivivuori 60-vuotias”, Antti Kivivuoren syntymäpäivähaastattelu, *Helsingin Sanomat* 14.1.2000.
- Kivivuori, Antti: ”Suomalaisen oikeustieteen virheet, I–II”, *Lakimies* 1970, s. 422–429 ja 929–940.
- Kivivuori, Antti: *Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys, I. Rikoslainsäädäntö 1809–1875*. Joensuu: Pohjois-Karjalan kirjapaino Oy, 1969.
- Klami, Hannu T.: *Finalistinen oikeusteoria. Tutkimus oikeudellisen päätöksenteon ja oikeusnormipropositioiden tavoitteellisesta justifyoinnista ja kontrollista*. Turku: Turun yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisu, 1979.
- Klami, Hannu T.: ”Hans Kelsen – kriittinen esittely”, teoksessa Jarkko Tontti, Kaisa Mäkelä & Heta Gylling, toim.: *Filosofien oikeus, 1*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2001, s. 313–324.

- Klami, Hannu T.: ”Päätösteoria juridisen argumentaation punninnassa”, teoksessa Juha Häyhä, toim., *Minun metodini*. Helsinki: WSLT 1997, s. 151–172.
- Klami, Hannu T.: ”Tapaoikeus”, Heikki E. S. Mattila *et al.*, toim., *Encyclopaedia Iuridica Fennica – Suomalainen oikeustietosanakirja, osa VII: Oikeuden yleistieteet*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1999, s. 1135–137 (palstakohtainen sivunumerointi).
- Koskenniemi, Martti: *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*. Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus, 1989.
- Koskenniemi, Martti: *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870–1960*. Hersch Lauterpacht Memorial Lectures. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- Koskenniemi, Martti: ”Tyyli metodina”, teoksessa Juha Häyhä, toim., *Minun metodini*. Helsinki: WSLT 1997, s. 173–188.
- Kultalahti, Jukka: *Omaisuuksensuojelusta ympäristönsuojelussa*. Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja (Finnpublishers Oy), 1990.
- Kuhn, Thomas S.: *The Structure of Scientific Revolutions*. Second edition, enlarged. International Encyclopedia of Unified Science. Chigago: The University of Chigago Press, 1970.
- Kuhn, Thomas S.: *Tieteellisten vallankumousten rakenne*. Suomentanut Kimmo Pietiläinen. Helsinki: Art House Oy, 1994.
- Kumpula, Anne & Määttä, Tapio: ”Ekologia, yhteiskunta ja oikeus: konstruktionistinen tulkinta luonnontieteellisen tiedon ja oikeuden suhteesta”, teoksessa Kaijus Ervasti & Nina Meincke, toim., *Oikeuden tuolla puolen*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2002, s. 207–233.
- Kurki-Suonio, Kirsti: *Äidin hoivasta yhteishuoltoon. Lapsen edun muuttuvat oikeudelliset tulkinat*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1999.
- Kuusiholma, Usva & Pöyhönen, Juha: ”Oikeus ja teknologia – erossa informaatio-oikeudesta”, teoksessa Kaijus Ervasti & Nina Meincke, toim., *Oikeuden tuolla puolen*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2002, s. 279–295.
- Kuusimäki, Matti (valtakunnansyyttäjä): puhelinkeskustelu allekirjoittaneen kanssa 22.5.2002.
- Kuusiniemi, Kari: ”Ympäristöoikeus oikeudenalana”, Kari Kuusiniemi, Ari Ekroos, Anne Kumpula & Pekka Vihervuori, *Ympäristöoikeus*. Helsinki: WSOY, 2001, s. 45–96.
- Kyntäjä, Timo & Laitinen, Ahti: *Oikeussosiologia*. Porvoo – Helsinki – Juva: WSOY, 1983.
- Lahti, Raimo: ”Lääkintäoikeus – kehittyvä uusi oikeudenala”, *Lakimies* 1997/6, s. 753–759.
- Lakatos, Imre & Musgrave, Alan, eds.: *Criticism and the Growth of Knowledge*. Cambridge: Cambridge University Press, 1970.
- Lappi-Seppälä, Tapio: *Rangaistuksen määräämisestä, I. Teoria ja yleinen osa*. Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, 1987.
- Lappi-Seppälä, Tapio: ”Rikosoikeustutkimus, kriminaalipoliittinen orientaatio – ja metodi”, teoksessa Juha Häyhä, toim., *Minun metodini*. Helsinki: WSLT 1997, s. 189–218.
- Leino, Pekka: *Kirkkolaki vai laki kirkosta. Hallinto-oikeudellinen tutkimus kirkon oikeudellisista normeista ja niiden synnystä*. Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, 2002.
- Levi, Edward H.: *An Introduction to Legal Reasoning*. Chigago & London: The University of Chigago Press, 1949.
- Linna, Tuula: ”Korkeimman oikeuden päätösotsikkojen tehtävistä”, *Lakimies* 1990/8, s. 969–981.
- Linna, Tuula: ”Korkeimman oikeuden päätösten otsikoista”, *Lakimies* 1989/6, s. 772–782.
- Linna, Tuula: *Ulosottorealisoinnista de lege ferenda*. Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, 1987.
- Lipton, Peter: ”Inference to the Best Explanation”, teoksessa W.H. Newton-Smith, ed., *A Companion to the Philosophy of Science*. Massachusetts, USA & Oxford, England: Blackwell Publishers Ltd., 2000, s. 184–193.

- Llewellyn, Karl: *The Bramble Bush. On Our Law and Its Study*. New York: Oceana Publications, Inc., 1991.
- Luhmann, Niklas: *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1993.
- Lötjönen, Salla: ”Oikeus ja lääketiede – oikea resepti?”, teoksessa Kaijus Ervasti & Nina Meincke, toim., *Oikeuden tuolla puolen*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2002, s. 235–254.
- MacCormick, Neil: *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.
- MacCormick, Neil: ”Raimo Siltala, *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*, Opponent’s Review”, *Oikeus* 1998/4, s. 424–432.
- MacCormick, Neil: ”Why Cases Have Rationes and What These Are”, teoksessa Lawrence Goldstein, ed., *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University Press, 1991, s. 155–182.
- MacCormick, Neil & Summers, Robert S., eds: *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Aldershot, Brookfield USA, Singapore, Sydney: Ashgate/Dartmouth, 1997.
- MacCormick, Neil & Summers, Robert S., eds.: *Interpreting Statutes. A Comparative Study*. Aldershot: Dartmouth, 1991.
- MacCormick, Neil & Weinberger, Ota: *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. Law and Philosophy Library, vol. 3. Dordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo: D. Reidel Publishing Company, 1986.
- Makkonen, Kaarle: *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Rakenneanalyttinen tutkimus. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja*: Helsinki, 1981.
- Makkonen, Kaarle: *Zur Problematik der juristischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie*. Turku: Annales Universitatis Turkuensis, 1965.
- Malcolm, Norman: *Ludwig Wittgenstein. Muistelma*. Juva: WSOY, 1990.
- Manninen, Juha: ”Uuden filosofisen liikkeen ja sen manifestin synty”, teoksessa Ilkka Niiniluoto & Heikki Koskinen, toim., *Wienin piiri*. Helsinki, Gaudeamus, 2002, s. 27–128.
- Masterman, Margaret: ”The Nature of a Paradigm”, teoksessa Imre Lakatos & Alan Musgrave, eds., *Criticism and the Growth of Knowledge*. Cambridge: Cambridge University Press, 1970, s. 59–89.
- Mattila, Heikki E.S.: *Vertaileva oikeuslingvistiikka*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2002.
- Minkkinen, Panu: ”Law, Science and Truth”, teoksessa Ari Hirvonen, ed., *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*. London & Sterling, Virginia: Pluto Press, 1998, s. 13–33.
- Minkkinen, Panu: ”Oikeus ja sen merkit: syntyakeisuuden semioottisesta kuvauksesta”, teoksessa Ari Hirvonen & Kaarlo Tuori, toim., *Oikeus, kieli ja kritiikki*. Helsinki: Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitoksen julkaisuja, 1990, s. 159–202.
- Minkkinen, Panu: *Thinking without Desire. A First Philosophy of Law*. Oxford & Portland, Oregon: Hart Publishing, 1999.
- Mononen, Marko: *Sopimusoikeuden materiaalisuudesta*. Helsinki: Edita, 2001.
- Montesquieu, Baron de: *L’esprit des lois, Oeuvres Complètes, II*. Texte présenté et annoté par Roger Callois. Bibliothèque de Pléiade. Paris: Gallimard, 1951, s. 227–995.
- Morawetz, Thomas: ”Epistemology of Judging. Wittgenstein and Deliberative Practices”, teoksessa Dennis M. Patterson, ed., *Wittgenstein and Legal Theory*. Boulder, San Francisco, Oxford: Westview Press, 1992, s. 3–27.
- Morawetz, Thomas: ”Law as Experience: The Internal Aspect of Law”, teoksessa *Law’s Premises, Law’s Promise. Jurisprudence after Wittgenstein*. The Collected Essays in Law Series. Aldershot – Burlington, USA – Singapore – Sydney: Ashgate/Dartmouth, 2000, s. 195–234.
- Morawetz, Thomas: *Law’s Premises, Law’s Promise. Jurisprudence after Wittgenstein*. The Collected Essays in Law Series. Aldershot – Burlington, USA – Singapore – Sydney: Ashgate/Dartmouth, 2000.
- Mäenpää, Olli: *Eurooppalainen hallinto-oikeus. Lähtökohtia ja perusteita*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1996.

- Mähönen, Jukka & Määttä, Kalle: ”Uusia näkökulmia oikeustaloustieteeseen”, teoksessa Kaijus Ervasti & Nina Meincke, toim., *Oikeuden tuolla puolen*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2002, s. 181–204.
- Määttä, Kalle: *Environmental Taxes. From an Economic Idea to a Legal Institution*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1997.
- Määttä, Tapio: *Maanomistusoikeus. Tutkimus maanomistusparadigmoista maaomaisuuden käytön ympäristöoikeudellisen sääntelyn näkökulmasta*. Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, 1999.
- Nagel, Thomas: *The View from Nowhere*. New York & Oxford: Oxford University Press, 1986.
- Nasar, Sylvia: *A Beautiful Mind*. London & New York: Faber and Faber, 1999.
- Neurath, Otto: ”Protokollalauseet”, teoksessa Panu Raatikainen, toim., *Ajattelu, kieli, merkitys. Analyttisen filosofian avainkirjoituksia*. Helsinki: Gaudeamus, 1997, s. 95–103.
- Newton-Smith, W. H., ed.: *A Companion to the Philosophy of Science*. Massachusetts, USA & Oxford, England: Blackwell Publishers Ltd., 2000.
- Niemi, Matti I.: *Päämäärien valtakunta. Konventionalistinen analyysi lainopillisen tiedon edellytyksistä ja oikeusjärjestelmän perusteista*. Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, 1996.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna: ”Oikeus ja sukupuoli”, teoksessa Kaijus Ervasti & Nina Meincke, toim., *Oikeuden tuolla puolen*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2002, s. 325–352.
- Niiniluoto, Ilkka: *Critical Scientific Realism*. Oxford: Oxford University Press, 1999.
- Niiniluoto, Ilkka: *Johdatus tieteenfilosofiaan. Käsitteen- ja teorianmuodostus*. Helsinki: Otava, 1984.
- Niiniluoto, Ilkka: ”Norm Propositions Defended”, 4 *Ratio Juris* (1991), s. 367–373.
- Niiniluoto, Ilkka: ”Oikeusrealismi ja tieteellinen realismi”, alustus Raimo Siltalan johtamassa Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan tutkijaseminaarissa 8.2.2002.
- Niiniluoto, Ilkka: ”On the Truth of Norm Propositions”, *Rechtstheorie, Beiheft* 1981, s. 171–180.
- Niiniluoto, Ilkka & Koskinen, Heikki, toim.: *Wienin piiri*. Helsinki, Gaudeamus, 2002.
- Nousiainen, Kevät: ”Kuinka vapauden poluilla kompastutaan”, *Oikeus* 1990/1, s. 11–28.
- Nousiainen, Kevät: ”Metodin? Esitys?”, teoksessa Juha Häyhä, toim., *Minun metodini*. Helsinki: WSLT 1997, s. 219–244.
- Nousiainen, Kevät: ”Naisoikeus”, teoksessa Heikki E. S. Mattila *et al.*, toim., *Encyclopaedia Iuridica Fennica – Suomalainen oikeustietosanakirja, osa III: Perhe-, työ- ja sosiaalioikeus*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1996, s. 365 (palstakohtainen sivunumerointi).
- Nousiainen, Kevät: ”Naisoikeustutkimus”, teoksessa Heikki E. S. Mattila *et al.*, toim., *Encyclopaedia Iuridica Fennica – Suomalainen oikeustietosanakirja, osa III: Perhe-, työ- ja sosiaalioikeus*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1996, s. 366–371 (palstakohtainen sivunumerointi).
- Nousiainen, Kevät: ”Oikeuden systeemi ja naisen arki”, teoksessa Riitta Turunen, toim., *Naisnäkö-kulmia oikeuteen*. Helsinki: Gaudeamus, 1992, s. 15–57.
- Nousiainen, Kevät: *Prosessin herruus. Länsimaisen oikeudenkäytön ’modernille’ ominaisten piirteiden tarkastelua ja alueellista vertailua*. Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, 1993.
- Nousiainen, Kevät & Pyllkän, Anu: *Sukupuoli ja oikeudellinen yhdenvertaisuus*. Helsinki: Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, 2001.
- Nuotio, Kimmo: ”Oikeustiede humanistisena tieteenä?”, teoksessa Kaijus Ervasti & Nina Meincke, toim., *Oikeuden tuolla puolen*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2002, s. 41–66.
- Nuutila, Ari-Matti: *Rikosoikeudellinen huolimattomuus*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1996.
- O’Connor, D.J., ed.: *A Critical History of Western Philosophy*. Hampshire & London, MacMillan, 1985.

- Oker-Blom, Max: *Bakom rätten. En rättsekonomisk argumentationsmodell*. Joensuu: Joensuun yliopiston yhteiskuntatieteellisiä julkaisuja, 2002.
- Oker-Blom, Max: "En enda riktig lösning trots allt? – Dworkin mot finländsk bakgrund", *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland* 1978, s. 251–321.
- Oppenheimer, Andrew, ed.: *The Relationship between European Community Law and National Law: The Cases*. Grotius Publications. Cambridge, New York & Melbourne: Cambridge University Press, 1994.
- Ost, François & van de Kerchove, Michel: *Le droit ou les paradoxes du jeu*. Paris: P.U.F., 1992.
- Pallard, Henri R. & Hudson, Richard: "Phenomenology of Law", teoksessa Christopher B. Gray, ed., *The Philosophy of Law. An Encyclopedia*, Vol. II. New York & Lontoo: Garland Publishing, 1999, s. 645–647.
- Patterson, Dennis M., ed.: *Wittgenstein and Legal Theory*. Boulder, San Francisco, Oxford: Westview Press, 1992.
- Paulson, Stanley L. & Paulson, Bonnie Litschewski, eds.: *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998.
- Peczenik, Aleksander: *The Basis of Legal Justification*. Lund: Infotryck AB, 1983.
- Peczenik, Aleksander: "The Binding Force of a Precedent", teoksessa Neil MacCormick & Robert S. Summers, ed., *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Brookfield USA, Singapore, Sydney: Ashgate/Dartmouth, 1997, s. 461–479.
- Peczenik, Aleksander: *On Law and Reason*. Law and Philosophy Library, vol. 8. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers, 1989.
- Peczenik, Aleksander: *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Stockholm: Fritzes Förlag AB, 1995.
- Peirce, Charles Sanders: *Johdatus tieteen logiikkaan ja muita kirjoituksia*. Valinnut ja suomentanut Markus Lång. Tampere: Vastapaino, 2001.
- Pekkanen, Raimo: "Euroopan ihmisoikeussopimuksen evolutiivisesta tulkinnasta", *Lakimies* 1991/4, s. 353–365.
- Perelman, Chaïm: *Rhétoriques*. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1989.
- Perelman, Chaïm & Olbrechts-Tyteca, Lucie: *Traité de l'Argumentation. La nouvelle Rhétorique*. Paris: Presses universitaires de France, 1958; 5^e édition. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988.
- Pérez-Reverte, Arturo: *Yhdeksäs portti eli Richelieun varjo*. Suomentanut Katja Kallio. Helsinki: Like Kustannus 1998, s. 119.
- Pihlström, Sami: *Tutkiiko tiede todellisuutta? Realismi ja pragmatismi nykyisessä tieteenfilosofiassa*. Helsinki: Helsingin yliopiston filosofian laitoksen julkaisuja, 1997.
- Platon: "Timaios", *Teokset V*. Helsinki: Otava 1982, s. 157–245.
- Pohjonen, Soile: "Naiset, väkivalta ja rikosoikeus", teoksessa Riitta Turunen, toim., *Naisnäkökulmia oikeuteen*. Helsinki: Gaudeamus, 1992, s. 173–200.
- Popper, Karl: *The Logic of Scientific Discovery*. London & New York: Routledge, 1997.
- Posner, Richard A., ed.: *The Essential Holmes. Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.* Edited and with an Introduction by Richard A. Posner. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.
- Pound, Roscoe: "Law in Books and Law in Action", 44 *American Law Review* (1910), s. 12–36.
- Prechal, Sacha: *Directives in European Community Law. A Study of Directives and Their Enforcement in National Courts*. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- Pöyhönen, Juha: "Oikeuden fenomenologia Adolf Reinachin mukaan", teoksessa Jarkko Tontti & Kaisa Mäkelä, toim., *Filosofien oikeus*, 2. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2001, s. 71–88.

- Pöyhönen, Juha: "Filosofia – minun metodini?", teoksessa Juha Häyhä, toim., *Minun metodini*. Helsinki: WSLT 1997, s. 245–260.
- Pöyhönen, Juha: "Korvausmallit vahingonkorvausoikeudessa", XXXII *Oikeustiede – Jurisprudentia* (1999), s. 299–372.
- Pöyhönen, Juha: *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*. Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, 1988.
- Pöyhönen, Juha: *Uusi varallisuus oikeus*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2000.
- Pöyhönen, Juha: "Vaihtoehtoinen lainoppi", teoksessa Heikki E. S. Mattila et al., toim., *Encyclopaedia Iuridica Fennica. Suomalainen oikeustietosanakirja, VII: Oikeuden yleistieteet*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1999, s. 1237–1240 (palstakohtainen sivunumerointi).
- Pöyhönen, Juha: "Yksityinen omistusoikeus ja vaihtoehtoinen lainoppi", teoksessa Martin Scheinin, toim., *Omistusoikeus*. Helsinki: Tutkijaliitto & Sosialistinen lakimiesseura, 1983, s. 1–26.
- Quinton, A.M.: "Contemporary British Philosophy", teoksessa D.J. O'Connor, ed., *A Critical History of Western Philosophy*. Hampshire & London, MacMillan, 1985, s. 530–556.
- Rasmussen, Hjalte: *On Law and Policy in the European Court of Justice. A Comparative Study in Judicial Policymaking*. Dordrecht – Boston – Lancaster: Martinus Nijhoff Publishers, 1986.
- Raunio, Kyösti: *Positivismi ja ihmistiede. Sosiaalitutkimuksen perustat ja käytännöt*. Helsinki: Gaudeamus, 1999.
- Rawls, John: "Two Concepts of Rules", *The Philosophical Review*, 1955, s. 2–32.
- Ray, Christopher: "Logical Positivism", teoksessa W. H. Newton-Smith, ed., *A Companion to the Philosophy of Science*. Massachusetts, USA & Oxford, England: Blackwell Publishers Ltd., 2000, s. 243–251.
- Rentto, Juha-Pekka: *Prudentia Juris. The Art of the Good and the Just*. Turku: Turun yliopiston julkaisuja, 1988.
- Rentto, Juha-Pekka: *Toissijainen valtio. Kirjoituksia kansalaisvastuun ensisijaisuudesta subsidiariteettiperiaatteen mukaisessa valtioajattelussa*. Turku: Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, 1995.
- Riepula, Esko: *Eduskunnan perustuslakivaliokunta perustuslakien tulkitsijana. Valtiosääntötutkimus eduskunnan perustuslakivaliokunnasta perustuslakikontrollia ja perustuslakien tulkintaa harjoittavana toimielimenä vv:n 1907–1972 valtiopäivillä*. Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, 1973.
- Riepula, Esko: "Oikeudellisen tutkimuksen näköaloja", *Oikeus* 1973/2, s. 3–8.
- Ross, Alf: *Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi*. København: Nyt nordisk forslag, 1953.
- Ross, Alf: *On Law and Justice*. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1958.
- Ross, Alf: *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des Positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*. Neudruck der Ausgabe Leipzig und Wien 1929. Aalen: Scientia Verlag, 1989.
- Ross, Alf: *Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law*. Translated from the Danish by Annie I. Fausbøll. Reprint of the Edition Copenhagen 1946. Aalen: Scientia Verlag, 1989.
- Ross, Alf: "Tû-Tû", *Festskrift til Henry Ussing*. København: Nyt nordisk forlag, 1951, s. 468–484.
- Ross, Alf: "Tû-Tû", *70 Harvard Law Review* (1957), s. 812–825.
- Ross, Alf: "Validity and the Conflict between Positivism and Natural Law", teoksessa Stanley L. Paulson & Bonnie Litschewski Paulson, eds., *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998, s. 147–163.
- Ruse, Michael: "Scientific Methodology", teoksessa Ted Honderich, ed., *The Oxford Companion to Philosophy*. Oxford: Oxford University Press, 1995, s. 813–814.
- Ryle, Gilbert: *The Concept of Mind*. Middlesex: Penguin/Peregrine Books, 1963.

- Saarenpää, Ahti: ”Kadonneet systeemit”, teoksessa Juha Häyhä, toim., *Minun metodini*. Helsinki: WSLT 1997, s. 261–278.
- Saarenpää, Ahti ”Vastaväittäjän lausunto Marjut Salokanteleen väitöskirjasta *Ownership of Rights in Audiovisual Productions. A Comparative Study*”, *Lakimies* 1998/5, s. 867–883.
- Salmon, Wesley C.: ”Logical Empiricism”, W.H. Newton-Smith, toim., *A Companion to the Philosophy of Science*. Massachusetts, USA & Oxford, England: Blackwell Publishers Ltd., 2000, s. 233–242.
- Saraviita, Ilkka: *Perustuslaki 2000. Kommentaariteos uudesta valtiosäännöstä Suomelle*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2000.
- Scheinin, Martin: *Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa. Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus kansainvälisten ihmisoikeussopimusten valtiosisäisestä voimassaolosta sekä ihmisoikeus- ja perusoikeusnormien sovellettavuudesta Suomen oikeusjärjestyksessä*. Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, 1991.
- Scheinin, Martin, toim.: *Omistusoikeus*. Helsinki: Tutkijaliitto & Sosialistinen lakimiesseura, 1983.
- Schmitt, Carl: ”Raum und Rom – Zur Phonetik des Wortes Raum”, teoksessa *Staat, Grossraum, Nomos. Arbeiten aus der Jahren 1916–1969*. Herausgegeben, mit einem Vorwort und mit Anmerkungen versehen von Günter Maschke. Berlin: Duncker & Humblot, 1995, s. 491–495.
- Schmitt, Carl: *Staat, Grossraum, Nomos. Arbeiten aus der Jahren 1916–1969*. Herausgegeben, mit einem Vorwort und mit Anmerkungen versehen von Günter Maschke. Berlin: Duncker & Humblot, 1995.
- Searle, John R.: *The Construction of Social Reality*. England: The Penguin Press, 1995.
- Searle, John R.: *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*. New York: Cambridge University Press, 1992.
- Sevón, Kjell, ”Käsi ja käsite”, *Oikeus* 1993/1, s. 96–108.
- Sihvola, Juha: *Hyvän elämän politiikka. Näkökulmia Aristoteleen poliittiseen filosofiaan*. Helsinki: Tutkijaliitto, 1994.
- Siltala, Raimo: ”Empirismin haaste – ajatuksia yhteiskuntatieteellisen metodin soveltamisesta lainopissa”, teoksessa Urpo Kangas & Pekka Timonen, toim., *Juhlajulkaisu Aulis Aarnio 1937–1997. XXX Oikeustiede – Jurisprudentia*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1997, s. 279–291.
- Siltala, Raimo: ”Fragmentteja, osa I: Formalisoitu kohtuus, periaatepunninnalle avatut säännöt sekä kohdeneutraalin referenssin dilemma”, *Oikeus* 1999/4, s. 425–430.
- Siltala, Raimo: ”Fragmentteja, osa II: Reflektoitua teoreettista tietoa vai hiljaista tekijän tietoa?”, *Oikeus* 2000/1, s. 126–132.
- Siltala, Raimo: ”Fragmentteja, osa III: Mistä puhumme, kun puhumme oikeudesta?”, *Oikeus* 2000/4, s. 473–492.
- Siltala, Raimo: ”H.L.A. Hart oikeusfilosofina”, teoksessa Jarkko Tontti & Kaisa Mäkelä, toim., *Filosofien oikeus*, 2. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2001, s. 131–145.
- Siltala, Raimo: *Johdatus oikeusteoriaan*. Helsinki: Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja, 2001.
- Siltala, Raimo: ”Keisarin vanhat ja uudet vaatteet”, *Oikeus* 1999/1, s. 80–82.
- Siltala, Raimo: ”Kymmenen teesiä oikeustieteen metodiopista ja oikeustieteellisestä tutkimuksesta, osa I”, *Oikeus* 1999/3, s. 265–285.
- Siltala, Raimo: ”Kymmenen teesiä oikeustieteen metodiopista ja oikeustieteellisestä tutkimuksesta, osa II”, *Oikeus* 1999/4, s. 385–409.
- Siltala, Raimo: ”Metrin pituudesta ja muita ongelmia. Vastine Aulis Aarnion kirjoitukseen ’Oikeusfilosofi kevätjällä’”, *Oikeus* 1999/3, s. 304–310.
- Siltala, Raimo: ”Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma. Onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia?”, *Lakimies* 2000/5, s. 671–689.

- Siltala, Raimo: "Oikeustieteellinen tutkimus", Heikki E. S. Mattila *et al.*, toim., *Encyclopaedia Iuridica Fennica. Suomalainen oikeustietosanakirja, VII: Oikeuden yleistieteet*, teoksessa Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1999, s. 859/860–864 (palstakohtainen sivunumerointi).
- Siltala, Raimo: "Oikeustieteen tutkijan itseymmärryksestä", *Lakimies* 2002/1, s. 95–100.
- Siltala, Raimo: "Perusoikeusjärjestelmän sisäisestä logiikasta", *Lakimies* 2001/4, s. 735–744.
- Siltala, Raimo: "Prejudikaateista ja tuomarin prejudikaatti-ideologiasta", *Lakimies* 1999/5, s. 674–691.
- Siltala, Raimo: "'Sateenkaaren tuolla puolen' – polysentrisen oikeuden manifesti", *Oikeus* 2000/2, s. 306–313 (kirja-arvostelu teoksesta: Ari Hirvonen, ed., *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*. London & Sterling, Virginia: Pluto Press, 1998).
- Siltala, Raimo: "The Quest for the Ultimate Premises of the Law", *Oikeus* 1998/4, s. 420–423.
- Siltala, Raimo: *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to A Post-Analytical Philosophy of Law*. Oxford & Portland, Oregon: Hart Publishing, 2000.
- Siltala, Raimo: "Toisinäänestäjän muotokuva", *Lakimies* 1996/1, s. 83–91.
- Sivenius, Hannu: "The Law and the Rainbow", Ari Hirvonen, ed., *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*. London & Sterling, Virginia: Pluto Press, 1998, s. 239–244.
- Slaughter, Anne-Marie, Sweet, Alec Stone & Weiler, J.H.H., eds.: *The European Courts and National Courts: Doctrine and Jurisprudence*. Oxford: Hart Publishing, 1998.
- Sousa Santos, Boaventura de: "Law: A Map of Misreading. Towards a Postmodern Conception of Law", 14 *Journal of Law and Society* (1987), s. 279–302.
- Summers, Robert S., ed.: *American Legal Theory*. The International Library of Essays in Law and Legal Theory. Aldershot – Hong Kong – Singapore – Sydney: Dartmouth Publishing, 1992.
- Summers, Robert S.: "Der Formale Charakter des Rechts II", 80 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 1994, s. 66–84.
- Summers, Robert S.: *Essays in Legal Theory*. Dordrecht – Boston – London: Kluwer Academic Publishers, 2000.
- Summers, Robert S.: *Essays on the Nature of Law and Legal Reasoning*. Berlin: Duncker & Humblot, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 151, 1992.
- Summers, Robert S.: "Form and Substance in Legal Reasoning", teoksessa *Essays on the Nature of Law and Legal Reasoning*. Berlin: Duncker & Humblot, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 151, 1992, s. 138–153.
- Summers, Robert S.: *Instrumentalism and American Legal Theory*. Ithaca and London: Cornell University Press, 1982.
- Summers, Robert S.: *The Jurisprudence of Law's Form and Substance*. The Collected Essays in Law Series. Aldershot – Brookfield, USA – Singapore – Sydney: Ashgate/Dartmouth, 2000.
- Summers, Robert S.: "The Formal Character of Law", 51 *Cambridge Law Journal* 1992, s. 242–262.
- Summers, Robert S.: "The Formal Character of Law III", 25 *Rechtstheorie* 1994, s. 125–162.
- Summers, Robert S.: "The Juristic Study of Law's Formal Character", 8 *Ratio Juris* 1995, s. 237–247.
- Summers, Robert S.: "Theory, Formality and Practical Legal Criticism", 106 *Law Quarterly Review* (1990), s. 407 *et seq.*; myös teoksessa Robert S. Summers, *Essays on the Nature of Law and Legal Reasoning*. Berlin: Duncker & Humblot, Schriften zur Rechtstheorie, Heft 151, 1992, s. 154–176.
- Tarasti, Eero: "Eksistentiaalista semiotikkaa", alustus Raimo Siltalan johtamassa Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan tutkijaseminaarissa 1.3.2000.
- Tarasti, Eero: *Existential Semiotics*. Bloomington & Indianapolis: Indiana University Press, 2000.
- Taruffo, Michele & La Torre, Massimo: "Precedent in Italy", teoksessa Neil D. MacCormick & Robert S. Summers, eds., *Interpreting Precedents. A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, s. 141–188.

- Taxell, Lars Erik: *Aktiebolagsstyrelsens kompetens att rättshandla. En studie i Finlands gällande bolagsrätt*. Helsingfors: Juridiska Föreningen i Finland, 1946.
- Teubner, Gunther: "How the Law Thinks: Towards a Constructivist Epistemology in Law", *23 Law and Society Review* (1989), s. 727–757.
- Teubner, Gunther: *Law as an Autopoietic System*. Translated by Anne Bankowska and Ruth Adler. Edited by Zenon Bankowski. Oxford: Blackwell Publishers, 1993.
- Timonen, Pekka: *Corporate Governance: Instituutiot ja lainsäädännön kehitys*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2000.
- Timonen, Pekka: *Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1997.
- Timonen, Pekka: "Taloustieteen ja sen tulosten käyttö oikeustutkimuksessa", teoksessa Vesa Kanninen & Kalle Määttä, toim., *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen*. Helsinki: Gaudeamus 1996, s. 129–159.
- Timonen, Pekka: "Tutkijan ja tuomarin oikeuslähdeoppi – oikeuslähdeopin eräiden lähtökohtien tarkastelua", *Lakimies* 1989, s. 666–688.
- Toiviainen, Heikki: *Osakeyhtiön toimitusjohtajan asema. Oikeusdogmaattinen tutkimus vallasta ja sen sääntelystä*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1992.
- Toiviainen, Heikki: *Suomalaisen yhteisöoikeuden arvoperusta*. Helsinki: Edita, 2002.
- Tolonen, Hannu: *Luonto ja legitimaatio. Normatiivisten asiantilojen johtaminen aristotelisen luonnonoikeustradition mukaan*. Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, 1984.
- Tolonen, Hannu: "Oikeuden tasot ja toiminnot", *Oikeus* 2000, s. 509–524.
- Tolonen, Hannu: "Oikeus ja sen tulkinnat", teoksessa Juha Häyhä, toim., *Minun metodini*. Helsinki: WSLT 1997, s. 279–297.
- Tolonen, Hannu: "Säännöt, periaatteet ja tavoitteet: oikeuden, moraalien ja politiikan suhteesta", *XXII Oikeustiede – Jurisprudentia*. Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja 1989, s. 337–384.
- Tolonen, Juha: "Oikeustiede tieteenä", teoksessa Juha Häyhä, toim., *Minun metodini*. Helsinki: WSLT 1997, s. 298–310.
- Tontti, Jarkko: *Right and Prejudice. Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law*. Helsinki: omakustanne 2002.
- Tontti, Jarkko, Mäkelä, Kaisa & Gylling, Heta, toim.: *Filosofien oikeus, I*. Helsinki: Suomalainen lakimiesyhdistys, 2001.
- Tontti, Jarkko & Mäkelä, Kaisa, toim.: *Filosofien oikeus, 2*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 2001.
- Tulenheimo, Antti: *Lakitieteellisen tutkielman laatiminen. Albert Striimerin oppaan mukaan Suomen oloihin sovitettu*. Hämeenlinna: Arvi A. Karisto Osakeyhtiö (ei painovuotta, 1922).
- Tulenheimo, Antti & Ellilä, Tauno: *Oikeustieteellisen tutkielman laatiminen*. Toinen, uudistettu ja täydennetty laitos, toimittanut Tauno Ellilä. Helsinki: Suomen lakimiesliitto, 1958.
- Tuori, Kaarlo: "Ideologikritiikistä kriittiseen positivismiin", teoksessa Juha Häyhä, toim., *Minun metodini*. Helsinki: WSLT, 1997, s. 311–329.
- Tuori, Kaarlo: *Kriittinen oikeuspositivismi*. Helsinki: WSLT, 2000.
- Tuori, Kaarlo: "Marxilainen oikeusteoria", teoksessa Heikki E. S. Mattila *et al.*, toim., *Encyclopaedia Iuridica Fennica – Suomalainen oikeustietosanakirja, osa VII: Oikeuden yleistieteet*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1999, s. 475–478 (palstakohtainen sivunumerointi).
- Tuori, Kaarlo: *Oikeus, valta ja demokratia*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1990.
- Tuori, Kaarlo: "Opetuksia ja väärinkäsityksiä", *Oikeus* 2001/3, s. 314–326.
- Tuori, Kaarlo: *Sosiaalioikeus*. 2. laitos. Helsinki: WSLT, 2000; 1. painos. Werner Söderström Oy, 1995.
- Tuori, Kaarlo: "Vaihtoehto vai kritiikki, suppea vai laajennettu doktriini?", Ari Hirvonen & Kaarlo

- Tuori, toim., *Oikeus, kieli ja kritiikki*. Helsinki: Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitoksen julkaisuja, 1990, s. 49–97.
- Tuori, Kaarlo: *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta, 1. Julkisoikeudellinen tutkimus komitea-tyyppisten elinten asemasta Suomen valtio-organisaatiossa. 1. nide. Teoreettinen ja historialli-nen tausta*. Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, 1983.
- Tuori, Kaarlo: *Valtionhallinnon sivuelinorganisaatiosta, 2. Julkisoikeudellinen tutkimus komitea-tyyppisten elinten asemasta Suomen valtio-organisaatiossa. 2. nide. Positiivisoikeudelliset tar-kastelut*. Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, 1983.
- Tuori, Kaarlo: ”Virallisen vastaväittäjän Kaarlo Tuorin Helsingin yliopiston oikeustieteelliselle tiedekunnalle antama 3.9.1993 päivätty lausunto”, koskien Kevät Nousiaisen väitöskirjaa *Prosessin herruus. Länsimaisen oikeudenkäytön ’modernille’ ominaisten piirteiden tarkaste-lua ja alueellista vertailua*, *Lakimies* 1993/8, s. 1249–1257.
- Turunen, Riitta, toim.: *Naisnäkökulmia oikeuteen*. Helsinki: Gaudeamus, 1992.
- Turunen, Santtu: ”Oikeuden kuvista ja tiloista”, teoksessa Kaijus Ervasti & Nina Meincke, toim., *Oikeuden tuolla puolen*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2002, s. 355–386.
- Tähti, Aarre: *Periaatteet Suomen hallinto-oikeudessa*. Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistyk-sen julkaisuja, 1995.
- Unger, Roberto Mangabeira: *False Necessity. Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy. Part I of Politics. A Work in Constructive Social Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987.
- Unger, Roberto Mangabeira: *The Critical Legal Studies Movement*. Cambridge (Massachusetts) & London: Harvard University Press, 1983.
- Unger, Roberto Mangabeira: *What Should Legal Analysis Become?* London & New York: Verso, 1996.
- Van Hoecke, Mark: ”Jurisprudence”, teoksessa Christopher B. Gray, ed., *The Philosophy of Law. An Encyclopedia, Vol. I*. New York & Lontoo: Garland Publishing, Inc., 1999, s. 459–461.
- Viehweg, Theodor: *Topik und Jurisprudenz*. Munchen: Verlag C.H. Beck, 1953.
- Viita, Lauri: ”Betonimylläri”, teoksessa *Kootut runot*. Porvoo: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1966, s. 49–53.
- Vuorio, Jorma: ”Oikeustoimesta substanssi- ja funktiokäsitteenä”, *Lakimies* 1956, s. 444–478.
- Weber, Max: ”Die ’Objektivität’ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis”, teoksessa *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. Herausgegeben von Johannes Winckelmann. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1988, s. 146–214.
- Weber, Max: *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. Herausgegeben von Johannes Winckelmann. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1988.
- Weber, Max: *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1972.
- Weinberger, Ota: *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers, 1991.
- Wikström, Kauko: ”Vero-oikeudellisen tutkimuksen erityispiirteitä”, teoksessa Juha Häyhä, toim., *Minun metodini*. Helsinki: WSLT, 1997, s. 330–338.
- Wilhelmsson, Thomas: ”Jack-in-the-Box Theory of European Community Law”, teoksessa Ludwig Krämer, Hans-W. Micklitz & Klaus Tonner, eds., *Law and Diffuse Interests in the European Legal Order – Recht und diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung. Liber amicorum Norbert Reich*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1997, s. 177–193.
- Wilhelmsson, Thomas: *Senmodern ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 2001.
- Wilhelmsson, Thomas: ”Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat”, teoksessa Juha Häyhä, toim., *Minun metodini*. Helsinki: WSLT, 1997, s. 339–358.
- Wilhelmsson, Thomas: *Social civilrätt*. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus, 1987.

- Wilhelmsson, Thomas: *Social Contract Law and European Integration*. Brookfield, USA – Singapore – Sydney: Dartmouth, 1995.
- Wilhelmsson, Thomas: ”Sosiaalinen siviilioikeus”, Heikki E. S. Mattila *et al.*, toim., *Encyclopaedia Iuridica Fennica. Suomalainen oikeustietosanakirja, I: Varallisuus- ja yritysoikeus*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1994, s. 782–785 (palstakohtainen sivunumerointi).
- Wilhelmsson, Thomas: ”Sosiaalinen suorituseste”, Heikki E. S. Mattila *et al.*, toim., *Encyclopaedia Iuridica Fennica. Suomalainen oikeustietosanakirja, I: Varallisuus- ja yritysoikeus*. Helsinki: Suomalainen Lakimiesyhdistys, 1994, s. 785–787 (palstakohtainen sivunumerointi).
- Wilhelmsson, Thomas: ”Vieteriukkoteoria EY-oikeudesta”, teoksessa Urpo Kangas & Pekka Timonen, toim., *Juhlajulkaisu Aulis Aarnio 1937–1997. XXX Oikeustiede – Jurisprudentia*. Helsinki: Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen vuosikirja 1997, s. 357–374.
- Winch, Peter: *The Idea of A Social Science and its Relation to Philosophy*. London: Routledge & Kegan Paul, 1958.
- Winch, Peter: *Yhteiskuntatieteet ja filosofia*. Suomentanut Ilkka Malinen. Jyväskylä: Gummerus, 1979.
- Wittgenstein, Ludwig: *Filosofisia tutkimuksia*. Suomentanut Heikki Nyman. Porvoo – Helsinki – Juva: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1999.
- Wittgenstein, Ludwig: *Philosophical Investigations – Philosophische Untersuchungen*. Zweite Auflage/Second Edition. Translated by G.E.M. Anscombe. Oxford & Malden, Mass.: Blackwell Publishers, 1997.
- Wittgenstein, Ludwig: *Sininen ja ruskea kirja. Filosofisten tutkimusten esitutkimuksia (1933–1935)*. Suomentanut Heikki Nyman. Porvoo – Helsinki – Juva: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1999.
- Wittgenstein, Ludwig: *Tractatus Logico-Philosophicus*. Translated by C.K. Ogden, with an Introduction by Bertrand Russell. London & New York: Routledge & Kegan Paul, 1986.
- Wittgenstein, Ludwig: *Varmuudesta*. Suomentanut Heikki Nyman. Porvoo – Helsinki – Juva: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1975.
- Wood, David & Bernasconi, Robert, eds.: *Derrida and Différance*. Evanston, IL: Northwestern University Press, 1988, s. 1–5.
- von Wright, Georg Henrik: *Explanation and Understanding*. International Library of Philosophy and Scientific Method. Lontoo: Routledge & Kegan Paul, 1971.
- von Wright, Georg Henrik: ”Is and Ought”, teoksessa Stanley L. Paulson & Bonnie Litschewski Paulson, eds., *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*. Oxford: Clarendon Press, 1998, s. 365–382.
- von Wright, Georg Henrik: *Tieteen filosofian kaksi perinnettä*. Helsinki: Helsingin yliopiston filosofian laitos, 1970.
- von Wright, Georg Henrik: ”Wittgenstein varmuudesta”, teoksessa Ludwig Wittgenstein, *Varmuudesta*. Suomentanut Heikki Nyman. Porvoo – Helsinki – Juva: Werner Söderström Osakeyhtiö, 1975, s. 11–30.
- Wróblewski, Jerzy: *The Judicial Application of Law*. Law and Philosophy Library, vol. 15. Dordrecht/Boston/London: Kluwer Academic Publishers, 1992.
- Ylikangas, Heikki: *Näkökulmia historian tutkimukseen*. Helsinki: Helsingin yliopiston oikeuden yleistieteiden laitoksen julkaisuja 2, 1979.
- Ylikangas, Heikki: ”Perustietoja historiasta ja sen tutkimuksesta”, teoksessa *Näkökulmia historian tutkimukseen*. Helsinki: Helsingin yliopiston oikeuden yleistieteiden laitoksen julkaisuja 2, 1979, s. 4–20.

Ylikangas, Heikki: ”Historiantutkimuksen yleisestä merkityksestä”, teoksessa *Näkökulmia historiantutkimukseen*. Helsinki: Helsingin yliopiston oikeuden yleistieteiden laitoksen julkaisuja 2, 1979, s. 101–109.

Zitting, Simo: *Omistajanvaihdoksesta silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia*. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja, 1951.

Zitting, Simo: ”Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista, I–II”, *Lakimies* 1952, s. 387–401 ja 501–531.

Sanasto

Aksiologia
 Analyyttinen argumentaatioteoria
 Analyyttinen oikeuspositivismi
 Analyyttinen oikeusrealismi
 Argumentaatio
 Argumentaationsäännöt
 Argumentatiivinen avoimuus
De lege ferenda
De lege lata
 Destrukturoituminen ja deformatioituminen
 Eksegeesi
 Epistemologia
 Formalisoituminen ja oikeudellinen sääntöformalisismi
Glossa
 Glossaattorit, kommentaattorit ja dekretalistit
 Heuristiikka
 Institutionaalinen epistemologia
 Institutionaalinen metakonteksti
 Institutionaalinen oikeuslähdeoppi
 Institutionaalinen oikeuspositivismi
 Institutionaalinen ontologia
 Institutionaalinen positiviteetti
 Institutionaalinen puheteko
 Institutionaalinen tosiasia
 Institutionaalinen tuki
 Institutionaalinen tuomarireferenssi
 Institutionaaliset lainsoveltajat
 Institutionaaliset oikeuttamisperiaatteet
 Justifikaatio
 Konstituutiosäännöt
 Kriittinen lainoppi
 Lainopin metodi
 Lainoppi
 Metodifragmentti
 Metodologia
Obiter dicta
 Oikeudellinen metateoria eli oikeuden institutionaalinen metakonteksti
 Oikeudelliset ratkaisuperusteet
 Oikeus
 Oikeus radikaalisti tulkinnanvaraisena yhteiskunnallisena käytäntönä

Oikeusfilosofia
 Oikeuslähteet ja oikeuslähdeoppi
 Oikeuspositivismi
 Oikeusteoria
 Oikeustiede
 Oikeusvaltioperiaate
 Ontologia
 Perusnormi
 Perustelemisen teoria
 Prejudikaatti-ideologia
 Punninta
 Punnintakehys
 Rakenteistuminen
Ratio decidendi
 Ratkaisuarvo
 Suvereniteettiperiaate
 Systematisointi
 Tekninen normi
 Tiedonintressi
 Tieteellinen metodi
 Tieteellinen realismi
 Tieteellisen metodin vähimmäiskriteerit
 Tieteenkuva
 Tieteenkuvan määreet: käsiteparit ontologinen/ontologinen,
 episteeminen/epistemologinen, metodinen/metodologinen ja
 semanttis-käsitteellinen/loogis-lingvistinen
 Tieteenteoreettinen positivismi
 Tieteenteoria eli tieteenfilosofia
 Totuudenkaltaisuus
 Tulkinta
 Tulkintakannanotto
 Tulkintakehys
 Tulkintamatriisi
 Tulkintasuositus
 Tunnistamissääntö
 Tuomarinideologia
 Tutkijan itseymmärrys
 Tutkijanideologia
 Tutkimuksellinen vuorovaikutusmalli
 Vallitseva lainoppi
 Voimassa oleva oikeus
 Yhteisöllinen hyväksyntä
 Yhtenäistulkinta
 Yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö
 Äärellisyyden analytiikka

Aksiologia

Aksiologia on filosofinen oppi *arvoista* ja *arvostuksista*. Oikeudellinen aksiologia ja oikeustieteen aksiologia voidaan erottaa toisistaan.

Oikeudellinen aksiologia eli oikeuden rakenteellinen aksiologia liittyy tapaan, jolla erilaiset oikeudelliset ratkaisuperusteet eli oikeussäännöt sekä oikeusperiaatteet ja vastaavat muut oikeudelliset ratkaisustandardit ovat yhtäältä *rakenteistuneet* Suomen oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan* sekä toisaalta ovat *formalisoituneet* itsenäisinä oikeudellisina ratkaisuperusteina suhteessa niiden taustalla vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin. *Rakenteistuminen* viittaa toisin sanoen yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä, kuten lainsäädännössä, lainvalmistelussa, tuomioistu- ja viranomaiskäytännöissä, vallitsevissa sopimusoikeudellisissa käytännöissä sekä vallitsevaa yhteiskuntamoraalia ilmentävissä käytännöissä, nauttimaan institutionaaliseen tukeen ja yhteisölliseen hyväksyntään. *Formalisoituminen* viittaa yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen suhteelliseen itsenäisyyteen ja riippumattomuuteen tai, vaihtoehtoisesti, sen määritelmälliseen yhteenkietoutumiseen ja epäitsenäisyyteen verrattuna sen taustalla vaikuttaviin tai ainakin sen voimaansaattamishetkellä vaikuttaneisiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin. Formalisoitumisen vastakohtana on oikeudellisen ratkaisuperusteen *argumentatiivinen avoimuus*.

Oikeussäännöt ovat formaaleja ja vahvasti Suomen oikeuteen rakenteistuneita oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita. *Oikeusperiaatteet* ja muut oikeudelliset ratkaisustandardit ovat määritelmällisesti argumentatiivisesti avoimia sekä sääntöjä heikompaan institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttavia oikeudellisia tulkinta- ja ratkaisuperusteita. Puhtaasti *subjektisidonnaiset arvot* ovat vain kantajalleen ominaisia yhteiskunnallisia preferenssejä. Ne eivät ole lainkaan rakenteistuneet Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eikä niillä myöskään ole sääntöformaaleja ominaisuuksia, joten ne eivät kuulu voimassa olevan oikeuden käsitteen alaan.

Oikeustieteessä aksiologia liittyy tapaan, jolla oikeustieteen tieteenkuvan eri osatekijät eli oikeuden *ontologiset* (= konstitutiiviset), *epistemologiset* eli *tietopilliset* (= oikeuslähdeopilliset), *metodologiset* (= argumentaatioteoreettiset) ja *loogis-lingvistiset* (= semanttis-käsitteelliset) elementit on suhteutettu toisiinsa osana yhtenäistä oikeustieteen *tieteenkuvaa* tai lainopin *tulkintamatriisia*. Tutkijan aksiologiset eli arvoteoreettiset preferenssit välittyvät oikeustieteelliseen tutkimukseen tieteenkuvan osatekijöiden ja niiden ilmentämien oikeudellisten ja yhteiskunnallisten tavoitteiden välityksellä. Esimerkiksi vaihtoehtoinen lainoppi pyrki avoimen marxilaisten yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden toteuttamiseen oikeudellisin keinoin, sosiaalinen siviilioikeus pyrkii sopimussuhteen heikomman osapuolen intressien suojaamiseen hyvinvointivaltiollisen intervention keinoin, ja naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus pyrkii parantamaan naisten tai jonkin muun yhteiskuntaryhmän suhteellista asemaa tietoisien suosivan erityiskohtelun (engl.: *positive discrimination*) keinoin. Oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi on pyrkinyt taloudellisen kustannustehokkuuden lisäämiseen lainsäädännössä ja oikeudenkäytössä. Perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi on pyrkinyt vallitsevan eli voimassa olevan perustuslain hyväksymän perus-

oikeusjärjestelmän käsittämien perusoikeuksien toteuttamiseen oikeudellisen tulkinnan, systematisoinnin ja punninnan avulla. Analyyttinen oikeustiede on puolestaan sitonut oikeuden tulkinnan ja systematisoinnin lainsäätäjän ja tuomioistuinten jo tekemiin yhteiskunnallisiin arvovalintoihin, ja niin edelleen.

Analyyttinen argumentaatioteoria

Analyyttinen argumentaatioteoria on analyyttisen ja lingvistisen filosofian ideoitua oikeudellisen ratkaisun perustelemisen teoriaan soveltava oikeusteorian suuntaus, jota ovat edustaneet muun muassa Aulis Aarnio, Robert Alexy, Neil MacCormick, Aleksander Peczenik, Robert Summers ja Jerzy Wróblewski, jotka ovat kaikki kuuluneet kansainväliseen oikeusvertailevaan ja oikeusteoreettiseen *Bielefelder Kreis* -tutkijaryhmään.

Analyyttinen oikeuspositivismi

Analyyttinen oikeuspositivismi on englantilaisen John Austinin (1790–1861) alulle panema, muun muassa amerikkalaisen Wesley Newcomb Hohfeldin (1879–1918), itävaltalaisen Hans Kelsenin (1881–1973), englantilaisen H.L.A. Hartin (1907–1992), puolalaisen Jerzy Wróblewskin (1926–1990) ja skotlantilaisen Neil MacCormickin (1941–) edustama oikeusfilosofian tai, oikeammin, oikeusteorian oppisuunta, joka määrittelee oikeuden suvereenin lainsäätäjän antamina yleisinä määräyksinä, joiden noudattamisen takeena on sanktio- eli rangaistusuhka. Lisäksi oikeuden *muodollinen voimassaolo* ja oikeuden *sisällöllinen hyväksyttävyyys* tulee voida erottaa tarkkarajaisesti toisistaan, niin kuin John Austin totesi jo vuonna 1832:¹

”The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it ...”.

Luonnonoikeusopin, moraalifilosofian ja oikeusteologian tarkastelema kysymys oikeuden sisällöllisestä hyväksyttävyydestä eli oikeuden suhteesta ehdottoon yhteisölliseen tai uskonnolliseen oikeudenmukaisuuteen tulee toisin sanoen pitää erillään oikeuden muodollisen pätevyyden ja velvoittavuuden arvioimisesta. Tämä ei estä oikeuden arvoperustaista kritiikkiä tukeutumasta näkököhtiin, jotka ovat positiiviseen oikeuteen nähden ulkoisia eli ovat palautettavissa esimerkiksi luonnonoikeusfilosofian tai oikeusteologian hyödyntämiin yhteisöllisiin ja uskonnollisiin oikeudenmukaisuuskriteereihin. Ne eivät kuitenkaan kuulu oikeuden käsitteen alaan analyttisen oikeuspositivismin tarkoittamalla tavalla.

Oxfordin koulukunnan lingvistisen filosofian eli *luonnollisen kielen filosofian* koulukunnan tavoin analyttinen oikeuspositivismi on kiinnittänyt erityistä huomiota oikeuden ja oikeustieteen kieleen sekä oikeudellisen argumentaation institutionaalisiin ja rationaalisiin reunaehtoihin yhtäältä tuomarin tai muun institu-

¹ Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 157.

tionaalisen lainsoveltajan tekemän oikeudellisen ratkaisun sekä toisaalta lainopin tutkijan esittämän oikeudellisen tulkintakannanoton perustelemisen teorian merkityksessä. Oikeuden (käsite)määritelmä ja oikeudesta esitetyt tulkinnat ovat jonkin verran vaihdelleet analyttisen oikeuspositivismin keskeiskirjoituksissa. John Austinin mukaan oikeus koostuu suvereenin lainsäätäjän antamista yleisistä käskyistä, joiden noudattamisen takeena on rangaistusuhka. Hans Kelsenin ja A.J. Merklin mukaan voimassa olevan oikeuden säännöt muodostavat *normihierarkian* eli normipyramidin, missä säädöshierarkkisesti alemmanasteinen normi johtaa oikeudellisen pätevyytensä ylemmänasteiselta normilta, siis esimerkiksi tasavallan presidentin tai valtioneuvoston antama asetus saa pätevyytensä valtiopäiville kokoontuneen eduskunnan säätämältä lailta. Oikeuden viimekätisenä velvoittavuusperustana on Kelsenin mukaan *transsendentaalis-looginen perusnormi* (saks.: *Grundnorm*), joka takaa historiallisesti ensimmäisen perustuslain oikeudellisen velvoittavuuden sekä sulkee voimassa olevan oikeuden sfäärin suhteessa kaikkeen, mikä ei ole oikeutta, esimerkiksi yhteiskuntamoraalin tai uskonnon käyttäytymisnormien merkityksessä. H.L.A. Hartin mukaan voimassa olevan oikeuden säännöt ovat tunnistettavissa tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten kollektiivisesti hyväksymän *oikeuden tunnistamissäännön* (engl.: *rule of recognition*) avulla, eikä oletusta transsendentaalis-loogisesta perusnormista ole tarpeen tehdä.

Analyttisen oikeuspositivismin käsitys oikeudesta on sääntökeskeinen. Eriasteista institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja vastaavat muut oikeudelliset ratkaisustandardit eivät ole tunnistettavissa Hartin oikeusteorian edellyttämän formaalin oikeuden tunnistamissäännön avulla, niiden oikeudellinen ratkaisuarvo ei ole ennalta tai edes jälkikäteen systemaattisesti lukittavissa Kelsenin ja Merklin muodollisen oikeusnormihierarkian tai Aarnion ja Peczenikin staattisen oikeuslähdeopin mallin tarkoittamalla tavalla, eikä niitä voi tulkita suvereenin lainsäätäjän antamiksi yleisiksi, sanktiouhalla tuetuiksi määräyksiksi Austinin oikeusteorian edellyttämällä tavalla. Sen vuoksi oikeusperiaatteet ja muut oikeussääntöjä heikommin täsmentyneet oikeudelliset ratkaisustandardit, joita etenkin Ronald Dworkin on omassa tuotannossaan tarkastellut, rajautuvat ankarasti määritellyn analyttisen oikeuspositivismin käsitteellisten rajojen ulkopuolelle. Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin edustama *institutionaalinen oikeuspositivismi* on jatkanut Kelsenin ja Hartin analyttisen oikeuspositivismin metodiohjelmaa liittämällä siihen ajatuksen institutionaalisten puhetekojen avulla luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa ja kumottavissa olevasta oikeudesta.

Analyttinen oikeusrealismi

Analyttinen oikeusrealismi on tanskalaisen Alf Rossin (1899–1979) ja tulkintani mukaan myös englantilaisen H.L.A. Hartin (1907–1992) edustama oikeusfilosofian tai oikeammin (analyttisen) oikeusteorian oppisuunta, joka määrittelee oikeuden *yhteiskunnallisena tosiasiana* eli *toteutuneiden* ja vallitsevan tuomarideologian (Ross) tai oikeuden tunnistamissäännön (Hart) perusteella todennäköisesti myös tulevaisuudessa *toteutettavissa* olevien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena, ei esimerkiksi ehdottomana (ja saavuttamattomana) yhteiskunnallisena oikeudenmu-

kaisuutena, niin kuin klassinen ja moderni luonnonoikeusfilosofia sen määrittelee. Oikeussubjektien näkökulmaa painottaen voimassa oleva oikeus voidaan määritellä analyyttisen oikeusrealismin tarkoittamalla tavalla myös siten, että se on niiden oikeussubjekteille kohdennettujen *oikeuksien* ja *velvollisuuksien* kokonaisuus, joille tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat ovat johdonmukaisesti antaneet ja joille ne vallitsevan tuomarinideologian perusteella tulevat todennäköisesti myös tulevaisuudessa antamaan *tehokasta oikeussuojaa*.

Argumentaatio

Oikeudellinen argumentaatio tarkoittaa oikeudellisen ratkaisun tai lainopillisen tulkintakannanoton (tai punnintakannanoton) perustelemista eli osoittamista oikeutetuksi vallitsevan tai kriittisen oikeuslähteopin käsittämien oikeudellisten ratkaisuperusteiden avulla. Oikeudellinen argumentaatioteoria on oppi oikeudellisen perustelemisen yleisistä lainalaisuuksista. Oikeudellinen argumentaatio ei ole matematiikan tai formaalin logiikan hyödyntämää eksaktia eli premissien alkuperäisen totuusarvon säilyttävää *deduktiivista* päättelyä. Kyse ei myöskään ole oikeuden yhteiskuntatieteellisen analyysin hyödyntämästä *induktiivisesta* metodista, missä empiiristen havaintojen pohjalta tehty yleistetyt päätelmät sekä yhteiskunnassa vallitsevien vaikutussuhteiden selittäminen ja mallintaminen sekä tulevien yhteiskunnallisten vaikutusten ennustaminen ovat keskeisellä sijalla. Oikeudellinen päättely on sen sijaan esimerkki Aristoteleen filosofiaan palautuvasta *topiikasta* eli (*uus*)*retoriikasta*: päättelystä, jonka premissit eivät ole välttämättä tosia tai tosiksi tunnettuja vaan ainoastaan enemmän tai vähemmän uskottavia, todennäköisiä tai *totuudenkaltaisia* (engl.: *truthlikeness*; lat.: *verisimilitude*). Sen vuoksi niistä tehtävät päätelmät eivät voi nekään olla välttämättä tosia vaan vain enemmän tai vähemmän hyvin perusteltuja, todennäköisiä, uskottavia, hyväksyttäviä tai totuudenkaltaisia määrätyssä oikeusyhteisössä.

Oikeustieteen tutkijan tutkijanideologisista sitoumuksista riippuen oikeudellinen argumentaatioteoria voi olla joko *deskriptiivinen* eli *analyyttis-deskriptiivinen*, jolloin tavoitteena on sen mahdollisimman kohdeneutraali kuvaaminen, miten eli millaisten oikeudellisten argumenttien avulla tuomioistuimet ja muut lakia soveltavat viranomaiset eli institutionaaliset lainsoveltajat tosiasiaassa perustelevat tekemänsä oikeudelliset ratkaisut, tai *normatiivinen* eli *normatiivis-kriittinen*, jolloin tavoitteena on ideaalisen eli parhaan mahdollisen oikeudellisen tulkinnan perusteleminen tutkijan itsensä preferoimasta ja samalla vallitsevasta tuomarinideologiasta poikkeavasta oikeus- tai yhteiskuntaideologiasta käsin. Analyyttis-deskriptiivinen argumentaatioteoria sitoutuu siis vallitsevaan tuomarinideologiaan eli *institutionaaliseen tuomarireferenssiin* oikeudellisen argumentaation vakioituna tutkimuksellisena referenssinä, kun taas normatiivis-kriittinen argumentaatioteoria voi tukeutua esimerkiksi avoimen marxilaiseen, feministiseen tai vaikka oikeustaloustieteelliseen käsitykseen oikeudellisen argumentaation edellytyksistä ja tavoitteista.

Argumentaatiosäännöt

Oikeudelliset argumentaatiosäännöt ovat oikeudellisen metodiopin sääntöjä, joiden tarkoittamalla tavalla muodollisin perustein voimassa olevien oikeussääntö-

jen *tulkinta* ja *systematisointi* sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden arvosidonnainen *punninta* ja *tasapainottaminen* (engl.: *weighing and balancing*) suhteessa muiden asiaanvaikuttavien oikeusperiaatteiden ja ratkaisustandardien ilmentämiin yhteiskunnallisiin arvo- ja tavoiteperusteisiin on mahdollinen. Oikeudellinen argumentaatio on tavallisesti suhteessa jonkin määrätyn oikeudellisen tulkintamatriisin lukitsemaan ja vakioimaan oikeudelliseen tulkinta- tai punnintakehykseen.

Argumentatiivinen avoimuus

Oikeudellisen ratkaisuperusteen argumentatiivinen avoimuus viittaa siihen tosi-seikkaan, että Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneiden eli riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien oikeudellisen ratkaisuarvon määrittäminen ei ole mahdollinen ilman viittausta niiden taustalla vaikuttavien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden suhteelliseen merkitykseen käsillä olevassa ratkaisutilanteessa. Sen vastakohtana on oikeudellisen ratkaisuperusteen sääntöformalismi eli itsenäisyys suhteessa sanotunlaisiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin.

De lege ferenda

De lege ferenda viittaa oikeuslauseeseen, jonka semanttisena kohdereferenssinä on tulevaisuudessa (mahdollisesti) laadittava laki.

De lege lata

De lege lata viittaa oikeuslauseeseen, jonka semanttisena kohdereferenssinä on voimassa olevan oikeuden sisältö.

Destrukturoituminen ja deformalisoituminen

Oikeudelliset rakenteistumis- ja formalisoitumistendenssit, joiden tuloksena yksittäinen oikeudellinen ratkaisuperuste saavuttaa itsenäisyyden suhteessa sen taustalla vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvo- tai tavoiteperusteisiin (= oikeudellinen *formalisoituminen*) tai kiinnittyy Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan sen erilaisissa oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä nauttivan institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän merkityksessä (= oikeudellinen *rakenteistuminen*), voivat toteutua myös käänteisesti, jolloin on kyse oikeudellisen ratkaisuperusteen deformalisoitumisesta ja destrukturoidumisesta.

Aiemmin riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttanut oikeusperiaate saattaa toisin sanoen menettää asemansa vallitsevassa tuomarinideologiassa tuomarien ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavana ratkaisuperusteena. Syynä voi olla esimerkiksi yhteiskunnallisten arvostusten muutos tai oikeusperiaatteen ilmentämien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoitenäkökohtien käyminen jostain muusta syystä epä-tarkoituksenmukaisiksi. Tällöin on kyse sanotun oikeusperiaatteen tai vastaavan

oikeudellisen ratkaisustandardin *destrukturoitumisesta*, jonka ääripisteenä on oikeusperiaatteen palautuminen subjektisidonnaiseksi arvoksi vailla oikeudellisessa katsannossa riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää, jolloin sen asema tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkinnassa rinnastuu enintään reaaliseseen argumenttiin.

Toisaalta, vähintään rajoitetusti oikeussäännön kaltaisia sääntöformaaleja eli yhteiskunnallisista arvo- tai tavoiteperusteista riippumattomia ominaisuuksia saavuttanut oikeusperiaate tai muu ratkaisustandardi saattaa ne myös menettää, jos sen vakiintuneet normatiiviset premissit ja institutionaaliset reunaehdot tehokkaalla tavalla riitautetaan. Tällöin vähintään heikosti sääntöformaalin ratkaisuperusteen kaltaisia ominaisuuksia saavuttanut oikeudellinen ratkaisustandardi on jälleen palautettava sen taustalla vaikuttavien yhteiskunnallisten arvo- tai tavoitenäkökohtien yhteyteen sitä yksittäiseen oikeustapaukseen sovellettaessa. On kyse oikeudellisen ratkaisuperusteen *deformalisoitumisesta*, jonka ääripisteenä on sen palautuminen reaaliseksi argumentiksi vailla oikeussäännön vahvasti tai oikeusperiaatteen edes heikosti formaalia luonnetta. Oikeudellisen ratkaisuperusteen deformalisoitumis- ja destrukturoitumiskehityksen vastakkaisena ilmiönä on sen *formalisoituminen* ja *rakenteistuminen*.

Eksegeesi

Eksegeesi viittaa tekstin tulkintaoppiin, joka pyrkii kohdetekstin merkitysten mahdollisimman autenttiseen rekonstruktioon sen laatijan tai laatijoiden alkuperäisten tarkoitusten mukaisesti eikä anna vastaavaa merkitystä esimerkiksi oikeuskäytännössä vakiintuneelle tulkinnalle tai oikeussysteemisille näkökohdille.

Epistemologia

Epistemologia eli tieto-oppi on filosofian osa-alue, joka tutkii inhimillisen tiedon perusteita, lähteitä ja arviointikriteerejä. Tässä teoksessa on omaksuttu yhtäältä *institutionaalinen* ja toisaalta *oikeusrealistinen* käsitys oikeustieteen epistemologiasta. Muodollisin perustein voimassa olevien oikeussääntöjen sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja vastaavien muiden oikeudellisten ratkaisustandardien tunnistaminen ja erottaminen kaikesta, mikä ei ole oikeutta esimerkiksi moraalin, uskonnon tai tapaetikeitin käyttäytymisnormien merkityksessä, on kiinnitetty Alf Rossin tarkoittamalla tavalla vallitsevaan eli tuomarien ja muiden lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämään *tuomarinideologiaan* tai H.L.A. Hartin oikeusteorian edellyttämään oikeuden *tunnistamissääntöön*, joka käsittää viittauksen institutionaaliin oikeuslähteisiin esimerkiksi lainsäädännön, prejudikaattien, lainvalmisteluaineiston ja tavanomaisen oikeuden merkityksessä.

Formalisoituminen ja oikeudellinen sääntöformalismi

Oikeusnormin tai oikeudellisen ratkaisuperusteen (a) *konstitutiivista* eli muodolliseen validiteetti- eli voimassaoloperustaan liittyvää formalismia, (b) *systeemis-*

tä formalismia staattisen ja suljetun tai dynaamisen ja yhteiskunnallisille arvo- ja/tai tavoiteperusteille avoimen oikeussysteemin merkityksessä, (c) päätöksen- tekoa ohjaavaan *sitovuuteen* liittyvää formalismia vahvan tai heikon oikeudellisen ratkaisuarvon merkityksessä, (d) *rakenteellista* eli normiloogista formalismia *joko/tai* -tyyppisen tai *enemmän-tai-vähemmän* -tyyppisen sääntely- ja ratkaisulogiikan merkityksessä, (e) *metodista* eli argumentaatioteoreettista formalismia yhtäältä yhteiskunnallisista taustaperusteista irrotetun tulkintamenettelyn ja toisaalta arvoperusteisen painoarvopunninnan ja keskinäisen tasapainottamisen (engl.: *weighing and balancing*) merkityksessä sekä (f) *ekspressiivistä* eli lingvististä formalismia kielelliseen ilmiösuun liittyvien semanttis-käsitteellisten määreiden merkityksessä voi kutsua yhteisnimityksellä *deonttinen formalismi* eli *sääntöformalismi*.

Oikeussäännöt ovat täysimääräisesti formaaleja oikeudellisia ratkaisuperusteita eli (a) niiden oikeudellinen validiteetti perustuu siihen, että ne on saatettu voimaan muodollisesti oikealla eli voimassa olevan perustuslain tarkoittamalla tavalla, (b) niiden keskinäiset suhteet formaalin konfliktinratkaisun sekä pääsääntö/poikkeussääntö -relaatioiden merkityksessä ovat ennalta vakioitavissa suljetun ja staattisen oikeudellisen systematiikan osaksi Kelsenin ja Merklin oikeusnormihierarkian tarkoittamalla tavalla, (c) niiden oikeudellinen ratkaisuarvo eli velvoittavuus osana tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa on korkea, jolloin tapaukseen soveltuva oikeussääntö kykenee yksinäänkin määräämään jutun oikeudellisen lopputuloksen, (d) ne soveltuvat yksittäiseen oikeustapaukseen joko/tai -luonteisesti, ja (e) niitä ei ole välttämätöntä palauttaa niiden taustalla vaikuttavien tai ainakin säättämishetkellä vaikuttaneiden yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden yhteyteen niiden tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi. Täysimääräisesti formaalien oikeussääntöjen oikeudellisen validiteetin ja tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi viittaus säännön taustalla vaikuttaviin tai aikanaan vaikuttaneisiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin ei siis ole tarpeen.

Oikeusperiaatteet ja muut vastaavat oikeudelliset *ratkaisustandardit* ovat vain heikosti formaaleja ratkaisuperusteita eli (a) niiden merkitys tuomarin tai muun viranomaisen eli institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa perustuu niiden *rakenteistumiseen* Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eli niiden nauttimaan institutionaaliseen tukeen ja yhteisölliseen hyväksyntään erilaisissa sääntösidonnaisissa, oikeudellisesti merkityksellisissä yhteiskunnallisissa käytännöissä, ei yksittäiseen lainsäädäntötoimeen tai viranomaisratkaisuun, niin kuin oikeussääntöjen muodollinen validiteetti, (b) niiden keskinäiset suhteet formaalien normikonfliktien ratkaisun sekä johtava/väistyvä periaate -luokitusten merkityksessä ovat määritettävissä sisällöllisten punnintanormien avulla joko tilannekohtaisesti avoimen ja dynaamisen systematiikan merkityksessä tai, vaihtoehtoisesti, heikosti systeemisten etusijasääntöjen tarkoittamalla tavalla, jos on kyse tulkintamatriisista, joka asettaa vähintään heikon systeemisen etusijajärjestyksen eri oikeusperiaatteiden välille, (c) niiden oikeudellinen ratkaisuarvo osana tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa on alhainen, jolloin yksittäinen asiaan vaikuttava oikeusperiaate pystyy vain viemään tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkintaa tiettyyn suuntaan, kykenemättä (ainakaan tavallisesti) määräämään jutun oikeudellista lopputulosta, (d) ne soveltuvat yksittäiseen tapaukseen vain

enemmän-tai-vähemmän -luonteisesti, ja (e) niiden soveltaminen edellyttää oikeudellista punnintaa ja keskinäistä tasapainottamista (engl.: *weighing and balancing*), missä yksittäisen oikeusperiaatteen suhteellinen painoarvo on määritettävissä vain suhteessa sen ilmentämiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin sekä muiden asiaanvaikuttavien periaatteiden vastaaviin yhteiskunnallisiin taustaperusteisiin.

Prejudikaattiperustaisen oikeuden normit sijoittuvat sääntö/periaate -luokituksessa formaalien oikeussääntöjen sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden väliin. Prejudikaattinormin sidonnaisuus omaksuttuun prejudikaatti-ideologiaan sekä *ratio decidendi/obiter dicta* -jaotteluun vähentää prejudikaattioikeuden formalistisuutta. Myös *tavanomaisen oikeuden* normeille on tavallisesti ominaista alhainen sääntöformalismin: ne eivät yleensä ole tarkkarajaisia oikeussääntöjä vaan väljästi määriteltyjä oikeusperiaatteita tai muita oikeudellisia standardeja. Sopimusoikeudelliset normit voivat olla yhtä hyvin oikeussääntöjä kuin oikeusperiaatteita tai oikeudellisia standardeja siinä missä lainsäädännönkin normit, sopijapuolten tavoitteista ja sovellettavasta sopimusmallista riippuen. Muista oikeuslähteistä johdetuille oikeudellisille ratkaisuperusteille on tavallisesti ominaista niiden rinnastuminen oikeudellisiin standardeihin sääntösidonnaisen soveltamis- ja ratkaisulogiikan sijaan.

Voimassa oleva oikeus koostuu muodollisin perustein velvoittavista *oikeussäännöistä*, Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneista eli eriasteista mutta riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivista *oikeusperiaatteista* ja muista oikeudellisista *ratkaisustandardeista*, vallitsevan prejudikaatti-ideologian avulla johdettavissa olevista *prejudikaattinormeista* sekä muista vallitsevan eli tuomarien ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän tuomarinideologian käsittämistä institutionaalisista oikeuslähteistä, kuten virallisesta lainvalmisteluaineistosta, tavanomaisoikeudellisista käytännöistä tai vallitsevista sopimuskäytännöistä, asianmukaisesti johdetuista oikeudellisista ratkaisuperusteista. Puhtaasti *subjektisidonnaisilta arvoilta* puuttuu sekä oikeussäännöiltä edellytetty sääntöformalismin että oikeusperiaateilta ja muilta vastaavilta oikeudellisilta ratkaisustandardeilta edellytetty rakenteistuminen Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan, joten ne eivät kuulu voimassa olevan oikeuden alaan.

Käytännössä yhteiskunnallisten arvojen *formalisoituminen* ja *rakenteistuminen* Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan liittyvät usein yhteen: vahvaa institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja muut oikeudelliset ratkaisustandardit saattavat vähitellen muuntua säännönkaltaisiksi ratkaisuargumenteiksi, kun ne täsmentyvät tuomioistuinten ja muiden viranomaisten ratkaisukäytännössä, ja samalla niiden institutionaalinen tuki yhteiskunnassa vahvistuu. Oikeudellisen ratkaisuperusteen formalisoin- ja rakenteistumiskehityksen vastakkaisena ilmiönä on sen *deformalisoituminen* ja *destrukturoiduminen*.

Glossa

Glossa on keskiajan oikeusoppineiden eli *glossaattorien* tai *kommentaattorien* roomalaisen oikeuden tekstikoonnoksen *Corpus Iuris Civiliksen* leveisiin reuna-

marginaaleihin laatima lainopillinen reunahuomautus eli tekstiä tulkitseva, systematisoiva ja selittävä kommentti.

Glossaattorit, kommentaattorit ja dekretalistit

Glossaattorit olivat keskiajan oikeusoppineita, joiden 1100-luvulta alkaen Bolognan yliopistossa roomalaisen oikeuden tekstikoonnoksen *Corpus Iuris Civiliksen* leveisiin tekstimarginaaleihin laatimista opillisista selityksistä eli *glossista* modernin lainopin katsotaan alkaneen. Irnerius perusti Bolognan oikeuskoulun 1100-luvun alussa. Accursius kokosi 1200-luvulla *Glossa ordinarian*, johon oli koottu tuon ajan keskeinen lainopillinen tieto. *Kommentaattorit* jatkoivat myöhäiskeskiajalla glossaattorien perintöä. Bartolus de Saxoferratis (1314–1357) ja Baldus de Ubaldis (1327–1400) olivat heistä tunnetuimmat. *Nemo jurista nisi bartolista* – ei voinut olla aidosti ja syvällisesti oikeusoppinut ilman, että oli ”bartolisti” eli perehtynyt tuon ajan johtavan oikeusoppineen Bartoluksen ajatuksiin, niin kuin myöhäiskeskiajalla sanottiin. *Dekretalistit* olivat katolisen kirkon oikeuteen perehtyneitä oikeusoppineita. Modernin lainopin idea on yhä sama kuin keskiajan *oppineiden reunahuomautusten taitajilla*: kahden tekstin muodostama kokonaisuus, jossa lainopillinen *kommentaariteksti* tulkitsee, selittää ja yhtenäistää *kohdetekstiä* eli tulkinnan kohteena olevaa lakitekstiä tai muita kirjallisessa muodossa annettuja oikeuslähteitä, kuten lainvalmisteluaineistoa ja prejudikaatteja.

Heuristiikka

Heuristiikka (lat.: *ars inveniendi*, kreikk.: *heuresis*, engl.: *logic of discovery*) on oppi tuomarin ja muun institutionaalisen lainsoveltajan tai oikeuden tutkijan *oivaltamisen logiikasta* eli oivaltamisen kontekstista eli niistä mentaalis-tajunnallisista prosesseista sekä yksilöllisen alitajunnan lainalaisuuksista, joiden perusteella tuomari päätyi jutussa määrättyyn ratkaisuun tai joiden perusteella lainopin tutkija päätyi määrättyyn oikeudelliseen tulkinta-, systematisointi- tai punnitakannanottoon.

Institutionaalinen epistemologia

Oikeuden institutionaalinen epistemologia eli institutionaalinen tieto-oppi viittaa siihen tosiseikkaan, että analyyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin tieteenteoreettisten premissien alaisuudessa voimassa olevan oikeuden säännöt sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja muut oikeudelliset ratkaisustandardit ovat tunnistettavissa vain tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten kollektiivisesti hyväksymän *tuomarinideologian* (Ross) tai – jos Hartin teoriaa lavennetaan tulkinnallisesti siten, että se käsittää myös oikeusperiaatteet ja muut oikeudelliset ratkaisustandardit – oikeuden *tunnistamissäännön* (Hart) käsittämien epistemologisten eli oikeuslähteopillisten kriteerien avulla.

Institutionaalinen metakonteksti

Katso *Oikeudellinen metateoria* eli *oikeuden institutionaalinen metakonteksti*.

Institutionaalinen oikeuslähdeoppi

Institutionaalinen oikeuslähdeoppi on oppi tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavista ratkaisuperusteista, jotka ovat palautettavissa yhtäältä lainsäätäjän ja toisaalta tuomioistuinten sekä muiden institutionaalisten lainsoveltajien tekemiin, kirjallisen muotonsa vuoksi myös myöhemmin dokumentoitavissa oleviin päätöksiin, kuten lainsäädäntöön, prejudikaatteihin ja muuhun oikeuskäytäntöön sekä viralliseen lainvalmisteluaineistoon.

Institutionaalinen oikeuspositivismi

Skotlantilaisen Neil McCormickin (1941–) ja itävaltalaisen Ota Weinbergerin (1919–) kehittämä institutionaalinen oikeuspositivismi on sitoutunut yhtäältä John Austinin (1790–1861), Hans Kelsenin (1881–1973) ja H.L.A. Hartin (1907–1992) edustamaan *analyttiseen oikeuspositivismiin*, toisaalta kielifilosofien John L. Austinin (1911–1960) ja John Searlen (1932–) ajatukseen *institutionaalisista puheteoista* (engl.: *speech acts*), joiden avulla sääntösidonnaiset yhteisöllisen todellisuuden ilmiöt eli *institutionaaliset tosiasiat*, kuten voimassa olevan oikeuden säännöt, ovat lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten tahdonvaltaisina päätöksiin luotavissa, muutettavissa, pantavissa täytäntöön ja kumottavissa. Taustalla on Ludwig Wittgensteinin (1889–1951) myöhäisfilosofian oivallus kielen erilaisista yhteisöllisistä käyttötavoista eli *kielipeleistä* (engl.: *language-games*), kuten käskeminen, rukoileminen, arvoitusten esittäminen, lakien säätäminen tai oikeudellisen päätöksen antaminen tuomioistuimen tai muun viranomaisen toimesta. Kielipeliä yhteisöllinen tehtävä on sidoksissa siihen, ”miten sanoilla voi tehdä asioita” (J.L. Austin, *How to Do Things with Words*) eli miten sääntösidonnaisten puhetekojen avulla voi saada aikaan yhteisöllisiä vaikutuksia tai päteviä oikeusvaikutuksia yhteisöllisesti määräytyneessä puhetilanteessa, esimerkiksi lapsen kastamisen, miehen ja naisen avioliittoon vihkimisen, pätevän testamentin laatimisen tai rikoksentehtäjän lainmukaiseen rangaistukseen tuomitsemisen merkityksessä.

Institutionaalinen ontologia

Oikeuden institutionaalinen ontologia viittaa siihen tosiseikkaan, että analyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin tieteenteoreettisten premissien vallitessa oikeussäännöt ovat luotavissa, muutettavissa, pantavissa täytäntöön eli toteutettavissa oikeusvaikutuksiltaan sekä kumottavissa määrättyjen institutionaalisten toimijoiden, kuten lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisen lainsoveltajien sekä yksityisoikeudellisten disponointitoimien osalta myös yksityisten oikeussubjektien, määrämuotoisten puhetekojen avulla.

Institutionaalinen positiviteetti

Oikeuden institutionaalinen positiviteetti eli oikeuden institutionaalinen *toteutettavuus* ja *todellistettavuus* käsittää yhtäältä oikeudellisen ontologian *konstitutiiosäännöt*, joiden tarkoittamalla tavalla voimassa oleva oikeus on lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien sekä yksityisoikeudellisten kompetenssinormien tarkoittamalla tavalla myös yksittäisten oikeussubjektien tahdonvaltaisesti luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa ja kumottavissa, sekä toisaalta oikeudellisen metodiopin *argumentaatiiosäännöt*, joiden tarkoittamalla tavalla muodollisin perustein voimassa olevien oikeussääntöjen sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö on määritettävissä.

Institutionaalinen puheteko

Institutionaalinen puheteko on joko lainsäätäjän tai tuomioistuimen ja muun lakia soveltavan viranomaisen eli institutionaalisen lainsoveltajan määrämuotoisen kielellinen ilmaus (engl.: *speech act*), jonka avulla voimassa olevan oikeuden säännöt ovat John L. Austinin ja John Searlen puhetekojen teorian (engl.: *speech-act theory*) sekä Neil McCormickin ja Ota Weinbergerin institutionaalisen oikeuspositivismin tarkoittamalla tavalla luotavissa, muutettavissa, pantavissa täytäntöön tai kumottavissa.

Institutionaalinen tosiasia

Institutionaalinen tosiasia on sääntösidonnainen tosiasia eli (oikeus)sääntöjen avulla luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa ja kumottavissa oleva yhteiskunnallinen tosiasia, kuten sopimus, avioliitto, osakeyhtiö, testamentti, kiinteistöasite, valtiopäiville kokoontunut (Suomen) eduskunta tai Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 234 artiklan (ent. 177 artiklan) mukainen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle tehty ennakkoratkaisupyyntö.

Institutionaalinen tuki

Oikeudellisen ratkaisuperusteen erilaisissa Suomen oikeuteen ja yhteiskuntaan rakenteistuneissa eli vakiintuneissa, sääntösidonnaisissa ja oikeudellisesti merkityksellisissä yhteisöllisissä käytännöissä, kuten lainsäädännössä, tuomioistuinten ja muiden viranomaisten ratkaisukäytännössä, vallitsevista sopimuskäytännöissä, tavanomaisoikeudellisissa käytännöissä tai vallitsevan yhteiskuntamoraalin käytännöissä, nauttima tuki. Sanotut yhteisölliset käytännöt määrittävät yhteiskunnallista toimivallan ja vastuun jakoa institutionaalisten toimijoiden kesken sekä niukkojen aineellisten resurssien jakoa yhteiskunnassa.

Institutionaalinen tuomarireferenssi

Institutionaalinen tuomarireferenssi viittaa ajatukseen, jonka mukaan tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainso-

veltajien kollektiivisesti sisäistämä tuomarinideologia tarjoaa analyttis-deskriptiivisen tutkijanideologian omaksuneelle lainopin tutkijalle vakioitun tutkimuksellisen referenssin eli kiintopisteen, johon tutkimuksen institutionaalista oikeuslähdeoppia (= oikeudellista epistemologiaa) ja oikeudellista argumentaatioteoriaa (= oikeudellista metodologiaa) koskevat sitoumukset on suhteutettava.

Institutionaaliset lainsoveltajat

Tuomioistuimet sekä muut virkansa puolesta ja virkavastuulla lakia soveltavat viranomaiset ovat institutionaalisia lainsoveltajia.

Institutionaaliset oikeuttamisperiaatteet

Oikeuslähteiden institutionaaliset oikeuttamis- eli justifiointiperiaatteet ovat yhteiskunnan vakiintuneisiin, sääntösidonnaisiin ja oikeudellisesti merkityksellisiin käytäntöihin kiinnittyviä perusteita, joiden avulla vallitsevan institutionaalisen oikeuslähdeopin käsittämät oikeudelliset ratkaisuperusteet ovat osoitettavissa arvoteoreettisessa eli moraalifilosofisessa katsannossa oikeutetuiksi. Kaikkiaan institutionaalisia justifikaatioperiaatteita on neljä, ja ne liittyvät seuraavalla tavalla eri oikeuslähteisiin:

- (a) *demokratiaperiaate* eli *lainsäätäjän tahdon kunnioittaminen* perustele lainsäädännön ja välillisesti myös lainvalmisteluaineiston velvoittavuuden tuomarin ratkaisuharkinnassa,
- (b) *tahdonautonomia* eli kansalaisten *sopimusvapauden* kunnioittaminen perustele yksityisten kansalaisten siviilioikeudellisen määräämisvaltansa turvin tekemien sopimusten sitovuuden ja velvoittavuuden tuomarin ratkaisuharkinnassa,
- (c) *oikeudellinen yhdenvertaisuus* eli kansalaisten *muodollinen oikeusturva* perustele prejudikaattiperustaisen oikeuden sekä yleisemmin vakiintuneen tuomioistuinikäytännön velvoittavuuden tuomarin ratkaisuharkinnassa,
- (d) *suvereniteettiperiaate* eli ylimmän vallanpitäjän antamien määräysten noudattaminen perustele lainsäädännön pakottavuuden siltä osin kuin se ei ole palautettavissa demokratiaperiaatteeseen sekä tuomioistuinten antamista ratkaisuista johdettavien yleisten oikeusohjeiden velvoittavuuden siltä osin kuin ne eivät ole palautettavissa oikeudelliseen yhdenvertaisuuteen.

Lisäksi voidaan erottaa vielä keskeisenä ei-institutionaalisen oikeuttamisperusteena:

- (e) *aineellinen oikeudenmukaisuus* eli kansalaisten *materiaalinen oikeusturva* ratkaisun sisällöllisen kohtuullisuuden, hyväksyttävyyden ja oikeellisuuden merkityksessä perustele oikeusperiaatteiden ja reaalisten argumenttien eli seuraamusharkinnan oikeuslähdeopillisen merkityksen tuomarin ratkaisuharkinnassa.

Demokratiaperiaate eli parlamentaarisen lainsäätäjän määrämuodossa ilmaisevan tahdon kunnioittaminen, *oikeudellinen yhdenvertaisuus* eli muodollinen oikeusturva sekä yksittäisten oikeussubjektien *tahdonautonomian* kunnioittaminen samoin kuin sanottuja periaatteita vastaavat institutionaaliset käytännöt lainsäädäntömenettelyn, tuomioistuinten konfliktinratkaisumenettelyn sekä erilaisen sopimusoikeudellisten käytäntöjen pysyvyyden takaavien oikeudellisten ja yhteiskunnallisten käytäntöjen ja niiden keskinäissuhteiden järjestämisen merkityksessä voidaan koota *oikeusvaltioperiaatteen* eli *oikeusvaltiollisuuden* ilmentämän *oikeudellisen metateorian* eli oikeuden institutionaalisen metakontekstin alle. Oikeusvaltioperiaate voidaan määritellä lainsäätäjän tahdon kunnioittamisen, yksittäisten oikeussubjektien tahdonautonomian kunnioittamisen sekä oikeudellisen yhdenvertaisuuden kunnioittamisen ja mielivallan välttämisen merkityksessä.

Vallitsevien institutionaalisten oikeuttamisperusteiden *vastaperiaatteina* voidaan erottaa seuraavanlaiset perusteet, jotka tarjoavat kriittisen vaihtoehdon valitsemille oikeuttamisperiaatteille:

Institutionaalinen oikeuttamisperiaate *Oikeuttamisperusteen vastaperiaate*

(a) demokratiaperiaate	suvereniteettiperiaate
(b) tahdonautonomia	sosiaalinen siviilioikeus: kohtuusperiaate & heikomman suojelun periaate sopimus- oikeudessa
(c) oikeudellinen yhdenvertaisuus	sosiaalinen siviilioikeus: kohtuusperiaate & heikomman suojelun periaate sopimus- oikeudessa; naisoikeustutkimus: naisten yhteiskunnallisen erityiskohtelun periaate
(d) suvereniteettiperiaate	yhteisöoikeudellinen läheisyys- periaate (l. toissijaisuusperiaate)
(e) vallitseva käsitys aineellisesta yhteiskunnallisesta oikeuden- mukaisuudesta	vaihtoehtoiset tulkinnat aineelli- sestä yhteiskunnallisesta oikeu- denmukaisuudesta

Suvereniteettiperiaate painottaa oikeudellisen ja hallinnollisen määräämisvallan itseisarvoisuutta ja tehokkuutta, jota ei ole katsottu tarpeelliseksi tai mahdolliseksi palauttaa parlamentaariseen tahdonmuodostukseen tai kansalaisten muullakaan tavoin ilmaisemaan hyväksyntään. Suvereniteettiperiaate täydentää parlamentaarista demokratiaperiaatetta etenkin Euroopan yhteisön oikeudessa, jota *demokratiavaje* keskeisin osin rasittaa, mutta sen ilmentymiä on myös muualla perusteiltaan hallinnollisessa sääntelyssä. Sopimusoikeudelliselle tahdonautonomialle vastakkaisia oikeuttamisperiaatteita ovat eri tavoin tulkitun *sosiaalisen*

siviilioikeuden keskeisideat, kuten *kohtuusperiaate* sekä *heikomman suojelun periaate*, jotka perustelevat tietoisien poikkeaman sopijapuolten alkuperäisen tahdon kunnioittamisen periaatteesta. *Naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus* sekä sosiaalinen siviilioikeus merkitsevät tietoista poikkeamaa myös oikeudellisen yhdenvertaisuuden ideaalista, jota tuomioistuim- ja muu oikeuskäytäntö pyrkii toteuttamaan voimassa olevan perustuslain tunnustamalla tavalla. Myös institutionaalisen oikeuttamisperusteen vastaperiaatteella voi itsellään olla vastaperiaate. Oikeudellisen ja hallinnollisen suvereniteettiperiaatteen vastaperiaatteena on yhteisöoikeudessa otettu käyttöön *läheisyys-* eli *toissijaisuusperiaate*, joka pyrkii palauttamaan yhteisöoikeudellisen sääntelyn jälleen demokratiaperiaatteen yhteyteen, nyt sääntelyn paikalliselle tasolle viemisen merkityksessä. Vallitsevan aineellisen oikeudenmukaisuuskäsityksen tai oikeudenmukaisuusteorian vastaperiaatteena on joukko eri tavoin tulkittun *vaihtoehtoisen yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuusteorian* käsityksiä, esimerkiksi marxilaisen tai feministisen yhteiskuntaideologian merkityksessä.

Justifikaatio

Oikeudellinen justifikaatio tarkoittaa tuomarin tai muun lainsoveltajan tekemän oikeudellisen ratkaisun tai lainopin tutkijan esittämän oikeudellisen tulkinta-, systematisointi- tai punnintakannanoton osoittamista arvoteoreettisessa ja moraalifilosofisessa katsannossa oikeutetuksi ja perustelluksi. Perustelemisen logiikka tai asiayhteys (engl.: *logic t. context of justification*) tulee erottaa oivaltamisen logiikasta tai asiayhteydestä (engl.: *logic t. context of discovery*).

Konstituutiosäännöt

Oikeudelliset konstituutiosäännöt viittaavat oikeuden institutionaalisen, sääntö- ja puhetekosidonnaisen ontologian mukaisiin oikeuden voimaantulo-, transformatio-, täytäntöönpano- ja derogaatiosääntöihin, joiden tarkoittamalla tavalla voimassa olevan oikeuden säännöt ovat luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa eli pantavissa yksittäistapauksessa täytäntöön sekä kummottavissa.

Kriittinen lainoppi

Vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen *poliittisen* lainopin tavoitteena on *parhaan mahdollisen* eli *ideaalisen* oikeudellisen ratkaisun tai tulkinnan perusteleminen siitä riippumatta, vastaako esitetty tulkinta tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien käsitystä voimassa olevan oikeuden sisällöstä. Oikeudellisen tulkinnan, systematisoinnin ja punninnan lähtökohtana voi kriittisessä lainopissa olla esimerkiksi:

- (a) oikeuden vaihtoehtoiset eli vain mahdolliset tulkinnat (ital.: *uso alternativo del diritto*) sekä yhteiskunnallisten olemus-ilmiö -kategorioiden ilmentämä ”ekspressiivinen yhteys” yhteiskunnan syvärakenteen ja muiden tasojen välillä marxilaisen oikeus- ja yhteiskuntafilosofian tarkoittamalla tavalla (= *vaihtoehtoinen lainoppi*),

- (b) yhteiskunnan rakenteellisen eriarvoisuuden purkaminen sekä naisten tai jonkin muun syrjityn yhteiskuntaryhmän erityisintressien edistäminen tietoisien suosivan erityiskohtelun (engl.: *positive discrimination*) avulla feministisen tai vastaavan oikeus- ja yhteiskuntafilosofian tarkoittamalla tavalla (= *naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus*),
- (c) yleistetty heikomman sopijapuolen suojelu ja yhteiskunnallisten resurssien uusjako hyvinvointivaltioideologian tarkoittamalla tavalla (= Thomas Wilhelmssonin *sosiaalinen siviilioikeus*),
- (d) yleistetty sopimusoikeudellinen kohtuullisuus sekä tilannekohtaista aineellista sopimustasapainoa edistävät oikeusperiaatteet (= Juha Pöyhösen *oikeusperiaatteiden punnintamalli*),
- (e) oikeuden syvempien tasojen eli oikeuskulttuurin tason ja oikeuden syvätason aineellisten oikeusperiaatteiden rekonstruktio, minkä avulla lainsäädännön ja tuomioistuinratkaisujen kritiikki on mahdollinen, sekä valitsevan lainopin tuottamien tulkintalauseiden kritiikki vaihtoehtois-kriittisen lainopin keinoin oikeuden pintatasolla (= Kaarlo Tuorin *kriittinen oikeuspositivismi*), tai
- (f) toteutuneen lainsäädännön ja tuomioistuinikäytännön kriittinen arvioiminen taloudellisen kustannustehokkuuden, liiketoiminnan transaktiokustannusten minimoinnin ja optimaalisen yhteiskunnallisen resurssijaon näkökulmasta (= *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi*).

Lainopin metodi

Lainoppi on metodiopillisesti teologiaan ja kirjallisuudentutkimukseen rinnastuva humanistinen *tulkintatiede*, jonka metodiopissa yhdistyvät, niin kuin kaikessa tieteessä, tutkijan ainutkertainen oivaltamisen logiikka (engl.: *logic of discovery*) sekä tiedeyhteisösidonnainen perustelemisen logiikka (engl.: *logic of justification*). Lainopin vahvan traditiosidonnaisuuden vuoksi sen metodin painopiste on perustelemisen logiikalla eli oikeudellisen tulkinta- tai punnintakannanoton sijoittamisella oikeudelliseen *tulkintakontekstiin*, jonka tutkimukselliset koordinaatit vallitseva eli tuomioistuinten ja muiden viranomaisten kollektiivisesti hyväksymä institutionaalinen oikeuslähdeoppi sekä oikeudellisten argumentaatiomallien kokonaisuus rajaavat. Lainopin metodi käsittää kolme eri osa-aluetta. Se on määriteltävä erikseen (a) oikeussääntöjen *tulkinnan*, (b) oikeussääntöjen ja vähintään heikosti systeemisesti jäsentyneiden oikeusperiaatteiden ja prejudikaattinormien *systematisoinnin* eli niiden keskinäisten suhteiden määrittämisen sekä (c) oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien *punninnan* osalta.

A. Lainopin tulkinnallinen eli voimassa olevien oikeussääntöjen *tulkintaa* ohjaava metodi on niiden oikeudellisten argumentaatiosääntöjen kokonaisuus, joiden avulla on mahdollista toteuttaa ajallisesti kertautuva ja tutkimuksellista varianssia tuottava siirtymä oikeudellisen tyyppitapauksen *faktapremisseistä* ja valitsevan tai kriittisen oikeuslähdeopin rajaamista *normipremisseistä* määrättyyn oikeudellisten *tulkintalauseiden* joukkoon, ja kääntäen.

B. Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakentuneiden eli riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden ratkaisustandardien *punninta* on joko

(a) aidosti tilannekohtaista oikeudellista harkintaa, missä asiaan vaikuttavien oikeusperiaatteiden ja vastaavien muiden oikeudellisten ratkaisustandardien ilmentämät yhteiskunnalliset arvo- ja tavoiteperusteet suhteutetaan toisiinsa käsillä olevan oikeustapauksen ainutkertaisessa merkityskontekstissa (engl.: *weighing and balancing*), jos on kyse systeemisesti täysin vapaasta punnintatilanteesta, tai (b) vähintään heikosti etusijaistettua oikeudellista harkintaa, missä asiaan vaikuttavien oikeusperiaatteiden ja vastaavien muiden oikeudellisten ratkaisustandardien ilmentämät yhteiskunnalliset arvo- ja tavoiteperusteet suhteutetaan toisiinsa käsillä olevan oikeustapauksen ainutkertaisessa merkityskontekstissa sovellettavan tulkintamatriisin asettamien vähintään heikosti systeemisten etusijaperusteiden tarkoittamalla tavalla.

C. Oikeudellinen *systematisointi* tarkoittaa (a) voimassa olevan oikeuden sääntöjen, (b) vähintään heikosti systeemisesti jäsentyneiden oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien, (c) systeemistä jäsennyttä vailla olevien oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien sekä (d) prejudikaattinormien keskinäisten suhteiden määrittämistä vakioidun oikeudellisen kiintopisteen avulla, jolloin on ratkaistavissa se, mikä on määrätyssä oikeudellisessa tulkintatilanteessa noudatettava pääsääntö ja mikä siihen tehty poikkeus (= kohta a), mikä on oikeudenalan johtava periaate ja mikä tavalisesti väistyvä periaate (= kohdat b ja c, oikeusperiaatteiden eriasteisen systemisen jäsennyksen mukaisesti) sekä mikä on prejudikaattiperustaisen oikeuden systeemisesti vallitseva prejudikaattinormi ja mitkä siihen nähden väistyviä prejudikaattinormeja (= kohta d, prejudikaattiperustaisen oikeuden eriasteisen systemisen jäsennyksen mukaisesti).

Kokoavasti lainopin metodi on oikeudellista *argumentaatiota* eli oikeudellista päättelyä *määrätyistä oikeustositseikoista määrätyihin oikeusseuraamuksiin* (= oikeussääntöjen tulkinta ja oikeusperiaatteiden punninta) sekä *oikeusnormien keskinäisten suhteiden määrittämistä* (= oikeussääntöjen ja vastaavien oikeusnormien systematisointi) ohjaavien metatason sääntöjen ja periaatteiden kokonaisuus. Oikeudellinen argumentaatio on yhtäältä oikeussääntöjen *tulkintaa*, toisaalta oikeussääntöjen ja vähintään heikosti systeemisesti jäsentyneiden oikeusperiaatteiden ja prejudikaattinormien *systematisointia* eli keskinäisten suhteiden määrittämistä sekä kolmanneksi oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien *punnintaa* ohjaavien argumentaatiosääntöjen ja -periaatteiden kokonaisuus. Lainopin metodin yleinen määritelmä ei vielä vastaa tulkintajuridiikan keskeiskysymykseen: *millaista oikeussääntöjen tulkintaa ja systematisointia sekä millaista oikeusperiaatteiden punnintaa?* Kysymykseen oikeudellisen tulkinnan, systematisoinnin ja punninnan oikeudellisista ja yhteiskunnallisista tavoitteista vastaavat tieteenteoreettisessa katsannossa yhtenäistetty oikeudellinen *tulkintamatriisi* ja sen rajaama oikeudellinen *tulkintakehys* tai *punnintakehys*.

Lisäksi lainoppi on *metodisesti suljettu* mutta *argumentatiivisesti avoin* tutkimusala, jonka tieteenkuvan määreet on rajattava ja suhteutettava paitsi toisiin humanistisiin tulkintatieteisiin myös oikeustieteen muihin sekä tiedonintressiltään että tutkimusmenetelmiltään eriytyneisiin osalohkoihin. Lainopin metodin määritelmää tulee sen vuoksi täydentää seuraavasti:

Lainoppi on suhteutettava sen tutkimuksellisten premissien ja saavutettujen tulkintatulosten osalta (a) toisiin *humanistisiin tulkintatieteisiin*, kuten teolo-

giaan ja kirjallisuudentutkimukseen, (b) mentaalis-tajunnallisia rakenteita ja prosesseja sekä yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan lainalaisuuksia tutkiviin *ihmistieteisiin*, (c) yhteisöllis-kulttuurisia merkityksiä ja merkitysrakenteita tutkiviin *kulttuuritieteisiin*, (d) empiirisesti havainnoitavissa olevia yhteiskunnallisia vaikutuksia ja vaikutussuhteita tutkiviin *yhteiskuntatieteisiin* sekä (e) oikeuden filosofisia määreitä ja ominaisuuksia tutkivaan *oikeusteoriaan* ja *oikeusfilosofiaan*.

Lainoppi

Lainoppi on yhteiskunnan institutionaaliseen perustaan sidoksissa oleva tutkimusala, jonka:

- (a) *tutkimuskohteena* on voimassa oleva oikeus eli niiden muodollisesti velvoittavien oikeussääntöjen sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien kokonaisuus, jotka vallitseva tuomariniteologia eli tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymien oikeuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian siouxumusten kokonaisuus käsittää,
- (b) *tiedonintressinä* on tuottaa perusteltuja oikeudellisia tulkinta-, systematisointi- ja punnintalauseita voimassa olevan oikeuden sisällöstä institutionaalisen oikeuslähdeopin käsittämien ratkaisuperusteiden ja oikeudellisen argumentaatioteorian hyväksymien päättelymallien osoittamalla tavalla,
- (c) *tutkimusmenetelmänä* on muodollisin perustein voimassa olevien oikeussääntöjen tulkinta ja systematisointi sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien punninta, ja keskinäinen tasapainottaminen,
- (d) *tutkijaniteologia* on määritettävissä suhteessa vallitsevaan tuomariniteologiaan, joko sen käsittämien episteemisten ja metodisten premissien hyväksymisen merkityksessä, jolloin on kyse vallitsevan lainopin analyttis-deskriptiivisestä tutkijaniteologiasta, tai niiden torjumisen merkityksessä, jolloin on kyse vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin normatiivis-kriittisestä tutkijaniteologiasta,
- (e) *tieteenkuva* käsittää tutkimuksen ontologiset, epistemologiset, metodologiset ja loogis-lingvistiset määreet, joiden konstitutiivisten, oikeuslähdeopillisten, argumentaatioteoreettisten ja semanttis-käsitteellisten siouxumusten perusteella lainopin tutkimus jakautuu lukuisiin oikeudellisiin *tulkintamatriiseihin*, ja
- (f) *tutkimustuloksena* on joukko oikeudellisia tulkinta-, systematisointi- ja punnintalauseita, jotka on johdettu vallitsevan tai kriittisen oikeuslähdeopin sekä perusteltu oikeudellisen argumentaatioteorian tarkoittamalla tavalla.

Metodifragmentti

Oikeudellinen *metodifragmentti* on oikeudellinen tulkinta- tai ratkaisuperuste, jollaista lainopin tutkija voi hyödyntää oikeudellista tulkinta-, systematisointi- tai punnintakannanottoa (tai -suositusta) perustellessaan.

Lainopin metodin määritelmä kiinnittyy (a) oikeussääntöjen osalta ajatukselliseen siirtymään oikeudellisen tyyppitapauksen faktapremisseistä ja vallitsevan tai kriittisen oikeuslähdeopin rajaamista normipremisseistä määrättyyn oikeuslauseiden eli oikeudellisten systematisointi- ja tulkintalauseiden joukkoon, (b) oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien osalta aidosti tilannekohtaiseen tai enintään heikosti systeemisesti jäsentyneeseen oikeudelliseen ratkaisuharkintaan, missä asiaan vaikuttavien oikeusperiaatteiden ja vastaavien muiden oikeudellisten ratkaisustandardien ilmentämät yhteiskunnalliset arvo- ja/tai tavoiteperusteet suhteutetaan toisiinsa arvioitavana olevan oikeustapauksen ainutkertaisessa merkityskontekstissa, sekä (c) oikeudellisen systematisoinnin osalta vakioitujen oikeudellisten kiintopisteiden valintaan, joiden avulla ratkaistaan se, mikä on oikeudellisessa tulkintatilanteessa noudatettava pääsääntö ja mikä siihen tehty poikkeus, mikä on vähintään heikosti systeemisesti jäsentyneen oikeudenalan johtava oikeusperiaate ja mikä tavallisesti väistyvä oikeusperiaate sekä mikä on vähintään heikosti systeemisesti jäsentyneen prejudikaattiperustaisen oikeuden vallitseva prejudikaattinormi ja mitkä siihen nähden väistyviä prejudikaattinormeja. Lainopin metodin yleinen määritelmä ei kuitenkaan vielä vastaa tulkintalainopin keskeiskysymykseen: *millaista oikeussääntöjen tulkintaa ja systematisointia sekä millaista oikeusperiaatteiden punnintaa* oikeudellisen argumentaation keinoin on tarkoitus toteuttaa?

Lainopin tutkimuksellinen itseymmärrys on varsin heikosti jäsentynyt. Niinpä suomalaisen lainopin metodinen itseymmärrys käsittää vain hajanaisen joukon oikeudellisia metodifragmentteja eli erilaisia oikeudellisia tulkinta- tai ratkaisuperusteita, joita vain tutkimuskohteen edellytetty oikeudellisuus, sidonnaisuus tieteellisen metodin yleisiin vähimmäiskriteereihin sekä vahva kohdesidonnaisuus yhdistää. Oikeudellisia metodifragmentteja eli erilaisia oikeudellisia tulkinta- tai ratkaisuperusteita ovat esimerkiksi vallitsevasta perusoikeusjärjestelmästä johdetut ratkaisuperusteet, taloudellinen kustannustehokkuus ja optimaalisen yhteiskunnallisen resurssiallokaation toteuttaminen, oikeussystemiset tulkintaperusteet, lainsäätäjän alkuperäisen tarkoituksen tai tavoitteiden toteuttaminen, hyvinvointivaltiolliset eli heikomman suojeluun liittyvät sosiaaliset tulkintaperusteet, yhteiskunnalliset tasa-arvonäkökohdat tietoisien suosivan erityiskohtelun (engl.: *positive discrimination*) merkityksessä, semanttis-käsitteelliset tulkintaperusteet, oikeudellinen säädös- tai tapausanalogia, oikeuskäytännössä vakiintunut tulkinta, lainsäädännön ja oikeuskäytännön tulkinta koherenteimman mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian ja oikeudellisen eheyden (engl.: *law as integrity*) merkityksessä, Suomen oikeuteen eriasteisesti rakenteistuneet yleiset oikeusohjeet tai ratkaisustandardit esimerkiksi Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuihin ilmenevien yleisten tai yleistettävissä olevien oikeusohjeiden merkityksessä, yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö eli Euroopan yhteisön jäsenmaiden ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaiden yhtenäinen ja vakiintunut kansallinen tuomioistuin- ja viranomaiskäytäntö sekä muu oikeusvertailu oikeudellisena tulkintaperusteena, reaaliset argumentit eli tulkinnan ennakoitavissa olevat yhteiskunnalliset vaikutukset, ja niin edelleen.

Yksittäisen oikeudellisen metodifragmentin soveltamisalue on rajoitettu: (a) tiettyihin oikeudellisiin tyyppitapauksiin, jos on kyse formaalista oikeussään-

nöstä, (b) määrättyyn tyyppitapaukselliseen oikeudelliseen punnintatilanteeseen, jos on kyse vähintään heikosti systeemisesti jäsentyneestä oikeusperiaatteiden punninnasta, tai (c) yksittäiseen oikeustositseikastoon, jos on kyse systeemisesti vapaasta ja ”kelluvasta” oikeusperiaatteiden punninnasta. Toisaalta, tutkijan omaksuma *tulkinta*- tai *punnintakehys* osana laajempaa oikeudellista tulkintamatriisia tarjoaa erilaisille oikeudellisen metodiopin fragmenteille yhtenäisen tieteenteoreettisen kehikon, jonka avulla tutkijan sisäistämät yhteiskunnalliset arvo- ja tavoiteperusteet voidaan tuoda osaksi oikeudellista tulkintaa, systematisointia ja punnintaa.

Metodologia

Metodologia on oppi tieteellisestä metodista. Tieteellisen metodin osaelementit liittyvät sen tuottamien tulosten *julkiseen perusteltavuuteen* ja *itseensäkorjaavuuteen*, mikä voidaan ilmaista yhtäältä tutkijan *oivaltamisen logiikan* (engl.: *logic of discovery*) ja toisaalta tiedeyhteisösidonnaisen *perustelemisen logiikan* (engl.: *logic of justification*) keskinäissuhteen avulla.

Obiter dicta

Obiter dicta on se osa prejudikaattituomioistuinten antamaa ennakkoratkaisua, jolla ei ole myöhemmän tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa (erilaistisesti) sitovaa, velvoittavaa tai ohjaavaa vaikutusta eli prejudikaattinormin (lat.: *ratio decidendi*) ei-velvoittava perustelukonteksti kyseisessä ratkaisussa.

Oikeudellinen metateoria eli oikeuden institutionaalinen metakonteksti

Oikeudellinen metateoria eli oikeuden *institutionaalinen metakonteksti* on vallitseva tai kriittinen yhteiskuntateoria, joka määrittää eri oikeuslähteiden ja niiden taustalla vaikuttavien *institutionaalisten oikeuttamisperusteiden* – eli demokration periaatteen, tahdonautonomian periaatteen, oikeudellisen yhdenvertaisuuden periaatteen ja suvereniteettiperiaatteen sekä näiden mahdollisten vastaperiaatteiden ja ei-institutionaalisten oikeuttamisperusteiden eli aineellisesta oikeuden mukaisuudesta esitettyjen erilaisten tulkintojen – keskinäissuhteet määrättyssä oikeusjärjestyksessä. Oikeudellisen metateorian eli oikeuden institutionaalisen metakontekstin vaihtoehtoja ovat lainsäädännön demokration periaatteen, sopimusoikeuden ja tavanomaisen oikeuden taustalla vaikuttavan tahdonautonomian periaatteen sekä prejudikaattiperustaisen oikeuden, muiden tuomioistuinratkaisujen sekä muun oikeudenkäyttöä yhtenäistävän viranomaiskäytännön taustalla vaikuttavan oikeudellisen yhdenvertaisuuden periaatteen yhdistävä *oikeusvaltioperiaate*. Oikeudellisen sääntelyn itseisarvoiseen pakottavuuteen ja taloudellishallinnolliseen tehokkuuteen perustuva oikeudellinen *suvereniteettiperiaate* vaikuttaa etenkin demokration avajeen rasittaman yhteisöoikeudellisen sääntelyn ja oikeuskäytännön taustalla silloin, kun sitä ei ole mahdollista palauttaa parlamentaarisen demokration periaatteen tai oikeudellisen yhdenvertaisuuden periaatteen alaisuuteen. Aineellisten oikeuslähteiden, kuten reaalistien argumenttien, institutionaalisen metakontekstina on eri tavoin tulkittu eli joko vallitseva tai kriittinen *yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuusteoria*.

Oikeudelliset ratkaisuperusteet

Oikeudelliset ratkaisuperusteet käsittävät yhtäältä *oikeussäännöt* sekä toisaalta *oikeusperiaatteet* ja muut vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit, jotka ovat riittävässä määrin rakenteistuneet Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan. Täysimääräisesti *formaalit oikeussäännöt* ovat irtautuneet niiden alkuperäisestä yhteiskunnallisesta synty- ja oikeuttamisperustasta. Formaalia oikeussääntöä ei toisin sanoen ole tarpeen palauttaa sen taustalla vaikuttaviin tai ainakin säätämishetkellä vaikuttaneisiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin sen oikeudellisen validiteetin tai tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi. *Institutionaaliset oikeusperiaatteet* ja vastaavat muut sääntöjä heikommin formaalit oikeudelliset ratkaisustandardit ovat määritelmällisesti kietoutuneet yhteen niiden ilmentämien yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoitenäkökohtien kanssa. Lisäksi niiltä edellytetään riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää yhteiskunnan vakiintuneissa, oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa käytännöissä, jotta niillä olisi merkitystä tuomarin tai muun lakia soveltavan viranomaisen oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa.

Subjektisidonnaiset arvot ovat vain kantajalleen ominaisia yhteiskunnallisia arvoja, tavoitteita tai preferenssejä, vailla oikeusperiaatteiden institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää. Koska (voimassa oleva) oikeus on yhteisöllinen eli ylikysilöllinen ilmiö, vain muodollisesti velvoittavilla oikeussäännöillä sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivilla oikeusperiaatteilla ja vastaavilla ratkaisustandeilla voi olla oikeudellisen ratkaisuperusteiden asema, kun taas subjektisidonnaiset arvot rajautuvat määritelmällisesti yhteisöllisen oikeuskäsitteen ulkopuolelle. Jako oikeudellisiin ratkaisuperusteisiin oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden merkityksessä sekä puhtaasti subjektisidonnaisiin arvoihin, jotka eivät kuulu oikeudellisten ratkaisuperusteiden alaan, ei kuitenkaan määräydy yksin sanottujen tulkinta- tai ratkaisuperusteiden yhteisöllisyyden tai subjektikohtaisuuden perusteella, vaan niiden liittymällä vallitsevaan eli tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymään institutionaaliseen oikeuslähteoppiin ja oikeudelliseen argumentaatioteoriaan.

Taustalla on tanskalaisen Alf Rossin ajatus tuomarien ja muiden viranomaisten kollektiivisesti sisäistämästä *tuomarinideologiasta* (tansk.: *den normative ideologi der besjæler dommeren*),² joka käsittää viittauksen niihin ratkaisuperusteisiin, jotka tosiasiallisesti vaikuttavat tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudelliseen ratkaisuharkintaan (tansk.: *at man ved retskilderne forstår indbegrebet af de faktorer der øver indflydelse på dommerens formulering af den regel hvorpå han baserer sin afgørelse*).³ Ne voivat Rossin mukaan vaihdella formaaleista, sellaisenaan käsillä olevaan oikeustapaukseen sovellettavista oikeussäännöistä (tansk.: *fra sådanne tilfælde, i hvilke kilden præsterer dommeren en fuldt færdig retsregel der blot overtages af dommeren*)⁴ vain vaillinaisesti täsmennyksiin ratkaisuperusteisiin eli oikeuslähteestä johdettuihin yleisiin ideoihin tai

² Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 56.

³ Ross, *Om ret og retfærdighed*, s. 92.

⁴ Ross, *ibid.*

oikeudellisen ratkaisuharkinnan yleisiin suuntaviivoihin, joiden perusteella tuomari tai muu lainsoveltaja muotoilee varsinaisen ratkaisunormin käsillä olevaa tapausta varten (tansk.: *til sådanne tilfælde, i hvilke kilden ikke byder dommeren andet og mere end visse inspirerende ideer ud fra hvilke han selv formulerer den regel han har brug for*).⁵

Oikeus

Analyyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin tutkimuksellisten premissien vallitessa oikeus on *toteutunut* ja vallitsevan eli tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämän tuomarinideologian valossa myös *toteutettavissa* oleva *yhteiskunnallinen tosiasi*, jonka synty, muutokset, oikeusvaikutusten toteuttaminen ja kumoaminen ovat sidoksissa lainsäätäjän ja tuomioistuinten *institutionaaliin puhetekoihin* ja jonka tietynhetkisen *tulkinnallisen merkityssisällön* määrittäminen on sidoksissa vallitseviin oikeudellisen argumentaatioteorian malleihin.

Oikeus radikaalisti tulkinnanvaraisena yhteiskunnallisena käytäntönä

Moderni oikeus on Thomas Morawetzin tarkoittamalla tavalla *radikaalisti tulkinnanvarainen yhteiskunnallinen käytäntö* (engl.: *deliberative practice*), jonka *episteeminen, käsitteellinen, konstitutiivinen ja metodinen* identiteetti on vain heikosti jäsentynyt ja aina avoin uusille tulkinnoille. Niinpä viattomalta kuulostava kysymys – *mitä oikeus on?* – jakaa oikeustieteen ja etenkin oikeusfilosofian tai oikeusteorian tutkijat eri koulukuntiin, joiden välinen yhteisymmärrys on parhaimmillaankin varsin puutteellista ja katkonaista. Oikeusfilosofian eri suuntauksia ovat esimerkiksi analyttinen ja institutionaalinen oikeuspositivismi, amerikkalainen ja skandinaavinen oikeusrealismi, oikeusfenomenologia, klassinen ja moderni luonnonoikeusfilosofia, eksistentiaalinen oikeusfilosofia, marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia, feministinen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia sekä Yhdysvaltain *Critical Legal Studies* -suuntaus. Oikeustieteessä tai, täsmällisemmin ilmaisten, lainopissa voi puhua vastaavasti erilaisista oikeudellisista *tulkintamatriiseista* esimerkiksi käsitelainopin, analyttisen oikeustieteen, sosiaalisen siviilioikeuden, oikeusperiaatteiden punnintamallin, oikeustaloustieteellisen laintulkintaopin, naisoikeus- ja oikeudellisen tasa-arvotutkimuksen sekä perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin merkityksessä.

Oikeusfilosofia

Kysymys, *mitä oikeusfilosofia on?*, on jo itsessään filosofinen ongelma, johon annettu vastaus riippuu ratkaisevasti vastaajan filosofisista sitoumuksista. Oikeusfilosofia voidaan myös määritellä joko laajasti, käsittäen kaiken oikeutta filosofisen analyysin tai reflektion keinoin lähestyvän tutkimuksen, tai suppeasti, jolloin analyttinen oikeusteoria ja ei-analyttinen, kontinentaalinen oikeusfilosofia erotetaan toinen toisistaan. Olen itse soveltanut jälkimmäistä määrittelyä.

⁵ Ross, *ibid.*

Tällöin oikeusfilosofia soveltaa oikeuteen ja oikeudellisiin ilmiöihin ei-analyyttistä filosofiaa (esimerkiksi) hermeneuttisen filosofian, fenomenologian, eksistentiaalistisen filosofian, marxilaisen filosofian, feministisen filosofian, klassisen tai modernin luonnonoikeusfilosofian tai ranskalaisfilosofi Jacques Derridan ajatuksiin palautuvan filosofisen dekonstruktion merkityksessä.

Oikeusfilosofian tiedonintressinä ja täsmällisesti määriteltynä tutkimuskohteenä voi olla esimerkiksi oikeuden intuitiivis-apriorinen, empiirisiä havaintoja käsitteellisesti edeltävä ja itseannettu olemus (= *oikeusfenomenologia*), oikeuden määritelmällisesti teksti-, traditio- ja tulkintasidonnainen luonne sekä tulkitsijan ja tutkimuskohteen kaksisuuntainen vuorovaikutussuhde (= *oikeudellinen hermeneutiikka*), oikeuden suhde yhtäältä ehdottomaan yhteisölliseen tai uskonnolliseen oikeudenmukaisuuteen (= *klassinen ja moderni luonnonoikeusfilosofia, oikeusteologia*), oikeuden suhde ihmisen eksistentiaalista olemusta ja ”maailmaan-heitettyä-olemista” rajaaviin määreisiin (= *eksistentiaalistinen oikeusfilosofia*), oikeuden suhde vallitseviin taloudellisiin tuotantorakenteisiin ja tuotantosuhteisiin, yhteiskunnan monitasoiseen subjekti- ja tietoisuusrakenteeseen sekä pääoman itseään uusintaviin liikelakeihin ja oikeuden eri tasojen välillä vallitsevaan ”olemus-ilmiö -kategorioiden ilmentämään ’ekspressiiviseen’ yhteyteen” (= *marxilainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia*), oikeuden suhde filosofisesti ja yhteiskunnallisesti merkitykselliseen sukupuolieroon sekä yhteiskunnan rakenteelliseen eriarvoisuuteen (= *feministinen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia*) tai oikeuden ja oikeudellisen analyysin viimekätisten premissien pulmallinen ontologia ja epistemologia suhteessa niiden avulla vakioituun oikeudelliseen ajattelujärjestelmään sekä tutkijan omaksuman tutkijanposition pulmallinen suhde tekstissä esitettyihin väitteisiin (= *filosofinen dekonstruktio*).

Oikeuslähteet ja oikeuslähdeoppi

Oikeuslähdeoppi on oppi tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavista perusteista. *Staatitset* oikeuslähteet ovat oikeudellisia ratkaisuperusteita, joiden ratkaisuarvo eli tuomarin ratkaisuharkintaa ohjaava vaikutus on ennalta tai ainakin jälkikäteen määritettävissä ja vakioitavissa Hans Kelsenin ja A.J. Merklin normihierarkian sekä Aulis Aarnion ja Aleksander Peczenikin kolmiportaisen oikeuslähdeopin mallin tar koittamalla tavalla. Esimerkiksi lainsäädäntö eriaasteisten muodollisin perustein voimassa olevien säädösten kokonaisuutena toteuttaa staattista oikeuslähdeopin mallia. *Dynaamiset* oikeuslähteet ovat oikeudellisia ratkaisuperusteita, joiden ratkaisuarvo eli tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaava vaikutus on määritettävissä vain tilannekohtaisesti eikä se siis ole ennalta (tai edes jälkikäteen) systeemisesti vakioitavissa. Esimerkiksi Euroopan yhteisöjen tuomioistuinten ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuisia ilmenevien yleisten oikeusohjeiden ratkaisuarvo on määritettävissä vain tilannekohtaisesti niiden Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan sekä yleiseurooppalaiseen oikeuskäytäntöön *rakenteistumisen* eli erilaisissa vakiintuneissa, oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa yhteiskunnallisissa käytännöissä nauttiman *institutionaalisen tuen* ja *yhteisöllisen hyväksynnän* perusteella. Viittaus yhtenäiseen ja vakiintuneeseen yleiseurooppalaiseen oikeuskäytäntöön on välttämätön tilanteessa, jossa yhteisöoikeudellisen lainsäädännön

tahi Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevien yleisten oikeusohjeiden oikeuslähdeopillinen ratkaisuarvo suomalaisen tuomarin ratkaisuharkinnassa on osoittautunut pulmalliseksi.

Vallitseva oikeuslähdeoppi kiinnittyy tuomioistuinten ja muiden viranomais-ten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymään oikeuslähdeoppiin Alf Rossin tuomarinideologian tai H.L.A. Hartin oikeuden tunnistamis-säännön merkityksessä. *Kriittinen* oikeuslähdeoppi poikkeaa tietoisesti vallitsevasta oikeuslähdeopista ja perustelee tutkijan itsensä sisäistämisen yhteiskunnallisen ideaalin toteuttamisen esimerkiksi sopimusoikeudellisen kohtuuden, yleisty-tyen heikomman sopijapuolen suojelun, taloudellisen kustannustehokkuuden tai sukupuolisidonnaisen tasa-arvon ja naisten tai jonkin muun yhteiskuntaryhmän tietoisuuden suosivan erityiskohtelun toteuttamisen merkityksessä.

Suomalaisen tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavia *institutionaa-lisia* oikeuslähteitä ovat:

- (1) *Euroopan yhteisön lainsäädäntö*,
- (2) *kansallinen lainsäädäntö* perustuslaista alemman asteisiin säädöksiin,
- (3) *lainvalmisteluaineisto*,
- (4) *prejudikaatit* eli Suomen ylimpien tuomioistuinten ennakkoratkaisut sekä mahdolliset muut tuomioistuinratkaisut, joilla katsotaan olevan en-nakkotapausarvoa,
- (5) *Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenevät ylei-set oikeusohjeet*,
- (6) *Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenevät ylei-set oikeusohjeet*,
- (7) *yksityisoikeudelliset sopimukset*,
- (8) *tavanomainen oikeus* silloin, kun säädännäistä oikeutta tai oikeuskäytän-töä asiasta ei eurooppaoikeudellisen tai kansallisen sääntelyn merkityk-sessä ole,⁶
- (9) *muut viranomaispäätökset*, joiden sisältämä oikeusohje on yleistettäväs-sä myös muihin vastaaviin tapauksiin, ja
- (10) *yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö*, joka yhtenäisenä ja vakiintuneena tulkintakäytäntönä saa merkitystä arvioitaessa eurooppaoikeudellisen oi-keusnormiston yleiseurooppalaista rakenteistumista ja oikeuslähdeopil-lista merkitystä.

Myös muut eli *ei-institutionaaliset* oikeuslähteet saattavat vaikuttaa tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan, kuten:

- (11) *lainopillinen oikeuskirjallisuus*,
- (12) *oikeusvertailevat, oikeushistorialliset, oikeuslingvistiset, oikeustalous-tieteelliset* ynnä muut ratkaisuperusteet, ja
- (13) *reaaliset argumentit* eli yhteiskunnallinen seuraamusharkinta

⁶ Tavanomaisoikeudellinen normisto voitaisiin ehkä palauttaa sopijapuolten hiljaisesti edellyttä-män sopimuskonstruktion alle.

Täsmentyneemmin suomalaista tuomaria tai muuta institutionaalista lainsoveltajaa velvoittava oikeuslähdeoppi käsittää seuraavanlaiset ratkaisuperusteet:

A. *Velvoittavat oikeuslähteet*: (1) EY-lainsäädäntö eli Euroopan yhteisön perustamissopimus (= Rooman sopimus) myöhempien lisäyksineen ja muutoksineen sekä yhteisön toimielinten antamat asetukset, direktiivit ja oikeusohjeeltaan yleistettävissä olevat yksittäiset päätökset, (2) Euroopan yhteisöjen tuomioistuinten ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevät yleiset oikeusohjeet, joiden merkitys suomalaisen tuomarin ratkaisuharkinnassa rinnastuu EY-lainsäädäntöön, kansalliseen perustuslakiin tai vähintäänkin kansalliseen lainsäädäntöön sekä saattaa ristiriitatilanteessa mennä jopa kansallisen perustuslain edelle niiden vahvan yleiseurooppalaisen rakenteistuneisuuden eli yhtenäisessä ja vakiintuneessa yleiseurooppalaisessa oikeuskäytännössä nauttiman institutionaalisen tuen ja yhteisöllisen hyväksynnän, institutionaalisen oikeuttamisperusteen keskeisyyden sekä toteutuneen korkean sääntöformalismin vuoksi, mikä viittaa oikeudellisen ratkaisuperusteen itsenäisyyteen suhteessa sen taustalla vaikuttaviin tai vaikuttaneisiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin nähden, jolloin on Euroopan yhteisön oikeuden osalta tavallisesti kyse valtiosääntöoikeudellisten tai vastaavien kysymysten normittamisesta ja ihmisoikeusnormiston osalta keskeisimpien ihmisoikeuksien määrittelystä, (3) kansallinen lainsäädäntö eli voimassa oleva perustuslaki, tavallista lainsäädäntömenettelyä noudattaen säädetyt eduskuntalait, tasavallan presidentin, valtioneuvoston ja yksittäisten ministeriöiden antamat asetukset sekä sitä alemmanasteiset hallinnolliset säädökset aina kunnallisen tason säädöksiin ja päätöksiin asti, (4) tavanomainen oikeus, jollei eurooppaoikeudellista tai kansallista lainsäädäntöä tai vakiintunutta eurooppaoikeudellista tai kansallista oikeuskäytäntöä ole, ja (5) sopimusperustainen oikeus.

B. *Ohjeelliset oikeuslähteet*: (6) lainvalmisteluaineisto, (7) prejudikaatit eli Suomen ylimpien tuomioistuinten ennakkoratkaisut sekä mahdolliset muut tuomioistuinratkaisut, joilla katsotaan olevan ennakkotapausarvoa, (8) muut oikeudenkäyttöä yhtenäistävät viranomaispäätökset, (9) Euroopan yhteisöjen tuomioistuinten ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuista ilmenevät yleiset oikeusohjeet, joiden merkitys suomalaisen tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkinnassa ei ole rinnastettavissa kansalliseen perustuslakiin tai edes kansalliseen lainsäädäntöön niiden yleiseurooppalaisessa ja suomalaisessa oikeudessa nauttiman heikomman institutionaalisen tuen, justifikaatioperusteen suhteellisen vähempiarvoisuuden sekä toteutuneen alhaisemman sääntöformalismin vuoksi, jolloin on Euroopan yhteisön osalta tavallisesti kyse kilpailu- tai sisämarkkinaoikeudesta tai kansallisten tukien kaltaisista oikeuskysymyksistä ja ihmisoikeusnormiston osalta vähemmän keskeisten ihmisoikeusnormien tulkinna.

C. *Mahdolliset muut oikeuslähteet*: (10) lainopillinen oikeuskirjallisuus, (11) Euroopan yhteisöjen tuomioistuinten ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuinten ratkaisuista ilmenevät yleiset oikeusohjeet, joilla ei ole ainakaan välitöntä sovellettavuutta Suomen oikeudessa, (12) oikeusvertailevat, oikeushistorialliset, oikeuslingvistiset, oikeusekologiset ynnä muut vastaavat ratkaisuperusteet, ja (13) reaaliset argumentit eli yhteiskunnallinen seuraamusharkinta.

Yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö eli yhtenäinen ja vakiintunut yleiseurooppalainen kansallinen tulkintakäytäntö tukee eurooppaoikeudellisen oikeus-

normiston ja etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevien yleisten oikeusohjeiden oikeudellisen ratkaisuarvon määrittämistä. Niinpä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen yksittäisen linjaratkaisun oikeudellisen ratkaisuarvon määrittämiseksi saattaa olla tarpeen perehtyä oikeusvertailevasti myös esimerkiksi Saksan perustuslakituomioistuimen, Saksan, Ranskan, Iso-Britannian, Espanjan ja Italian korkeimpien oikeuksien sekä muiden Euroopan yhteisön jäsenmaiden ja/tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaiden ylimpien tuomioistuinten sekä mahdollisesti myös muiden tuomioistuinten ja viranomaisten ratkaisukäytäntöön yhteisöoikeudellisen tai ihmisoikeusnormiston yleiseurooppalaisen reseption laajuuden, ”syvyyden” ja vakiintuneisuuden arvioimiseksi. Kyse on tällöin periaatteellisesti erittäin merkityksellisten, tavallisimmin valtiosääntöoikeuden alaan kuuluvien Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisujen tai perustavimpia ihmisoikeuksia koskevien Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen ratkaisuarvosta suomalaisen tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellisen ratkaisuharkinnan osana. Sanottu argumentti voi näin saada merkitystä myös suomalaisen tuomarin oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa oikeusvertailevan argumentin välittämänä.

Suomalaisen tuomarin yhtä hyvin kuin *institutionaaliseen tuomarireferenssiin* ajatuksellisesti sidotun lainopin vallitsevan doktriinin oikeuslähdeopilliset keskeismuuttujat voidaan esittää *oikeussääntöjen* kaltaisten ratkaisuperusteiden osalta seuraavasti: (a) mitä suurempi on yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen *sääntöformaalisuus* eli mitä enemmän on kyse aineellisesta synty- ja oikeuttamisperusteestaan irtautuneesta oikeudellista ratkaisuperusteesta, jota ei ole tarpeen palauttaa sen taustalla vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin sen oikeudellisen velvoittavuuden perustelemiseksi ja tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi, (b) mitä suurempi on yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen *rakenteistuneisuus* Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eli sen nauttima institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä erilaissa vakiintuneissa, oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa käytännöissä, ja (c) mitä suurempi on yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen taustalla vaikuttavan *institutionaalisen oikeuttamisperiaatteen* merkitys vallitsevan *oikeudellisen metateorian* eli oikeuden institutionaalisen metakontekstin valossa, sitä suurempi on sen suhteellinen argumentaatioteoreettinen painoarvo eli oikeudellinen ratkaisuarvo tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa.

Toisaalta, *oikeusperiaatteiden* ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien osalta oikeuslähdeopilliset keskeismuuttujat voidaan esittää seuraavasti: (a) mitä suurempi on yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen *argumentatiivinen avoimuus* eli mitä enemmän on kyse aineellisen synty- ja oikeuttamisperusteensa kanssa yhteenkietoutuneesta oikeudellista ratkaisuperusteesta, joka on välttämätöntä palauttaa sen taustalla vaikuttaviin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin sen oikeudellisen velvoittavuuden perustelemiseksi ja tulkinnallisen merkityssisällön määrittämiseksi, (b) mitä vähäisempi on yksittäisen oikeudellisen ratkaisuperusteen *rakenteistuneisuus* Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan eli sen nauttima institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä erilaissa vakiintuneissa, oikeudellisesti merkityksellisissä sääntösidonnaisissa käytännöissä, ja (c) mitä vähäisempi on yksittäisen

oikeudellisen ratkaisuperusteen taustalla vaikuttavan *institutionaalisen tai ei-institutionaalisen oikeuttamisperiaatteen* merkitys vallitsevan *oikeudellisen metateorian* eli oikeuden institutionaalisen metakontekstin valossa, sitä vähäisempi on sen suhteellinen argumentaatioteoreettinen painoarvo eli oikeudellinen ratkaisuarvo tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa.

Oikeuspositivismi

Oikeuspositivismi, erotettuna tieteenteoreettisesta positivismista esimerkiksi loogisen positivismin merkityksessä, viittaa käsitykseen, jonka mukaan voimassa oleva oikeus on ainakin lähtökohtaisesti – eli tavanomaisoikeudellisesti vaikiintuneet yhteisölliset käytännöt sekä riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet pois lukien – tahdonvaltaisesti *asetettua* oikeutta (lat.: *ius positivum*) eli joukko muodollisin perustein velvoittavia oikeussääntöjä, jotka ovat lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien sekä, määräedellytysten täytyessä, myös yksittäisten oikeussubjektien tahdonvaltaisesti luotavissa, muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa eli sovellettavissa yksittäistapaukseen sekä kumottavissa. Oikeuspositivismi ottaa näin kriittistä etäisyyttä muun muassa klassiseen ja moderniin luonnonoikeusfilosofiaan, joka määrittelee oikeuden suhteessa ehdottomaan yhteisölliseen tai uskonnolliseen oikeudenmukaisuuteen, sekä historiallisen koulun oikeuskäsitykseen, joka antoi tavanomaisoikeudellisille käytännöille sekä kehittyneissä oikeusjärjestyksissä myös juristien ammatilliselle itseymmärrykselle oikeutta määrittelevää merkitystä. Oikeuspositivismin oikeuskäsitys on tavallisesti sääntökeskeinen. Olen kuitenkin tulkinnut tässä teoksessa oikeuspositivismia laajasti eli siten, että myös institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja vastaavat ratkaisustandardit luetaan voimassa olevan oikeuden käsitteen alaan, vaikka niissä ei olekaan sääntöjen tavoin kyse lainsäätäjän tahdonvaltaisesti muutettavissa olevista oikeusnormeista. Oikeuspositivismia edustavat esimerkiksi John Austinin, Hans Kelsenin ja H.L.A. Hartin *analyttinen oikeuspositivismi* sekä Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin *institutionaalinen oikeuspositivismi*.

Oikeusteoria

Oikeusteoria on osa oikeusfilosofiaa. Se soveltaa etenkin Englannissa, Puolassa ja pohjoismaissa vaikuttaneen ja yhä vaikuttavan analyttis-lingvistisen filosofian, oikeus- eli normilogiikan, yleisen tieteenteorian tai tieteenfilosofian, Yhdysvalloissa vaikuttaneen filosofisen pragmatismen sekä *Critical Legal Studies*-liikkeen tavoin metodiopillisesti ymmärrety dekonstruktion ideoita oikeuden tutkimiseen. Oikeusteorian tiedonintressinä ja tutkimuskohteena on esimerkiksi oikeudellisen kielen ja argumentaation teoria sekä oikeuden käsite (= *analyttis-lingvistinen oikeusteoria*), oikeustieteen tieteenkuvan määreet ja oikeustieteen tutkijan itseymmärrys (= *oikeustieteen tieteenteoria* tai *tieteenfilosofia*), erilaiset deonttisen eli normilogiikan järjestelmät (= *oikeus- eli normilogiikka*), tuomioistuinten ja muiden viranomaisten ratkaisutoiminnan selittäminen yhteiskunnalliseksi vallankäytöksi ihmis- ja yhteiskuntatieteistä lainattujen menetelmien avul-

la (= *filosofinen pragmatismi*) sekä oikeuden palauttaminen osaksi yleistä yhteiskuntapolitiikkaa sekä oikeudellisten käsiteparien sisäisen epävakauden osoittaminen ja niiden kesken vallitsevien hierarkiasuhteiden purkaminen (= *Critical Legal Studies* -suuntaus).

Oikeustiede

Oikeustiede on usean eri tieteenalan kokonaisuus, joita (vain) tutkimuskohteen edellytetty oikeudellisuus yhdistää. Oikeustieteen tarkemmin määriteltynä tutkimuskohteena voi olla:

- (a) *voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö* eli oikeuden tunnistamissäännön rajaamista institutionaalisista oikeuslähteistä johdettujen voimassa olevien *oikeussääntöjen* sekä oikeussääntöjä heikompaan mutta riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien *oikeusperiaatteiden* ja muiden vastaavien oikeudellisten *ratkaisustandardien* tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö (= oikeustiede tulkintatieteenä eli oikeuden tulkintatieteellinen analyysi, mukaan lukien lainoppi),
- (b) oikeutta määrittävät tai oikeudellisesti merkitykselliset *mentaalitajunnalliset rakenteet ja prosessit* sekä yksilöllisen tai kollektiivisen *alitajunnan lainalaisuudet* (= oikeustiede ihmistieteenä eli oikeuden ihmistieteellinen analyysi),
- (c) oikeuden *yhteisöllis-kulttuuriset merkitykset ja merkitysrakenteet* (= oikeustiede kulttuuritieteenä eli oikeuden kulttuuritieteellinen analyysi),
- (d) oikeuden *yhteiskunnalliset vaikutukset ja vaikutussuhteet* (= oikeustiede yhteiskuntatieteenä eli oikeuden yhteiskuntatieteellinen analyysi), tai
- (e) oikeuden *määritelmälliset* tai muutoin filosofisessa katsannossa merkitykselliset *ominaisuudet* (= oikeustiede oikeusfilosofiana eli oikeuden filosofinen analyysi).

Myös tiedonintressiltään ja tutkimusmetodiltaan oikeustieteen eri tutkimusalat eroavat merkittävästi toisistaan.

Oikeusvaltioperiaate

Oikeusvaltioperiaate on vallitsevan oikeuslähdeopin *institutionaalinen oikeuttamisperuste*, joka käsittää lainsäädännön demokratiaperiaatteen, sopimusoikeutta ja osin tavanomaista oikeutta määrittävän kansalaisten tahdonautonomian kunnioittamisen periaatteen sekä oikeuskäytäntöä ohjaavan oikeudellisen yhdenvertaisuuden periaatteen. Oikeusvaltioperiaate edellyttää, että tuomari noudattaa: (a) lainsäätäjän tahdon kunnioittamisen eli *demokratiaperiaatteen* perusteella voimassa olevaa perustuslakia ja sen nojalla voimaansaattettua muuta lainsäädäntöä sekä tätä heikommissa merkityksessä myös virallista lainvalmisteluaineistoa, (b) oikeussubjektien *tahdonautonomian* kunnioittamisen perusteella näiden tekemiä yksityisoikeudellisia sopimuksia sekä tavanomaisoikeudellisesti vakiintuneita yhteisöllisiä käytäntöjä ja (c) *oikeudellisen yhdenvertaisuuden* perusteella tuomioistuinten antamia prejudikaatteja ja muuta vakiintunutta oikeuskäytäntöä. Oikeusvaltioperiaatteen merkitys oikeudellisessa päätöksenteossa on johdet-

tavissa suomalaisen yhteiskunnan institutionaalisesta ja yhteisöllisestä arvope-
rustasta eli niistä sääntösidonnaisista yhteiskunnallisista käytännöistä, jotka
määrittävät oikeudellisesti merkityksellisten yhteiskunnallisten toimijoiden, ku-
ten lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien
sekä disponointikelpoisten yksittäisten oikeussubjektien, keskinäiset oikeudelli-
set toimivalta- ja vastuusuhteet.

Ontologia

Ontologia on teoreettisen filosofian osa-alue, joka tutkii todellisuuden tai olevan
perimmäistä olemusta eli sitä, mistä tai millaisista ainesosista maailma eli todel-
lisuus koostuu. Tässä tutkimuksessa on omaksuttu institutionaalinen käsitys oi-
keuden ontologiasta, jonka mukaan lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden ins-
titutionaalisten lainsoveltajien sääntösidonnaisilla, *institutionaalisilla puheteoilla*
on voimassa olevan oikeuden sääntöjä pätevällä tavalla muotoava eli konstituoi-
va vaikutus niiden luomisen, muuttamisen, oikeusvaikutusten toteuttamisen ja
kumoamisen merkityksessä. Moderni oikeus koostuu yhtäältä muodollisesti pä-
tevällä tavalla säädetyistä *oikeussäännöistä* ja toisaalta riittävää institutionaalista
tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivista *oikeusperiaatteista* ja vastaavista
muista oikeudellisista *ratkaisustandardeista*, jotka vallitseva tuomariniteologia
kykenee tunnistamaan voimassa olevan oikeuden osatekijöiksi. Puhtaasti subjek-
tisidonnaiset arvot ovat vain kantajalleen ominaisia yhteiskunnallisia preferens-
sejä, jotka rajautuvat (voimassa olevan) oikeuden käsitteen ulkopuolelle.

Perusnormi

Perusnormi on itävaltalaisen Hans Kelsenin (1881–1973) *Puhtaan oikeusopin*
mukaan kaiken oikeudellisen tiedon välttämätön ajatuksellinen edellytys eli
transsendentaalis-looginen ehto: jotta voimassa olevan oikeuden velvoittavuus
voitaisiin perustella ilman, että joudutaan turvautumaan uskonnollisiin, moraali-
filosofisiin, luonnonoikeudellisiin tai mihin tahansa muihin viime kädessä ei-
oikeudellisiin perusteisiin, on edellytettävä perusnormi (saks.: *Grundnorm*),
joka takaa voimassa olevan perustuslain ja sen nojalla säädettyjen alemman-
asteisten normien oikeudellisen velvoittavuuden sekä rajaa oikeuden erilleen
kaikesta, mikä ei ole oikeutta, esimerkiksi uskonnon tai yhteiskuntamoraalin
käyttäytymisnormien merkityksessä.

Perustelemisen teoria

Oikeudellisen perustelemisen teoria eli oikeudellinen *justifikaatioteoria* tarkoi-
taa yleistä teoriaa siitä, miten tuomarın tai muun institutionaalisen lainsoveltajan
tekemä oikeudellinen ratkaisu tahi lainopin tutkijan esittämä oikeudellinen tul-
kinta-, systematisointi- tai punnintakannanotto on osoitettavissa lainmukaiseksi
määrätyn oikeudellisen ratkaisuideologian perusteella. Jos on kyse analyttis-
deskriptiiviseen tutkijanideologiaan sitoutuneesta lainopista, institutionaalinen
tuomarireferenssi – eli vallitsevan tuomariniteologian käsittämät institutionaali-
sen oikeuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian sitoumukset – on
myös lainopin vakioitu tutkimuksellinen referenssi. Jos on kyse normatiivis-

kriittiseen tutkijanideologiaan sitoutuneesta vaihtoehtoisesta, kriittisestä tai avoimen poliittisesta lainopista, esitetyn oikeudellisen tulkinta-, systematisointi- tai punnintasuosituksen oikeuslähdeopilliset ja/tai argumentaatioteoreettiset premissit poikkeavat tietoisesti vallitsevan tuomarinideologian käsittämistä sitoumuksista.

Prejudikaatti-ideologia

Tuomarin prejudikaatti-ideologia on se osa tuomioistuinten ja muiden viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti sisäistämää tuomarinideologiaa tai oikeuden tunnistamissääntöä, jonka avulla nämä kykenevät erottamaan yksittäisen ennakkoratkaisun sisältämän varsinaisen *prejudikaattinormin* (lat.: *ratio decidendi*) eli myöhemmän lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa sitovan, velvoittavan tai ohjaavan osion sen ei-velvoittavasta perustelukontekstista (lat.: *obiter dicta*) sanotussa ratkaisussa. Erilaisia prejudikaatti-ideologioita ovat esimerkiksi:

- (a) prejudikaatin tulkintakielto, jolloin ennakkoratkaisun alun perin antanut tuomioistuin pidättää itsellään yksinoikeuden sen myöhemmän tulkintaan,
- (b) lainsäädäntöä jäljittelevä prejudikaatti-ideologia, jossa prejudikaattituomioistuin muotoilee itse arvovaltaisella tavalla ratkaisun myöhempää tuomaria velvoittavan prejudikaattinormin esimerkiksi jutun tiivistelmässä tai otsikossa,
- (c) historiallis-eksegeettinen prejudikaatti-ideologia, jossa päättelyn suunta kulkee ”takaperin” ennakkoratkaisun aineellisesta lopputuloksesta sen välttämättömiin tai riittäviin normi- ja faktapremisseihin,
- (d) oikeudellisen analogian ja distinktiotekniikan (engl.: *distinguishing*) osin ennakoimaton vuorottelu, missä ratkaisevaa on uuden tapauksen tosiseikaston suhteellinen samankaltaisuus tai erilaisuus verrattuna ennakkoratkaisuun,
- (e) prejudikaattien tulkinta parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian ja oikeudellisen eheyden (engl.: *law as integrity*) valossa, ja
- (f) prejudikaatin täydellisen vapaa tulkinta eli sen perinpohjainen uudelleen arviointi tulkinnan ennakoitavissa olevien yhteiskunnallisten vaikutusten valossa.

Punninta

Oikeudellinen *punninta* tarkoittaa yksittäisen Suomen oikeuden institutionaaliin ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneen eli eriasteista mutta oikeudellisesti riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivan oikeusperiaatteen tai muun vastaavan oikeudellisen ratkaisustandardin oikeudellisen *ratkaisuarvon* määrittämistä sekä suhteuttamista eli keskinäistä tasapainotamista muiden asiaanvaikuttavien oikeusperiaatteiden ja ratkaisustandardien ilmentämiin yhteiskunnallisiin arvo- ja/tai tavoiteperusteisiin (engl.: *weighing and balancing*). Lainopin tutkijan sisäistämä oikeudellinen tulkintamatriisi määrittää yhtenäisen *punnintakehyksen*, joka ohjaa oikeusperiaatteiden punnintamenet-

lyä joko puhtaasti tilannesidonnaisen ja systeemisesti ei-vakioidun punninnan keinoin, kuten esimerkiksi Jaakko Jonkan tavoin ymmärretyn aidosti tilannesidonnaisen syyttäjän syyteharkintaa jäsentävien oikeusperiaatteiden soveltamisen merkityksessä, tai vähintään heikosti systeemisesti jäsentyneen oikeusperiaatteiden punninnan keinoin, kuten esimerkiksi perusoikeuksia tukeville oikeusperiaatteille annetun suhteellisen systeemisen etusijan merkityksessä perusoikeuskeskeisen laintulkintaopin alaisuudessa tai yhteisölliselle kohtuusperiaatteelle annetun suhteellisen systeemisen etusijan merkityksessä Juha Pöyhösen oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön sopimusmallin alaisuudessa.

Punnintakehys

Punnintakehys on oikeusperiaatteiden ja muiden oikeussääntöjä heikommin formaalien oikeudellisten ratkaisustandardien punnintaa määrittävä osa lainopin tieteenteoreettisten eli oikeuslähteopillisten, semanttis-käsitteellisten, konstitutiivisten ja metodiopillisten sitoumusten kokonaisuutta eli oikeudellista *tulkintamatriisia*. Lainopillisen tulkintamatriisin vaikutus voidaan tiivistää tuomarille tai muulle institutionaaliselle lainsoveltajalle osoitetuksi toiminnalliseksi ohjeeksi: punnitse asiaanvaikuttavia oikeusperiaatteita ja muita ratkaisustandardeja esimerkiksi siten, että heikomman sopijapuolen erityisintressien suoja yhteiskunnassa mahdollisimman hyvin toteutuu (= *sosiaalinen siviilioikeus*), naisten tai jonkin muun yhteiskuntaryhmän erityisintressit tulevat mahdollisimman hyvin turvatuiksi (= *naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus*), taloudellinen kustannustehokkuus, transaktiokustannusten minimointi ja optimaalinen yhteiskunnallinen resurssiallokaatio mahdollisimman hyvin toteutuvat (= *oikeustalous-tieteellinen lainoppi*) tai vallitseva perusoikeusjärjestelmä toteutuu oikeusperiaatteiden painoarvopunninnassa (= *perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi*). Muodollisesti voimassa olevien oikeussääntöjen tulkintaa ohjaa vastaavasti yhteisestä tulkintamatriisista johdettu oikeudellinen *tulkintakehys*.

Rakenteistuminen

Oikeudellisen ratkaisuperusteen rakenteistuminen Suomen oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan* viittaa sen nauttimaan eriaisteiseen *institutionaaliseen tukeen* ja *yhteisölliseen hyväksyntään* erilaisten vakiintuneiden, sääntösidonnaisten ja oikeudellisesti merkityksellisten yhteiskunnallisten käytäntöjen osana, esimerkiksi lainsäädännön, tuomioistuinkäytännön, lainvalmisteluaineiston, vakiintuneiden sopimuskäytäntöjen sekä vallitsevan yhteiskuntamoraalin käytäntöjen merkityksessä. Rakenteistumisella viitataan etenkin oikeusperiaatteiden ja muiden varsinaisia oikeussääntöjä heikommin formaalien oikeudellisten ratkaisustandardien merkitykseen tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan ratkaisuharkinnassa. *Oikeussäännöt* ovat vahvasti rakenteistuneet Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan. *Oikeusperiaatteet* ja vastaavat muut oikeudelliset ratkaisustandardit nauttivat oikeussääntöjä heikompaa mutta yhtä kaikki riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää, jotta ne vaikuttavat ohjaavasti tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudelliseen ratkaisuharkintaan. Puhtaasti *subjektisidonnaiset arvot* ovat vain kantajalleen ominaisia yhteiskunnallisia preferens-

sejä, joilta oikeusperiaatteiden edellyttämä institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä puuttuu, eivätkä ne sen vuoksi kuulu voimassa olevan oikeuden alaan.

Käytännössä yhteiskunnallisten arvojen ja tavoitteiden rakenteistuminen ja formalisoituminen liittyvät usein yhteen. Oikeudellisten ratkaisuperusteiden rakenteistuminen Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvope-rustaan sekä formalisoituminen eli suhteellinen itsenäistyminen niiden taustalla vaikuttaviin tai vaikuttaneisiin yhteiskunnallisiin arvo- ja tavoiteperusteisiin nähden vaikuttaa sekä tuomarin oikeudelliseen ratkaisuharkintaan että lainopin tutkijan oikeudelliseen argumentaatioon siltä osin kuin lainopin tiedonintressinä on voimassa olevan oikeuden tietynhetkisen tulkinnallisen merkityssisällön selvittäminen institutionaalisen tuomarireferenssin avulla. Erilaisten oikeudellisten ratkaisuperusteiden lisääntyvä rakenteistuminen ja formalisoituminen merkitsee sitä, että tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellinen ratkaisuvälta muuttuu entistä sidotummaksi, ja samalla institutionaaliseen tuomarireferenssiin sitoutu-neen lainopin tutkijan tutkimuksellinen liikkumavara kaventuu. Toisaalta, kään-teinen eli oikeudellisten ratkaisuperusteiden *destrukturoidumis-* tai *deformali-soitumiskehitys* on yhtä lailla mahdollinen. Tällöin tuomarin oikeudellinen har-kintavälta muuttuu vähemmän sidotuksi ja institutionaaliseen tuomarireferens-siin sitoutuneen lainopin tutkijan tutkimuksellinen liikkumavara vastaavasti kas-vaa.

Ratio decidendi

Ratio decidendi eli prejudikaattinormi on se osa prejudikaattituomioistuimen antamaa ennakkoratkaisua, jolla on myöhemmän tuomarin tai muun institutio-naalisen lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa (eriasteisesti) sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus, erotettuna prejudikaattinormin ei-velvoittavasta perustelukontekstista (lat.: *obiter dicta*) sanotussa ratkaisussa.

Ratkaisuarvo

Oikeudellinen ratkaisuarvo on määrätyn, institutionaalisisista tai ei-institutionaali-sista oikeuslähteistä johdetun oikeudellisen tulkinta- tai ratkaisuperusteen tuo-marin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa eriasteisesti sitova, velvoittava tai ohjaava vaikutus.

Suvereniteettiperiaate

Demokratiaperiaatteelle vastakkainen ja eräänlaisen residuaali- eli jäänösperi-aatteen tavoin toimiva *suvereniteettiperiaate* oikeuslähdeopin institutionaalisena oikeuttamisperiaattena painottaa oikeudellisen ja hallinnollisen määräämisvallan itseisarvoisuutta, jota ei ole tarpeen (tai ainakaan mahdollista) palauttaa demo-kratiaperiaatteen ilmentämään parlamentaariseen tahdonmuodostukseen tai muulla tavoin ilmaistuun yhteisölliseen hyväksyntään. Suvereniteettiperiaate täydentää demokratiaperiaatetta etenkin Euroopan yhteisön oikeudessa, jonka lainsäädäntöä *demokratiavaje* yhä keskeisesti rasittaa, mutta sen ilmentymiä on myös muunlaisessa hallinnollisessa sääntelyssä, jota ei ole mahdollista palauttaa

sen kohderyhmänä olevien oikeussubjektien tosiasialliseen tai välilliseen eli edustukselliseen hyväksyntään.

Systematisointi

Oikeudellinen *systematisointi* tarkoittaa voimassa olevan oikeuden sääntöjen keskinäisten suhteiden määrittämistä oikeudellisten pääsääntö/poikkeus -luokitusten ja normikonfliktien ratkaisun merkityksessä. Varsinainen eli täysimääräisesti formaaleihin oikeussääntöihin sovellettavissa oleva oikeudellinen systematiikka koostuu yhtäältä formaaleista *konfliktinratkaisunormeista* sekä toisaalta *oikeudellisten (perus)käsitteiden, dogmien ja konstruktioiden* kokonaisuudesta, joiden avulla voimassa olevan oikeuden säännöt voidaan esittää ristiriidattomana ja keskenään yhteensovitettuna kokonaisuutena. Oikeudellisia konfliktinratkaisunormeja ovat muun muassa *lex superior derogat legi inferiori*, jonka mukaan normihierarkkisesti ylempi säädös syrjäyttää normihierarkkisesti alemman säädöksen, *lex posterior derogat legi priori*, jonka mukaan myöhempi säädös syrjäyttää aiemman säädöksen, ja *lex specialis derogat legi generali*, jonka mukaan erityislaki syrjäyttää yleislain.

Oikeudellinen peruskäsite on Juha Pöyhösen mukaan varsinainen oikeuskäsite, jolla ”pyritään tiivistetyssä muodossa antamaan tietoa voimassaolevan oikeuden sisällöstä”. Esimerkkejä (sopimus)oikeudellisista peruskäsitteistä ovat muun muassa tahdon, toiminnan, luottamuksen, oikeustoimen ja tahdonilmaisun käsitteet. Oikeudellisia *dogmeja* ovat Juha Pöyhösen mukaan esimerkiksi sopijapuolten alkuperäisen tahdon kunnioittaminen ja perustellun luottamuksen suoja tahdot- ja luottamusperustaisessa sopimusoikeudessa. *Konstruktio*t ovat keino ulottaa sopimusmalli tapauksiin, jotka lainopillinen dogmi jättää tulkinnallisesti avoimeksi tai joissa dogmin soveltaminen johtaisi jollain tavoin epätyytyttävään tilanteeseen tai tutkimukselliseen anomaliaan. Oikeudellisia konstruktioita ovat esimerkiksi hiljainen tahto sopimusoikeudessa tai murto-osainen yhteisomistus varallisuus oikeudessa. Oikeudellisten peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktioiden avulla on mahdollista määrittää oikeudenalakohdalliset pääsääntö/poikkeussääntö -luokitukset.

Oikeudellinen systematiikka on *staattinen*, jos oikeuslähteiden ja niistä johdettujen oikeudellisten ratkaisuperusteiden keskinäissuhteet ovat ennalta määritettävissä formaalien konfliktinratkaisunormien sekä, tätä yleisemmällä tasolla, oikeudellisten dogmien ja konstruktioiden avulla. Oikeudellinen systematiikka on *dynaaminen*, jos oikeuslähteiden ja niistä johdettujen oikeudellisten ratkaisuperusteiden keskinäiset suhteet eivät ole ennalta tai edes jälkikäteen määritettävissä yleistettävissä olevalla tavalla formaalien konfliktinratkaisunormien sekä oikeudellisten dogmien ja konstruktioiden avulla. Tarkkaan ottaen vain edellinen eli varsinainen tai staattinen systematiikka täyttää oikeudelliselle systematisoinnille asetetut ehdot. Dynaaminen systematiikka viittaa oikeusnormien heikosti systeemiseen jäsenyykseen, missä yksittäisen ratkaisuperusteen oikeudellinen ratkaisuarvo on vain tilannekohtaisesti määritettävissä. Lainsäädäntöön perustuvat oikeussäännöt noudattavat staattista oikeudellista systematiikkaa, kun taas oikeusperiaatteet ja prejudikaattiperustainen oikeus noudattavat dynaamista oikeudellista systematiikkaa.

Oikeusperiaatteiden ja muiden sääntöjä heikommin formaalien ratkaisustan-

dardien osalta Pöyhösen oikeussääntöihin soveltuva oikeudelliset peruskäsitteet + dogmit + konstruktio -malli, jota formaalit konfliktiratkaisunormit vielä täydentävät, tulee korvata mallilla, jonka osatekijöinä ovat: (a) *sisällölliset punnintanormit*, jotka vastaavat oikeusperiaatesidonnaisessa ajattelussa sääntösidonnaisen ajattelun formaaleja konfliktinratkaisunormeja, (b) oikeudellisesti merkitykselliset *yhteiskunnalliset arvot ja/tai tavoitteet*, jotka ovat *rakenteistuneet* Suomen oikeuteen eli nauttivat riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää Suomen oikeudessa, vastaten sääntösidonnaisen ajattelun oikeudellisia (perus)käsitteitä, (c) *yhteiskunnallinen ja oikeudellinen arvoteoria*, joka määrittää oikeusperiaatteiden tilannesidonnaista punnintamenettelyä, vastaten sääntösidonnaisen ajattelun oikeudellisia dogmeja ja konstruktioita.

Prejudikaattiperustaisen oikeuden osalta oikeudellisen systeeminrakennuksen osaelementit ovat: (a) *prejudikaattioikeudelliset konfliktinratkaisunormit*, jotka ovat sääntösidonnaisen oikeuden sisäistä eheyttä tuottavia systematisointinormeja heikommin jäsentyneet, (b) formaali *ratio decidendi/obiter dicta* -erottelu, jonka avulla varsinainen prejudikaattinormi on erotettavissa sen ei-velvoittavasta perustelukontekstista, (c) *prejudikaatti-ideologian* systeemistä eheyttä ylläpitävät *määreet*, kuten esimerkiksi Dworkinin ajatus parhaasta mahdollisesta oikeudellisesta kokonaisteoriasta ja oikeudellisesta eheydestä oikeuden systeemisestä kehyksenä (engl.: *law as integrity*), heikommin systeeminen idea ennakkoratkaisun normatiivisiin ja/tai faktapremisseihin takautuvasta päättelystä oikeudellisen eksegeesin merkityksessä (engl.: *judicial exegesis*), idea prejudikaateista yksittäistapauksellisina malliratkaisuina *oikeudellisen analogian* ja *distinktiotekniikan* vuorottelun merkityksessä (engl.: *distinguishing*) tai lainsäädäntöön rinnastuva prejudikaatti-ideologia, jonka systeemiset kvaliteetit ovat varsin vähäiset.

Staattinen oikeudellinen systematiikka määrittää sen, mikä on tiettyssä oikeudellisessa tulkintatilanteessa pääsääntö ja mikä pääsääntöä suppeammin tulkittava poikkeussääntö. Sovelletuna vähintään heikosti systeemiin oikeusperiaatteisiin, kuten perusoikeuksia tukeviin oikeusperiaatteisiin tai Juha Pöyhösen tarkoittamalla tavalla jäsenneettyyn sopimusoikeuden punnintamalliin, missä kohtuusperiaate saa heikon systeemisen etusijan suhteessa tahtoperiaatteeseen ja luottamuksensuojaan, dynaaminen oikeudellinen systematiikka määrittää sen, mikä on oikeudenalan johtava periaate ja mikä ainakin tavallisesti väistyvä periaate. Ilman senkaltaista vähintään heikosti systeemistä jäsennystä oikeusperiaatteiden keskinäiset normikollisiot ovat ratkaistavissa vain puhtaasti tilannekohtaisen oikeudellisen harkinnan eli punninnan ja tasapainottamisen (engl.: *weighing and balancing*) avulla. Prejudikaattiperustaisessa oikeudessa dynaaminen oikeudellinen systematiikka viittaa puolestaan siihen, miten kahden eri prejudikaattinormin keskinäiset suhteet ovat määritettävissä.

Tutkijan omaksuma oikeudellinen *tulkintamatriisi* vaikuttaa toteutettavissa olevaan oikeudelliseen systematiikkaan. Sääntösidonnaiset oikeudelliset tulkintamatriisit, kuten käsitelainoppi ja analyttinen oikeustiede, perustuvat oikeussääntöjen staattiseen ja ennalta määritettävissä ja lukittavissa olevaan systematiikkaan, kun taas periaatesidonnaiset tulkintamatriisit, kuten perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi ja oikeusperiaatteiden punnintamalli, mahdollistavat dynaamisen ja enintään heikosti systeemisen oikeuden jäsennyksen. Prejudikaattiperustaisen oikeuden systematiikka on sidoksissa omaksuttuun *prejudikaatti-ideologiaan* ennakkoratkaisun varsinaisen prejudikaattinormin (lat.: *ratio decidendi*)

ja sen perustelukontekstin (lat.: *obiter dicta*) keskinäiserottelun systeemisten määreiden tulkintakehityksenä.

Oikeudellinen *systematisointi* tarkoittaa siis (a) voimassa olevan oikeuden sääntöjen, (b) vähintään heikosti systeemisesti jäsentyneiden oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien, (c) systeemistä jäsennyistä vailla olevien oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien sekä (d) prejudikaattinormien keskinäisten suhteiden määrittämistä vakioitun oikeudellisen kiintopisteen avulla, jolloin on ratkaistavissa se, mikä on määrättyssä oikeudellisessa tulkintatilanteessa noudatettava pääsääntö ja mikä siihen tehty poikkeus (= kohta a), mikä on oikeudenalan johtava periaate ja mikä tavallisesti väistytvä periaate (= kohdat b ja c, oikeusperiaatteiden eriaasteisen systemisen jäsennyksen mukaisesti) sekä mikä on prejudikaattiperustaisen oikeuden systeemisesti vallitseva prejudikaattinormi ja mitkä siihen nähden väistyviä prejudikaattinormeja (= kohta d, prejudikaattiperustaisen oikeuden eriaasteisen systemisen jäsennyksen mukaisesti).

Tekninen normi

Tekninen normi on toimintaohje, joka ei perusta kohteelleen toimintavelvollisuutta vaan ainoastaan määrittää, miten pitää menetellä, jos tahtoo saada määrätyn seurauksen aikaan, esimerkiksi tietynlaisen oikeusvaikutuksen toteuttamiseen merkityksessä. Esimerkiksi: jos tahdot laatia oikeudellisesti pätevän testamentin, niin sinun tulee tehdä se voimassa olevan oikeuden edellyttämällä tavalla eli hankkia paikalle kaksi esteetöntä todistajaa, varmistua siitä, että he tietävät, että on kyse testamentista, pyytää heidän allekirjoituksensa testamentiasiakirjaan, ja niin edelleen. Ainoa ”sanktio”, joka senkaltaisen teknisen normin noudattamatta jättämiseen on liitetty, on oikeustoimen pätemättömyys eli tarkoitettun oikeusvaikutuksen raukeaminen.

Tiedonintressi

Oikeustieteen tiedonintressi viittaa siihen, mitä tai millaista tietoa oikeustieteellisen tutkimuksen avulla tavoitellaan. Oikeustieteen tiedonintressinä voi olla:

- (a) muodollisin perustein voimassa olevien *oikeussääntöjen* sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien *oikeusperiaatteiden* ja vastaavien muiden oikeudellisten ratkaisustandardien tietynhetkisen *tulkinnallisen merkityssisällön* määrittäminen (= oikeustiede humanistisena *tulkintatieteenä* eli oikeuden *tulkintatieteellinen* analyysi, mukaan lukien lainoppi),
- (b) oikeutta määrittävien tai oikeudellisesti merkityksellisten *mentaalis-tajunnallisten rakenteiden ja prosessien* sekä yksilöllisen tai kollektiivisen *alitajunnan lainalaisuuksien* heuristinen ja/tai käyttäytymistieteellinen analyysi (= oikeustiede *ihmistieteenä* eli oikeuden *ihmistieteellinen* analyysi),
- (c) oikeudellisesti merkityksellisten yhteisöllis-kulttuuristen *merkitysten ja merkitysrakenteiden tulkinta ja analyysi* joko synkronisessa eli ajallisesti vakioitussa tai diakronisessa eli ajallisesti muuntuvassa katsannossa (= oikeustiede *kulttuuritieteenä* eli oikeuden *kulttuuritieteellinen* analyysi),

- (d) oikeuden *yhteiskunnallisten vaikutusten ja vaikutussuhteiden analyysi* joko synkronisessa eli ajallisesti vakioidussa tai diakronisessa eli ajallisesti muuntuvassa katsannossa (= oikeustiede *yhteiskuntatieteenä* eli oikeuden *yhteiskuntatieteellinen* analyysi), tai
- (e) oikeuden *määritelmällisten* tai muutoin filosofisessa katsannossa merkityksellisten *ominaisuuksien*, kuten oikeuden idean tai käsitteen, oikeuden ja yhteisöllisen tai uskonnollisen oikeudenmukaisuuden keskinäissuhteen tai oikeustieteen tieteenteoreettisten lainalaisuuksien, filosofinen *reflektio* ja/tai *analyysi* (= oikeustiede *oikeusfilosofiana* tai *oikeusteoriana* eli oikeuden *filosofinen* analyysi).

Oikeustiede on jakautunut tutkimuskohteen määrittelyn, tutkimuksellisen tiedonintressin ja tutkimusmetodin mukaisesti oikeuden *tulkintatieteelliseen*, *ihmistieteelliseen*, *kulttuuritieteelliseen*, *yhteiskuntatieteelliseen* ja *filosofiseen* analyysiin.

Tieteellinen metodi

Tieteellinen metodi voidaan määritellä käänteisesti eli rajaamalla sen ulkopuolelle tapaukset, jotka eivät täytä tieteellisen metodin vähimmäisvaatimuksia. Charles S. Peirce rajasi tieteellisen metodin ulkopuolelle ensinnäkin *itsepäisyyden menetelmän* (engl.: *method of tenacity*), jonka mukaan tutkijan tulee pitäytyä alkuperäisissä uskomuksissaan ja sulkea silmänsä kaikelta niiltä horjuttavalta todistusaineistolta, toisaalta *auktoriteettiin perustuvan menetelmän* (engl.: *method of authority*), koska ei ole mitään takeita uskonnollisen tai minkään muunkaan auktoriteetin erehtymättömyydestä, sekä *a priori -menetelmän* (engl.: *a priori method*), joka perustuu ihmisen oletettuun kykyyn saavuttaa ehdottoman varmaa tietoa oman järkensä avulla, sillä monet aikanaan itsestään selvinä pidetyt totuudet ovat myöhemmin osoittautuneet virheellisiksi. Tieteelliseen menetelmään liittyy Peircen mukaan välttämättä *julkisen perusteltavuuden* ja *itsensäkorjaavuuden* elementti. Tieteellinen metodi on myös saatettu määritellä yleisesti viittaamalla ”mihin tahansa systemaattiseen ja yleistettävissä olevaan tapaan tehdä menestyksellisesti tiedettä.”

Tieteellinen metodi on niiden päättelysääntöjen kokonaisuus, joiden avulla on mahdollista toteuttaa ajallisesti kertautuva ja tutkimuksellista varianssia tuottava siirtymä tutkijan ainutkertaisesta ja yksilöllisestä *oivaltamisen logiikasta* (engl.: *logic of discovery*) tiedeyhteisösidonnaiseen, yleistettävissä ja toistettavissa olevaan *perustelemisen logiikkaan* (engl.: *logic of justification*), ja kääntäen. Keskeistä on ajatuksellinen vuorottelu yhtäältä idiosynkraattisen, ainutkertaisen ja puhtaasti tutkijakohtaisen *oivaltamisen logiikan* sekä toisaalta yleistettävissä ja toistettavissa olevan, tiedeyhteisösidonnaisen *perustelemisen logiikan* välillä. Oivaltamisen ja perustelemisen logiikan (engl.: *logic of discovery & justification*) sijaan voi puhua myös oivaltamisen ja keksimisen asiayhteydestä tai kontekstista (engl.: *context of discovery & justification*).

Tieteellinen metodi mahdollistaa sekä tutkimuksellisen *generoitavuuden* eli uuden tiedon tuottamisen että tutkimuksellisen *perusteltavuuden*. Metodin on tuotettava uutta tietoa tukemalla tutkijan luovaa, intuitiivista ja sen vuoksi tiettyissä rajoissa täydellisen ennustamatonta tai jopa irrationaalista oivaltamisen logiikkaa. Samalla saavutettujen tutkimustulosten on saatava tiedeyhteisön hy-

väksyntä perustelemisen logiikan oikeuttamis- eli justifikaatiosääntöjen alaisuudessa, jotta ylipäätään olisi kyse tieteellisestä saavutuksesta. Oivaltamisen logiikan uutta luovan elementin on toisin sanoen oltava käännettävissä ajatuksellisen toistettavuuden ja kontrolloitavuuden tiedeyhteisösidonnaiselle kielelle, ja perustelemisen logiikan yhteisöllisen elementin on vastaavasti oltava muunnettavissa uusia ideoita ja oivalluksia generoivaksi tutkijan ajattelun apuvälineeksi. Eri tieteenaloilla oivaltamisen logiikan ja perustelemisen logiikan keskinäissuhde voi vaihdella. Etenkin vahvasti traditiosidonnaisessa lainopissa perustelemisen logiikan painoarvo on oivaltamisen logiikkaa suurempi, minkä vuoksi myös lainopin metodin määritelmä painottuu vastaavasti.

Tieteellinen realismi

Tieteellinen realismi on ryväs-käsite, joka voi Ilkka Niiniluodon ja Sami Pihlströmin mukaan viitata (ainakin) seuraavanlaisiin filosofisiin sitoumuksiin.

- (a) *ontologinen* realismi: todellisuus on ainakin osaksi ihmismielestä riippumaton,
- (b) *semanttinen* realismi: totuus on semanttinen suhde kielen ja todellisuuden välillä Tarskin totuuden korrespondenssiteorian tarkoittamalla tavalla,
- (c) *tieteelliseen käsitteen- ja teorianmuodostukseen* liittyvä realismi: toden ja epätoden määreet soveltuvat tieteellisen tutkimuksen kielen avulla ilmaisuihin tuotoksiin, kuten havaintokuvauksiin, lakeihin ja tieteellisiin teorioihin,
- (d) *epistemologinen* realismi: todellisuudesta on mahdollista saada (objekttiivista) tietoa,
- (e) *aksiologinen* realismi: totuus tai totuudenkaltaisuus (engl.: *truthlikeness*) on yksi tieteellisen tutkimuksen keskeisistä päämääristä,
- (f) *metodologinen* realismi: on olemassa parhaat keinot tieteellisen tiedon saavuttamiseksi, ja
- (g) *eettinen* realismi: moraaliset arvot ovat olemassa todellisuudessa.

Tieteellisen realismin eri ilmenemismuodot menevät osin päällekkäin ja loittain. Muut tieteellisen realismin muunnelmat edellyttävät vähintäänkin sitoutumista ontologiseen realismiin. Tässä tutkimuksessa on sitouduttu epistemologiseen ja ontologiseen realismiin, jota oikeuden määritelmällinen sidonnaisuus oikeudellisesti toimivaltaisten institutionaalisten toimijoiden, kuten lainsäätäjän ja tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisien, tekemiin päätöksiin modifioi.

Tieteellisen metodin vähimmäiskriteerit

Tieteellisen metodin vähimmäiskriteerit käsittävät yhtäältä *tutkimuksellista generoitavuutta* eli tutkimuksellisen tiedonlisän eli kontribuution tuottamista ja tutkijan ainutkertaista *oivaltamisen logiikkaa* määrittävät kriteerit:

- (a) *trivialiteetikielto*: tutkimuksellisen merkityksellisyyden vaatimus, ja
- (b) *identtisyyskielto* eli *identtisen toiston kielto*: tutkimuksellisen omaehtoisuuden vaatimus.

Toisaalta tieteellisen metodin vähimmäiskriteerit käsittävät *tutkimuksellista kontrolloitavuutta* eli tiedeyhteisösidonnaista *perustelemisen logiikkaa* määrittävät kriteerit:

- (a) *idiosynkraattisen yksityismetodin kielto*: yhteisöllisen hyväksynnän vaatimus,
- (b) *mielivaltaisen tai sattumanvaraisen oraakkelimetodin kielto*: rationaalisen perusteltavuuden vaatimus,
- (c) *metodisen epäjatkuvuuden kielto*: ajallisen jatkuvuuden ja tutkimuksellisen ennakoitavuuden vaatimus,
- (d) *metodisen anarkismin kielto*: riittävän täsmentyneisyyden vaatimus,
- (e) *metodisen nihilismin kielto*: metodin eksistenssin vaatimus,
- (f) *metodisen totaali-reduktion eli immanentin, täydellisen reduktiivisen ja käsitteellistä identiteettiä vailla olevan metodin kielto*: metodin käsitteellisen identiteetin vaatimus, ja
- (g) *äärimmäisen kompleksisen tutkimusmetodin kielto*: tutkimuksellisen määritettävyyden tai ”haltuunotettavuuden” vaatimus.

Tutkimuksellista *generoitavuutta* eli tutkimuksellisen tiedonlisän tuottamista määrittävät siis (a) tutkimuksellinen *trivialiteetतिकielto*, joka kieltää tutkijaa esittämästä täydellisen merkityksettömiä tai itsestäänselviä tutkimustuloksia tieteellisenä kontribuutiona, ja (b) *identtisyyskielto* eli *identtisen toiston kielto*, joka kieltää täydellisen epäitsenäisen tutkimuksellisen jäljittelyn. Esimerkiksi täydellisen *irrationalista* oivaltamisen metodia tutkimuksellisen generoitavuuden vaatimus ei sinänsä kiellä, kunhan siten saavutetut tutkimustulokset vain ovat käännettävissä tiedeyhteisösidonnaisen perusteltavuuden ja toistettavuuden kielelle.

Tutkimuksellista *kontrolloitavuutta* määrittävät (a) *yksityismetodin kielto*, joka kieltää puhtaasti idiosynkraattisen yksityismetodin oikeutuksen ja edellyttää sovellettavan tutkimusmetodin yhteisöllistä hyväksyntää ja sen suhteuttamista sekä tieteenalakohtaiseen traditioon että yleisiin tieteenteoreettisiin kriteereihin, (b) *radikaalin epäjatkuvuuden kielto*, joka kieltää tutkimusmetodin täydellisen ennakoimattomuuden eli ”kertakäyttömetodin” oikeutuksen, (c) *mielivaltaisen tai sattumanvaraisen oraakkelimetodin kielto*, joka kieltää rationaalisen perusteltavuuden ulottumattomissa olevat tutkimusmenetelmät, (d) *metodisen anarkismin kielto*, joka kieltää täydellisen täsmentämättömän tai epämääräisen tutkimusmetodin tieteenteoreettisen oikeutuksen, (e) *metodisen nihilismin kielto*, joka kieltää katsantokannan, jonka mukaan tieteellistä tutkimusta voisi tehdä ilman minkäänlaista metodia, (f) *äärimmäisen kompleksisen metodin kielto*, joka kieltää ei-määritettävissä olevan tutkimusmetodin oikeutuksen, sekä (g) *metodin totaali-reduktion kielto*, joka kieltää metodin täydellisen redusoitavuuden sen kohdereferenssiin eli varsinaiseen tutkimuskohteeseen.

Tutkimus, joka ei täytä tieteellisen metodin vähimmäisvaatimuksia, ei täytä myöskään *tieteellisen* tutkimuksen kriteereitä puutteellisen tutkimuksellisen generoitavuuden eli tutkimuksellisen tiedonlisän tuottamisen tai puutteellisen tutkimuksellisen perusteltavuuden eli kontrolloitavuuden vuoksi.

Tieteenkuva

Tieteenkuva on tieteellistä tutkimusta määrittävien *ontologisten*, *epistemologisten*, *metodologisten* ja *loogis-lingvististen* sitoumusten kokonaisuus. Lainopissa käytän myös termiä *tulkintamatriisi*, viitaten lainopin *konstitutiivisten*, *oikeuslähdeopillisten*, *argumentaatioteoreettisten* ja *semanttis-käsitteellisten* sitoumusten kokonaisuuteen.

Tieteenkuvan määreet: käsiteparit ontminen/ontologinen, episteeminen/epistemologinen, metodinen/metodologinen ja semanttis-käsitteellinen/loogis-lingvistinen

Oikeustieteen tieteenkuvan käsittämät tieteenteorian (tai tieteenfilosofian) tutkimusalat sekä tieteenkuvan eri osatekijöitä luonnehtivat määreet tai ominaisuudet tulee erottaa toisistaan.

Ontologinen viittaa olevan eli todellisuuden eli maailman perimmäiseen rakenteeseen eli siihen, mitä tai miten jotain on (olemassa) siinä merkityksessä kuin sanottua kysymystä on pohdittu filosofisen ontologian kirjoituksissa osana yleistä metafysiikkaa. Oikeuden ontologia on analyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin alaisuudessa instituutiosidonnainen eli määritelmällisesti sidoksissa lainsäätäjän ja tuomioistuinten määrämuotoisiin, oikeutta konstituoi viin puhetekoihin. *Ontminen*,⁷ *onttis-konstitutiivinen* tai *konstitutiivinen* viittaa olevaan, todellisuuteen tai maailmaan liitettyihin määreisiin tai ominaisuuksiin. Oikeuden onttis-konstitutiiviset määreet viittaavat lainsäätäjän ja tuomioistuinten institutionaalisten puhetekojen avulla voimaansaatettujen sekä myös muutettavissa, täytäntöön pantavissa ja kumottavissa olevien oikeussääntöjen sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien kokonaisuuteen.

Epistemologinen tarkoittaa filosofisen tietoteorian systemaattisten kriteerien mukaan jäsenettyä tietoa maailmasta, kun taas *episteeminen* viittaa yleisemmin kognitiiviseen, tiedolliseen tai inhimillistä tietoa ja sen lähteitä tai arviointikriteerejä koskevaan seikkaan. Oikeuden epistemologia viittaa vallitsevaan (tai kriittiseen) oikeuslähdeoppiin institutionaalisia ja ei-institutionaalisia oikeuslähteitä koskevan systemaattisen tiedon merkityksessä, kun taas oikeuden episteemiset määreet viittaavat yleisemmin oikeuden tunnistamiseen vallitsevan oikeuden tunnistamissäännön avulla sekä oikeuden eriyttämiseen kaikesta mikä ei ole oikeutta.

Metodologinen viittaa tieteellisesti perusteltuun, systemaattiseen metodioppiin, kun taas *metodinen* tarkoittaa yleisesti tutkimuksellista metodologia, menetelmää tai menettelytapaa koskevaa, ilman tieteellisen metodologian edellyttämää eksaktia käsitteellistä ja tieteenteoreettista kehystä. Lainopin metodologia on sovellettavien oikeudellisten tulkinta-, systematisointi- ja punnintasääntöjen ja

⁷ Martin Heideggerin *Sein und Zeit* eli *Oleminen ja aika* -teoksen kääntäjä Reijo Kupiainen käyttää systemaattisesti muotoa ”ontinen” (saks.: *ontisch*). Vrt. Heidegger, *Oleminen ja aika*, ”Sanasto”, s. dxx. Äänteellisesti kahdella t:llä kirjoitettu *ontminen* vaikuttaa kuitenkin suomen kielessä idiomaattisemmalta.

-periaatteiden tieteenteoreettisesti yhtenäistetty kokonaisuus, kun taas lainopin metodiset määreet liittyvät tapaan, jolla oikeudellinen tulkinta, systematisointi tai punninta on yksittäistapauksellisesti toteutettavissa.

Lingvistinen tai *loogis-lingvistinen* viittaa oikeuden loogis-syntaktisiin ja semanttisiin määreisiin siinä muodossa kuin filosofinen logiikka ja yleinen lingvistiikka niitä tarkastelevat oikeuden ”loogisen kieliopin” ja kielen semanttisen referentiaalisuuden eli kielen ulkoiseen todellisuuteen viittaavuuden sekä semanttisen avoimuuden merkityksessä. *Käsitteellinen* tai *semanttis-käsitteellinen* viittaa oikeuden ja yhteisössä käytetyn kielen määreisiin, esimerkiksi suhteessa yhtäältä luonnollisen kielen ja juridisen erityiskielen ominaisuuksiin sekä yksittäisen oikeussäännön tulkinnallisiin vaihtoehtoihin eli ”mahdollisten maailmojen semantiikkaan”.

Tieteenteoreettinen positivismi

Tieteenteoreettinen positivismi, erotettuna oikeuspositivismista, viittaa käsitykseen, jonka mukaan tieteellinen tieto voi perustua vain empiirisiin havaintoihin sekä luonnontieteiden soveltamiin mekanistis-kausaalisiin selitysmalleihin, eikä erilaisilla metafysisillä spekulaatioilla, intuitiivisilla uskomuksilla tai tutkijan omakohtaisilla arvoarvostelmilla tai yhteiskuntaideologisilla preferensseillä voi olla tieteessä sijaa. Filosofi G.H. von Wright on määritellyt positivistisen tieteen-käsityksen kolme keskeisen piirteen avulla: ensinnäkin usko *metodologiseen monismiin*, toiseksi käsitys, jonka mukaan eksaktien luonnontieteiden ja etenkin *matemaattisen fysiikan metodi* tarjoaa metodologisen ideaalin tai standardin, johon muiden tieteenalojen metodioppi tulee suhteuttaa, sekä kolmanneksi ajatus *kausaalisen selitysmallin* käyttämisestä tieteessä erilaisten teleologis-intentionaalisten selitysten sijaan.

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

Tieteenteoria eli tieteenfilosofia

Oikeustieteen tieteenteoria eli tieteenfilosofia on yleisen tieteenteorian eli tieteenfilosofian osalohko, jonka tutkimuskohteena on oikeustieteen tieteenteoreettiset eli *ontologiset*, *epistemologiset*, *metodologiset* ja *loogis-lingvistiset* sitou-

mukset. Tutkijan *aksiologiset* eli arvoteoreettiset ja *poliittiset* eli yhteiskuntaideologiset sitoumukset on tässä tutkimuksessa katsottu sanottujen tieteenteoreettisten määreiden valintaprosessiin kuuluviksi. Jos lisäksi erottelu tieteenteorian ja tieteenfilosofian kesken tehdään, se on palautettavissa tutkijan sisäistämään filosofiakäsitykseen joko analytyttisen tai kontinentaalisen filosofian merkityksessä.

Totuudenkaltaisuus

Totuudenkaltaisuus (engl.: *truthlikeness*; lat.: *verisimilitude*) on epistemologian eli filosofisen tietoteorian katsomus, jonka mukaan todellisuutta koskevat väitteet voivat parhaimmillaankin vain lähestyä likiarvoisesti totuutta, sitä välttämättä milloinkaan saavuttamatta. Perusteluna on viittaus aiempiin tieteellisiin teorioihin ja käsityksiin todellisuudesta, jotka ovat tavallisesti ajan myötä osoittautuneet vain enemmän tai vähemmän paikkansa pitäviksi kuvauksiksi maailmasta tai todellisuudesta. Myöskään intuitiivis-aprioriset väitteet todellisuudesta eivät välttämättä ole osoittautuneet tosiksi.

Tulkinta

Oikeudellinen tulkinta tarkoittaa tulkinnallisen *merkityksen antamista* yhtäältä institutionaalisista oikeuslähteistä, kuten lainsäädännöstä, prejudikaateista ja virallisesta lainvalmisteluaineistosta, ja toisaalta ei-institutionaalisista oikeuslähteistä, kuten reaalista argumenteista tai yleiseurooppalaisen oikeuskäytännön ulkopuolella toteutetusta oikeusvertailusta, johdetuille oikeudellisille tulkinta- ja ratkaisuperusteille. Oikeudelliset tulkintateoriat ovat eriyttävissä oikeuslähteittäin. Lainsäädännön, prejudikaattien ja muun oikeuskäytännön, sopimusperustaisen oikeuden, tavanomaisen oikeuden ja reaalisten argumenttien tulkinnassa noudatetaan osin toisistaan poikkeavia oikeudellisia tulkintamalleja.

Lainsäädännön tulkinnassa seuraavat tulkintaperusteet ovat tai ainakin saattavat olla keskeisiä, ja omaksuttu *tulkintakehys* määrittää niiden keskinäisiä suhteita:

- (a) lainsäädännön kielellinen ilmiasu,
- (b) oikeudenalakohtainen systematiikka,
- (c) lainsäädännön historiallinen tarkoitus,
- (d) oikeuskäytännössä vakiintunut tulkinta,
- (e) lainsäädännön tulkinta parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian ja oikeudellisen eheyden (engl.: *law as integrity*) valossa, ja
- (f) tulkinnan ennakoitavissa olevat yhteiskunnalliset vaikutukset.

Prejudikaattien tulkinnassa on käytettävissä seuraavat tulkintaperusteet, joiden keskinäistä suhdetta (tuomarin tai) tutkijan omaksuma *prejudikaatti-ideologia* määrittää:

- (a) prejudikaatin tulkintakielto, jolloin ennakkoratkaisun alun perin antanut tuomioistuin pidättää itsellään yksinoikeuden sen myöhempään tulkintaan,

- (b) lainsäädäntöä jäljittelevä prejudikaatti-ideologia, jossa prejudikaattituumioistuin muotoilee itse arvovaltaisella tavalla ratkaisun myöhempää tuomaria velvoittavan prejudikaattinormin esimerkiksi jutun tiivistelmässä tai otsikossa,
- (c) historiallis-eksegeettinen prejudikaatti-ideologia, jossa päättelyn suunta kulkee ”takaperin” ennakkoratkaisun aineellisesta lopputuloksesta sen välttämättömiin tai riittäviin normi- ja faktapremisseihin,
- (d) oikeudellisen analogian ja distinktiotekniikan (engl.: *distinguishing*) osin ennakoimaton vuorottelu, missä ratkaisevaa on uuden tapauksen tosiseikaston suhteellinen samanlaisuus tai erilaisuus verrattuna ennakkoratkaisuun,
- (e) prejudikaattien tulkinta parhaan mahdollisen oikeudellisen kokonaisteorian ja oikeudellisen eheyden (engl.: *law as integrity*) valossa, ja
- (f) prejudikaatin täydellisen vapaa tulkinta eli sen perinpohjainen uudelleen arviointi tulkinnan ennakoitavissa olevien yhteiskunnallisten vaikutusten valossa.

Sopimusperustaisen oikeuden tulkinta noudattaa omaksutun *sopimusmallin* mukaista sopimuskonstituutiota ja tulkintaopillista jäsenystä seuraavaan tapaan:

- (a) sopijapuolten alkuperäisen tahdon kunnioittaminen (= sopimusoikeuden tahtomalli),
- (b) vaihdannan intressin ja sopijapuolten perustellun luottamuksen eli vilpittömän mielen suojaaminen (= sopimusoikeuden luottamusmalli),
- (c) sopimussuoritusten keskinäisen vastaavuuden eli aristotelisen sopimustasapainon sekä tilannekohtaisen sisällöllisen kohtuullisuuden arvioiminen (= oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön malli), tai
- (d) heikomman sopijapuolen erityisintressien suojaaminen (= sosiaalinen sopimusoikeus).

Lisäksi sopimuksen tulkinnassa voidaan rajoitetusti hyödyntää tulkintaperusteita, jotka liittyvät Euroopan yhteisöoikeuden yhtenäistulkinnan toteuttamiseen, kansalaisten perusoikeuksien suojaamiseen tai esimerkiksi yhteiskunnallisen tasa-arvon toteuttamiseen.

Tavanomaisen oikeuden tulkinnassa on keskeistä alalla vakiintuneesti noudatettu yhteisöllinen käytäntö. Reaalisten argumenttien tulkinnassa noudatetaan yhteiskunnallista tavoiterationaalisuutta, missä keskeistä on tulkinnan ennakoitavissa olevat yhteiskunnalliset vaikutukset.

Eri tulkintaperusteet eivät ole yksittäisen tutkijan vapaasti valittavissa ja mielivaltaisesti tai sattumanvaraisesti yhdisteltävissä, mikäli tavoitteena on esittää yhtenäinen ja johdonmukainen perustelu oikeuden tulkinnalle, sillä eri tulkintaperusteet rakentuvat varsin erilaisten teoreettisten sitoumusten varaan. Se, miten tuomari tai tutkija suhteuttaa eri oikeuslähteet ja niiden käytössä hyödynnettävät tulkintaperusteet keskenään, on tavallisimmin seurausta hänen omaksumastaan lainopillisesta tulkintakehyksestä. Määrätystä oikeudellisesta tulkintamatriisista johdettu yhtenäinen oikeudellinen *tulkintakehys* jäsentää ja rajaa oikeussääntöjen tulkintaa. Tulkintakehys on se osa oikeudellista *tulkintamatriisia*, joka mää-

rittää oikeudellisen tulkinnan rajat sekä tulkinnan avulla tavoiteltavat oikeudelliset ja/tai yhteiskunnalliset päämäärät. Prejudikaattiperustaisessa oikeudessa tuomarin tai tutkijan sisäistämä *prejudikaatti-ideologia* vastaa yleistä oikeudellista tulkintakehystä. Sopimuserustaisen oikeuden tulkinnassa sovellettava *sopimusmalli* toteuttaa vastaavaa tulkintaa rajaavaa ja määrittelevää tehtävää. Oikeudellinen *punnintakehys* jäsentää ja rajaa institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien punnintaa ja tasapainottamista suhteessa muihin asiaanvaikuttaviin oikeusperiaatteisiin (engl.: *weighing and balancing*) valitun oikeudellisen tulkintamatriisiin alaisuudessa.

Tulkintakannanotto

Analyttis-deskriptiivistä tutkijanideologiaa toteuttava eli lainopin vallitsevan doktriinin tuottama oikeudellinen tulkintalause, jonka kohdereferenssinä on voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen sisältö toteutuneiden ja todennäköisesti toteutettavissa olevien oikeuksien ja velvollisuuksien merkityksessä.

Tulkintakehys

Tulkintakehys on oikeudellista tulkintaa määrittävä osa lainopin tieteenteoreettisten eli oikeuslähteopillisten, semanttis-käsitteellisten, konstitutiivisten ja metodiopillisten sitoumusten kokonaisuutta eli oikeudellista *tulkintamatriisia*. Lainopillisen tulkintamatriisin vaikutus voidaan tiivistää tuomarille tai muulle institutionaaliselle lainsoveltajalle osoitetuksi toiminnalliseksi ohjeeksi: tulkitse (ja systematisoi) voimassa olevan oikeuden sääntöjä esimerkiksi siten, että vallitseva lainsäädäntö- ja tuomarinideologia toteutuu myös vastaisissa ratkaisuihin teknisen oikeusasema-analyysin ja suhdekäsitteiksi ymmärrettyjen oikeuskäsitteiden tulkinnalle asettamien ehtojen mukaisesti (= *analyttinen oikeustiede*), oikeudellisten peruskäsitteiden tieteellinen systematiikka toteutuu (= *käsitelainoppi*), heikomman sopijapuolen erityisintressien suojia yhteiskunnassa toteutuu (= *sosiaalinen siviilioikeus*), naisten tai jonkin muun yhteiskuntaryhmän oikeudelliset ja yhteiskunnalliset erityisintressit tulevat turvatuiksi (= *naisioikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus*), taloudellinen kustannustehokkuus, transaktiokustannusten minimointi ja optimaalinen yhteiskunnallinen resurssiallokaatio toteutuvat (= *oikeustaloustieteellinen lainoppi*) tai vallitseva perusoikeusjärjestelmä toteutuu voimassa olevan oikeuden sääntöjen tulkinnassa (= *perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi*). Institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten ratkaisustandardien punnintaa ohjaa vastaavasti yhtenäisestä oikeudellisesta tulkintamatriisista johdettu *punnintakehys*.

Tulkintamatriisi

Lainopillinen *tulkintamatriisi* on tieteenteoreettinen kehys, jonka avulla oikeutta koskevat *ontologiset, epistemologiset, metodiopilliset* ja *loogis-lingvistiset* sitoumukset eli oikeudelliset *konstituutio-, tunnistamis-, argumentaatio- ja artikulaatiosäännöt* suhteutetaan keskenään yhtenäiseksi kokonaisuudeksi eli lainopin

tieteenkuvaksi. Yhtenäistä oikeuden konstituutio-, tunnistamis-, argumentaatio- ja artikulaatiosääntöjen kokonaisuutta, jonka avulla yksittäiset oikeussäännöt ovat: (a) luotavissa, sisällöllisesti muutettavissa, pantavissa täytäntöön eli oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa sekä kumottavissa oikeuden *konstituutiosääntöjen* avulla, (b) tunnistettavissa voimassa olevaksi oikeudeksi oikeuden *tunnistamis-säännön* eli vallitsevan institutionaalisen oikeuslähdeopin avulla, (c) käsitteellistettävissä oikeuden loogis-lingvististen eli loogis-syntaktisten ja semanttisten *artikulaatiosääntöjen* avulla sekä (d) tulkinnallisesti määritettävissä oikeudellisen metodiopin käsittämien *argumentaatiosääntöjen* avulla, voi siis kutsua oikeudelliseksi *tulkintamatriisiksi*. Institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien osalta tulkintamatriisin määritelmää on väljennettävä sanotunlaisten oikeussääntöjä heikommin formaalien ratkaisuperusteiden edellyttämällä tavalla.

Suomalaisen lainopin tulkintamatriiseja on ainakin yhdeksän erilaista, joskin kriittinen oikeuspositivismi voidaan tulkita myös oikeusperiaatteiden punnintamallin yhdeksi muunnelmaksi, ja käytännönläheinen laintulkintaoppi ei täytä varsinaisen oikeudellisen tulkintamatriisin edellytyksiä puuttuvan teoreettisen itsereflektion vuoksi:

- 1) *käsitelainoppi*: oikeus ”varsinaisten oikeuskäsitteiden” eli substanssikäsitteiksi ymmärrettyjen oikeudellisten peruskäsitteiden systeemisena kokonaisuutena, missä yksittäisen oikeussäännön suhteellinen sijainti oikeuskäsitteiden kokonaissysteemissä rajaa ja määrittää oikeuden tulkintaa,
- 2) *analyytittinen t. analyttis-funktionaalinen oikeustiede*: oikeus lainsäätäjän ja tuomioistuimen voimaansaattamien oikeustositseikka – oikeusseuraamus -relaatioiden kokonaisuutena, missä oikeudellisilla käsitteillä on vain esitystekninen tehtävä ilman semanttista referenssiä oikeus – velvollisuus -relaatioiden ulkopuolella,
- 3) *vaihtoehtoinen lainoppi*: oikeuden ja vallitsevan (eli: analyttis-funktionaalisen) oikeustieteen ideologiakritiikki marxilaisen vasemmistoidologian näkökulmasta sekä oikeuden ylläpitämän rakenteellisen eriarvoisuuden purkaminen esittämällä voimassa olevasta oikeudesta vaihtoehtoisia eli marxilais-vasemmistolaisen yhteiskuntaideologian mukaisia systematisointi- ja tulkintasuosituksia,
- 4) *sosiaalinen siviilioikeus*: hyvinvointivaltioideologian mukainen heikomman sopijapuolen intressien suojele sopimusoikeudessa sekä ennakoitavasti (vakio)sopimusehtojen sääntelyn että jälkikäteisesti jo solmitun sopimuksen tai sen yksittäisen sopimusehdon kohtuullistamisen merkityksessä,
- 5) *pragmaattinen instrumentalismi*: yhtäältä *reella överväganden* eli *social engineering* -juridiikka eli oikeuden yhteiskunnallisten vaikutusten korostaminen sekä oikeuden yhteiskuntatieteellisen analyysin ja reaalistien argumenttien (ruots.: *reella överväganden*) hyödyntäminen oikeudellisessa tulkinnassa käsitelainopin suosimien oikeussysteemien ja käsitteellisten näkökohtien sijaan (1940–l.) sekä toisaalta oikeuden taloudellisten vaikutusten analyysi ja taloudellisin kriteerein määritelty reaalin argumentaatio eli *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi* (alkaen 1990-l.),

- 6) *oikeusperiaatteiden punnintamalli*: oikeusperiaatteiden tapauskohtainen punninta sääntökeskeisen oikeusajattelun ja oikeuden kiinteän käsitesysteematiikan sijaan,
- 7) *naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus*: oikeuden ja vallitsevan lainopin ideologiakritiikki feministisen yhteiskuntaideologian näkökulmasta sekä oikeuden ylläpitämän rakenteellisen epätasa-arvon purkamisen naisten tai yleisemmin minkä tahansa aiemmin syrjinnän kohteeksi joutuneen yhteiskuntaryhmän tietoisuuden suosivan erityiskohtelun keinoin,
- 8) *kriittinen oikeuspositivismi*: oikeuden mieltäminen monitasoiseksi ilmiöksi, missä oikeuden syvemmät kerrostumat eli oikeuskulttuurin taso ja oikeuden syvä taso täyttävät konstitutiivis-kriittisen tehtävän oikeuden pintataso ilmiöihin nähden ja missä oikeuden pintatasolla myös vallitsevan ja kriittisen lainopin lauseet uusintavat oikeutta,
- 9) *perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi*: oikeuden tulkinta, systematisointi ja punninta vallitsevaa perusoikeusjärjestelmää eli voimassa olevan perustuslain hyväksymää tai vähintäänkin hiljaisesti edellyttämää perusoikeusjärjestelmää tulkinnan vakioituna referenssinä hyödyntäen, ja
- 10) *käytännönläheinen laintulkintaoppi*: institutionaalsiin oikeuslähteisiin eli lakitekstiin, lainvalmisteluaineistoon ja oikeuskäytäntöön sekä lainopin käytännölliseen tiedonintressiin kiinnittyvä laintulkintaoppi ilman tutkijan omakohtaista oikeusteoreettista tai tieteenteoreettista reflektiota.

Käytännönläheinen laintulkintaoppi viittaa erilaisiin, tieteenteoreettisessa katsannossa vain heikosti jäsentyneisiin lainopin tutkimuksiin, joissa on enemmän tai vähemmän refleктоimattomaan tapaan seurattu jotain tutkimukselliseksi esikuvaksi nostettua mallia. Puuttuvan tutkimuksellisen itseymmärryksen vuoksi kyse ei ole varsinaisesti lainopin tulkintamatriisista, mutta käytännönläheinen laintulkintaoppi on yhtä kaikki otettu yllä olevaan jaotukseen kokonaiskuvan saamiseksi lainopin suuntauksista.

Tulkintasuositus

Normatiivis-kriittistä tutkijanideologiaa toteuttava eli vaihtoehtoisen, kriittisen tai avoimen poliittisen lainopin tuottama oikeudellinen tulkintalause, jonka kohdereferenssinä on paras mahdollinen mutta toteutettavuudeltaan vain enemmän tai vähemmän epätodennäköinen tulkinta voimassa olevasta oikeudesta.

Tunnistamissääntö

Oikeuden tunnistamissääntö (engl.: *rule of recognition*) on H.L.A. Hartin analyttisen oikeusteorian keskeistermi, joka käsittää viittauksen tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli, tämän teoksen termein, institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän oikeuslähteopin sitoumukseen. Tunnistamissääntö käsittää toisin sanoen oikeuden institutionaalisen epistemologian kriteerit, joiden avulla voimassa olevan oikeuden säännöt ovat tunnistettavissa tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaaviksi ratkaisuperusteiksi. Institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit rajautuvat

vat Hartin oikeuden tunnistamissäännön ulkopuolelle. Alf Rossin oikeusteorian keskeiskäsite tuomarinideologia (tansk.: *den normative ideologi der besjæler dommeren*) käsittää myös oikeusperiaatteet ja muut vastaavat oikeudelliset ratkaisustandardit. Määrittelin oikeuden tunnistamissäännön edellä myös Hartia laajemmin eli siten, että se käsittää myös tuomioistuinten kollektiivisesti hyväksymät oikeudellista päättelyä ohjaavat argumentaatiomallit.

Suomen oikeuden tunnistamissääntö käsittää viittauksen seuraaviin oikeudellisiin ratkaisuperusteisiin: (1) EY-lainsäädäntö eli Euroopan yhteisön perustamissopimus (eli Rooman sopimus) myöhempine muutoksineen ja lisäyksineen sekä yhteisön toimielinten antamat asetukset (engl.: *regulations*), direktiivit ja oikeusohjeeltaan yleistettävissä olevat yksittäiset päätökset, (2) Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet, (3) Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevät yleiset oikeusohjeet, (4) kansallinen lainsäädäntö voimassa olevasta perustuslaista normihierarkkisesti alemmanasteisiin säädöksiin, (5) sopimusperustainen oikeus, (6) tavanomainen oikeus eli vakiintunut yhteisöllinen käytäntö, jollei eurooppaoikeudellista tai kansallista lainsäädäntöä tahi vakiintunutta oikeuskäytäntöä ole, (7) kansalliset prejudikaatit eli Suomen ylimpien tuomioistuinten ja mahdollisesti muiden tuomioistuinten antamat ratkaisut, joiden käsittämä oikeusohje on yleistettävissä myös muihin vastaaviin tapauksiin, (8) muut oikeudenkäyttöä yhtenäistävät viranomaispäätökset, (9) lainvalmisteluaineisto, (10) yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö tilanteessa, jossa on arvioitava yksittäisestä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisuksista ilmenevän yleisen oikeusohjeen rakenteistuminen osaksi yhtenäistä ja vakiintunutta Euroopan yhteisöoikeuden tai Euroopan ihmisoikeusnormiston kansallista tulkintakäytäntöä Euroopan yhteisön jäsenmaissa tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaissa, ja (11) muu mahdollinen eli ei-institutionaalinen lähdeaineisto, jonka tuomarikunta ja muut lakia soveltavat viranomaiset eli institutionaaliset lainsoveltajat ovat kollektiivisesti sisäistäneet oikeus/ei-oikeus-differensiaation arviointikriteeriksi eli mittapuuksi, jonka avulla voimassa oleva oikeus erotetaan kaikesta, mikä ei ole oikeutta esimerkiksi moraalin, uskonnon tai tapetiketin käsittämien käyttäytymisnormien merkityksessä ja jonka avulla nämä arvioivat omien ja toisten lainsoveltajien tekemien oikeudellisten ratkaisujen lainmukaisuutta ja oikeellisuutta.

Tuomarinideologia

Vallitseva tuomarinideologia (tansk.: *den normative ideologi der besjæler dommeren*) on Alf Rossin edustaman analyttisen oikeusrealismin keskeistermi, joka käsittää viittauksen tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli, tämän teoksen termein, institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymään oikeuslähdeoppiin sekä – tulkintani mukaan – myös oikeudellisiin päättely- eli argumentaatiomalleihin. Tuomarinideologia käsittää oikeuden institutionaalisen epistemologian ja oikeudellisen metodiopin kriteerit, joiden avulla voimassa olevan oikeuden säännöt sekä riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet ja muut oikeudelliset ratkaisustandardit ovat tunnistettavissa tuomarin tai muun institutionaalisen lainsoveltajan oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaaviksi tulkinta- tai ratkaisuperusteiksi ja

joiden avulla tuomioistuimen tekemän ratkaisun lainmukaisuutta ja oikeellisuutta on mahdollista arvioida. Analyyttisen oikeusrealismin mukaan vallitseva tuomarinideologia on myös lainopin vakioitu tutkimuksellinen referenssi, johon lainopin tulkinta-, systematisointi- ja punnintalauseet on määrää suhteuttaa niiden oikeellisuuden arvioimiseksi.

Tutkijan itseymmärrys

Oikeustieteen tutkijan itseymmärrys on oikeustieteen *tieteenalaa*, *tutkimuskohdetta*, *tiedonintressiä*, *tutkimusmetodia*, *tutkijanideologiaa*, *tieteenkuvaa* ja *tutkimustuloksia* koskevien tieteenteoreettisten tai tieteenfilosofisten sitoumusten kokonaisuus.

Tutkijanideologia

Tutkijanideologia viittaa lainopissa tutkijan omaksumaan näkökulmaan eli tutkijanpositioon suhteessa vallitsevaan tuomarinideologiaan. Vaihtoehtoina ovat yhtäältä *deskriptiivinen* eli *analyttis-deskriptiivinen* ja toisaalta *kriittinen* eli *normatiivis-kriittinen* tutkijanideologia tai sitten näiden kahden yhdistelmä. Tutkijanideologia voi siis olla joko *analyttis-deskriptiivinen*, jolloin tutkija on sitoutunut oikeudellisia tulkinta-, systematisointi- ja punnintakannanottoja perustellen *vallitsevan tuomarinideologian* eli tuomioistuinten ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän institutionaalisen oikeuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian käsittämiin premisseihin, tai *normatiivis-kriittinen*, jolloin oikeudellisen tulkinta-, systematisointi- tai punnintasuosituksen oikeuslähdeopilliset ja argumentaatioteoreettiset premissit on kiinnitetty johonkin muuhun oikeudelliseen ja/tai yhteiskuntaideologiaan kuin vallitsevaan tuomarinideologiaan, esimerkiksi marxilaisen, feministisen tai taloudellista kustannustehokkuutta painottavan oikeustaloustieteellisen yhteiskuntaideologian merkityksessä. Analyttis-deskriptiivinen tutkijanideologia on sitoutunut sen mahdollisimman arvoneutraaliin kuvaamiseen, *mitä oikeus (tietyllä hetkellä) on*, kun taas normatiivis-kriittinen tutkijanideologia pyrkii arvioimaan, *mitä oikeuden pitäisi (tietyllä hetkellä) olla*, jotta se täyttäisi ideaalisen yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden vaatimukset.

Lainopissa tutkijanideologian vaihtoehdot voidaan ilmaista kokoavasti seuraavasti:

- a) *oikeus yhteiskunnallisena tosiasiana*: oikeus tosiasiallisesti *toteutuneena* ja myös tulevaisuudessa todennäköisesti *toteutettavissa* olevana yhteiskunnallisena tosiasiana eli niiden oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena, joille tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat ovat antaneet oikeussuojaa ja joille ne vallitsevan *tuomarinideologian* käsittämien institutionaalisen oikeuslähdeopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian käsittämien sitoumusten perusteella tulevat todennäköisesti myös tulevaisuudessa antamaan *tehosta oikeussuojaa*, tai
- b) *oikeus yhteiskunnallisena ideaalina tai yhteiskunnallisena mahdollisuutena*: paras mahdollinen mutta samalla toteutettavuudeltaan (ainakin toistai-

seksi) vain enemmän tai vähemmän *epätodennäköinen* tulkinta voimassa olevan oikeuden säännöistä ja periaatteista vallitsevasta eli tuomarien ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien sisäistämästä tuomarinideologiasta poikkeavan oikeudellisen ja/tai yhteiskuntaideologian perusteella, jolloin käsitys oikeuden tulkinnasta, systematisoinnista ja punninnasta voidaan kytkeä esimerkiksi marxilaiseen oikeus- ja yhteiskuntaideologiaan (= *vaihtoehtoinen lainoppi*), yleistettyyn heikomman sopijapuolen intressien suojaamiseen (= *sosiaalinen siviilioikeus*), sukupuolisidonnaisen yhteiskunnallisen tasa-arvon edistämiseen tai yleisemmin erilaisten syrjittyjen vähemmistöjen yhteiskunnallisen aseman parantamiseen (= *naisioikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus*) tai taloudellisen kustannustehokkuuden maksimointiin, transaktiokustannusten minimointiin sekä optimaaliseen yhteiskunnalliseen resurssiallokaatioon (= *oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi*).

Tutkimuksellinen vuorovaikutusmalli

Tutkimuksellinen vuorovaikutusmalli viittaa käsitykseen, jonka mukaan lainopin ja muiden oikeustieteen osalohkojen eli oikeuden ihmistieteellisen, kulttuuritieteellisen ja yhteiskuntatieteellisen tutkimuksen sekä oikeusteorian ja oikeusfilosofian hyödyntämät tutkimusmenetelmät tulee pitää erillään Kelsenin puhtaan oikeusopin tarkoittamalla tavalla. Samalla kummankin saavuttamat aineelliset tutkimustulokset eli yhtäältä *lainopin* tuottama tieto voimassa olevan oikeuden sääntöjen ja periaatteiden tietynhetkisestä tulkinnallisesta merkityssisällöstä sekä toisaalta oikeuden *ihmistieteiden* tuottama tieto oikeudellisesti merkityksellisistä mentaalis-tajunnallisista faktoista sekä yksilöllisen tai kollektiivisen alitajunnan lainalaisuuksista, oikeuden *kulttuuritieteiden* tuottama tieto oikeuden yhteisöllis-kulttuurisista merkityksistä ja merkitysrakenteista, oikeuden *yhteiskuntatieteiden* tuottama tieto oikeuden yhteiskunnallisista vaikutuksista ja vaikutussuhteista sekä *oikeusteorian* ja *oikeusfilosofian* tuottama tieto oikeuden määritelmällisistä tai muutoin filosofisessa katsannossa merkityksellisistä ominaisuuksista saavat vapaasti ylittää tieteiden välisen raja-aidan, vaikuttaen sekä lainopilisen argumentaation normi- ja faktapremissien valintaan että saavutettujen tutkimustulosten yhteiskunnallisen oikeellisuuden arviointiin.

Vallitseva lainoppi

Lainopin *vallitsevan doktriinin* tavoitteena on selvittää voimassa olevan oikeuden tietynhetkinen sisältö tosiasiallisesti *toteutuneiden* ja myös tulevaisuudessa (todennäköisesti) *toteutettavissa* olevien eli *tehokasta oikeussuojaa* nauttivien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen *oikeuksien* ja *velvollisuuksien* merkityksessä. Lainopin vallitseva doktriini kiinnittää oikeudellisen tulkinnan, systematisoinnin ja punninnan tuomareiden ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän *tuomarinideologian* (Alf Ross) käsittämiin institutionaalisen oikeusläheopin ja oikeudellisen argumentaatioteorian sitoumuksiin. Käsitys oikeudesta ja oikeustieteestä on tällöin analyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin mukainen.

Voimassa oleva oikeus

Analyyttisen oikeusrealismin ja institutionaalisen oikeuspositivismin tutkimuksellisten premissien vallitessa voimassa oleva oikeus voidaan määritellä seuraavasti:

Voimassa oleva oikeus on *toteutunut ja toteutettavissa oleva yhteiskunnallinen tosiasia* eli niiden muodollisesti velvoittavien *oikeussääntöjen* sekä riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien *oikeusperiaatteiden* ja vastaavien muiden oikeudellisten *ratkaisustandardien* kokonaisuus, jotka tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat ovat tosiasiallisesti hyväksyneet ja jotka ne vallitsevan eli tuomioistuinten ja muiden viranomaisten kollektiivisesti hyväksymän tuomarinideologian perusteella tulevat todennäköisesti myös tulevaisuudessa hyväksymään oikeudellisen ratkaisun normatiiviseksi perustaksi eli mittapuuksi, jonka avulla ratkaisun lainmukaisuutta ja oikeellisuutta arvioidaan. Voimassa olevan oikeuden säännöt ovat luotavissa, muutettavissa, pantavissa täytäntöön eli toteutettavissa oikeusvaikutuksiltaan ja kumottavissa (vain) lainsäätäjän ja tuomioistuinten sekä muiden institutionaalisten lainsoveltajien sääntösidonnaisten, institutionaalisten puhetekojen avulla oikeuden voimaansaattamis-, transformaatio-, täytäntöönpano- ja derogaatiosääntöjen tarkoittamalla tavalla. Tavanomaisoikeudellisesti velvoittavat yhteisölliset käytännöt sekä oikeuden yhteisölliseen ja institutionaaliseen arvoperustaan rakenteistuneet oikeusperiaatteet ja vastaavat muut ratkaisustandardit ovat kuitenkin poikkeus oikeuden tahdonvaltaiseen konstituoitavuuteen.

Oikeussubjektien näkökulmaa painottaen voimassa oleva oikeus voidaan määritellä myös seuraavasti:

Voimassa oleva oikeus on niiden oikeussubjekteille kohdennettujen *oikeuksien* ja *velvollisuuksien* kokonaisuus, joille tuomioistuimet ja muut institutionaaliset lainsoveltajat ovat antaneet ja joille ne vallitsevan tuomarinideologian perusteella tulevat todennäköisesti myös tulevaisuudessa antamaan *tehokasta oikeussuojaa*.

Oikeuslähteopin ja *oikeudellisen argumentaatioteorian* näkökulmasta arvioiden voimassa oleva oikeus on määriteltävissä seuraavasti:

Voimassa oleva oikeus on vallitsevan tuomarinideologian rajaamista *institutionaalisisista* ja *ei-institutionaalisisista oikeuslähteistä* johdettujen oikeudellisten ratkaisuperusteiden kokonaisuus, johon kuuluvat yhtäältä muodollisesti pätevällä tavalla voimaan saatetut oikeussäännöt ja toisaalta Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan *rakenteistuneet* eli erias-teista mutta oikeudellisesti riittävää *institutionaalista tukea* ja *yhteisöllistä hyväksyntää* nauttivat oikeusperiaatteet ja muut vastaavat ratkaisustandardit, joiden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö on määriteltävissä vallitsevien oikeudellisten argumentaatiomallien mukaisesti.

Tuomarin tai muun lainsoveltajan idiosynkraattiset eli puhtaasti subjektisidonnaiset arvot, joilta edellytetty institutionaalinen tuki ja yhteisöllinen hyväksyntä täydellisesti puuttuu, rajautuvat voimassa olevan oikeuden määritelmän ulkopuolelle.

Oikeustieteen *tieteenkuvan* määreitä painottaen *sääntökeskeinen* käsitys voimassa olevasta oikeudesta voidaan määritellä seuraavasti:

Voimassa oleva oikeus on niiden *oikeussääntöjen* kokonaisuus, jotka (1) on saatettu voimaan ja jotka ovat tahdonvaltaisesti muutettavissa, oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa ja kumottavissa oikeuden *konstituutiosääntöjen* eli oikeuden *perustamis*-, *transformaatio*-, *täytäntöönpano*- ja *derogaatiosääntöjen* tarkoittamalla tavalla lainsäätäjän sekä tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien tekemillä päätöksillä, (2) ovat tunnistettavissa voimassa olevaksi oikeudeksi tuomioistuinten ja muiden viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän oikeuden *tunnistamissäännön* eli vallitsevan oikeuslähdeopin osoittamien kriteerien avulla, (3) ovat kielellisesti käsitteellistettävissä oikeusyhteisön kollektiivisesti hyväksymien loogis-lingvististen *artikulaatiosääntöjen* avulla, ja (4) joiden tietynhetkinen tulkinnallinen merkityssisältö ja keskinäiset suhteet eli mahdolliset oikeusnormikonfliktit ja pääsääntö/poikkeussääntö -luokitukset ovat ratkaistavissa oikeudellisten *tulkinta*- ja *systematisointisääntöjen* tarkoittamalla tavalla.

Jos myös *oikeusperiaatteet* ja muut vastaavat oikeudelliset *ratkaisustandardit* hyväksytään osaksi voimassa olevaa oikeutta, niin kuin edellä on tehty, voimassa olevan oikeuden tieteenkuvan määreitä painottavaa määritelmää on syytä täydentää seuraavasti:

Voimassa olevaan oikeuteen kuuluvat myös ne *oikeusperiaatteet* ja vastaavat muut oikeudelliset *ratkaisustandardit*, jotka – toisin kuin formaalit eli synty- ja justifikaatioperustastaan irtautuneet oikeussäännöt – (1) eivät ole lainsäätäjän, tuomioistuimen tai muun yksittäisen oikeudellisen toimijan tahdonvaltaisesti luotavissa, muutettavissa, kumottavissa tai oikeusvaikutuksiltaan toteutettavissa, koska ne ovat *rakenteistuneet* Suomen oikeuden *institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan*, joka ei ole täydellisesti lainsäätäjän tai tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tietynhetkisen määräämisvallan alla, (2) eivät ole tunnistettavissa formaalin oikeuden tunnistamissäännön tai muun vastaavan kriteerin avulla, koska ne ovat määritelmällisesti kietoutuneet yhteen määrättyjen yhteiskunnallisten arvo- ja/tai tavoiteperusteiden kanssa, jolloin niiden oikeudellinen ratkaisuarvo tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa on pääteltävissä vain niiden oikeusyhteisössä nauttiman *institutionaalisen tuen* ja *yhteisöllisen hyväksynnän* perusteella, (3) eivät ole vakioitavissa yksiselitteisen loogis-lingvistisen normiformuloinnin muotoon, koska ne ilmaisevat ainoastaan yleisen ja tapauskohtaisesti muuntuvan oikeudellisen standardin, ja (4) eivät ole lukittavissa kiinteän ja ennalta vakioitavissa olevan oikeudellisen systematiikan muotoon, vaan ne noudattavat dynaamista eli avointa ja vain tilannesidonnaisesti määritettävissä

olevaa oikeudellista systematiikkaa, eikä niiden tulkinnallinen merkityssisältö ole määritettävissä yksin muodollis-juridisten tulkintaperusteiden avulla, vaan niiden soveltaminen yksittäiseen tapaukseen edellyttää kaikkien asiaan vaikuttavien oikeusperiaatteiden taustalla vaikuttavien arvo- ja/tai tavoiteperusteiden tilannesidonnaisen painoarvon *punnintaa* ja keskinäistä *tasapainottamista* (engl.: *weighing and balancing*).

Tavanomaisen oikeuden ja prejudikaattioikeuden normit lomittuvat muodollisesti velvoittavien oikeussääntöjen sekä institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivien oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien yhteyteen Suomen oikeudessa. *Tavanomainen oikeus* on määritelmällisesti sidoksissa tietyllä oikeudenalalla vakiintuneesti noudatettuihin yhteisöllisiin käytäntöihin, rinnastuen sopijapuolten hiljaisesti hyväksymiin sopimusoikeudellisiin konstruktioihin. *Prejudikaattioikeuden* normit kuuluvat voimassa olevaan oikeuteen seuraavien ehtojen vallitessa:

Voimassa olevaan oikeuteen kuuluvat myös ne *prejudikaattinormit*, jotka (1) ovat ennakkoratkaisun antamiseen oikeudellisesti toimivaltaisen tuomioistuimen asettamia, mitä kriteeriä tulkitaan Suomen oikeudessa varsin väljästi, (2) ovat tunnustettavissa tuomarin oikeudellista ratkaisuharkintaa ohjaavaksi ratkaisuperusteeksi (lat.: *ratio decidendi*) ja erotettavissa ratkaisun myös käsittelemästä ei-velvoittavasta perustelukontekstista (lat.: *obiter dicta*) tuomioistuinten ja muiden institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän *prejudikaatti-ideologian* avulla, (3) eivät ole vakioitavissa yksiselitteisen loogis-lingvistisen normiformuloinnin muotoon, koska sovellettavan *ratio/dicta* -distinktion käsitteelliset rajat saattavat muuntua yksittäisestä tapauksesta toiseen sovellettavan prejudikaatti-ideologian tarkoittamalla tavalla, ja (4) eivät ole lukittavissa kiinteän ja ennalta vakioitavissa olevan oikeudellisen systematiikan muotoon, vaan ne noudattavat dynaamista eli avointa ja vain tilannesidonnaisesti määritettävissä olevaa oikeudellista systematiikkaa sovellettavan prejudikaatti-ideologian systeemisten määreiden tarkoittamalla tavalla, eikä niiden tulkinnallinen merkityssisältö ole määritettävissä yksin muodollis-juridisten tulkintaperusteiden avulla vaan niiden soveltaminen yksittäiseen tapaukseen edellyttää sovellettavan prejudikaatti-ideologian mukaisten tulkintaperusteiden huomioon ottamista.

Kokoavasti voimassa oleva oikeus voidaan määritellä:

Voimassa oleva oikeus koostuu muodollisin perustein velvoittavista *oikeussäännöistä*, Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan rakenteistuneista eli eriasteista mutta riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivista *oikeusperiaatteista* ja muista oikeudellisista *ratkaisustandardeista*, vallitsevan prejudikaatti-ideologian avulla johdetavissa olevista *prejudikaattinormeista* sekä muista vallitsevan eli tuomarien ja muiden lakia soveltavien viranomaisten eli institutionaalisten lainsoveltajien kollektiivisesti hyväksymän *tuomarinideologian* käsittelemistä *institutionaalisisista oikeuslähteistä*, kuten virallisesta lainvalmisteluaineistosta, tavanomaisoikeudellisista käytännöistä tai vallitsevista sopimuskäytännöistä, sekä

ei-institutionaalisista oikeuslähteistä, kuten lainopillisesta kirjallisuudesta, asianmukaisesti johdetuista oikeudellisista ratkaisuperusteista.

Yhteisöllinen hyväksyntä

Yhteisöllinen hyväksyntä viittaa oikeudellisen tulkinta- tai ratkaisuperusteen vallitsevassa yhteiskuntamoraalissa ja oikeudellisesti merkityksellisissä yhteisöllisissä käytännöissä nauttimaan tosiasialliseen hyväksyntään. Tavallisesti yhteisöllinen hyväksyntä liittyy oikeusperiaatteiden ja muiden vastaavien oikeudellisten ratkaisustandardien ratkaisuarvon määrittämiseen, missä myös oikeudellisen ratkaisuperusteen institutionaalinen tuki saa merkitystä.

Yhtenäistulkinta

Yhtenäistulkinta perustuu ajatukseen Euroopan yhteisön oikeuden sekä Euroopan ihmisoikeusnormiston yhdenmukaisesta ja yhtenäisestä tulkinnasta yleiseurooppalaisella oikeusalueella siltä osin kuin sanotut normit ovat rakenteistuneet Euroopan yhteisön jäsenmaiden sekä Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaiden vakiintuneeseen ja yhtenäiseen kansalliseen oikeuskäytäntöön. Yhteisöoikeudessa sovellettu 234 artiklan (ent. 177 artiklan) mukainen Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen *ennakkoratkaisumenettely* sekä sitä tukeva *acte clair* -oppi ja yhteisöoikeuden lojaliteettiperiaate perustuvat keskeisesti ajatukseen yhteisöoikeuden normien yhdenmukaisesta tulkinnasta yhteisön oikeuden soveltamisalueella. Lisäksi Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on muun muassa *von Colson* (14/83) -tapauksessa asettanut yhteisöoikeuden direktiivien yhtenäisen tulkinnan eri jäsenmaiden kansallisessa oikeudenkäytössä yhteisöoikeudessa noudatettavaksi yleiseksi oikeusohjueksi. Oikeuskirjallisuudessa tähän *yhtenäistulkinnan* ideaan viitataan tavallisimmin yhteisöoikeuden välillisen vaikutuksen eli *tulkintavaikutuksen* (engl.: *indirect effect*) nimellä. Toisaalta, Euroopan ihmisoikeussopimuksen takaamille ihmisoikeuksille on ominaista niiden universaali ja sopimukseen sitoutuneiden valtioiden kansalliset kulttuuriset eroavuudet ylittävä luonne siltä osin kuin sanotut ihmisoikeudet ovat täsmentyneet Euroopan ihmisoikeussopimuksen artikloissa sekä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä. Ihmisoikeudet ovat toisin sanoen samaan aikaan kulttuurisesti *universaaleja* suhteessa kansallisiin oikeusjärjestyksiin mutta samalla vain *relatiivisesti* määritettyjä suhteessa ihmisoikeussopimuksen artikloihin, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen dynaamis-evolutiivista tulkintaoppia soveltavaan tulkintakäytäntöön sekä yleiseurooppalaiseen tulkintakäytäntöön.

Yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö

Yleiseurooppalainen oikeuskäytäntö viittaa Euroopan yhteisön jäsenmaiden sekä Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaiden valtiosääntötuomioistuinten, ylimpien tuomioistuinten sekä muiden tuomioistuinten ja viranomaisten yhtenäiseen ja vakiintuneeseen yhteisöoikeuden tai ihmisoikeusnormiston tulkintakäytäntöön. Eurooppaoikeudellisen oikeusnormiston tulkinnassa on kyse *oikeudellisesta dialogista* eli vuorovaikutussuhteesta yhtäältä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen sekä toi-

saalta Euroopan yhteisön jäsenmaiden tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaiden kansallisten tuomioistuinten ja viranomaisten välillä. Niinpä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tai Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen yksittäisen linjaratkaisun oikeudellisen ratkaisuarvon määrittämiseksi saattaa olla tarpeen perehtyä oikeusvertailevasti myös esimerkiksi Saksan perustuslakituomioistuimen, Saksan, Ranskan, Iso-Britannian, Espanjan ja Italian korkeimpien oikeuksien sekä muiden Euroopan yhteisön jäsenmaiden ja/tai Euroopan ihmisoikeussopimuksen allekirjoittajamaiden ylimpien tuomioistuinten sekä mahdollisesti myös muiden tuomioistuinten ja viranomaisten ratkaisukäytännön yhteisöoikeudellisen tai ihmisoikeusnormiston yleiseurooppalaisen reseption laajuuden, ”syvyyden” ja vakiintuneisuuden arvioimiseksi. Kyse on tällöin periaatteellisesti erittäin merkityksellisten, tavallisimmin valtiosääntöoikeuden alaan kuuluvien Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisujen tai perustavimpien ihmisoikeuksia koskevien Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen oikeudellisesta ratkaisuarvosta suomalaisen tuomarin tai muun lainsoveltajan ratkaisuharkinnan osana.

Äärellisyyden analytiikka

Oikeuden äärellisyyden analytiikka käsittää oikeuden institutionaalisen tietopin eli epistemologian käsittämän oikeuden *tunnistamissäännön*, jonka avulla on mahdollista erottaa (voimassa oleva) oikeus kaikesta, mikä ei ole oikeutta, esimerkiksi moraalin, uskonnon tai estetiikan normien ja arvoarvostelmien merkityksessä, sekä oikeuden ja oikeudellisten ilmiöiden kielellistä käsitteellistämistä ohjaavat loogis-lingvistiset eli loogis-syntaktiset ja semanttiset *artikulaatiosäännöt*, joiden tarkoittamalla tavalla mielekkäät väitteet oikeudesta ja oikeudellisista ilmiöistä käyvät mahdollisiksi.

Oikeustieteen tieteenteoria on ensimmäinen kokonaisesitys suomalaisen oikeustieteen ja etenkin lainopin tieteenteoreettisista sitoumuksista. Sen teoreettisena lähtökohtana on yhtäältä Alf Rossin *analyttinen oikeusrealismi*, joka tarkastelee oikeutta yhteiskunnallisena tosiasiana eli toteutuneiden ja myös tulevaisuudessa toteutettavissa olevien, yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien kokonaisuutena, ja toisaalta Neil MacCormickin ja Ota Weinbergerin *institutionaalinen oikeuspositivismi*, jonka mukaan voimassa olevan oikeuden säännöt ovat luotavissa, muutettavissa, pantavissa täytntöön ja kumottavissa vain lainsäätäjän ja tuomioistuinten määrämuotoisten kielellisten ilmausten eli institutionaalisten puhetekojen avulla. Oikeusperiaatteiden osalta on ratkaisevaa niiden *rakenteistuminen* Suomen oikeuden institutionaaliseen ja yhteisölliseen arvoperustaan.

Oikeustiedettä tarkastellaan teoksessa monialaisena tieteenä, johon kuuluvat lainopin ohella oikeushistorian, oikeussosiologian, oikeustaloustieteen, oikeuslingvistiikan ja oikeusfilosofian kaltaiset tutkimusalat. Oikeustieteen tutkijan itseymmärrys määrittää oikeustieteen tieteenalan, tutkimuskohteen, tiedonintressin, tutkimusmetodin, tutkijanideologian, tieteenkuvan ja tutkimustulosten avulla. Suomalaisen tuomarin ja tutkijan oikeusläheoppi on ajantasaistettu vastaamaan 2000-luvun oikeustilaa, jolloin myös eurooppaoikeudellinen normisto ja etenkin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisusta ilmenevät yleiset oikeusohjeet on liitetty sen osaksi. Lainopin metodi määrittää oikeussääntöjen tulkintaa ja systematisointia sekä oikeusperiaatteiden punnintaa ohjaavien argumentaatio-sääntöjen avulla. Sovellettava tulkintakehys määrittää oikeuden tulkinan avulla tavoiteltavat oikeudelliset ja yhteiskunnalliset päämäärät.

Lainopin tieteenkuva määrittää tutkimuksen oikeusläheopillisten, käsitteellisten, konstitutiivisten ja metodiopillisten sitoumusten avulla. Tutkimus esittelee 1900-luvun ja 2000-luvun suomalaisen lainopin keskeiset opilliset suuntaukset eli tulkintamatriisit. Näitä ovat käsitelainoppi, analyttinen oikeustiede, vaihtoehtoinen lainoppi, sosiaalinen siviilioikeus, pragmaattinen instrumentalismi eli *reella överbäganden* -juridiikka ja oikeustaloustieteellinen laintulkintaoppi, oikeusperiaatteiden punnintamalli, kriittinen oikeuspositivismi, naisoikeus- ja oikeudellinen tasa-arvotutkimus sekä perusoikeuskeskeinen laintulkintaoppi. Luvussa oikeudellisista metodifragmenteista arvioidaan kriittisen lähiluvun avulla suomalaisen oikeustieteen keskeiskirjoituksia sekä filosofi Ludwig Wittgensteinin ja oikeusfilosofi H.L.A. Hartin tuotantoa. Kirjan liitteenä on sanasto, joka käsittää joukon teoksessa käytettyjä tieteenteorian avaintermejä selityksineen.

