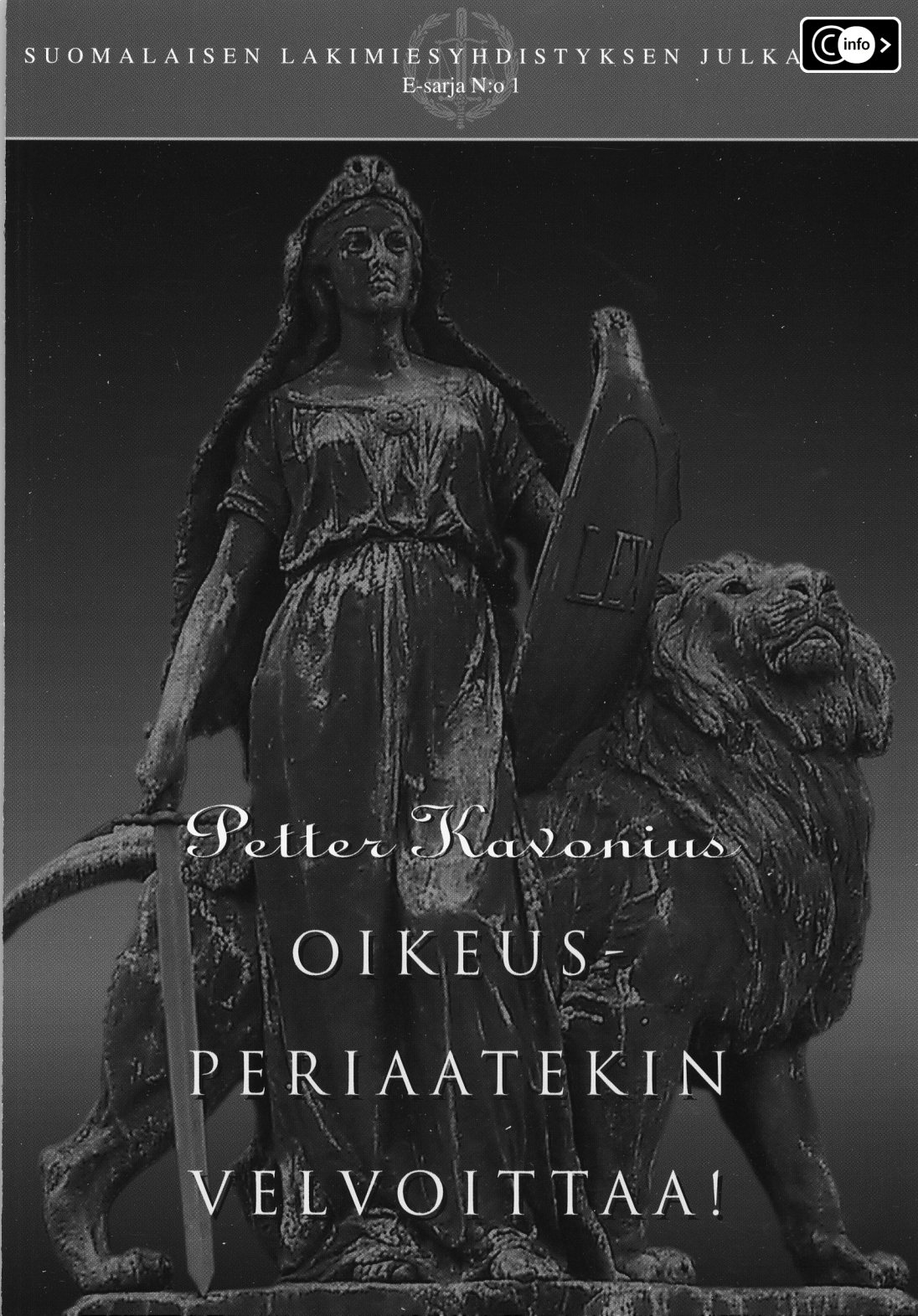




Petter Kavonius

OIKEUS-
PERIAATEKIN
VELVOITTA!

OIKEUSPERIAATEKIN VELVOITTAA!



**SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA, E-sarja N:o 1**

P e t t e r K a v o n i u s

Oikeusperiaatekin velvoittaa!

Tutkimus oikeusperiaatteen
velvoittavuuden ja voimassaolon perusteista

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

s-posti: sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Kannen kuva: Walter Runebergin Aleksanteri II:n muistomerkki,

Lex-veistos (valokuva: Tuomo Lehtinen)

Kannen suunnittelu: Heikki Kalliomaa

© 2001 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Petter Kavonius

ISSN 1458-0446

ISBN 951-855-185-5

Gummerus Kirjapaino Oy, Saarijärvi 2001

Alkusanat

Tämä kirja on muokattu versio lisensiaatintutkimuksestani *Velvoittava optimointikäsky*. Muokkauksessa on keskeisenä tarkoituksena ollut tuoda entistä selkeämmin esille tutkimuksen ytimenä olevaa tasotteluajattelua, jossa puolestaan ytimenä on tulkinnan kohteiden (pintataso), tulkinnan työkalujen (rationaalisuustaso) ja tulkinnan motiivien (psykofilosofinen taso) suhteet.

Tässä yhteydessä lausun kiitokset kaikille tutkimustani ja sen julkaisemista edistäneille ja mahdollistaneille henkilöille, ketään erikseen mainitsematta.

Työni tasotteluajattelun piirissä jatkuu yhä. Tässä tutkimuksessa erityishuomio kohdistuu tulkinnan työkalujen tasoon. Kysymyksiin tämän tutkimuksen psykofilosofisen tason sisällön tarkasta selvittämisestä ja psykofilosofisen tason suhteesta tämän tutkimuksen rationaalisuustasoon (työkaluihin) tulen palaamaan syvällisemmin väitöskirjassani, jota tällä hetkellä teen työnimellä *Tarpeidenmukainen oikeusperiaateajattelu*. Arvostan erityisesti kaikkia julkisia ja yksityisiä kommentteja, jotka liittyvät tähän asetelmaan. Olen erityisen kiitollinen sellaisista vihjeistä käytännön oikeudellisesta elämästä, jotka koskevat tämän asetelman kannalta mielenkiintoisia tapahtumia. Pyrin tekemään teoriaa nimenomaisesti käytännön oikeudellisessa elämässä ilmeneviä tarpeita varten. Yhteystietoni ovat:

Lakiasiat Petter Kavonius, Juhonkatu 1 B 9, 08200 Lohja, p. (019) 386 154, f. (019) 355 035, sähköpostiosoite annetaan pyynnöstä.

Lohjalla lokakuussa 2000

Petter Kavonius

Sisällysluettelo

ALKUSANAT	5
1 LÄHTÖKOHTAISIA HAASTEITA JA NÄKÖKULMIA	11
1.1 Juristi ja hänen työkalupakkinsa tulkinnan työssä	11
1.2 Kulttuurievoluutio juristin työkalujen muovaajana	16
1.3 Oikeusperiaatteen määritelmä	19
1.4 Monimuotoinen sitoutuminen ja painoarvo	21
1.5 Pyrkimys hallittavuuteen abstrakteilla normi-ideoilla	24
1.6 Määrittämättömyyden ja ennakoimattomuuden haaste	25
1.7 Periaateväittämistä ja -suosituksesta	28
2 OIKEUSPERIAATE NORMITYYPINÄ	32
2.1 Oikeusperiaatteen keskeisiä tunnusmerkkejä	32
2.2 Oikeusperiaatteen keskeiset funktiot	36
2.2.1 Funktio normi-ideana: jäsenyys, hallinta ja pysyvyys	36
2.2.2 Funktio yhden ainoan oikean ratkaisun kannalta	38
2.2.3 Arvo- ja tavoiteyhteyksien funktiot	39
2.3 Normina vai deskriptiona?	41
2.4 Oikeusperiaatteiden luokittelusta	42
2.5 Erotteluteeseistä säännön ja periaatteen välillä	46
2.6 Erottelun liukuvuuden teoreettinen täsmentäminen	49
2.7 Oikeusperiaatekäsityksen murros kotimaisessa tutkimuksessa	53
2.7.1 Dworkinilainen ja alexylainen lähtökohta	53
2.7.2 Paradigmaan murtautuminen	54
2.7.3 Paradigmaan vakiintuminen	57
2.8 Tämän tutkimuksen näkökulma: oikeusperiaate normi-ideoina ja velvoittavana optimointikäskynä	60
3 ELÄMÄNMUODOT, VALLANTAHTO JA LAUMAVAISTO	68
3.1 Elämänmuodot yhteiskuntasopimuksina	68
3.2 Vallantahdon (elämönhallinnan) vietti ja tarve	70
3.3 Yhteisöllisyyden luominen ja säilyttäminen (laumavaisto) ⁷⁵	
3.4 Oikeusperiaatteen painoarvon viimesijaiset perusteet	82
4 TIEDONHALLINNAN SYÖMÄHAMPAITA	83
4.1 Tiedonhallinnan strategiat ja uskottava argumentaatio	83
4.2 Totalisoinnin traditio	86
4.3 Totalisaatio, normi-ideat ja oikeusperiaate	88
4.4 Syntetisoiva abstrahointi, induktio ja analogia	95
4.5 Linearisointi	98
4.6 Deduktiivisten yhteyksien strategiat	99

4.7 Marxilaisuus ja muut redusoivat strategiat	101
4.8 Hermeneuttisen kehän ja supervenienssisuhteen strategiat	102
4.8.1 Yleistä	102
4.8.2 Tuorin tasotteluajattelu	103
4.8.3 Feed-back Klammin argumentaatiomallissa	106
4.9 Koherenssistrategiat	107
4.9.1 Erillisyydestä kokonaisyhteyksiin (metelistä musiikkiin)	107
4.9.2 Perustelun kysymyksiä synkronisesta koherenssista	111
4.9.3 Diakroninen koherenssi	114
4.9.4 Perheyhtäläisyyskoherenssi	115
4.10 Intentionaalisen selityksen strategia	116
4.11 Teleologiset ja funktionaaliset strategiat	117
4.12 Yleiset systeemiyhteyksien strategiat	118
4.13 Analyysin strategiat	123
4.14 Elämänmuotoon sitoutuneet strategiat	129
4.15 Antitotalisoivat strategiat	130
4.15.1 Dekonstruktivismin haaste totalisoiville strategioille	130
4.15.2 Intuitiivinen strategia	133
4.15.3 Mielekkyyys- ja merkitysyhteyksien strategiat	134
4.15.4 Oikeusperiaate vastauksena antitotalisoiviin vaatimuksiin	134
4.15.5 Oikeusperiaate epäonnistuneissa ratkaisuissa	136
4.16 Ulkoisen ja sisäisen näkökulman strategiat	137
4.16.1 Ulkoisen tarkkailijan näkökulma/ sitoutuneen osallistujan näkökulma	137
4.16.2 Olemisen maailma (sein)/pitämisen maailma (sollen)	138
4.16.3 Atomismi/holismi	139
4.16.4 Korrespondenssi/koherenssi	140
4.16.5 Ekstensio/intensio	140
4.16.6 Empiirinen ulkoinen havainto/ hermeneuttinen havainto	141
4.16.7 Bivalenssi/moniaisteisuus	141
4.16.8 Komissiivinen modaaliteetti/deonttinen modaaliteetti	142
4.16.9 Raaka tosiasia/institutionaalinen fakta	142
4.17 Diskurssisäännöt	143
5 ARVO- JA TAVOITESIDONNAINEN HYVÄKSYTTÄVYYS	145
5.1 Laumavaisto ja moraali	145
5.2 Moraaliperiaatteet, ennakoitavuus ja hyväksyntä	146
5.3 Oikeusperiaate ja arvoperiaatteet	148
5.4 Luonnonoikeus	150
5.5 Etiikka filosofisena ja periaatteellisena projektina	156
5.6 Utilitaristinen näkökulma	157
5.7 Velvollisuusetiikan näkökulma	159
5.8 Sopimusetiikan näkökulma	164
5.9 Arvoperiaatekysymyksiä	167
5.10 Tavoitepohjaisesta hyväksyttävyydestä	168

6 SIDONNAISUUS AUKTORITATIIVISIIN TEKSTEIHIN	171
6.1 Perusnäkökulmia tekstisidonnaisuuteen	171
6.2 Yleistä institutionaalisen tuen vaatimuksesta	173
6.3 Ennakoitavuus, yksinkertaisuus ja auktoriteettiarvo	174
6.4 Tekstisidonnaisuuden kritiikki	176
6.5 Heikko tekstisidonnaisuus ja institutionaalinen tuki	179
6.6 Tekstisidonnaisuus ja lineaarisen johtamisen perusta	183
6.7 Tekstisidonnaisuus ja normihierarkkinen näkökulma	185
6.8 Tekstisidonnaisuus ja hermeneuttinen tulkinta	186
7 OPTIMOINTIKÄSKY JA (AARNION) OIKEUSLÄHDEOPPI	189
7.1 Esikysymykset	189
7.2 Optimointikäskyn deonttinen rakenne	189
7.3 Oikeuslähteiden tyypit ja velvoittavuus	193
7.4 Oikeuslähteiden velvoittavuuden kohdentuminen	194
8 TEHOKAS OIKEUSPERIAATE	196
8.1 Voimassaolo tehokkuutena	196
8.2 Optimointikäskyn tehokkuus	198
8.3 Ratkaisut suoraan oikeusperiaatteen nojalla	201
8.4 Empirismin haasteista ja mahdollisuuksista	202
9 NORMI-IDEOISTA MIELEN MEKANISMEISSA	206
9.1 Normi-ideat oikeuslainsäätöelämänhallinnassa	206
9.2 Katso ihmistä! katso lainkäyttäjää!	210
9.3 Normi-ideat hallittavan oikeuden edellytyksinä	212
9.4 Implisiittisen sitoutumisen prosessista	218
9.5 Superego fundamentaalisten sitoumusten suojana	219
9.6 Mielen mekanismit elämänhallinnan suojana	221
9.7 Laumavaiston psykologinen paine	222
9.8 Kilpailevat sitoumukset houkuttimena ilvehtijän hyppyyntä	223
9.9 Torjunnasta traumaattiseen oikeustapaukseen	228
10 LOPPUHUOMAUTUKSIA	233
LÄHTEET	237

1 Lähtökohtaisia haasteita ja näkökulmia

1.1 JURISTI JA HÄNEN TYÖKALUPAKKINSA TULKINNAN TYÖSSÄ

Miksi kaikkea oikeudellista ajattelua kohtaan on periaatteessa voitava esittää kritiikkiä? Kritiikin oikeutukseen viittaa jo se, että länsimaisen oikeusfilosofian suurista linjauksista ei voi löytää yhteen suuntaan puhuvaa linjaa oikeudellisen ratkaisutoiminnan perustaksi.¹ Siltala puolestaan tarjoaa väitöskirjassaan perimmäiset derridalaiseen² dekonstruktivismiin nojautuvat perusteet oikeutukselle lähtökohtaiseen rajoittamattomaan kritiikkiin. Siltalan esitys kytkeytyy länsimaisen filosofian keskeisimpään ytimeen eli Platonin luolavertaukseen.³ Tästä vertauksesta hän tarttuu käsitteeseen khora, joka ei alistu perinteisen platonilaisuuden oleellisena piirteenä pidetyn dualistisen ontologian alaisuuteen, joka puolestaan on ehdottomasti määrittäneiden käsitteiden (Platonin käsitteellistettyjen ideoiden) muodostamisen taustaedellytyksiä. Tämä tilanne merkitsee, että oikeuden viimekätiset premissit ovat radikaalilla tavalla määrittämättömiä. Tämä puolestaan mahdollistaa periaatteessa kaiken oikeudellisten ajattelun haastamisen. Se oikeuttaa ajattelun vapauden lain ja haastaa kysymisen tilassa pysymiseen.⁴

¹ Ks. Klami 1978 (Länsimaisen oikeusfilosofian historia), s. 208. Ks. myös Klamin toteamus erilaisten totuusteorioiden ongelmallisuudesta: Klami 1989, s. 20–21. Aarnio toteaa, että oikeusteoriassa ei ole ehdottomia totuuksia eikä edes kaiken peittäviä vallitsevia mielipiteitä. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 5.

² Viimeaikaisessa kotimaisessa oikeusfilosofisessa väitöskirjatutkimuksessa Derrida on noussut hyvin keskeiseksi lähteeksi. Kotimaisessa keskustelussa silti vielä hieman vieraan Derridan oikeusfilosofisen ajattelun keskeisiin piirteisiin voi tutustua kohtuullisen vähäisellä vaivalla lukemalla esimerkiksi hänen oikeusfilosofisesti ehkä keskeisimmän teoksen (ranskaksi *Force de loi* tai englanniksi *Deconstruction and the Possibility of Justice*), jonka ensimmäinen osa on myös suomennettu Nuoren Voiman Liitto ry:n Nuori Voima -lehdessä numerossa 2/00.

³ Saarinen toteaa luolavertaukseen sisältyvän ajatuksen merkityksestä: ”Platonin käsissä muotoutuu päälinjoiltaan länsimaisen ihmisen tiedollinen unelma.” Ks. tästä Saarinen 1995, s. 30–39.

⁴ Ks. Siltala 1998, s. 241–271. Derridalaisen skeptisen etiikan vaatimuksia voimme lähestyä myös Hirvosen väitöskirjassaan esittämällä vaatimuksella, jonka mukaan on pysyttävä kysymyksen tilassa. Ks. Hirvonen 2000, s. 454.

Toisaalta oikeus voidaan nähdä myös fundamentaalisesti ihmisen tarpeiden ja tahdon tuotteena, jolloin kaikkea oikeuteen liittyvää on voitava suhteuttaa niihin tarpeisiin ja tavoitteisiin, joita varten oikeus on luotu ihmisen tahdon tuotteena ihmisen tarpeita varten.⁵ Nämä tarpeet voivat pakottaa pyrkimykseen hallita määrittellen sellaista, joka fundamentaalisesti on määrittämätöntä tai ei-mitään.⁶ Juristin keskeisenä tarpeena on hallita uskottavalla ja hyväksyttävällä tavalla oikeudellista tietoa, joka välittömästi yleensä ilmenee hänelle auktoritatiiviseen asemaan nostetuissa tekstipätkistä. Usein näiden tekstien eteen on asetettu pykälän merkki. Tosin yksittäiset tekstit eivät välttämättä ole ainoita juridisen tulkinnan ja muun hallinnan työstämisen kohteita. Niiden ohessa voivat vaikuttaa yksittäiset havainnot oikeudellisesti relevantista käyttäytymisestä. Ihmisen psyyken keskeisimpiä perusteita on mielekkyyssperiaate, joka tarkoittaa psyyken pyrkimystä sisäiseen eheyteen.⁷ Ei ole siten mikään ihme, jos me juristit haluamme kuitenkin hallita valtavaa auktoritatiivisten tekstien (ja käyttäytymishavaintojen) paljoutta ristiriidattomuutta ja mielekkyyttä tavoittelevalla tavalla, jolloin yksittäiset tekijät halutaan nähdä mielekkäässä, ristiriidattomassa ja kaikella tavalla järkevän tuntuisesti hallitussa suhteessa toisiinsa. Tähän tarpeeseemme me juristit oikeustiedettä ensisijaisesti tarvitsemme. Vaikka tekstit meille antaisi lainsäätäjä, oikeustieteeltä voimme saada välineitä tarpeeseemme hallita näitä tekstejä erillisyyksien asemasta *mielekkäinä kokonaisuuksina*.

Me juristit tarvitsemme tekstien mielekäästä hallintaa palvellaksemme lähimmäisiämme. Ilman oikeustieteen työtä oikeudellisen tiedon hallinnan välineiden kehittämisessä on vaarana ajautuminen ratkaisuihin, joita Wilhelmsson on osuvasti kutsunut vieteriukoiksi. Kysymys on vieteriukoista puhuttaessa hyvin yllättävistä ja yllätyksellisistä ratkaisuista.⁸ Vieteriukkojen tapauksissa voidaan nähdä Tuorin tavoin ennakoitavuuden menettäminen suhteessa oikeudelliseen ratkaisukäytäntöön, koska oikeudellisen tiedonhallinnan välineitä ei ole riittävästi kehitetty ja kehitetty.⁹ Jokainen ihminen on elämässään jossain määrin ennakoimattomuuden ja sattuu-

⁵ Oikeudesta artefaktisena ilmiönä ks. Niemi 2000, s. 139.

⁶ Hirvosen fundamentaaliontologiassa oikeus ei ole mitään, sillä se on aina vasta tulos. Ks. Hirvonen 2000, s. 484–485.

⁷ Ks. Vilkkö-Riihelä, *Psykologian* käsikirja 1999, s. 31.

⁸ Ks. Wilhelmsson, *Vieteriukkoteoria EY-oikeudesta*, s. 357–374.

⁹ Ks. Tuori 2000, s. 224–229.

man terrorin armoilla. *Haluammeko* me ihmiset kuitenkin sattuman terroria vai pyrimmekö ennakoitavuuteen ja hallittavuuteen? Eikö jo psyyken mielekkyyssperiaatekin viittaa siihen, että pyrimme sattuman, ristiriidan ja ennakoimattomuuden voittamisella ennakoitavuuteen ja hallintaan? Tämä pyrkimys ennakoivaan hallintaan tarkoittaa sitä, että meissä asuu *tarve* ennakoitavuuteen ja hallittavuuteen oikeudellisissa yhteyksissä. Tätä tarvetta voisi kutsua *oikeusvarmuuden vallantahdoksi*.

Me juristit voimme olla joskus kyvyiltämme heikkoja vastaamaan ympäröivän yhteisömme oikeusvarmuuden vallantahtoon. Kykymme vastata tähän vaatimukseen on riippuvainen myös meille osoitetuista resursseista, jolloin resurssien puute heikentää mahdollisuuksia vastata oikeusvarmuuden vallantahdon vaatimuksiin. Joskus poikkeustapauksessa saatamme myös tuntea tarvetta asettaa omat henkilökohtaiset halumme vaikuttaa meihin vetoavien ihmisten oikeusvarmuuden vallantahdon edelle, jolloin oikeudellisina vallankäyttäjinä saatamme olla tyytyväisiä siitä, että ennakolta asetetut vaateet ja odotukset eivät estä meitä valitsemasta oman mielemme mukaisesti. Jos emme edes halua vastata meihin ympäröivistä yhteisöistä nousevaan oikeusvarmuuden vallantahdon vaatimukseen, olkaamme sitten valmiina kohtaamaan meihin oikeutetusti kohdistuva halveksunta, joka meille on syvimpien yhteisöllisten sitoutumisiemme vuoksi luontevaa mieltää jollakin tavalla ansaituksi, vaikka yrittäisimme tätä ajatusta torjua. Vaikka onnistuisimme meihin oikeutetusti kohdistuvaa halveksuntaa tietoisuudestamme torjumaan – ilmentämällä torjuntapyrkimyksiämme myös ulkoisesti näkyvällä röyhkeydellä, ylimielisyydellä ja välinpitämättömyydellä suhteessa meihin vetoaviin ihmisiin – emme välttämättä kykene estämään sen muodostumista elämänhallintaamme kalvaksi epämääräisen pelon ja epävarmuuden tunteeksi alitajunnassamme ja itsetunnossamme.

”Kalseaa katsetta, ivallista ilmettä niiden taholta, joiden joukossa ja joita varten on kasvatettu, pelkää vielä kaikkein voimakkainkin...niin puhuu meissä laumavaisto”¹⁰

Juristien välineitä oikeudellisen tiedon hallintaan olen tämän tutkimuksen tasottelumallissa selittänyt oikeudellisen tiedonhallinnan rationaalisuustasona. Mitä sitten voimme nähdä tällä rationaalisuustasolla, jossa ovat työkalumme oikeudellisen tiedon hallintaan? Filosofi saattaisi työkalupak-

¹⁰ Nietzsche, Iloinen tiede, § 50.

kiamme tutkiessaan ryhtyä puhumaan metafysiikasta. Jos hän on moraali-filosofi, hän tarttuu arvoihin. Kognitiotieteen suuntaan kallistuva psykologi taas puhuisi skeemoista. Hermeneutikko saattaisi selittää työkalupakkimme välineitä tradition ilmentymiksi. Jos inspiroidumme Wittgensteinistä, kokoamme työkalupakkimme välineistöä yhteen käsitteellä elämänmuoto. Samankaltaista työkalupakkimme välineistämme yhteisöllistä muodostumista edustavat Foucaultilta lainatut käsitykset historiallisesta apriorisuudesta. Työkalupakkimme välineistöä voidaan hahmottaa kokonaisuuksina myös oikeuden pinnanalaisilla tasoilla, jos hahmottelemme työkalupakkiamme osana tasotteluajattelua. Tämä tutkimus on pitkälti tutkimusta oikeusperiaatteen voimassaolon ja velvoittavuuden syntymisestä suhteessa tähän oikeuden työkalutasoon. Oikeusperiaate puolestaan voidaan nähdä sekä itse työkaluna että velvoitteena joidenkin työkalujen käyttöön.

Pintatasolle tässä tutkimuksessa on asetettu juristin työn raaka-aineina toimivat yksittäiset auktoritatiiviset tekstit ja yksittäiset oikeudellisesti relevantit käyttäytymishavainnot. Yksityiskohtat voidaan ottaa niitä yhteen sovittamatta samalla tavalla hallintaan kuin lintujen tarkkailija keräilee yksittäisiä havaintoja: bongaamalla. Strategiamme oikeudelliseen tietoon suhtautumisessa voi olla yksinkertaisesti yksityiskohtien ”bongaus” ja vetoaminen niihin irrallisuuksina. Tämän tutkimuksen esittelemät oikeusperiaateajatteluun liittyvät tiedonhallinnalliset strategiat (luku 4) tosin kaikki tähtäävät pelkällä ”bongauksen” strategialla operoimisen kannalta mahdolltomaan tehtävään: oikeudellisen tiedon hallitsemiseen mielekkäinä kokonaisuuksina. Pintatasoa syvemmällä tasottelumallissa ovatkin tarkastelumme kohteena ne työkalut, joita juristit käyttävät hallitakseen mielekkäästi merkityksellisinä kokonaisuuksina velvoittavia tekstejä ja muita normatiivisen tiedon yksityiskohtia. Työkalut määrittävät yksittäisten tekstien sisällöllistä merkitystä, jolloin niiden merkitys muodostuu laajemmasta kokonaisuudesta kuin niiden ”bongattavasta” sanamuodosta. Määritteleekö mikään sitten itse työkalujen muodostumista? Varmasti itse työstimisen kohteena olevat tekstit määrittävät osaltaan meille tarpeellisten työkalujen muovautumista. Auktoritatiiviset tekstit ja muut normatiivisen tiedon yksityiskohtat vaikuttavat työkalupakkimme työkalujen muodostumiseen, kun samalla työkalut vaikuttavat auktoritatiivisten tekstien tulkinnallisen sisällön muotoutumiseen meille mielekkään ja hallitun tuntuksina.

Työkalujen muodostumisessa ei tulisi kuitenkaan unohtaa itse työkalujen käyttäjää. Työkalujen muodostumisen ja niiden käytön velvoittavuuden

TUTKIMUKSEN TASOTTELU

Tutkimuksessa pyritään soveltamaan, toteuttamaan ja perustelemaan seuraavaa tasottelua mielekkäisiin kokonaisuuksiin nojautuvassa oikeusperiaateajattelussa:

PINTATASO

(KATSO TEKSTEJÄ! KATSO TEKOKAJ!)

OIKEUSPERIAATTEELLA ON OLTAVA YHTEYDET TÄHÄN TASOON (INSTITUTIONAALINEN TUKI) OLLAKSEEN VOIMASSA OIKEUSNORMINA.

- auktoritatiiviset tekstit irrallisuuksina ja jäsentymättöminä
- atomaariset käyttäytymishavainnot normin noudattamisesta

RATIONAALISUUSTASO

(KATSO TIEDONHALLINNAN TYÖKALUJAI)

INSTITUTIONAALISEN TUEN JOHTAMISEN STRATEGIAT VAATIVAT RATIONAALISIA YHTEYKSIÄ JA SIDONNAISUUKSIA. RATIONAALISET NORMI-IDEAT AVAAVAT PINTATASOLLE MERKITYKSIÄ JA MIELEKKYYKSIÄ. OIKEUSPERIAATTEET IDEOIDEN JA RATIONAALISUUDEN KONKREETISIIJINA JA NIIDEN VELVOITTAVUUDEN PERUSTEINA.

- systematiikka sekä muu oikeudellisen tiedon jäsentelyn ja käsittelyn välineistö
- arvot ja tavoitteet pintatason rationaalisuuden implisiittisinä edellytyksinä
- rationaalisuusstrategiat tuomarinideologioissa
- kaikki muutkin totalisoivat abstraktit normi-ideat

PSYKOFILOSOFINEN TASO

(KATSO IHMISEN TARPEITA JA MOTIIVEJAI)

SELVITTÄÄ FUNDAMENTAALISIA OIKEUDEN VOIMASSAOLON JA VELVOITTAVUUDEN PERUSTEITA AVAAMALLA MUILLE TASOILLE TARPEIDENMUKAISIA MERKITYKSIÄ JA MIELEKKYYKSIÄ. PSYKOLOGINEN SIDONNAISUUS OIKEUSPERIAATTEISIIN.

- tarve ottaa oikeudellinen tieto mielekkäinä kokonaisuuksina hallintaan
- psyyken mielekkyyssperiaate, vallantahto, laumavaisto ja tiedontahto

Tasojen suhteet ovat deduktiivisen johtamisen mahdollistavia suhteita heikompiä. Ne ovat lähinnä hermeneuttistyyppisiä selitys- ja sidonnaissuhteita.

taustalla tulee nähdä myös työkalujen käyttäjä häntä ohjaavine tarpeineen. Tasottelumallini psykofilosofisella tasolla on tarkoitus kääntää huomiota itse työkalujen käyttäjään elävänä tarveolentona, joka pyrkii mielekkäisiin ja hallittuihin maailmasuhteisiin oikeuden maailmassa. Sosiaalisena eläimenä ihminen on tarpeineen fundamentaalisesti sidoksissa yhteisöllisyyteen, jolloin yksilölliselläkin elämänhallinnalla on voimakkaat yhteisölliset siteet. Laumavaisto näyttäisi olevan meillä evolutiivisen biologisen perinnön osalta paljon syvemmällä kuin esimerkiksi tämän termin muokannut Nietzsche oli ymmärtänyt.¹¹ Lainalaisuudet työkalujen käyttäjän psyyken ja tarpeiden maailmassa vaikuttavat työkalujen muodostumiseen ja niiden käyttämisen kokemiseen velvoittavaksi. Varmasti työkaluilla ja niiden käyttämisen prosessilla on toisaalta oma vaikutuksensa itse työkalujen käyttäjään.

1.2 KULTTUURIEVOLUUTIO JURISTIN TYÖKALUJEN MUOVAAJANA

Kaikelle elämälle on ominaista valinta ja siihen liittyvät torjunnan mekanismit.¹² Tarpeidenmukaista tulee valituksi, jolloin tarpeetonta ja vähemmän tarpeellista tulee torjutuksi. Ainoastaan säännölle ei ole ominaista sen luonne valintana ja torjuntana. Samaa valinnan ja torjunnan prosessia kohtaamme jo rationaalisuustason työkalupakkimme sisällön muodostumisessa. Yksi valinnan ja torjunnan prosessi on evoluutiomekanismi – sekä biologisena evoluutiona että myös kulttuurievoluutiona. Tiedettä voidaan verrata Salokankaan näkemällä tavalla popperilaisittain jonkinlaiseen evoluutioprosessiin,¹³ jossa tietyt ajattelutavat ja konstruktiot ovat säilyessään kri-

¹¹ De Waalin mukaan ihminen on evolutiiviselta taustaltaan laumaeläin. Ks. De Waal, s. 183–184. Huolimatta lukuisista osuvista havainnoista ihmisen käyttäytymisestä laumaeläimenä Nietzsche pitää ihmistä luonnolliselta alkuperältään erakkomaisena petona, joka vasta kulttuurin kehittymisen myötä on kesytetty laumaeläimeksi ihmisten yhteistyön ja siihen liittyvän ennakoitavan käyttäytymisen tuoman suurten etujen vuoksi. Ks. Nietzsche, Moraalin alkuperästä, s. 48–91.

¹² Jo kasvikin määrittelee maailmasuhdettaan ravinnon ja ei-ravinnon välisellä torjunnalla ja valinnalla. Ihmisellä määrittelyn tarve on muita eläimiä voimakkaampi. Ks. Rainio, Käytännön psykologiaa I, s. 42–44.

¹³ Ks. Salokangas 1994, s. 9.

tiikistä huolimatta hengissä lunastaneet ainakin väliaikaisesti oikeutuksensa. Vaikka kaikki oikeudellinen ajattelu ja sitä ilmentävät konstruktiot ovat periaatteessa haastettavissa, kaikkea ei voida kumota, sillä me tarvitsemme tiedonhallintaan aina joitakin työkaluja, joista tosin haluamme valita eniten tarpeitamme tyydyttävät. Oikeudellisilta ratkaisulta (tuomarin ratkaisupakko) ja oikeustieteeltäkin odotetaan vastauksia siihen, miten pitää toimia, jolloin juuri hallitun ja mielekkään vastauksen antaminen tähän kysymykseen edellyttää tulkinnan työkaluja.¹⁴ Dekonstruktion oikeudenmukaisuuden ja skeptisen etiikan ideaaleihin nojatut tutkimukset oikeudellisen tiedon kyseenalaistettavuudesta ja perusteettomasta perustasta saatavat tässä tilanteessa kuulostaa joskus enemmän ivalta kuin avulta. Dekonstruktiiiviseen suuntaan etenevä ajattelu juridiikan piirissä – oikeusteorian ja oikeusfilosofiankin alueella – herättää luonnollisesti siten helposti levottomuutta.¹⁵

Tässä tutkimuksessa on valittu lähtökohdaksi popperilainen tieteenkäsitoksen evolutionismi painotettuna Kuhnin paradigmaattiselle ajattelulle ominaisella tavalla.¹⁶ Tämä lähtökohta koskee sekä itse tätä tutkimusta että sen kohdetta. Tiivistettynä tämä tarkoittaa, että paljon on yleensä otettava huomioon annettuna. Ankarat falsifiointi- ja epäoikeuttamisyritykset kestänyttä ajattelua ei ole perusteltua lähteä ainakaan kevyillä perusteilla väittämään kaadetuksi ja kumotuksi. On myös vältettävä hyppäämästä sellaisen tiedon ja sellaisten näkemysten ylitse, jotka pitäisi huomioida (eksplisiittisesti tai implisiittisesti) argumentaatiossa.¹⁷ Ankarassa epäoikeuttamis- ja falsifiointiyritysten tykkitulessa kohtuullisen vahingoittumattomana tai ainakin hengissä säilynyttä ajattelua voidaan lähteä uskottavalla tavalla totaalisesti tai edes lähes totaalisesti hävittämään vain poikkeuksellisen pai-

¹⁴ Oikeusfilosofian osalta voisin yhtyä Nietzschen toteamukseen hänen teoksessaan Hyvän ja pahan tuolla puolen § 210–211: ”Kriitikot ovat työvälineitä eivätkä siis, työvälineinä, vielä läheskään itse filosofeja... Mutta varsinaiset filosofit ovat käskijöitä ja lainsäätäjiä: he sanovat ”näin pitää olla!”

¹⁵ Ks. Aarnio, Oikeus 1999, s. 75–77. Tässä Aarnion voimakkaassa kritiikissä heijastuu mielestäni selvästi tämä huolestuneisuus. Aarniosta ehkä poiketen näen kuitenkin Siltalan väitöskirjan kielikuvan kevätyäillä luisteleemisesta nimenomaan kestävä perustan etsimisenä ratkaisupakon piinaaman tuomarinkin kestävä ratkaisun perustaksi, joka voisi olla mahdollisimman ”rational and reasonable”.

¹⁶ Ks. Kuhn, Tieteellisten vallankumousten rakenne, s. 56–63.

¹⁷ Näin on tehtävä, jotta ei syyllistyisi Nietzschen Zarathustrassa kuvaileman ilvehtijän tavoin argumentaation rationaalista arvoa murentavaan virheeseen. Ks. Nietzsche, Zarathustra, s. 20–22.

navalla ja perusteellisella argumentatiivisella hyökkäyksellä. Paradigman murhaaminen on tieteellistä kehitystä lähtökohtaisesti edistävä hyveellinen teko,¹⁸ jos paradigma kyetään murhaamaan hyvin tarjoten paremmin tarpeidenmukaista tilalle. Parhaita menetelmiä tähän ”hyvin murhaamiseen” on Nietzschen teoksessaan Iloinen tiede esittämä vanhan paradigman kuoliaaksi nauraminen.¹⁹ Vanha paradigmaa kuolee ja häviää vasta silloin *kokonaan*, jos siihen turvautuminen on kaikkien relevanttien auditorioiden näkökulmasta naurettavan typerää, koska paradigma ei kykene enää tarpeidenmukaisena itseään myymään.²⁰ Sellainen tekee tieteellisen konkurssin, joka ei enää kykene itseään tarpeidenmukaisena myymään. Mikään tieteellisen evoluution kriteerien ulkopuolisten vaatimusten täyttäminen ei pelasta teoriaa konkurssilta, jos markkinoitavuuden edellytykset puuttuvat.

Paradigman käsitteen käyttöä voidaan pitää oikeustieteessä myös ongelmallisena. Näitä ongelmia aiheutuu käsitteen epämääräisestä sisällöstä ja sen vaihtelevasta käytöstä. Myös evoluutioon ja paradigmaan helposti liittyvät käsitykset oikeustieteen edistymisestä ja sen fundamentaalisesta muuttumisesta voidaan riitauttaa.²¹ Kun oikeustiede perustuu länsimaiseen kulttuuriin, oikeusfilosofiassa ei välttämättä tarvitse nähdä todella fundamentaalisia muutoksia antiikin Kreikkaan verrattuna. Oikeusteoriassa ei puolestaan tarvitse nähdä fundamentaalisia muutoksia antiikin Rooman oikeusoppineiden näkemyksiin nähden. Tässä tutkimuksessa vallitseva paradigman käsite on läheisessä perheyhtäläisessä suhteessa elämänmuodon käsitteeseen nähden. *Kysymys on elämänmuodosta tieteen piirissä*. Se siis viittaa yhteisöllisesti valikoituneen työkalupakkimme kulloiseenkin sisältöön. Tällaisen työkalupakin sisältöön kohdistuu pyrkimyksiä jatkuvaan muutokseen ja uusiin sopeutumiin. Joidenkin työkalujen ja niiden

¹⁸ Kuhn, Tieteellisten vallankumousten rakenne, s. 170–183.

¹⁹ ”Ei voida kieltää, että jokaisen tällaisen tarkoituksenopettajan on toistaiseksi ajan pitkään kukistanut nauru ja järki ja luonto.” Ihmisen elämänhallinnan perusteisiin kuitenkin kuuluu: ”Hänen sukunsa ei voi menestyä, ellei se ajoittain luota elämään! Ja yhä uudestaan ihmisuku säättää aika ajoin: on jotakin, mille ei missään tapauksessa saa nauraa.” Nietzsche, Iloinen tiede, s. 30–31.

²⁰ Kuhn ei varsinaisesti katso voitavan osoittaa vanhan paradigman kuolleen, mutta katsoo kuitenkin uutta paradigmaa vastustavan osalta: ”koko ammattikuntansa kääntymyksen jälkeen vastustusta jatkava ihminen on *ipso facto* lakannut olemasta tiedemies”. Ks. Kuhn, Tieteellisten vallankumousten rakenne, s. 169. Kursivointi lähteessä.

²¹ Paradigman käsitteen ongelmallisuudesta oikeustieteessä ks. Klami 1985, s. 160–173. Tästä myös Siltala, Oikeus 1999, s. 281–282.

käyttötapojen osalta yhteisöllinen hyväksyttävyyys saattaa myös olla hyvin riittävä ja epäselvä. Vaikka oikeustiede ei *fundamentaalisesti* muuttuisi tai edistyi, se voi kuitenkin saada erilaisia muotoja erilaisissa yhteisöllisissä konteksteissa, jossa hyväksyttävyyys riippuu kulloisestakin elämänmuodon kokonaisuudesta.²² Oikeustieteen ja sen tuotosten evoluutio on puolestaan *sopeutumista* kulloisiinkin yhteiskunnassa ilmeneviin tarpeisiin. Työkalupakkimme sisältö siis vaihtelee tarpeiden mukaan. Tätä ei tarvitse pitää edistykseenä, vaan ainoastaan evolutiivisen sopeutumisen tarvetaustaisen pyrkimyksen ilmentymänä.

1.3 OIKEUSPERIAATTEEN MÄÄRITELMÄ

Oikeusperiaatteen määrittely ei ole yksiselitteistä ja helppoa. Oikeusperiaatteiksi kutsutuilla normeilla, ideoilla ja konstruktioilla on länsimaisessa oikeusajattelussa lukuisia merkityssisältöjä, ja niihin nojaututaan hyvin vaihtelevista syistä. Periaatteet voidaan mieltää oikeudellisen ratkaisutoiminnan viimekätisiksi koetinkiviksi tai ylimpien moraalisten arvojen juridisiksi konkretisoinneiksi, mutta periaatteet saatetaan luokitella myös lähinnä muodollisilla perusteilla kulloinkin vallitsevan oikeuslähdeopin tai normiteoreettisen dogmin osajoukoksi, jolloin ne voidaan nähdä esimerkiksi argumentteina ilman varsinaista normatiivista statusta. Myös kansainväliselle oikeusfilosofiselle ja oikeusteoreettiselle keskustelulle on ollut ominaista epäselvyys ja vakiintumattomuus oikeusperiaatteen käsitteestä.²³

Määrittelykysymyksien parissa käytyjen keskustelujen tarkkaan analyysiin ei ryhdytä tässä tutkimuksessa, vaikka näitä keskusteluja sivutaankin monessa kohdassa. Oikeusperiaatteiden tunnistamisen ontologisista ja epistemologisista kriteereistä ei välttämättä tarvitse esittää mitään sellaista, jonka perusteella voitaisiin *ehdottomalla varmuudella* tietää, mikä on

²² Vaikka postmodernissa ilmapiirissä mikään ei tule täydellisesti nauretuksi kuoliaaksi, on kuitenkin Siltalan tavoin pidettävä ilmeisenä, ettei myöskään täydellisen arvoneutraali 'metodit on monet' -tyyppinen metodinen synkretismi vastaa tiedeyhteisön omaa käsitystä oikeuden eri analyysimenetelmien paremmuudesta tai huonommuudesta. Ks. tästä Siltala, Oikeus 1999, s. 281.

²³ Ks. seuraavat: Tähti 1995, s. 1. Alexy 1985, s. 71–77. Dworkin, Taking Rights Seriously, s. 14. Klami 1989, s. 75.

periaate, ja miksi tietyt normit ovat nimenomaan periaatteita.²⁴ Huolimatta siitä, että oikeudellisen periaatteen käsitteellä on lukuisia toisistaan poikkeavia luonnehdintoja, merkityssisältöjä ja vaikutustapoja, esimerkiksi väärinkäsitysten vaara ei ole estänyt termin käyttämistä sen enempää kansallisesti kuin kansainvälisestikään erilaisissa oikeuskulttuureissa.²⁵ Oikeusperiaatteiden merkitys juridisessa argumentaatioissa on lähestyttävissä myös käyttäytymishavaintoihin nojautuvasta realistisesta näkökulmasta. Miksi juristien keskuudessa oikeusperiaatteisiin turvauduttaisiin suuressa määrin, jos niillä ei olisi tosiasiallista huomattavaa merkitystä juridisessa argumentaatioissa ja siihen liittyvissä oikeudellisissa elämänhallintapyrkimyksissä?²⁶ Käsitys normin periaatetyypisyydestä on olemassa tarkan määritelmän asemasta eräänlaisena elävänä ja käyttötarkoitusten tuomiin haasteisiin reagoivana perheyhtäläisyyksiin nojautuvana aarniolais-wittgensteinilaisena kielipelinä ja avoimena nippukäsitteenä. Se voidaan mieltää myös sumeana käsitteenä.²⁷ Ehdottomien määrittelyjen ja totuuksien puutteen nimittäin ei tarvitse estää käyttämästä oikeusperiaatetta oikeudellisessa argumentaatioissa²⁸ sellaisilla tavoilla, jotka voivat perustellusti etäännyttää oikeudellista ratkaisutoimintaa jollakin tavalla perustelujen puutteesta tai perustelujen äärimmäisestä niukkuudesta ja kapea-alaisuudesta – siis heikosta tyydytyksestä oikeudellisen elämänhallinnan tarpeille.

²⁴ Vrt. Tähti, 1995 s. 150. Kommentoیدessaan Laakson analyysia (Laakso 1990, 122–125) oikeusperiaatteiden voimassaolosta ja oikeusperiaatteiden sitovuusasteista Tähti katsoo Laakson periaateanalyysin sikäli vajavaiseksi, että siinä ei laajasti problematisoida periaatteiden tunnistamisen ontologisia ja epistemologisia kriteerejä: mistä varmuudelle tiedämme, mikä on periaate, ja miksi tietyt normit ovat nimenomaan periaatteita? Kysymys on Tähten mukaan erittäin keskeinen riippumatta siitä, onko kyse periaatetyypisistä normeista vai perinteisistä yleisistä oikeusperiaateista.

²⁵ Ks. Tähti 1995, s. 160.

²⁶ Ks. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 38.

²⁷ Ks. sumeista käsitteistä Kosko 1996, s. 20–22.

²⁸ Ks. Klami 1989, s. 75. Klamin mukaan oikeusnormi on pohjimmiltaan (”sist och slutligen”) argumentti.

1.4 MONIMUOTOINEN SITOUTUMINEN JA PAINOARVO

Jotkut käsitykset oikeusperiaatteen voimassaolosta asettavat kyseenalaiseksi voiko oikeusperiaatteiden kohdalla puhua lainkaan voimassaolosta, koska niillä ei ole havaittu olevan binaariloogista rakennetta.²⁹ Oikeusperiaatteella optimointikäskynä on mielestäni nähtävissä myös säännön kaltainen binaarilooginenkin luonne: Joko lainsoveltaja ryhtyy oikeusperiaatteen viitoittamiin optimointeihin ja punnintoihin tai sitten ei siihen ryhdy, vaan hyppää kokonaan optimointikäskyn ylitse sitä mitenkään ratkaisusaan huomioimatta.³⁰ Oikeusperiaatteen hylkäämisestä hyppäämällä sen ylitse seuraa ilmeinen riski ikävistä seurauksista. Tuomarille saattaa olla seuraamuksena ratkaisun muuttuminen ylemmissä oikeusasteissa, joka piinan määrällä mitattuna voi sanktiona tuntua joissakin tapauksissa alituomarista suuremmalta piinalta kuin on ehdollinen vankeustuomio³¹ (eli ”ehtoollinen”) jollekin elämäntaparikolliselle. Huonosti perusteltuun ratkaisuun kohdistuva arvostelu – tuomioistuinlaitoksen ulkopuoleltakin – voi murentaa itsetuntoa enemmän kuin asiattomaksi helposti luokiteltavissa oleva hyvin perusteltuun ratkaisuun kohdistuva arvostelu. Hyvin perusteltuihin ratkaisuihin kohdistuva voimakaskin arvostelu on torjuttavissa ilman uhkaa alitajuisten mielen kalvavien matojen syntymisestä. Oikeusperiaatteen psykologista sidonnaisuutta koskevassa luvussa väitän myös tuomarin saattavan vaarantaa oikeudellisen tiedonhallintansa oleellisia psykologisia edellytyksiä ja elämänhallintaansa laajemminkin, jos hän (ilveh-tijän lailla) hyppää oikeusperiaatteen ylitse pilkkaamalla yleensä samalla oikeusvarmuuden vallantahtoon liittyviä perusteltuja odotuksia. Vaikka torjunnan mekanismit ovat osana tervettä elämää ja tervettä ihmisen psyykettä, omien fundamentaalisten sitoumusten ja muiden keskeisten elämänhallinnallisten sitoumusten vastainen torjunta voi olla sellainen hyppy, ilveh-tijän hyppy, joka aiheuttaa torjujalle kielteisiä seurauksia.

²⁹ Ks. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 41. ”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 principles dimension of weight.” Omituisempaan kyllä pidän väitettä, että optimointikäsky ei olisi lainkaan voimassa oikeusnormina, vaikka sitä erilaisiin oikeuslähteisiin nojautuen sovelletaan ja pidetään sitovana ja velvoittavana. Ks. myös Tuori 1990, s. 4–5.

³⁰ Ks. Aarnio, *Oikeus* 1989, s. 118.

³¹ Yleisesti ottaen rangaistusmuoto on silti todennäköisesti tehokas.

Myös oikeudelliseen elämänhallintaan pyrkivälle oikeusalamaiselle oikeusperiaatteeseen voi sisältyä binaarilooginen merkitys, vaikka oikeusperiaatteen korkea yleisyys- ja abstraktioaste lisäisi tulkinnallisuutta. Kansalainen voi joko ottaa oikeusperiaatteen ilmaiseman yleisen ja suuntaa antavan käyttäytymisvelvoitteen käyttäytymisestään päättäessään huomioon tai sitten hän ei niin tee. Esimerkiksi lojaliteettiperiaatteen ilmaisemaa yleistä käyttäytymisvelvoitetta rikkova sopimuskumppani lisää riskiään käyttäytymisensä tulemisesta tunnistetuksi sellaisen säännön piirin, jonka soveltamisesta hänelle aiheutuu haitallinen seuraamus, jos hän ei edes yritä noudattaa käyttäytymisessään lojaliteettiperiaatetta. Esimerkiksi yleistä huolellisuuden periaatetta rikkova kansalainen lisää puolestaan riskiään käyttäytymisensä ajautumisesta tuottamuksellista rikosta merkitsevän säännön tunnusmerkistöihin.

Oikeusnormin voimassaoloon on oikeusteoriassa melko yksimielisesti nähty kolme perusnäkökulmaa. Aarnio esittää oikeuden voimassaolon perusnäkökulmiksi muodollisen voimassaolon, voimassaolon tehokkuutena ja hyväksyttävyyteen perustuvan voimassaolon.³² Alexy näkee oikeusnormin voimassaolon perustuvan muodollisjuridiseen, eettiseen ja sosiologiseen näkökulmaan.³³ Tolonen puolestaan näkee normatiivisen, faktisen ja arvosuuntauneen näkökulman edustavan tämän vuosisadan oikeusteorian pääsuuntauksia.³⁴ Pöyhönen puolestaan näkee klassisen kolmion eri kulmien painottuvan eri tavoilla oikeuden materiaalsen ja formaalsen tarkastelun kannalta.³⁵ Tässä tutkimuksessa pyritään tukeutumaan kaikkiin tämän klassisen oikeuden voimassaolon kolmion kulmiin. Klassisen kolmion eri kulmiin kuuluvat perusnäkökulmat oikeuden voimassaoloon painottuvat kuitenkin oikeusperiaatteen osalta toisin kuin oikeussäännön osalta, koska erityisesti oikeuden voimassaolon hyväksyttävyyteen painottuneet näkökulmat saavat yleensä enemmän painoarvoa oikeusperiaatteen osalta muodollisjuridisesti painottuneen näkökulman kutistuesssa helposti kysymykseksi institutionaalisesta tuesta.³⁶ Siten oikeusperiaatteen voimassaolo on nähtävissä myös luonteeltaan dynaamisempänä ja moniasteisempänä kuin sääntöjen (Dworkinin näkökulmasta nähty) voimassaolo.

³² Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 84–97.

³³ Ks. Alexy 1992, s. 139

³⁴ Ks. H. Tolonen, *Minun metodini*, s. 281.

³⁵ Ks. Pöyhönen 1988, s. 32.

³⁶ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 99. Ks. myös Aarnio 1998 (JK Tuori), s. 83–96.

Käsitys oikeusperiaatteen painoarvosta ja painoulottuvuudesta tässä tutkimuksessa pohjautuu muodollisjuridisen formaalisuuden, aineellisoikeudellisen merkityssisällön ja empiirisesti havaittavan tehokkuuden yhteisvaikutuksen argumentatiiviseen voimaan oikeudellisen elämänhallinnan tarpeiden tyydyttäjänä. Oikeusperiaatteen painoarvo ratkaistaan siis oikeuden voimassaolon erilaisiin kriteereihin nojautumalla. Oikeusperiaatteen painoarvon kannalta on ratkaisevaa, kuinka voimakkaasti oikeusperiaate kytkeytyy oikeuden tausta-arvoihin ja taustatavoitteisiin. Painoarvon kannalta on oleellista myös se, että oikeusperiaate voidaan kiinnittää muodollisjuridisesta näkökulmasta auktoritatiivisiin teksteihin erilaisten normatiivisten ehtojen liikettä ja niiden merkityksen vaihtelua osoittavilla rationaalisuusstrategioilla, jotka ovat myös institutionaalisen tuen osoittamisen ajatuksellisia työkaluja. Ulkoisesta näkökulmasta oikeuden voimassaoloa tehokkuuden kannalta tarkasteleva näkökulmakaan ei ole merkityksetön oikeusperiaatteen painoarvoa ajatellen, kun katse kohdistetaan optimointikäskyn tehokkuuteen nimenomaan optimointikäskyn huomioimisena punninnan ja optimointien lopputuloksiin painottuneen tarkastelun asemesta.³⁷ Onko tuomarien ideologioissa³⁸ oikeusperiaate optimointikäskynä vaikuttanut säännön hahmottamiseen ja ”viilaamiseen” normiformulaatioiden pohjalta millään tavalla vai onko oikeusperiaatteeseen sisältyvän optimointikäskyn ylitse kokonaan hypätty? Havaintojen tekeminen tässä suhteessa tosin on vaikeaa, jos ratkaisujen perusteluissa noudatetaan niukkaa eksplikointia, jossa ratkaisuun päättymisen perusteet suorastaan yritetään salata.

Hannu Tolosen tavoin on erotettava toisistaan periaatteen yleinen abstrakti voimassaolo periaatteen soveltamisesta konkreettisessa ratkaisu- tai tulkintatilanteissa. Ne ovat käsitteellisesti eri asioita. Myös periaatteen painoarvolla tai painoulottuvuudella voi olla erilainen merkitys ja sisältö näissä tilanteissa. Tolosen mukaan Dworkin ei tätä eroa hahmottanut oikeusperiaatteen painoulottuvuuden kysymystä pohtiessaan.³⁹ Koska Dworkin ei hahmottanut tätä erottelua, ei hän ole kyennyt hahmottamaan myöskään oikeusperiaatteen voimassaolon ja sen soveltamisen tilanteita erillisinä kysymyksinä, vaan on liittänyt ne yhteen omassa painoulottuvuuden

³⁷ Aarnio painottaa oikeusperiaatteen tehokkuusvoimassaolon kannalta keskeisenä niitä poikkeuksellisia tilanteita, joissa jokin kiperä tapaus ratkaistaan suoraan oikeusperiaatteen nojalla. Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 99.

³⁸ Sekä sisäisestä että *ulkoisesta* näkökulmasta.

³⁹ Ks. H. Tolonen, Oikeustiede 1989, s. 349.

käsitteessään. Nämä erilaiset tilanteet herättävät kuitenkin erilaisia kysymyksiä. Onko periaatteen painoarvo niin suuri, että vain voimassaolevan oikeuden ylitse hyppäävä ilvehtijätuomari jättäisi *ottamatta huomioon* lainkaan siihen liittyviä näkökohtia optimoinnissa, punninnassa ja tulkinnassa? Onko toisaalta periaatteen painoarvo niin suuri, että konkreettisessa tilanteessa sillä on lainkaan tai ainakaan oleellista *vaikutusta lopulliseen ratkaisuun ja sääntöön*, vaikka se olisi punninnassa ja tulkinnassa otettu huomioon? Tässä tutkimuksessa huomio kohdistetaan nimenomaan Tolosen oikeusperiaatteen abstraktiksi ja yleiseksi voimassaoloksi nimeämän ilmiön edellytyksiin ja perusteisiin.

1.5 PYRKIMYS HALLITTAVUUTEEN ABSTRAKTEILLA NORMI-IDEOILLA

Oikeusperiaatteen luonteen ymmärtämisen kannalta on perusteltua pyrkiä liittämään oikeusperiaate konstruktiona sen luonnetta ja käyttötarkoitusta selittävään metakontekstiin länsimaisen ajatteluperinteen suuriin linjoihin. Vaikka oikeusperiaate voidaan nähdä monella tavalla, siinä voidaan kuitenkin yleensä nähdä jonkinlainen länsimaisen ajattelun keskeisiin linjoihin ja pyrkimykseen liittyvä ydin ja perusluonne. Oikeusperiaate normi-ideana liittyy luontevasti länsimaisen filosofian valtavirtaiseen platonilaiseen perinteeseen pyrkiä totalisoinnin strategioilla konstruoimaan abstrakteja ja syntetisoituja entiteettejä,⁴⁰ joiden avulla pyritään *hallitsemaan* (= *selittämään, justifioimaan ja ennakoimaan*) erilaisia oikeudellisia ilmiöitä. Tällöin on kyse usein tyypillisistä alemman ja ylemmän abstraktiotason sidonaisuhteista. Tällainen eri abstraktiotasojen suhde voidaan nähdä rationaalisuustason työkalupakkimme työkalujen ja pintatason yksittäisten tekstinpätkien välillä. Tämän ajattelun kantilaisissa sovellutuksissa korkeamman abstraktiotason yleistyksiin perustuvat normi-ideat muotoilevat alemman abstraktio- ja yleisyystason pitämistä ja asettuvat vaatimaan olemiselta muuttumista pitämisen esittämän ideaalisen olemuksen mukaiseksi tai säilymistä tämän olemuksen mukaisena.⁴¹ Yksinkertaistetulta ytimeltään

⁴⁰ Konstruktiivisen ajattelun vaikutuksesta suomalaisessa oikeustieteessä tällä vuosikaudalla esim. Aarnio 1977, s. 5–6 ja 24–26.

⁴¹ Päämäärien pitämisen valtakunnat esittävät vaatimuksia olevalle. Ks. Niemi 1996, s. 1.

edellinen merkitsee, että työkaluilla muotoillaan työn kohteen velvoittavan sisällön merkitystä, jolloin oikeusperiaatteet voivat määrätä lakikirjasta poimimiemme yksittäisten tekstipätkien tulkinnallisen sisällön.

Yksittäiset ilmiöt tai entiteetit ovat hallitsematonta varjotodellisuutta platonilaisessa luolavertauksessa. Sellaisina voidaan nähdä myös yksittäiset auktoritatiiviset tekstinpätkät. Hallittavuus ja ennakoitavuus syntyy niin oikeudellisten kuin muidenkin ilmiöiden liittämällä abstrakteihin konstruktioihin ja näiden ilmiöiden tarkastelemisella konstruktioiden valossa. Tuorin tavoin tämä pyrkimys hallittavuuteen ja ennakoitavuuteen voidaan nähdä pyrkimyksenä turvautua oikeuden pintatasoa (platonilaista pinnallista ja muuttuvaa varjotodellisuutta) syvempiin tasoihin, jolloin näiden syvempien tasojen konstruoinnista tai rekonstruoinnista kutsutaan Tuorin käsitteistössä sedimentoitumiseksi.⁴² Tämä älyllinen sankaruuspyrkimys on taistelua sattuman ja mielivallan diktatuuria vastaan hahmottamalla mielekkäitä kokonaisuuksia, joissa yksittäinen ja yllättävä singulaarinen alistetaan kokonaisuuksia ilmentäville ideoille. Voiko mikään kuvata länsimaisen kulttuurin älyllistä luonnetta paremmin kuin tämä platonilainen pyrkimys uljaasti taistella niin luonnon kuin ihmismielenkin selittämättömien ja ennakoimattomien ilmiöiden tuomaa epävarmuutta vastaan? Tätä abstrahoimisen ja konstruoinnisen pyrkimystä kuitenkin arvostelee länsimaisen filosofian dekonstruktivistinen vastavirta, joka oikeusteoreettisessa yhteydessä ilmenee platonilaisen perinteen mukaisen totalisoivan ajattelutavan vastustuksena tai ainakin kritiikkinä ja varauksellisuutena sitä kohtaan. Se tuo esille vaiennetun singulaarisuuden ääntä.⁴³

1.6 MÄÄRITTÄMÄTTÖMYYDEN JA ENNAKOIMATTOMUUDEN HAASTE

Oikeudellisten väitteiden perustelemisen tarve ja vaatimus nousee äärimmäisen syvälle länsimaiseen kulttuuriin kietoutuneesta oikeuden janosta.

⁴² Ks. Tuori, *Minun metodini*, s. 322. Varsinainen puhdas platonilainen näkökulma tosin painottaisi Tuorin mallin kritiikkisuhdetta, jossa normi-ideat määräävät pintatasoa. Oikeusperiaatteen voimassaolon perustelu puolestaan on luontevaa liittää sedimentoitumiseen.

⁴³ Ks. oikeudesta konstruktiivisena ja dekonstruktiivisena ilmiönä Kempainen 1990, s. 17. Hirvosen väitöskirjan yhtenä keskeisenä teemana on tuoda esille singulaarisuuden näkökulmaa. Ks. Hirvonen 2000.

Osoituksena tästä valtavasta oikeuden janosta ei tarvitse kuin viitata Sokrateen ja Jeesus Nasaretilaisen *oikeudenkäyntikertomusten* valtavaan vaikutukseen koko länsimaiseen ajatteluun ja kokonaiskulttuuriin. Sattumaa tuskin on sekään, että länsimaiseen kulttuuriin liittyy voimakkaasti tuomari-Jumala, joka viimeisellä tuomiolla käyttää lopullista tuomiovaltaa. Valtava oikeudellinen tarve syrjäyttää persoonattomat maailmanhenget ja nostaa valtaan absoluuttisen Tuomarin, kristillisen kulttuurin Jumalan. Millaiset perinteiset tarpeet siis synnyttävätkään Dworkinin supertuomari Herkuleksen? Hyppäisikö vain ilvehtijä kokonaan näiden *tarpeiden* ylitse? Oikeudellisten päätösten perustelemiselle on siis jatkuva vankka peruskysyntä, jota mitkään poliittiset tai kulttuurilliset pintailmiöt eivät pysty oleellisesti muuttamaan. Postmoderniksikin sanotulla aikakaudellamme, jolloin suuret yleiset kertomukset ja totuuksien mahdollisuudetkin on potkittu pois jumalallisilta jalustoiltaan, perustelemisen *haaste* on vain kasvanut.

Postmodernismin ja dekonstruktivismin hengessä voidaan esittää Koskenniemen tavoin väite juridisten argumenttien perimmäisestä indeterminantista luonteesta, jolloin normi N on yhtä validi kuin $\neg N$ ja ratkaisu X on jokaisessa tilanteessa perimmältään yhtä perusteltu kuin $\neg X$. Käytännössä oikeudellisia ratkaisuja perusteltaessa kuitenkin argumentaation palautuminen johdonmukaisesti ja eksplisiittisesti oikeuslähteisiin ja oikeuskulttuurin muihin vaatimuksiin voi (ainoastaan) tuoda argumentaatiolle hyväksyttävyyden. Tätä vaatii Koskenniemen tyylin asettamaksi vaatimukseksi nimeämä seikka.⁴⁴ Oman käsitykseni mukaan tyylin asettamat vaatimukset ovat vallitsevan elämänmuodon ilmentymä, jonka taustalla on laumavaiston vaatimuksia. Tyylin taju on nähdäkseni pitkälle analoginen ilmiö Aarnion painottamalle arvojen tajulle.⁴⁵ Oikeusperiaate voi oleellisella tavalla ilmentää kulloiseenkin oikeudelliseen elämänmuotoon ja diskurssiin kuuluvia seikkoja. Oikeusperiaatteiden ylitse hyppäävä tuomari voidaan siis mahdollisesti nähdä – mahdollisesti hänen omienkin fundamentaalisten sitoumusten valossa – halveksuntaa herättävänä ilvehtijätuomarina, jolta puuttuu tyylin ja arvojen taju riippumatta siitä, olisiko lopullinen ratkaisu punninnan ja optimoinnin jälkeen X tai sen negatio $\neg X$. Vaikka ratkaisu voisi olla X tai $\neg X$ *oikeusperiaatteen huomioiminen* valittaessa kumpaa tahansa voi olla perusteltua. Elämänmuodon (laumavaiston) vaatimasta tyylistä (ja arvoista) luopuminen johtaa ongelmiin. Ne ovat yhteisön kan-

⁴⁴ Ks. Koskenniemi, *Minun metodini*, s. 182–184.

⁴⁵ Ks. Aarnio Nykypäivän haastattelussa 30.11.1999, s. 18.

nalta yksittäisten ratkaisujen lopputuloksia tärkeämpiä. Yksittäisten ratkaisujen tarkan sisällön ennakoimattomuus ei välttämättä ole vielä törkeä loukkaus oikeusvarmuuden vallantahtoa kohtaan. Täydellinen piittaamattomuus laintulkinnassa sellaisia keskeisiä oikeusperiaatteita kohtaan, joihin kansalaiset yleisesti elämänhallinnassaan turvaavat yksittäisten ”bongattavien” tekstisisältöjen asemasta, olisi ilvehtijän hyppynä tällainen törkeä loukkaus. Sellaiset hyppy tuottavat yllätyksellisimmät vieteriukot oikeusvarmuuden vallantahtoa ivaamaan. Eri suuntiin vaikuttavien keskeisten oikeusperiaatteiden tuomaa epävarmuutta on sen sijaan perusteltua myös odottaa, joten sellaisessa tilanteessa emme ainakaan tämän tutkimuksen osalta puhu yllätyksellisistä vieteriukoista. Tällöin ratkaisuksi ei yleensä tule X tai $-X$, joka todennäköisesti seuraisi jonkin keskeisen oikeusperiaatteen täydellisestä sivuuttamisesta (vain oikeusperiaate N tai vain oikeusperiaate $-N$), vaan jotakin niiden väliltä.

Pyrkimys perustaa oikeudelliset ratkaisut kiinteämmälle, ennakoitavammalle ja älyllisesti hyväksyttävämmälle pohjalle voi ainakin jossakin suppeassa mielessä olla menestyksellinen, vaikka täydellisen ennakoitavuuden vaatimuksesta jouduttaisiin luopumaan. Jonkinlainen ennakoitavuus on välttämätöntä, jos halutaan puhua yhteiskuntajärjestyksestä missään mielessä. Yhteiskunnan jäsenten toiminta on oltava määrättyyn asteeseen edeltäkäsin laskettavaa, jotta yhteiskuntajärjestys voisi olla mikään järjestys.⁴⁶ On kuitenkin otettava vakavasti dekonstruktivismin haaste hypäämättä ilvehtijän lailla tämän haasteen ylitse. Tällöin on otettava vakavasti myös levinäsilainen näkemys, jonka mukaan platonilais-kantilaisten normi-ideoiden olemusten ei katsota olevan oikeutettuja alistamaan olemista ennakolta, vaan oikeus ja vääryys on tunnistettava kontekstiyhteyden partikulaarisuuksia ja hallinnan ulkopuolelle jääviä toisuuksia kunnioittain kasvoista kasvoihin. Tämä prosessi ilmentää olemisen kohtaamista jatkuvassa kysymyksen tilassa. Oikeudellinen ajattelu ja ratkaisutoiminta haastetaan tässä antamaan ennakoitavien ratkaisujen asemasta kunkin tapauksen kannalta kussakin tilanteessa oikeudenmukaisia ratkaisuja, jossa jatkuva muutos ja tapausten yksilölliset piirteet saavat etusijan.⁴⁷ Oikeusperiaateajattelu voi vastata tähänkin haasteeseen vastaperiaateajattelun myötä jossain määrin, sillä yksi huomioitava oikeusperiaate ei määritä ratkaisun tarkkaa sisältöä, vaikka se olisi huomioitava ja otettava vakavasti.

⁴⁶ Ks. Makkonen 1981, s. 40.

⁴⁷ Ks. Hirvonen 2000, s. 454 ja 482.

Vaikka oikeusperiaate optimointikäskynä olisi pitkälti sidottu platonilais-kantilaiseen normi-ideoiden päämäärien valtakuntaan, jossa ennakoitavuus ja oikeusvarmuuden vallantahto ovat keskeisessä asemassa, se voi konkreettisissa punnintatilanteissa jättää tilaa myös partikulaarisuutta ja hallitsematonta toisuutta kunnioittavalle vääryyden ja oikeuden tunnistamiselle. Tämän mahdollistaa kokonaiskontekstin huomioiminen soveltamistilanteessa optimoinnin ja punninnan yhteydessä. Tässä tutkimuksessa kuitenkin huomio kohdistuu pääasiallisesti optimointikäskyyn olemisen alistumista vaativana totalisoituna pitämisenä, koska tutkimuksen kohteena on abstrakti voimassaolo. Itse soveltamisprosessi punnintana ja optimointina on toinen kysymys. *Oikeusperiaatteen voimassaoloa oikeudellisten ratkaisujen tapauskohtaisen hyväksyttävyyden näkökulmasta voi kuitenkin puoltaa sen kyky vastata normina antitotalisoiviinkin haasteisiin*, jossa oikeusvarmuuden vallantahdon ylivertaisuus haastetaan. Tällaisella tapauskohtaisilla joustavuuden näkökulmilla saatetaan haluta nostaa asianosaisten tarpeet asiassa etusijalle. On nimittäin mahdollista, että periaatteessa ennakoitavan ja oikeuskäytännön yhtenäisyyttä edistävän ratkaisun seurauksena on: OIKEUS VOITTI, MUTTA KAIKKI ASIANOSAISET HÄVISIVÄT.

1.7 PERIAATEVÄITTÄMÄSTÄ JA -SUOSITUKSESTA

Normiväittäjä ja normisuositus voidaan erottaa Klamin esittämällä tavalla toisistaan. Normiväittäjä on väite siitä, että tietyssä oikeusjärjestyksessä on voimassa normi N. Normisuositus on puolestaan oikeuspoliittinen kannanotto, jonka mukaan argumentit a, b, c puhuvat sen puolesta, että T:tä vastaavista tosiasioista seuraisi R ja että tämä pitäisi omaksua normiksi.⁴⁸ Tämä tutkimus pyrkii etsimään perusteita, joilla normiväittämää ja -suositusta oikeusperiaatteesta voidaan sekä tukea että tarkastella kriittisesti. Ensisijaisesti pyrkimys on etsiä niitä kysymyksiä, joita on kohdistettava alustavaan väittämään ja suositukseen. Klamin jaottelua käytettäessä huomio kohdistuu tässä tutkimuksessa kuitenkin lähinnä normiväittämään, koska kysymys on oikeusperiaatteen voimassaolosta lainsoveltajaan koh-

⁴⁸ Ks. Klami 1973, s. 2.

distuvassa ja tämän käyttämässä oikeudellisessa argumentaatiossa. Samat argumentit saattavat tietysti olla oikeuspoliittisiakin.

Onko tällainen pätevän periaatesuosituksen tai periaateväittämän edellytysten etsimiseen keskittyvä tutkimus sitten mitenkään tarpeellinen vai onko tällainen näkökulma oikeusperiaatteisiin ja niiden voimassaoloon tarpeeton ja siinä mielessä virheellinen? Esimerkiksi Tähti esittää väitöskirjassaan, että kieleemme kuuluu normisuosituksen käsite, mutta ”periaatesuositus” ei ole ainakaan oikeustieteessä käytettävä termi. Se olisikin tämän väitöskirjan mukaan tavallisesti tarpeeton, ”koska suositettuja periaatteita ollaan usein valmiina jo ensimmäisestä lausumastaan asti pitämään voimassa olevan oikeuden osana”. Tähti siis käyttää tässä normisuosituksen käsitettä samassa merkityksessä, jonka Klami edellä viitatussa, tosin vanhassa, tutkimuksessa nimeää normiväittämäksi. Oikeuskirjallisuudessa ja varsinkin ratkaisukäytännössä löytyy Tähten mukaan erittäin niukasti merkkejä siitä, että jonkin ehdotetun periaatteen oikeusjärjestykseen kuuluminen olisi pyritty kiistämään.⁴⁹

Oikeusperiaatteen luonteeseen kuuluu, että se ei menetä voimassaoloaan tultuaan sovellutustilanteissa syrjäytetyksi. Tämä luonnollisesti vähentää intressiä väittää jotakin oikeusperiaatetta kokonaan oikeusjärjestykseen kuulumattomaksi silloinkaan, kun joku on tuonut oikeudelliseen keskusteluun väitteen jonkun oikeusperiaatteen voimassaolosta varsin heikoilla perusteilla. Oikeusperiaatteen voimassaolo voidaankin nähdä Aarnion mukaan myös heikkona voimassaolona eräänlaisessa alkutilassa ennen sen institutionaalistumista, jos se vain jotenkin on osana sellaista koherenttia perustelutaustaa, johon on jotenkin liitetty auktoritatiivisia oikeuslähteitä.⁵⁰ Toisaalta oikeusjärjestykseen kuuluviksi oikeusperiaatteiksi kutsutaan sellaisia normatiivisia yleistyksiä, joille ei välttämättä ole tarkoitettukaan mitään itsenäistä normatiivista velvoittavuutta, vaan niillä on vain jonkinlainen semanttinen ja käsitteellinen tarkoitus selkeyttää oikeudellista ajattelua ja kielellistä eksplikaatiota. Juristeilla tuskin on suurta intressiä ryhtyä luonteeltaan lähes täydellisesti semanttisiin tai moraalifilosofisiin väiteltyihin, jos voimassaolevaksi väitetyn oikeusperiaatteen yhteys normatiiviseen velvoittavuuteen on olematon tai ainakin äärimmäisen heikko. Väitetä heikosta voimassaolosta ei ole yleensä missään olosuhteissa tarpeellista yrittää kiistää juridisessa diskurssissa.

⁴⁹ Ks. Tähti 1995, s. 24.

⁵⁰ Aarnio, Oikeus 1989, s. 120–121.

Tähden havaintojen valossa näyttäisi siltä, että oikeusperiaatteen voimassaoloon jollakin heikolla tavalla riittäisi pelkkä oikeusperiaatteen nimeäminen ja sen tuominen oikeustieteelliseen keskusteluun. Näissä kaikkein heikoimmissa voimassaolon tapauksissa, joissa turvaudutaan eräänlaiseen nominalistisen ontologian ja oikeudellisen realismin⁵¹ sekoitukseen, ei ole kuitenkaan voimassaolon todellisen painoarvon ja laajuuden kannalta kovinkaan perusteltua puhua oikeusperiaatteen täysimittaisesta voimassaolosta tai edes normisuosituksesta tai -väittämästä oikeusperiaatteen voimassaolosta, vaan vasta alustavasta normisuosituksesta tai -väittämästä oikeusperiaatteen voimassaolosta, vaikka tämä alustavan väittämän esittäminen entiteetti jo jollain heikolla tavalla kuuluisi normina oikeusjärjestykseen. Perustellut oikeusperiaatteen voimassaolon kriteerit on asetettava paljon pelkkää nimeämistä ja nimettyjen oikeusperiaatteiden ”bongaamista” vaativammiksi.⁵² Vahvoista oikeuslähteistä ”bongaamisella” on toki huomattava painoarvo, mutta kysymystä oikeusperiaatteen voimassaolosta ei ole tälläkään havainnolla tyhjennetty. Optimointikäskyn normatiivisesta painoarvosta Tolosen tarkoittaman abstraktin ja yleisen voimassaolon näkökulmasta emme voi vielä välttämättä sanoa paljonkaan pelkän ”tekstiempirian” ja ”tekstibongaamisen” perusteella. Vasta yhteydet pintatasoa syvempiin

⁵¹ Vaikka oikeustieteen ja ratkaisukäytännön piirissä voimassaolon kriteereiksi olisi todellisuudessa säännönmukaisesti hyväksytty periaatteen nimeäminen (tähän Tähden väitöskirja perustellusti viittaisi s. 1, 27, 29), tällainen empiiris-realistinen toteamus ei poista velvollisuutta tarkastella juristien keskuudessa vakiintuneen sosiaalisen käytännön tai normin hyväksyttävyyttä laajemmasta näkökulmasta. Ks. esimerkiksi Klami 1986, s. 44, jossa esimerkkinä mustien tosiasiallista ja säännönmukaista syrjintää vastaan eräissä USA:n osavaltioissa voidaan luontevasti esittää normatiivisia ja arvostuksellisia elementtejä tarkasteltaessa tämän säännönmukaisen käytännön oikeutusta.

⁵² Vrt. Tähti 1995, s. 151–152. Tähden mukaan oikeuskirjallisuus ja lainvalvojien ratkaisut vahvistavat sitä argumentaatiokäytännön perusteella esitettävissä olevaa oletusta, jonka mukaan hallinto-oikeudellisen periaatteen alkuperän, olemassaolon, sisällön tai velvoittavuuden kyseenalaistavalla on argumentaatiotaakka. Periaatteilla operoimista ei ole tapana eritellä silloinkaan, kun niille on annettu viranomaistoimintaa ilmiselvästi ohjaava merkitys.

Tähden mukaan esimerkiksi ylimpien lainvalvojien ratkaisuja tutkittaessa huomataan, että perusteluittakin periaatteeksi nimetty entiteetti saattaa toistuvan soveltamisen kautta vahvistaa asemaansa siten, ettei periaatteen soveltamisen alkuvaiheessa mahdollisesti ilmenneisiin ongelmakohtiin enää kiinnitetä huomiota. Tätä taustaa vasten voidaan perustellusti Tähden mukaan väittää, että nimeäminen luo periaatteen ja että soveltaminen vahvistaa vaikutelmaa periaatteen voimassaolosta.

Tällainen Tähden havaitsema käytäntö saattaa johtaa heikkotasoiseen argumentaatioon oikeusperiaatteilla tai suorastaan argumentaation tukahduttamiseen epämääräisillä vetoamisilla oikeusperiaatteisiin, jolloin myös oikeuden teleologia ja aksiologia pyritään kätkemään.

oikeuden tasoihin ja rationaaliset yhteydet muihin auktoritatiivisiin teksteihin sekä oikeuden tausta-arvoihin ja -tavoitteisiin voivat paljastaa voimassaolon todellisen painoarvon voimana ja ulottuvuutena.

Alustava normisuositus tai -väittäjä oikeusperiaatteen voimassaolosta on alistettava tarkasteluun oikeusnormin voimassaolon kriteerien valossa yleisesti hyväksyttyjen arvojen ja tavoitteiden näkökulmasta sekä mahdollisen institutionaalisen tuen ja ulkoisen näkökulman mukaisesti tarkasteltavan tehokkuuden näkökulmista. Vasta tämä tarkastelu voi antaa täsmällisempää tietoa voimassaolon laadusta ja vastata tarkemmin seuraaviin kysymyksiin: *MITEN OIKEUSPERIAATE ON PERUSTELLUSTI VOIMASSA? MISSÄ LAAJUUDESSA JA VAHVUUDESSA (PAINOARVOSSA) OIKEUSPERIAATE ON PERUSTELLUSTI VOIMASSA?* Pelkällä oikeusperiaatteen nimeämisellä oikeustieteellisessä keskustelussa voi kertoa, että oikeusperiaate on todennäköisesti voimassa jollakin tavalla. Se ei kuitenkaan yleensä riitä tyydyttävällä tavalla vastaamaan siihen, mitä on oikeastaan voimassa ja miten velvoittavana jotakin on voimassa.⁵³ Nykyisen länsimaisen ihmisen oikeuskäsitys ei välttämättä niele epämääräisiä viittauksia hyväksyttävinä perusteluina.⁵⁴ Oikeusperiaatteen voimassaoloa ei voitane nähdä vahvempana kuin se ilmenee *perusteltuna* väitteenä oikeusperiaatteen voimassaolosta.

Oikeusperiaate saatetaan joutua määrittelemään myös kussakin asia-yhteydessä erikseen, jotta sitä käytettäessä ei luotaisi enemmän hämmennystä kuin jäsenystä.⁵⁵ Tämä tietysti hämärtää abstraktin voimassaolon ja soveltamisen prosessin eroja. Samoja argumentteja käytetään perusteltaessa voimassaoloa ja perusteltaessa soveltuvuutta. Lopullisille ja haastamattomille väitteille oikeusperiaatteen voimassaolosta tämä tutkimus ei jo relativistisen ja pragmaattisen taustafilosofiansa valossa kykene tai edes pyri antamaan kriteerejä. Tutkimuksen aito pyrkimys on kuitenkin esittää mahdollisimman monipuolisia kriteerejä perustella väittämät oikeusperiaatteen voimassaolosta mahdollisimman hyvin. Nämä argumentit ovat myös oikeusperiaatteen soveltamisen kannalta keskeisiä. Lähtökohtanahan on, että oikeuden tulee olla voimassa, jotta sitä voidaan soveltaa.

⁵³ Ks. Peczenik 1995, s. 110.

⁵⁴ Esimerkiksi islamilaisessa kulttuurissa tilanne saattaa kuitenkin olla toinen. Selostaessaan islamilaista oikeuskäsitystä Mutahhari kiinnittää verrattain suuressa määrin huomiota oikeudellisiin periaatteisiin. Hänen mukaansa periaatteisiin viittaaminen palauttaa argumentoinnin lähtökohta-aksioomiin, joille ei ole tapana vaatia selityksiä ja perusteluja (ks. Mutahhari 1984, s. 11).

⁵⁵ Ks. Tähti 1995, s. 63.

2 Oikeusperiaate normityyppinä

2.1 OIKEUSPERIAATTEEN KESKEISIÄ TUNNUSMERKKEJÄ

Oikeusteoreettisessa periaatekeskustelussa on ollut tyypillistä itse periaatteen käsitettä koskeva epäselvyys, kuten jo johdannossa todettiin. Oikeusperiaatteelle on silti esitetty erilaisia tunnusmerkkejä. Oikeusperiaatteiden tunnusmerkistöihin normityyppinä on esitetty esimerkiksi seuraavia piirteitä: säätämättömyys, yhteys arvoihin, luonnonoikeudellisuus, ylipoisitiivisuus, korkea yleisyysaste, universaalisuus, painoulottuvuuden ominaisuus ja optimointikäskyluonne.⁵⁶ Useimmat näistä tunnusmerkeistä viittaavat nähdäkseni oikeusperiaatteiden luonteeseen työkaluina oikeudellisia ilmiöitä mielekkääseen hallintaan saattavassa tulkinnassa, jolloin ne ovat myös laaja-alaisen yhteyksien muodostajia oikeudellisten ilmiöiden maailmassa.

Oikeusperiaateille on usein tyypillistä, että ne ovat sellainen oikeusjärjestyksemme osa, joka ei perustu mihinkään eksplisiittisesti normiformulaatioista todettavaan säätämisaktiin. Tunnusmerkinä olisi silloin *säätämättömyys*. Oikeusperiaate ei ole useinkaan tavoitettavissa turvautumatta rationaalisuustason työkalupakkimme työkaluihin: se ei ole tavoitettavissa silloin pelkällä yksinkertaisella ”bongaamisella” jostakin tietystä patkasta lakitekstiä, joten se voidaan nähdä eksplisiittisesti säätämättömänä. Tällaisiin säätämättömiin periaatteisiin voidaan lukea Tähten mukaan esimerkiksi hallinto-oikeudelliset harkintavallan rajoitusperiaatteet suurelta osin, sopimusten sitovuuden periaate (pacta sunt servanda) sekä rikosoikeudellinen legaliteettiperiaate ainakin joiltakin osin.⁵⁷ Tähten havaintojen mukaan usein on tietoisesti jätetty sääntelemättä eräitä aihepiirejä, joiden on arveltu olevan riittävän selviä sen vuoksi, että oikeusjärjestyksemme on katsottu sisältyvän tietynlainen säätämätön periaate.⁵⁸ Eksplisiittisesti säätämättömät oikeusperiaatteet tosin voitaisiin haluttaessa *johtaa* ainakin pääosiltaan melko suo-

⁵⁶ Ks. Tähti 1995, s. 144. Ks. myös Aarnio, Reason and Authority, s. 174–176.

⁵⁷ Ks. Tähti 1995, s. 18.

⁵⁸ Ks. Tähti 1995, s. 162.

raan normiformulaatioista.⁵⁹ Lisäksi monet periaatteet saavat suoraan tukea normiformulaaatioista, jolloin ne voidaan jo katsoa *lähes* eksplisiittisesti säädetyiksi oikeusperiaatteiksi, vaikka ne eivät hahmottuisikaan täysin ilman työkalupakkimme työkaluja. Säättämättömyys eksplisiittisen säätämisen puuttumisena ei riitä kuitenkaan yksin tunnusmerkiksi oikeusperiaatteen erottamiseksi oikeussäännöstä, sillä oikeusperiaate on voitu mainita suoraan lakitekstissäkin. Toisaalta oikeusperiaatetta sovellettaessa lopullinen ratkaisu on sääntö,⁶⁰ jolloin tämä oikeusperiaatteiden punninnan ja optimoinnin prosessissa muokkautunut sääntö ei voi perustua eksplisiittiseen säätämiseen ja siihen liittyvään ”tekstiempirian” ja ”bongauksen” strategioihin enempää kuin säännön perustalla olevat oikeusperiaatteetkaan.

Oikeusperiaatteiden tunnusmerkistöihin luettu *painon ulottuvuus* näkyy kahdella tavalla. Ensinnäkin jotkin periaatteet ovat yleiseltä merkitykseltään tärkeämpiä (painavampia) kuin toiset. Periaatteiden systeemin sisäinen arvo siis vaihtelee. Toisaalta periaatteiden välinen ristiriitaisuus (kollisio) ratkaistaan punnitsemalla ja optimoimalla periaatteita suhteessa toisiinsa. Jos kollision edellyttämässä punninnassa painoarvoltaan tärkeämmäksi katsottu periaate sivuuttaa vähämerkityksisempänä pidetyn, ei sivuutettu oikeusperiaate silti lakkaa olemasta voimassa. Se vain antaa kokonaan tai osaksi tilaa painoarvoltaan tärkeämmälle periaatteelle.⁶¹ Oikeusperiaatteet voidaan nähdä *optimointikäskyinä*, joita jokaista on kollisiotilanteissa pyritävä soveltamaan niin pitkälle kuin mahdollista. On siis etsittävä optimaalista kompromissia. Tällöin periaatteiden kollisio johtaa soveltamiseen ”enemmän tai vähemmän”.⁶² Binaarisen Aristoteleen logiikan asemasta on silloin kysymys hänen kultaisen keskitien opistaan tai sitten sumean logiikan mukaisesta keskiarvosta.

Monille oikeusperiaatteille on tunnusomaista, että niillä pyritään luomaan *yhteyttä arvojen, yhteiskunnallisten tavoitteiden ja oikeuden välille*, jolloin ne ovat arvojen, tavoitteiden ja oikeuden leikkauskohdassa.⁶³ Oikeusperiaatteilla viitataan oikeusjärjestyksen perustana oleviin kantaviin ideo-

⁵⁹ Ks. Tähti 1995, s. 18–22.

⁶⁰ Ks. Peczenik 1995, s. 521–548. Oikeusperiaatteelle on Peczenikin mukaan tyypillistä *prima facie* luonteisuus. Se jättää ratkaisun lopulliset normatiiviset premissit avoimeksi. Vasta lopullisen ratkaisusäännön muotoutuminen ATC-punninnassa mahdollistaa normatiivisten premissien täsmentymisen ja sulkeutumisen.

⁶¹ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 79–80.

⁶² Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 80.

⁶³ Ks. Tähti 1995, s. 22.

logisiin arvoperusteisiin, kuten kansansuvereniteettiperiaatteeseen, vallanjakoperiaatteeseen ja oikeusvaltioperiaatteeseen.⁶⁴ Toisaalta arvojen lisäksi oikeusperiaatteet voivat tuoda oikeuden tavoitetaustan mukaan oikeudelliseen harkintaan punnintatilanteiden yhteydessä. Oikeusperiaatteet siis avaavat oikeudellisen ratkaisun premissien muodostumista punnintatilanteissa oikeuden tausta-arvojen ja tavoitteiden huomioimisen suuntaan.

Oikeusperiaatteen yleisyydestä puhuttaessa saatetaan viitata siihen, että periaate voi liittyä useiden erilaisten lopullisten toimintakäskyjen valintaan; tällöin se voidaan nähdä myös tulkinnallisena työkaluna. *Yleisyydellä* voidaan viitata myös konkreettisten soveltamistapausten suurempaan lukumäärään sääntöihin nähden. Oikeusperiaatteen yleisyyttä nimenomaan laaja-alaisuuden merkityksessä tarkoittaa myös se, että oikeusperiaate on saman oikeusyhteisön puitteissa yhteinen useille oikeudenaloille.⁶⁵ Tällaisia ovat erityisesti perusoikeudet, joita sovelletaan laintulkinnassa oikeusperiaateajattelun avulla. Oikeusperiaatteen voimassaolon voidaan katsoa liittyvän vahvasti erilaisiin systematisoinnin, synenergisoinnin ja rationalisoinnin strategioihin, joita tämä tutkimus pyrkii esittelemään, tosin vain oikeusperiaatteen velvoittavuuden muodostumisen näkökulmasta keskeisiltä osin. Viime vuosikymmenten oikeusperiaatekeskustelun alustajana ja keskeisimpänä hahmona pidetty Ronald Dworkin on tarjonnut oikeusperiaatteita pyrkimyksiin *hallita* oikeutta laajemmin kuin pelkkä traditionaalinen (bongaus)positivismi mahdollistaisi. Oikeudellisen tiedon hallitsemisen lisäksi oikeusperiaatteisiin liittyvillä ajattelustrategioilla on mahdollisuus osoittaa oikeusperiaate implisiittisesti säädetyksi, jolloin voidaan usein puhua myös Tuorin tasotteluajatteluun⁶⁶ liittyen pintatasoa syvempiin tasoihin kuuluvasta normatiivisesta ilmiöstä. Implisiittistä säätämistä osoitaviin strategioihin kuuluu yleensä luontevasti mukaan abstraktiotason nostaminen. Tämä puolestaan aiheuttaa *universaalin ja ylipositivistisen vaikutelman*: Yksittäiset puut (atomaariset tekstit) yleensä kuolevat kokonaisia metsiä (systemaattisia aineksia) nopeammin; yksittäisten puiden ja metsän yhteys saattaa hämärtyä. On siten varsin luonnollista, että universalisuus ja ylipositiivisuus voidaan lukea oikeusperiaatteen tunnusmerkkeihin.

Loogisesti ristiriitaisena ei voida pitää sellaista *normiformulaatiota*, joka voisi ilmentää toisissa soveltamistilanteissa sääntöä mutta toisissa taas pe-

⁶⁴ Ks. Laakso 1990, s. 121–122.

⁶⁵ Oikeusperiaatteiden yleisyydestä ks. Makkonen 1981, s. 193–196.

⁶⁶ Ks. Tuori, Minun metodini, s. 319–324.

riaatetta, vaikka lopullisessa soveltamistilanteessa lopullisena velvoitteena ATC⁶⁷ olisi aina sääntö. Sama normiformulaatio voisi johtaa ehdottomaan toimintakäskeyn toisissa tilanteissa, mutta vaatii punnintaa toisissa, jolloin normiformulaatio olisi periaatteena viite ja tuki useaan mahdolliseen sääntöön ja ratkaisuun *prima facie*. Raja oikeusperiaatteen ja oikeussäännön välillä olisi normiformulaation näkökulmasta liukuva, ja yksittäisten normiformulaatioiden jakaminen joko sääntöjen tai periaatteiden ”leiriin” olisi *kategorisena* vaatimuksena mahdoton. Samalla kielellisellä ilmaisulla voi siis olla sekä sääntö- että periaatetulkinta.⁶⁸ Oikeusperiaatteella on kuitenkin yleensä myös yhteyksiä useisiin normiformulaatioihin, vaikka periaate olisi eksplisiittisesti mainittu vain jossakin yksittäisessä normiformulaatiossa.

Sama kielellinen ilmaisu voi toisaalta siis olla ehdoton sääntö, mutta samalla yhdessä toisten sellaisten normiformulaatioiden kanssa, jotka myöskin ilmaisevat selkeästi säännön, se oikeustieteen työkaluilla (rationaalisuustasolla) käsiteltynä on muodostamassa oikeusperiaatetta. Voimme esimerkiksi lukea lukuisista kohdista lakikirjasta selkeistä velvoitteista kuulla asianosaista tai asianosaisia ennen kuin julkista valtaa käyttävä tuomioistuimien tai muu viranomaisen tekee lakia soveltavan ja noudattavan ratkaisunsa tai toimenpiteensä. Oikeustiede voi näitä lainkohtia työkaluillaan käsitellen muokata asianosaisten kuulemiseen velvoittavan yleisen oikeusperiaatteen, joka saa valtavaa tukea (institutionaalista tukea) lukuisista yksittäisistä normiformulaatioista. Samalla se tosin saa tukea myös yksittäisten lainkohtien tausta-arvoista ja tavoitteista, joilla on yhtymäkohtansa myös vallitsevan elämänmuodon mukaisiin käsityksiin. Silloin oikeusperiaatteen voi hyväksyä ja ymmärtää luultavasti sellainenkin ihminen, joka ei koskaan ole lakikirjaa avannut. Tämä ”tavallinen kansalainen” kokee oikeutetusti, että länsimaisen oikeusvaltion julkiseen vallankäyttöön ei tulisi missään tapauksessa kuulua lynkkausluonteiselle toiminnalle ominainen ilvehtijän hyppytanssi yli päätöksenteon kohteiden näkökantojen – kuulematta heitä millään tavalla. Tällaisia ilvehtijän hyppytansseja harrastavaa julkista vallankäyttöä hän oikeutetusti halveksuu. Tämä oikeutettu halveksunta muodostaa enemmän tai vähemmän halveksunnan kohteelle – hänen omien fundamentaalisten sitoumustensa vuoksi – sellaisia kalvavia mielenmatoja, jotka vain kasvavat yritettäessä torjua tietoisuudesta tätä halvek-

⁶⁷ ATC = all things considered = kokonaiskontekstiyhteydet huomioiden.

⁶⁸ Ks. Aarnio, Oikeus 1989, s. 112–122. Ks. myös Lappi-Seppälä 1987, s. 26–28.

suntaa. Tämä oikeusperiaatteeseen sitoutunut kokonaisuus voi merkitä sitä, että kuulemisen suorittaminen voidaan katsoa ja kokea velvoittavana jopa sellaisessakin tapauksessa, jossa ehdotonta velvoitetta sellaiseen ei olisi mistään normiformulaatiosta suoraan luettavissa. Tämä esimerkki paljastaa mielestäni monelle oikeusperiaatteelle hyvin keskeisen piirteen: **oikeusperiaate luo yhteyksiä oikeuden maailmassa ja saa velvoittavuuttaan monesta yhteydestä.** Tässä on myös oikeusperiaatteiden tärkein anti oikeuden maailmassa.

2.2 OIKEUSPERIAATTEEN KESKEISET FUNKTIOT

2.2.1 Funktio normi-ideana: jäsenitys, hallinta ja pysyvyys

Korkeamman abstraktiotason entiteetti tavoittaa jollakin tavalla sen piiriin kuuluvat alemman abstraktiotason entiteetit. Pyrkimyksessä kohti abstraktimpaa on siis kysymys pyrkimyksestä kehittää käsitteitä tai muita vastaavia konstruktioita, jotka tavoittavat tai kattavat jollakin tavalla alemmalla abstraktiotasolla olevat entiteetit. Kysymys on pyrkimyksestä luoda näkökulma monilukuisuuden, erillisyyden, jäsentymättömyyden, hahmottomuuden, käsitteellistymättömyyden ja siten myös hallitsemattomuuden nujertamiseksi. Totalisoivassa pyrkimyksessä tavoitteena on saattaa atomaa-risuudet nähtäväksi yhtenä, yhtenäisenä, jäsentyneenä, käsitteellistyneenä ja siten ennen kaikkea paremmin hallittavana, ajattelevan ihmisen tavoitteita ja pyrkimyksiä paremmin palvelevana. Näiden lisäksi totalisoinnin välineenä toimivan normi-idean tarkoituksena voidaan nähdä rationaalisen merkityksen ja mielekkyyden luominen.

Oikeusperiaatteet antavat mahdollisuuden kytkeä hallitusti ja jäsennellysti oikeudellisia perusteluja oikeudellisesti relevanttien entiteettien muodostamiin kokonaisuuksiin. Ne antavat näin mahdollisuuden syventää oikeudellista perustelua kytkennöillä laajoihin kokonaisuuksiin. Platonin ideopin perusajatuksella mukaillen oikeusperiaatteiden korkeaan abstraktiotasoon voidaan liittää jäsentävän funktion ohella suurempaan pysyvyyteen liittyvä tradition säilyttämisen funktio. Esimerkiksi Nuotio esittää väitöskirjassaan lähinnä Ewaldiin nojautuen ajatuksen, että oikeusperiaatteiden tehtävä on tasapainottaa perinteisten oikeuslähteiden kasvavaa hetkellisyttä omalla normatiivisella hitaudellaan ja edistää siten oikeusjärjestyksen pysy-

vyyttä.⁶⁹ Tällöin ainakin yleisimpien oikeusperiaatteiden suhde alemman abstraktiotason ja pintatason oikeuden alueelle kuuluviin entiteetteihin muistuttaa läheisesti Platonin tosiolevien ideoiden suhdetta muuttuvaan varjotodellisuuteen.

Platonilainen ideaoppi soveltuu varsin pitkälle sen tiedonhallinnallisen ytimen osalta myös Popperin maailma 3:n⁷⁰ entiteettien käsittelemisen tiedonhallinnalliseksi strategiaksi. Platonilaisen elämänhallinnan *perinteen* näkökulmasta en näkisi mitenkään *hallinnan synnyttämisen ja vahvistamisen* kannalta oleellisena seikkana, onko entiteetti mielletävissä ihmisen tekemäksi entiteetiksi vai ihmismielestä ja tieteellisistä tutkimuksista riippumattomaksi maailmaksi miellettyyn (oletettuun) fyysiseen maailmaan kuuluvaksi.⁷¹ Lähtökohtana ei ole ontologia, vaan hallinnan syntyminen merkityksillä, mielekkyyksillä, merkitysyhteyksillä ja mielekkyysyhteyksillä. Kaikki oleva tulee merkitykselliseksi *ihmiselle* vasta ihmisen otettua sen merkitystensä ja mielekkyksiensä piiriin. Vasta tällöin se myös tulee *ihmiselle* hallinnan piiriin ja tässä mielessä olevaksi. Tässä tutkimuksessa ontologia alistetaan psykologiseen maailmankuvaan, jonka ytimen Kulervo Rainio on osuvasti tiivistänyt:

”Olla olemassa = jäsentyä tietoisuuteen”⁷²

Oikeusperiaatteet on suomalaisessa oikeustieteessä nähty jo perinteisesti juuri osana tuomarin tehtävää pyrkiä luomaan oikeusjärjestyksen kokonaisuutta. Tässä tehtävässä muokataan ja luodaan kaaoksesta jäsentynyt kosmos.⁷³ Oikeusperiaatteiden johdonmukaistavaa ja ristiriitoja poistavaa *jäsennysfunktiota* ideatyypin välineenä ristiriitaisten ja monilukuisten oikeudellisten sääntöjen ja ilmiöiden johdonmukaistajana on myöhemmäsäkin merkittävässä kotimaisessa oikeustieteen tutkimuksessa painotettu.⁷⁴ Oikeusperiaate voi jäsentää muita periaatteita, säädöksiä ja tavanomaista käytäntöäkin abstrakteimmiksi ja yleisemmiksi normi-ideoiksi, joilla on

⁶⁹ Ks. Nuotio 1998, s. 108.

⁷⁰ Popperin maailmoista 1–3 oikeudellisessa yhteydessä esim. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 44–45.

⁷¹ Vrt. Kunnas 1999, s. 10 ja 13.

⁷² Ks. Rainio 1993, s. 63.

⁷³ Ks. Brusiin 1938, s. 132.

⁷⁴ Ks. esimerkiksi Pöyhönen 1988, s. 371 ja Lappi-Seppälä 1987, s. 21.

oleellinen funktio idean referenssienteettien⁷⁵ (platonilaisen varjotodellisuuden) ymmärtämisen ja hallitsemisen kannalta. Siten usein vasta oikeusperiaate eräänä välineenä juristin työkalupakissa voi luoda todellista oikeutta, siis tässä tutkimuksessa rationaalisuustasomme työkaluiksi nimetyillä välineillä jäsenneltyä oikeutta.

2.2.2 Funktio yhden ainoan oikean ratkaisun kannalta

Oikeusperiaatteiden konstruoimisen ja käytön taustalla on ajatus oikeusperiaatteiden asemasta *oikeudenkäytön kontrolloimisessa ja ennustettavuudessa*. Periaatteilla nähdään olevan mahdollista kasvattaa oikeudellisesti hallittavan toiminnan alaa mielivaltaisen päätöksenteon kustannuksella.⁷⁶ Ajattelun liikkeessä kohti abstraktia voidaan nähdä jo näiden pyrkimysten aamuhämärästä alkaen älyllinen sankaruuspyrkimyspyrkimys saattaa oikeudellinen ratkaisutoiminta älyllis-moraalisesti vankalle pohjalle: pois mielivaltaisuuksien, häilyvyyksien, näennäisyyksien ja puolitotuuksien varjomaaailmasta. Tämän ajattelutavan vaikuttavin hahmo on ilman muuta Platon, jonka yliveraista asemaa länsimaisessa filosofiassa on kuvattu niin, että länsimaisen filosofian historia on vain reunahuomioita Platonin teoksiin.⁷⁷ Platonin keskeinen innoittaja puolestaan oli katkeruus Sokrateen kuolemaan johtanutta oikeudenkäyntiä kohtaan. Platonin mukaan kohti abstraktimpaa pyrkivä ajattelu voi tavoittaa ylimmällä abstraktiotasolla oikeudenmukaisuuden idean, jonka johdannaisena ja heijastumana yksi ainoa oikea oikeudellinen ratkaisu kussakin tilanteessa tulee mahdolliseksi ja jopa välttämättömäksi. Kohti abstraktia kulkeva ajattelu olisi mahdollistanut Sokrateen häpeällisen kuolemantuomion välttämisen.⁷⁸

Viime vuosikymmenien oikeusperiaatekeskustelussa Platonin perinnettä – ilmeisesti hyvin samantapaiselta motivaatiotaustalta – on seurannut

⁷⁵ Referenssin ei tosin tarvitse olla mielestäni vain ekstensioissa, vaan se voi mielestäni olla entiteettien intensioissa. Jos katsotaan, että referenssin tulee perustua vain ekstensioihin, eivät oikeustiedettä epäempiirisenä tieteenä pitävät näe oikeudellisilla käsitteillä referenssiä.

⁷⁶ Ks. Pöyhönen 1988, s. 69 ja s. 366–367. Ks myös Tähti 1995, s. 99. Tähti toteaa, että tällainen kontrollitavoite on ollut myös Lappi-Seppälän 1987, Fränden 1989, Scheinin 1991 ja Jonkan 1991 väitöskirjoissa olevalla oikeusperiaatetarkastelulla.

⁷⁷ Ks. Saarinen 1995, s. 25.

⁷⁸ Ks. Saarinen 1995, s. 24–35.

tämän keskustelun keskeisimpänä avainhenkilönä Ronald Dworkin. Hän lähtee Platonin aatteellisena perillisenä liikkeelle arvokognitivistisesta näkökulmasta, jossa väitetä yksilöllisten näkökulmaerojen ratkaisevan merkityksellistä vaikutuksesta arvoja ja oikeutta koskevissa päätelmissä ei hyväksytä.⁷⁹ Arvokognitivistiseen näkökulmaan Dworkin on päätenyt asettamalla oikeudet samanlaiseen absoluuttiseen asemaan kuin Platon asetti ideansa. Dworkinillakin on tarve saada oikeudelle edes periaatteessa sellainen luja perusta, johon nojautuen voidaan välttää mielivaltaisuudesta nousevia vääryyksiä lainkäytön nimissä.⁸⁰ Dworkin seuraa siis tarvetaustaisesta näkökulmasta katsoen vahvasti Platonia oikeusvarmuuden vallantahdon filosofina. Erotuksena Platonista Dworkin ei kuitenkaan painota kohti abstraktia pyrkivää ajattelua yksinomaan perinteisenä induktiivisena prosessina, ja yksittäisen välttämätöntä deduktiivista yhteyttä yleiseen, vaan hän korostaa eneminkin ajatuksen liikettä sekä eri abstraktiotasojen että myös saman abstraktiotason entiteettien välillä. Dworkinin ajattelu on ennemminkin hermeneuttista kuin induktiivista ja deduktiivista. Tällöin lopullinen ratkaisu on tasapainopisteessä, jossa ratkaisu muodostuu johdonmukaiseksi jatkeeksi suhteessa aiempaan oikeuslähdeaineistoon. Tämä tapahtuu samalla tavalla kuin jatkokertomuksen uusi osa suhteutuu aiempiin osiin. Oikeusperiaatekonstruktion sisältämän oikeudellisen ajattelun ja argumentaation on myös sovelluttava kaikkeen muuhun validiin oikeudelliseen ajatteluun ja argumentaatioon samalla koherentilla tavalla kuin jatkokertomusten uuden osan on sovelluttava jatkokertomuksen aiempiin osiin.⁸¹

2.2.3 Arvo- ja tavoiteyhteyksien funktiot

Suomalaisessa oikeustieteessä on perinteisesti nähty pyrkimys oikeudenmukaisuuteen eräänlaisena väljänä yleisenä oikeusperiaatteena.⁸² Oikeusperiaatteiden yhteys arvoihin voidaan nähdä eräänlaisena konkretisaationa tälle ajatukselle. Tähten tavoin voidaan toki kuitenkin pitää käsitystä oikeudenmukaisuudesta ongelmallisena juridisissa yhteyksissä, koska oikeu-

⁷⁹ Ks. Peczenik 1995, s. 650–651.

⁸⁰ Tämän perustan Dworkin rakentaa ideaalituomari Herkuleksen varaan, joka on eräänlainen platonilainen idealisointi. Ks. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 105–123.

⁸¹ Ks. esim. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 115–118, 159–168.

⁸² Ks. Alanen 1950, s. 45–47.

denmukaisuus voidaan nähdä paljolti kulloisenkin arvioijan mielteistä ja arvostuksista riippuvana ominaisuutena. Tästä näkökulmasta näyttäisi siltä, että oikeus olisi syytä pitää irrallaan sen taustalla olevasta aksiologiasta ja teleologiasta, ja turvautua tiukasti auktoritatiivisten tekstien sanamuotoihin.⁸³ Tämä tarkoittaisi myös siirtymistä sellaisen traditionaalisen positivismin suuntaan, jota tässä tutkimuksessa on nimitetty bongauspositivismiksi. Tosin arvoilla ja tavoitteilla ei ole tässä tutkimuksessa itsenäistä (luonnonoikeudellista) asemaa, vaan niiden asema oikeudellisessa ajattelussa perustuu myös niiden yhteyksiin auktoritatiivisiin teksteihin.

Yhteydellä yhteiskunnan keskeisiin arvoihin (ja tavoitteisiinkin) voidaan mielestäni nähdä Tähten käsityksiä intersubjektiiivisempiäkin käyttömahdollisuuksia oikeustieteessä ja oikeudellisessa harkinnassa. Arvoista ja tavoitteista ei tule normatiivisesti merkittäviä vain sen tähden, että niitä on oikeudellisissa yhteyksissä kutsuttu ja nimitetty periaatteiksi.⁸⁴ Arvot ja tavoitteet voidaan kytkeä osaksi elämänmuotoa (yhteiskuntasopimusta), jolloin ne voidaan nähdä yhteisöllisten käytäntöjen implisiittisenä taustana. Kohti yhteiskuntasopimusta ihmistä ohjaa myös laumavaisto, joka viittaa sekä ihmisen evoluutiopsykologiseen taustaan laumaeläimenä⁸⁵ että yhteisöllisyyteen ja moraalisuuteen pyrkimisen suuriin etuihin. Tällöin voidaan Niemen tavoin päätyä presumptiiviseen positivismiin, jossa formaalisen ja aineellisen lähestymistavan synteesi edellyttää ratkaisijalta myös keskeisten yhteisöllisten arvojen ja tavoitteiden ymmärtämistä ja huomioimista.⁸⁶ Arvot ja tavoitteet voivat olla keskeisellä tavalla oikeuden rationaalisuuden implisiittisinä premisseinä. Implisiittisesti oikeudella voidaan nähdä myös aina olevan olemassa sellainen tausta, jonka vuoksi se on säädetty.⁸⁷ Arvoilla ja tavoitteilla on siten merkitystä tulkinnan työkaluina. Oikeusperiaatteet voivat tuoda oikeudelliseen harkintaan yhteisöllisyyden säilymisen ja yhteisöllisyyden toimivuuden kannalta tärkeitä oikeuden taustatarvojen ja -tavoitteiden tajua, jotta oikeus voisi paremmin palvella rationaa-

⁸³ Ks. Tähti 1995, s. 23.

⁸⁴ Vrt. Tähti 1995, s. 26.

⁸⁵ Tulen väitöskirjassani tai jossain muussakin yhteydessä palaamaan tarkemmin evoluutiopsykologian ja oikeudellisen ajattelun yhteyksiin, joten tässä tutkimuksessa laumavaisto eksplikoidaan lähinnä vain yhteisöllisyyden huomattavilla hyödyillä, joita jatkossa tarkemmin perustellaan.

⁸⁶ Ks. Niemi 1996, s. 326 ja 340–343.

⁸⁷ Oikeus on sosiaalinen ilmiö, jolla on aina teleologinen taustansa. Tästä Klami, Minun metodini, s. 153. Ks. myös Klami 1989, s. 19.

lisella tavalla toimien siihen liittyviä elämänhallinnan tarpeita. Tätä tarkoitusta ne voivat palvella siltoina moraalín, yhteiskunnallisten tavoitteenasetteluiden ja oikeuden välillä.

2.3 NORMINA VAI DESKRIPTIONA?

Jokainen oikeusjärjestys tarvitsee tuekseen käsitteitä ja konstruktioita olakseen oikeusjärjestys. Nämä konstruktiot voidaan náhdá normeina, joilla on pitámiseen ja velvoittavuuteen viittaava deonttinen status. Ilman deonttista statusta konstruktioille jää pelkká deskriptio osa. Tállöin ne vain kuvaavat oikeudellisia ilmiöitä. Voitaíiinko oikeusperiaate náhdá pelkkänä oikeussääntöjä ja oikeuden muita ilmiöitä kuvaavana deskriptiona, jolla ei ole deonttista statusta?

Oikeusperiaatteet on vakiintuneesti nykyisessä oikeustieteessä luettu normien joukkoon ja säännöistä eroavaksi normityypiksi. Normien katsotaan jakaantuvan sääntöihin ja periaatteisiin.⁸⁸ Kotimaisissa väitöskirjoissa 1980- ja 1990-luvuilla tämä nákemys on yleisesti hyväksytty.⁸⁹ Tämä ei ole silti itsestáánselvyys. Vaihtoehtoja on Táhdén mukaan viisi:

- A) Oikeusperiaatteiden ja oikeusnormien välillä ei ole juridisesti relevanttia yhteyttä.
- B) Jotkin oikeusperiaatteet ovat oikeusnormeja tai ilmaisevat niitä.
- C) Kaikki oikeusperiaatteet ovat oikeusnormeja tai ilmaisevat niitä.
- D) Jotkin oikeusnormit ovat oikeusperiaatteita ja ilmaisevat niitä.
- E) Kaikki oikeusnormit ovat oikeusperiaatteita tai ilmaisevat niitä.

Jokaiselle vaihtoehtoista B–E on löydetävissä Táhdén mukaan tukea perinteisistä oikeusperiaatekäsityksistä, mutta vaihtoehdolle C on kannatusta selvästi eniten sekä perinteisessä kotimaisessa oikeustieteessä että modernissa kotimaisessa ja kansainvälisessä oikeustieteessä. Juuri missáán ei náyetetá Táhdén mukaan vakavasti kiistettävän sitä, että periaatteilla on joka tapauksessa paikkansa oikeusjärjestyksessä, jolloin on perusteltua náhdá niillä myös aina jonkinlainen normatiivinen status.⁹⁰ Pelkkänä deskriptioina ei siis oikeusperiaatteita voida pitää (vaihtoehto A). Normatiivinen status

⁸⁸ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 78. Ks. myös Táhti 1995, s. 67 ja 73.

⁸⁹ Ks. Táhti 1995, s. 78

⁹⁰ Ks. Táhti 1995, s. 44. Ks. myös Klami 1989, s. 75.

oikeusperiaatteilla on silloinkin, kun ne nähdään oikeuslähteinä. Silloinkin niillä ei ole *pelkkää* kuvailevaa statusta.⁹¹

Oikeusperiaate voidaan usein myös nähdä lainsäädännön suurien linjauksien kuvaajana, joka antaa ainakin lähtökohtaisesti tietoa laajemmalla alalla ja kokonaisvaltaisemmin kuin lukuisat yksittäiset oikeussäännöt, jolloin näkökulmana on sekä deskriptiivisiä että normatiivisia konstruktioita yhdistävä *ennakoitavuuden ja hallittavuuden ihanne*. Tällöin oikeusperiaate toteuttaa konstruktioille tavallista tehtävää kokonaishallinnan välineenä. Se toteuttaa silloin optimointikäskynä, joka velvoittaa huomioimaan oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa oikeuden pintatasoa syvemmältä lähteviä vaatimuksia (rationaalisuustasoa), deskriptiivisen hallinnan lisäksi normatiivista vaatimusta. Oikeusperiaate voi tietysti norminakin sisältää huomattavan deskriptiivisen merkityksen edustaessaan oikeuden systematisoinnin ja synenergisoinnin tuloksia. Deskriptiivistäkin tietoa huomioimaan vaativa optimointikäsky on kuitenkin aina normi. Kaikki ne pintatasoa syvempien tasojen deskriptiot, jotka optimointikäsky vaatii huomioimaan, saavat aina *normatiivisen merkityksen*. Silloin niillä on sekä normatiivinen että deskriptiivinen luonne. Deskriptiivinen selitysvaikutus voi puolestaan lisätä normatiivisen vaikutuksen voimistumista, jolloin tiedolliseen hallintaan liittyvät tarpeet luovat faktisen optimointikäskyn.⁹² Psykeen mielekkyysoikeusperiaate nimittäin ohjaa meitä kokemaan selitetyimmän, koherentimman ja ristiriidattomamman velvoitteen velvoittavampana.

2.4 OIKEUSPERIAATTEIDEN LUOKITTELUSTA

Yksi näkökulma lähestyä oikeusperiaatteen luonnetta normityyppinä on tutustua erilaisiin oikeusperiaatteiden luokituksiin. Yksi tapa on Peczenikin suorittama jaottelu eksplisiittisiin ja implisiittisiin periaatteisiin. Eksplisiittisten oikeusperiaatteiden ominaisuutena on se, että ne voidaan katsoa ilmaistuksi suoraan laissa. Niin Suomessa kuin Ruotsissa perustuslaissa eksplisiittisesti normiformulaatioissa mainittuja perusoikeuksia voidaan pi-

⁹¹ Oikeusperiaate on mielestäni mahdollista nähdä myös oikeuslähteen kaltaisena argumentatiivisena perustana esim. Klamin mallissa: Klami, Minun metodini, s. 152.

⁹² Ennustavien ja kuvailevien deskriptiivisten esitysten vaikutuksista tuomioistuinten toimintaan ks. Klami 1980, s. 23.

tää eksplisiittisesti mainittuina ja säädettyinä. Siten näitä perusoikeuksia voidaan kutsua eksplisiittisiksi periaatteiksi. Implisiittisiksi periaatteiksi kutsutaan yleistyksiä, jotka ovat johdettavissa laista erilaisilla rationaalisuuden strategioilla.⁹³

Oikeusperiaatteet voidaan Jerzy Wroblewskin ja Aulis Aarnion käyttämiä jaotteluja mukaillen jakaa viiteen ryhmään:⁹⁴

1. *Oikeuden ideologinen arvoperusta.* Ensimmäisen ryhmän periaatteet ovat sellaisia kantavia periaatteita, joille jokainen oikeusjärjestys rakentuu. Moderneissa länsimaissa oikeusvaltioissa niistä keskeisin on oikeusvaltioperiaate, jossa tärkeätä osaa näyttelee kansalaisten oikeusturvavaatimus. Yksityisomistus markkinatalouden peruskivenä on toinen keskeinen periaate, joka muotoilee paitsi koko yksityisoikeuden niin myös monia rikosoikeudellisia ja yleisiä julkisoikeudellisia järjestelyjä. Kantaviin periaatteisiin voidaan lukea myös ajatus rationaalisesta lainsäätäjistä, jonka taustalla näen psyyken mielekkyyssperiaatteen. Kysymys on vertauskuvallisesta ideasta, jonka mukaan oikeudelliset suhteet on järjestetty sekä järkevästi että aukottomasti. Ajatus rationaalisesta lainsäätäjistä heijastuu näin ollen esimerkiksi siinä, että katsomme mahdolliseksi analogiapäätelmät. Oikeuden ideologiseen arvoperustaan voidaan lukea myös ne moraaliperiaatteet, jotka antavat suunnan esimerkiksi perhettä, kasvatusta, mielipiteenvapautta tai seksuaalisia suhteita koskeville yleisille sääntelyille. Peczenikin mukaan tällaiset periaatteet voivat olla positiivisoikeudellisten sääntöjen ja instituutioiden taustana ja perustana, vaikka niihin ei käytännön ratkaisutoiminnassa juuri vedottaisikaan.⁹⁵

2. *Positiiviset oikeusperiaatteet.* Tällöin on kysymys lakiin suoraan sisällytetyistä, siinä manifestoiduista periaatteista. Positiivisilla oikeusperiaatteilla tarkoitetaan oikeuteen eksplisiittisesti sisällytettyjä tai siinä edellytettyjä ratkaisuperiaatteita. Juuri niitä on usein pidetty silmällä, kun on puhuttu arvo- ja tavoiteperiaatteista, joskin niiden kategoria voidaan nähdä tätä laajempänä. Tähän ryhmään kuuluvat mm. sosiaalisia ja poliittisia perusoikeuksia sääntelevät normit: sananvapauden, kokoon-tumisvapauden, yhdenvertaisuuden yms. periaatteet. Myös yksityisoikeus tuntee tässä tarkoitettuja periaatteita: tasajaon periaate perintöoikeudessa, työntekijän suojelemisen periaate sekä vilpittömän mielen suojeleminen periaate sopimusoikeudessa.

⁹³ Ks. Peczenik 1995, s. 447–448.

⁹⁴ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 81–83.

⁹⁵ Ks. Peczenik 1995, s. 447.

3. *Oikeudelliset yleistyksen.* Tietyistä yksittäisistä säännöistä päätellään analogis-induktiivisesti niitä yleisempi sääntöjen ilmaisema periaate, jolloin kysymys ei siis ole laissa välittömästi manifestoidusta periaatteesta. Tällöin oletetaan induktion avulla hankittuun institutionaaliseen tukeen luottaen oikeusperiaatteen olevan voimassa yleisenä periaatteena eikä ainoastaan oikeussääntöihin nimenomaisesti lukittuna. Ongelmana induktion käyttämiselle on lainlaatiijan oikullisuuden mahdollisuus. Vaikka oikeusperiaate p onkin voimassa tapauksissa a, b ja c, ei ole sanottua, että tapauksista d varten haluttaisiin ylläpitää samanlaista periaatetta analogiasta huolimatta.

4. *Ratkaisuperiaatteet.* Sekä oikeusharkinnassa että hallinnollisessa tarkoituksenmukaisuusharkinnassa joudutaan turvautumaan standardeihin, joilla on lähinnä yleisen oikeusperiaatteen luonne. Osa ratkaisuperiaateista on kirjattu lakiin, osa ei. Lakiin kirjaamattomat periaatteet on oikeusyhteisössä hiljaisesti hyväksytty ja ne ovat tässä kulttuurillisessa merkityksessä institutionaalistuneet länsimaiseen oikeustraditioon. Niiden institutionaalistuminen ei siis perustu välttämättä eksplisiittiseen johtamiseen voimassaolevista oikeussäännöistä. Ne kuuluvat tavallaan sääntöjä ylemmälle, itse oikeussysteemin tasolle ja justifioivat sieltä käsin oikeusharkintaa.

5. *Systeeminulkoiset periaatteet.* Kysymys on oikeudellisesti jollakin tavalla relevanteista moraaliperiaateista. Oikeusharkinnassa moraaliperiaateilla voi olla merkitystä ratkaisuperiaatteina tehtäessä valintaa normiformuloinnin eri merkitysvaihtoehtojen kesken, vaikka oikeus ja moraalit ovat prima facie eri asioita. Oikeudellinen harkinta antaa moraaliperiaatteelle oikeudellisen statuksen, jolloin moraaliperiaatteesta voi tulla juridisesti relevantti

Tämä Aarnion ja Wroblewskin yleisiä oikeusperiaatteita koskeva jaottelu sisältää implisiittisesti ajatuksen siitä, että yksi oikeusperiaatteen tunnusmerkeistä on se, että ne ilmaisevat oikeusjärjestelmälle keskeisiä piirteitä eräänlaisina fundamentaalisina suuntaviivoina. Tämäkään ei ole ehdoton tunnusmerkki oikeusperiaatteelle. Oikeusperiaatteen statuksen saavuttavan entiteetin ei tarvitse olla laaja-alainen ja merkittävä, koska sen oikeutta synnergisoiva merkitys voi olla vaatimatonta. Tällaisia vähemmän yleisyyden ja merkityksen omaavia oikeusperiaatteita, joilla kuitenkin on oikeuden pintatasoon nähden synnergisoiva vaikutus, on suurin osa esim. Tähden väitöskirjan liitteessä mainituista noin 300 oikeusperiaatteesta.⁹⁶

⁹⁶ Ks. Tähti 1995, liite 1.

Aarnio on itse tehnyt jaottelun myös 1. Oikeusjärjestyksen ideologiseen arvoperustaan kuuluviin periaatteisiin ja 2. Positiivisiin oikeusperiaatteisiin.⁹⁷

Oikeusperiaatteita voidaan jaotella myös sen mukaan, miten ne oikeusala-kohtaisesti esiintyvät. Esimerkiksi Peczenik jakaa oikeusperiaatteet seuraavasti:⁹⁸

1. Julkisen vallan käyttämistä ja tähän liittyviä yksilön oikeuksia koskevat periaatteet
2. Yksityisoikeudelliset periaatteet
3. Prosessioikeudelliset periaatteet
4. Rikosoikeudelliset periaatteet
5. Vero-oikeudelliset periaatteet
6. Laintulkintaa koskevat periaatteet

Peczenik käyttää myös jaottelua arvoperiaatteet ja muut periaatteet. Arvoperiaatteelle on ominaista, että se asettaa jonkinlaisen ihanteen. Tätä ihannetta voidaan noudattaa enemmän tai vähemmän. Jokainen arvoperiaate asettaa tietyn ihanteen tai toisin sanoen tietyn arvon. Arvot ja arvoperiaatteet eroavat kuitenkin seuraavalla tavalla: 1. Arvoperiaate ilmaisee, mitä *prima facie* pitäisi tehdä. 2. Arvo ilmaisee, mikä on *prima facie* arvokkainta tai parasta.⁹⁹ Arvoperiaatteella on siis aina jonkinlainen deonttinen pitämiseen viittaava luonne. Arvoperiaatteelle on ominaista, että se voidaan erottaa helposti säännöstä. Säännön kohdalla on vain kaksi vaihtoehtoa. Sääntöä noudatetaan tai sitten sitä ei noudateta. Kolmatta vaihtoehtoa ei ole. Arvoperiaate taas luokittelee toiminnan enemmän tai vähemmän hyväksyttäväksi.¹⁰⁰ Oikeusperiaateiksi on kuitenkin kutsuttu sellaisiakin normeja, joiden osalta ei voida puhua pelkästään asteittaisesta velvoittavuudesta. Tähden väitöskirjassaan mainitsema hallinto-oikeudellinen lainalaisuuden periaate on tästä hyvä esimerkki. Viranomainen ei voi olla velvollinen sitoutumaan oikeusjärjestykseen vain enemmän tai vähemmän. Lainalaisuutta ei voida velvoittaa noudattamaan vain siinä määrin kuin oikeudelliset tai tosiasialliset tekijät sallivat, vaan viranomainen on aina sidottu oikeusjärjestykseen.¹⁰¹

⁹⁷ Ks. Aarnio, Oikeus 1989, s. 115–116.

⁹⁸ Ks. Peczenik 1995, s. 448–450.

⁹⁹ Ks. Peczenik 1995, s. 447.

¹⁰⁰ Ks. Peczenik 1995, s. 450.

¹⁰¹ Ks. Tähti 1995, s. 114–115.

2.5 EROTTELUTESEISTÄ SÄÄNNÖN JA PERIAATTEEN VÄLILLÄ

Oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden välillä mahdollisesti vallitsevasta laatueroista ei ole olemassa yksimielisyyttä. Kahtiajaosta on kuitenkin oikeusteorian tutkijoiden keskuudessa keskusteltu vilkkaasti. Aulis Aarnio on jakanut tässä keskustelussa esitetyt mielipiteet kahteen ryhmään, joita kuvataan käsitteparilla vahva ja heikko erotteluteesi.¹⁰²

Melko ehdottomasta rajanvedosta näiden normityyppien välillä, jota voidaan kutsua vahvaksi erotteluteesiksi, lähtee etenkin Dworkin. Dworkin näkee oikeastaan kolmijaon, jossa hän puhuu standardeista tarkoittaen kaikentyyppisiä oikeudellisesti relevantteja normeja. Standardien kategoriaan kuuluvat sekä säännöt että periaatteet. Niiden ohella myös tavoitteet (policies) ovat standardeja. Nähdessään periaatteen laajassa merkityksessä hän tarkoittaa sen kattavan kaikki muut standardit paitsi säännöt.¹⁰³ Dworkinin esittämät vahvaan erotteluteesiin viittaavat ajatukset ovat olleet paljolti keskustelun pohjana oikeusperiaatteiden ja -sääntöjen eroavuuksia koskevassa oikeusteoreettisessa keskustelussa.

Ainakin Hart on haastanut Dworkinin esittämän vahvan erotteluteesin viittaamalla siihen, että tällainen väite olisi ristiriitainen jo Dworkinin omien esitysten valossa.¹⁰⁴ Toisaalta voidaan todeta, että Dworkin *ei* ole itse asiassa väittänytään, että sääntöjen ja periaatteiden välinen ero olisi *ehdottomasti aina* laadullinen. Dworkin sanoo, että sääntöjen ja periaatteiden ero on joskus vain muodollinen (a matter of form alone) ja joskus taas itse asiaa koskeva (substantial). Tästä Dworkinilla on esimerkkinä kohtuullistamiskriteerin soveltaminen eräässä oikeustapauksessa, jossa tämä kriteeri toimi ratkaisussa loogisesti kuten sääntö, mutta aineellisesti kuten periaate.¹⁰⁵ Tämä Dworkinin toteamus voidaan nähdä viittauksena eräänlaiseen liukuvuuteen oikeussäännön ja oikeusperiaatteen välillä. Laadullisen eroavuuden puolustajiin voitaneen lukea myös esimerkiksi Alexy.¹⁰⁶ MacCormickin¹⁰⁷ puolestaan voidaan katsoa suhtautuvan kriittisesti ajatukseen

¹⁰² Ks. Aarnio, Oikeus 1989, s. 112–113. Ks. myös Aarnio, 1997 (Reason and Authority), s. 174–176.

¹⁰³ Ks. Dworkin, Taking Rights Seriously, s. 22–23.

¹⁰⁴ Ks. Hart, Postscript, s. 259–262.

¹⁰⁵ Ks. Dworkin, Taking Rights Seriously, s. 27.

¹⁰⁶ Ks. Alexy 1985, s. 71 ss.

¹⁰⁷ Ks. MacCormick 1978, s. 179.

laadullisesta erosta.¹⁰⁸

Alexylla sääntöjä ja periaatteita kokoavana käsitteenä ei ole standardi vaan normi. Sekä säännöt että periaatteet ovat normeja, ja jokainen normi on joko sääntö tai periaate. Sääntöjen ja periaatteiden välisenä ratkaisevana erona on, että periaatteet käskvät, mitä oikeudellisten ja tosiasiallisten mahdollisuuksien mukaan on mahdollisimman suuressa määrin tehtävä.¹⁰⁹ Koska periaatteiden vaatimukset voidaan täyttää eriasteisesti, mutta oikeudelliset ja tosiasialliset rajoitukset huomioiden mahdollisimman suuressa määrin, ne voidaan nähdä optimointikäskynä. Sääntöjen vaatimukset sitä vastoin joko täytetään tai jätetään täyttämättä. Voimassaoleva sääntö määrää tarkoin, mitä tulee tehdä. Nämä seikat ovat syynä siihen, että sääntöjen ja periaatteiden ero on laadullinen eikä asteellinen.¹¹⁰

Vahva erotteluteesi lähtee wittgensteiniläisestä sääntökäsitteestä, jonka mukaan sääntöjä joko noudatetaan tai ei noudateta, jolloin vertailukohtana käytetään rautatiekiskoja. Kolmatta vaihtoehtoa ei siis ole. Tämä koskee kaikkia sääntöjä ja siten myös oikeussääntöjä. Poikkeuksia niistä voidaan tehdä ja poikkeukset on mahdollista ainakin periaatteessa luetteloida. Ristiriitoja varten on maksiimeja, joiden nojalla väistytävä sääntö ei kuulu oikeusjärjestykseen.¹¹¹ Ajatus vahvasta erotteluteesistä ei ole perusteiltaan vasta kansainvälisen keskustelun Suomeen tuoma näkemys, vaan tätä myötäileviä näkemyksiä on ollut nähtävissä esimerkiksi Lehtisellä.¹¹²

Periaatteiden velvoittavuudelle on ominaista vahvan erotteluteesin näkökulmasta, että niitä voidaan noudattaa enemmän tai vähemmän, joten ne eivät määrää sääntöjen tavoin tapauksen ratkaisua eikä ole perusteltua puhua periaatteesta poikkeamisesta samassa mielessä kuin sääntöjen osalta. Periaatteet antavat vain perusteita tai kriteerejä ratkaisua varten. Niitä voidaan siten soveltaa vaihtelevalla intensiteetillä. Niitä voidaan siksi nimitellä optimointikäskyiksi. Muut periaatteet ja säännöt voivat syrjäyttää lähökohtaperiaatteen. Sen vuoksi periaatteilla voidaan nähdä olevan ainoastaan ns. painon ulottuvuus.

¹⁰⁸ Ks. Tolonen, Oikeustiede 1989, s. 345.

¹⁰⁹ Tämä kattaa myös Pöyhösen käsityksen siitä, että minimoidaan tiettyjen oikeustosi-seikkojen seuraamuksia punninnan prosessissa. Ks. Pöyhönen, 1988 s. 20–78.

¹¹⁰ Ks. Alexy 1985, s. 75–76. Ks. myös Alexy, LM 1989, s. 623.

¹¹¹ Ks. Aarnio, Oikeus 1989, s. 112. Ks. myös Peczenik 1995, s. 43.

¹¹² Ks. Lehtinen, 1949 s. 35–36.

Esimerkiksi rikosoikeudessa pitkälti oikeusperiaatteiden muodostamat yleiset opit palvelevat sitä, että tuomioistuintoiminnassa osataan löytää ratkaisun ongelmakohdat, ja ne tarjoavat apuvälineitä ainakin ratkaisun suunnan hakemiseen.¹¹³ Ratkaisuperusteena periaate osoittaa vain, mistä suunnasta ("ulottuvuudesta") ratkaisua on etsittävä. Periaatteiden kollisiossa painon ulottuvuus puolestaan merkitsee sitä, että painoarvoltaan tärkeämpi sivuuttaa vähemmän tärkeän. Periaatteiden kollisiolle ei ole olemassa mitään ennakolta annettua sitovaa hierarkiajärjestystä, jonka avulla olisi mahdollista osoittaa, miten kollisio ratkeaa. Periaatteiden välillä vallitsee ns. heikko preferenssi: etusijajärjestys määräytyy niiden taustalla olevien arvojen ja tavoitteiden etusijajärjestyksestä käsin.

Myös heikko erotteluteesi voidaan kytkeä wittgensteinilaiseen ajatusperinteeseen. Tällöin säännöt ja periaatteet nähdään perheyhtäläisessä suhteessa toisiinsa. Niillä nähdään tällöin olevan vain aste-ero, mutta ei laadullista eroa. Tämän teesin mukaan sekä säännöt että periaatteet kuuluvat normien kategoriaan ja niillä on samantapainen rooli oikeusharkinnassa. Periaatteille on usein luonteenomaista sääntöjä suurempi yleisyys, mutta muuten niillä ei ole sääntöihin verrattuna erityisominaisuuksia. Toisinaan on kuitenkin painotettu sitä, että periaatteissa arvoisällöt ovat selkeämmin esillä kuin säännöissä. Periaatteet ovat täten arvoilmauksia. Koska on kuitenkin olemassa myös sääntöjä, jotka ovat arvopitoisia, voidaan perustella tässäkin suhteessa sääntöjen ja periaatteiden näkemistä perheyhtäläisinä: säännöt ja periaatteet muistuttavat toisiaan olematta täysin identtisiä keskenään.¹¹⁴

Jonkinlaista epämääräisyyttä keskustelulle sääntöjen ja periaatteiden laadullisesta erosta on tuonut niiden kriteerien vaihtelevuus, jolla sääntöjen ja periaatteiden välinen ero tehdään.¹¹⁵ Tämän epämääräisyyden voidaan katsoa johtuvan myös liiallisesta sitoutumisesta joko heikkoon tai vahvaan erotteluteesiin. Asia voidaan nähdä myös niin, että sen paremmin vahva kuin heikkokaan erotteluteesi ei pidä paikkansa sellaisenaan. Kumpikin poimii esiin joitakin ongelman kannalta relevantteja puolia, mutta molemmat ovat liian analysoimattomia täsmällisen kuvan muodostamiseksi. Kriteerit rajanvedolle voidaan rakentaa Tolosen tavoin heikon ja vahvan erotteluteesin näkökulmia yhdistelemällä seuraavasta kolmesta näkökulmasta: (1.) tunnistamisehtojen (validiteetin), (2.) soveltamisehtojen

¹¹³ Ks. Nuotio, LM 1995, s. 953 ja 970.

¹¹⁴ Ks. Aarnio, Oikeus 1989, s. 113.

¹¹⁵ Ks. Tolonen, Oikeustiede 1989, s. 345.

(relevanssin) ja (3.) systematisoinnin näkökulmista. Tällaisten erilaisten näkökulmien käyttö johtaa vaikeuksiin tehdä ehdotonta rajaa sääntöjen ja periaatteiden välille. Yhden kriteerin näkökulmasta katsoen normi saattaa esimerkiksi näyttää oikeussäännöltä kun taas muiden kriteerien valossa normi näyttäisi periaatteelta. Ero sääntöjen ja periaatteiden välillä paljastuu siten suhteelliseksi. Sääntöjen ja periaatteiden erolle on useita vaihtoehtoja ja merkityksiä. Säännöt voivat siten esiintyä joskus väljiä ja harkinnanvaraisia elementtejä sisältävinä, ja periaatteiden voimassaolo voi olla aivan yhtä yksiselitteistä kuin sääntöjen kohdalla sen perustuesssa nimenomaiseen lainsäädännökseen tai selvästi vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön.¹¹⁶

Yksi vaihtoehto oikeusperiaatteiden ja sääntöjen eron tarkastelussa on Aarnion malli¹¹⁷, jossa säännöt ja periaatteet muodostavat liukuvan skaalan. On olemassa varsinaisia sääntöjä, sääntötyyppejä periaatteita, periaateluonteisia sääntöjä ja varsinaisia periaatteita, mutta tarkkoja rajoja osajoukkojen kesken ei ole olemassa, vaan periaatetyyppisyys ja sääntötyyppisyys vaihtelevat liukuvasti ja normikohtaisesti. Normin analyysi (1.) normiformuloinnin, (2.) normatiivisen rakenteen tason, (3.) voimassaolon kriteerien näkökulmista sekä (4.) normin sellainen analyysi, jossa huomio kohdistetaan normin asemaan oikeudellisessa argumentaatioissa, ovat neljä normin periaateluonteisuutta ja sääntöluonteisuutta paljastavaa näkökulmaa.

Erottelun liukuvuutta on systemaattisesti käsitellyt väitöskirjassaan Silta. Tämä systemaattinen atomaarinen jaottelu ansaitsee oman erityis huomionsa erottelun liukuvuuden analyttisimpana tarkasteluna.

2.6 EROTTELUN LIUKUVUUDEN TEOREETTINEN TÄSMENTÄMINEN

Oikeusnormi voidaan nähdä kelseniläisellä tavalla imputaationa ja normatiivisena suhteena, joka vallitsee oikeudellisten faktojen (p) ja oikeudellisten seuraamusten välillä (q). Tällöin oikeusnormin määritelmä on: jos p niin Sq ($p \rightarrow Sq$). Tässä S on deonttisen operaattorin symboli, joka viittaa pitämistä tai velvoittavuutta (sollen) ilmaisevaan normatiiviseen sidonnais-

¹¹⁶ Ks. Tolonen, Oikeustiede 1989, s. 347–351.

¹¹⁷ Ks. Aarnio, Oikeus 1989, s. 112–122. Ks. myös Aarnio, 1997 (Reason and Authority), s. 179–180.

suhteeseen faktojen ja oikeusseuraamusten välillä. Siltala esittää tämän deonttisuuden (velvoittavuuden ja sidonnaissuhteen) asteena tai voimakkuutena nähtävissä olevan imputaatio-suhteen heikompana oikeusperiaatteiden kuin oikeussääntöjen osalta. Normatiivisten sidonnaissuhteiden erojen perusteita oikeusperiaatteen ja oikeussäännön välillä voidaan lähestyä viidestä näkökulmasta, jotka Siltala on kehittänyt, Dworkinin, Alexyn ja erityisesti Summersin esitysten pohjalta. Siltalan esitys perustuu viiden deonttisuuden formaalisen elementin hahmottamiseen.¹¹⁸ Formaalisuudella ymmärtää tässä yhteydessä nimenomaan oikeudellisessa päättelyssä käytettävien normatiivisten premissien ennalta sidottua ja soveltamistilanteissa ilmenevien kokonaiskontekstien vaikutuksesta *irrotettua* luonnetta. Lisäksi hahmottaisimme formaalisuudella tässä yhteydessä jonkinlaista lainsäätäjän muodollisen tahdonilmaisun piiriin kuulumista. Siltalan esitystä soveltaen näkisin viisi eri näkökulmaa formaalisuuteen:

1. ALKUPERÄFORMAALISUUS: Sidonnaisuus vahvoin, muodollisiin tai varsinaisiin oikeuslähteisiin on usein heikompi oikeusperiaatteilla kuin oikeussäännöillä. Oikeussäännöille on ominaista muodollis-juridinen ”syntyperä”, kun periaatteiden voimassaolon kannalta varsinaisten muodollisjuridisten oikeuslähteiden ulkopuolisella tavoite- ja arvopunnintoihin viittaavalla ”esioikeudellisella” aineistolla on huomattava merkitys.

Kysymys on tässä mielestäni ratkaisun normatiivisten premissien määrittämisestä selkeästi tunnistettaviin oikeuslähteisiin, joiden tunnistettavuus oikeuslähteeksi määräytyy järjestelmästä käsin, esimerkiksi jonkinlaisesta perusnormista tai tunnistamisäännöstä johdetun lineaarisen päättelyn perusteella. Oikeusperiaatteiden voimassaolon perustuessa hyväksyttävyyteen ja institutionaaliseen tukeen päättelyä ei voi palauttaa tällaiseen lineaariseen strategiaan. Sillä ei siten voi olla selkeää formaalista oikeuslähteisiin palautuvaa synti- ja alkuperää.

2. NORMIJÄRJESTELMÄFORMAALISUUS: Yhden dworkinilaisen näkökulman mukaan vain oikeussäännöistä voidaan muodostaa ristiriidaton koherentti normijärjestelmä. Tämä johtuu siitä, että kollisiotilanteissa vain toinen ristiriitaisista säännöistä jää voimaan, mutta oikeusperiaatteiden kohdalla voimassaolo ei kollisiotilanteissa lakkaa abstraktissa mielessä tulevaisuutta ajatellen, vaikka oikeusperiaate jossakin konkreettisessa tilanteessa joutuisikin väistymään.

¹¹⁸ Ks. Siltala 1998, s. 45–50. Esitykseni ei täysin vastaa Siltalan esitystä, vaikka perustuinkin pitkälti tähän.

Tämä mielestäni viittaa päättelyn kannalta siihen, että oikeussääntöjen kohdalla voidaan puhua täsmällisemmistä ja ennakkoidummista normatiivista premisseistä kuin oikeusperiaatteiden osalta. Oikeusperiaatetta sovellettaessa normatiivisten premissien määrittäminen jää riippumaan ATC-harkinnasta ja soveltamistilanteen kokonaiskontekstiyhteydestä. Tämäkin osaltaan vaikeuttaa oikeusperiaatteen voimassaolon ankkuroimista selkeisiin lineaarisiin strategioihin, vaikka oikeusperiaatteiden pohjalta muokattaisiin systemaattinen järjestelmä (seamless web, underpinning reasons), joka sidonnaissuhteidensa monimuotoisuudessa merkitsee huomattavasti vaikeammin hallittavaa, ymmärrettävää ja intersubjektiiivisesti osoitettavaa normijärjestelmää kuin esimerkiksi kelseniläinen selkeästi lineaarinen systeemi.

3. MÄÄRÄNNÄISRATKAISUFORMAALISUUS: Oikeussäännöt voivat määrätä tuomarin ratkaisemaan tapauksen tietyllä tavalla oikeusperiaatteita voimakkaammin, koska oikeussääntöihin ei voida kohdistaa ainaakaan yhtä helposti arvo- ja tavoitepunnintoihin nojautuvaa vastaargumentaatiota kuin periaatteiden osalta voidaan.

Tämäkin viittaa oikeusperiaatteen normatiivisten premissien totalisointivoiman heikkouteen *lopullisen ratkaisun ennakoitavuuden kannalta*. Tässä vaikea ennakoitavuus johtuu tilannekohtaisen arvo- ja tavoitepunninnan mahdollisuudesta. Oikeusperiaatetta sovellettaessa normatiiviset premissit ratkaisussa voivat riippua arvo- ja tavoitepunninnasta erilaisissa kontekstiyhteyksissä. Mielestäni on kuitenkin oleellista muistaa, että lopullisen ratkaisun näkökulmasta heikko määrännäisratkaisusidonnaisuus ei tarkoita välttämättä heikkoa velvoitetta *jonkinlaisiin* optimoiteihin ja punnintoihin oikeusperiaatteen sisältämät arvot ja tavoitteet huomioiden.

4. BINAARIRAKENNEFORMAALISUUS: Säännöille on dworkinilaisittain ominaista, että niitä noudatetaan tai ei noudateta. Kolmatta vaihtoehtoa ei ole. Tässä mielessä voidaan puhua niiden binaarisesta rakenteesta. Oikeusperiaatteiden osalta tällaista binaarirakennetta ei voida todeta, vaan niitä voidaan noudattaa enemmän tai vähemmän, jolloin niiden rakenne on tavallaan moniasteinen.

Tämä viittaa siihen, että oikeusperiaatteen rakenne normina on sellainen, että se ei voi antaa ennakolta varmoja normatiivisia premissejä päättelyn perustaksi. Oikeusperiaatteen vaikutus ratkaisun lopullisten normatiivisten premissien määräytymiseen riippuu kokonaiskontekstista.

5. TEKSTI- JA SANAMUOTOFORMAALISUUS: Oikeussääntöjen kohdalla pyritään tulkinta yleensä suorittamaan tukeutumalla selkeästi niitä ilmentävän pintatason normiformulaation sanamuotoon. Oikeusperiaatteiden soveltamistilanteet punnintana eivät merkitse tällaista tiukkaa normiformulaatioiden sanamuodossa ja pintatason auktoritatiivissa teksteissä pitäytymistä.

Tällä viitataan siihen, että normin sidonnaisuus auktoritatiivisiin teksteihin pystyy määräämään oikeudellisen ratkaisun normatiiviset premissit paremmin ennakolta (totalisoivasti) kuin irrallisuus teksteistä tai ainoastaan implisiittinen liityntä niihin. Oikeusperiaatteen normatiivisten premissien määräytyminen (voimassaolo) ei ole yleensä sidottu välittömään ”bongattavuuteen” auktoritatiivisina teksteinä ilmenevältä oikeuden pinnatasolta. Oikeusperiaatteiden normatiivisten premissien määräytyminen kytkeytyy myös ennemminkin oikeuden syvätasolle¹¹⁹, jolloin yhteys atomaarisiin auktoritatiivisiin teksteihin jää luonteeltaan epäsuoraksi ja implisiittiseksi. Oikeusperiaatteena hahmotettavien normatiivisten premissien voimassaolo ja näiden premissien vaikutus konkreettisen ratkaisun premissien muodostumiseen (soveltaminen) on siis usein vain ”tekstibongausta” tai ”tekstiempiriaa”¹²⁰ monipuolisemmalla ja vaativammalla oikeudellisella päättelyllä löydettävissä.

Lopullisen ratkaisun edellyttämän säännön perustuessa ainoastaan oikeusperiaatteeseen, säännöllä ei ole välttämättä oikeusperiaatetta suurempaa formaalista statusta tekstisidonnaisuuden kannalta. Kuitenkin näissäkin tapauksissa sääntö voi perustua oikeusperiaatteen ”bongaamiseen” esimerkiksi jostakin oikeustieteellisestä tekstistä, jossa oikeusperiaatteen voimassaolo on puolestaan perusteltu vähemmän tekstisidonnaisesti oikeuden arvo- ja tavoitetaustaan sekä erilaisilla rationaalisuuden strategioilla haetulla institutionaalisella tuella. Auktoritatiivinen teksti ei ole silloin lakitekstiä vaan oikeustieteen julkaisujen vähemmän auktoritatiivista tekstiä, mutta oikeusperiaate voi olla siitä helpostikin ”bongattavissa”.

Yksittäisten normien osalta voi formaalisuuden eri tyyppejä kohdistua niihin enemmän tai vähemmän suurella painoarvolla. Formaalisuuden lisääntyessä kasvaa normin sääntötyyppisyys. Formaalisuuden vähentyessä normin osalta lisääntyy puolestaan periaatetyyppisyys. Sääntötyyppisyyden lisääntyminen merkitsee voimassaolon painoarvon kasvua formaalisesta muodollisjuridisesta näkökulmasta. Siltala itse esittää neljä formaalisuuden elementtien kombinaatioista muodostunutta normityyppiä, mutta ei aseta

¹¹⁹ Ks. tasotteluajattelusta Tuori, Minun metodini, s. 319–329.

¹²⁰ Oikeusperiaatteiden voimassaoloon voidaan tosin suhtautua myös ”tekstiempiristisellä” tavalla Tähden väitöskirjassaan omaksuman periaatekuvan tavoin: ”Periaatteille ei presumoida apriorista, empiriasta riippumatonta olemassaoloa. Periaatteita ei nähdä siellä, missä joku ei ole niitä jo nähnyt.” Tähti esittää väitöskirjansa liitteessä (liite 1) 300 erilaista lähinnä oikeuskirjallisuudesta ”bongaamaansa” oikeusperiaatetta. Näistä monia moni ”joku” on kuitenkin mitä ilmeisemmin hahmottanut apriorisestikin suhteessa auktoritatiivisiin teksteihin. Ne tulevat siis auktoritatiivisiin oikeustieteellisiin teksteihin oikeustieteellisen päättelyn tuloksena, joka ei tyhjenny yksinomaan ”bongaamiseen” teksteistä, koska niihin liittyy käsitteellistävää ja systematisoivaa ainesta.

niitä ainoiksi mahdollisiksi kombinaatioiksi.¹²¹ Jos minkäänlaista formaalisuutta ei ole osoitettavissa, ei voida puhua voimassaolevan oikeuden mukaisesta oikeusnormista lainkaan, vaan tällöin on kyse korkeintaan jonkinlaisista oikeuden tausta-arvoista ja -tavoitteista.¹²²

2.7 OIKEUSPERIAATEKÄSITYKSEN MURROS KOTIMAISESSA TUTKIMUKSESSA

2.7.1 Dworkinilainen ja alexylainen lähtökohta

Eräänlaisena uudistuksena ja murroksena suomalaisessa periaatekeskustelussa voidaan pitää Dworkinin ja Alexyn¹²³ ajatusten tuloa suomalaiseen oikeustieteelliseen tutkimukseen.¹²⁴ Tässä on kysymys nimenomaan Dworkinin edustamasta vahvasta tai ainakin selkeästä erotteluteesistä¹²⁵ sekä Alexyn ajatuksesta oikeusperiaatteesta optimointikäskynä.¹²⁶ Tuorin mukaan molemmat pitävät päteville oikeussäännöille ominaisena eräänlaista välitöntä ja deduktiivista sovellettavuutta. Periaatteisiin nojautuva ratkaisu taas edellyttää heidän mielestään eri suuntiin osoittavien, oikeudellisesti merkityksellisten näkemysten keskinäistä punnintaa.¹²⁷ Käsitteitä liukuvan erot-

¹²¹ Siltala siis näkee eron oikeusperiaatteiden ja sääntöjen välillä liukuvana. Aiemmistä esityksistä (Ks. Aarnio, Oikeus 1989, s. 112–122.) näkemys poikkeaa, koska liukuvuus sidotaan atomaarisiin formaalisuuden elementteihin.

¹²² Ks. Siltala 1998, s. 54–59.

¹²³ Dworkinin ja Alexyn esittämää periaatekäsitystä ei voi pitää mitenkään täydellisesti uutuutena. Tolosen mukaan saksalaisella kielialueella nimenomaan Josef Esser on käsitellyt oikeudellisten väljen lausekkeiden ja periaatteiden problematiikkaa 1950-luvulla. Toisaalta angloamerikkalaisessa maailmassa ennen Dworkinia samaa asiaa on käsitelty mm. John Salmond; Salmondin mukaan oikeus on periaatteiden muodostama systeemi, ”a body of principles”. Ks. Tolonen, Oikeustiede 1989, s. 337.

¹²⁴ Uusimmasta teoreettista syvyyttä omaavista väitöskirjatutkimuksista voidaan mainita Määtän toteamus: ”Sääntöjen ja periaatteiden erottelu on vakiintunut suomalaiseen keskusteluun lähinnä Dworkinin ja Alexyn erittelyjen pohjalta” Määttä, 1999, s. 452 alaviite 2.

¹²⁵ Ks. Dworkin, Taking Rights seriously, s. 22–39, 71–80 ja 82–100.

¹²⁶ Ks. Alexy 1985, 71–154. Optimointikäskyn velvoittavuus optimointikäskynä ei tarvitse kuitenkaan olla heikompaan laadullisesti kuin sääntöjen velvoittavuus sääntöinä, vaikka optimointikäsky ei velvoittaisi tuomaria antamaan sisällöltään tarkasti määrittyneitä ratkaisua sen ylitse ei voi silti kokonaan hypätä. Tästä lisää jäljempänä.

¹²⁷ Ks. Tuori 1990, s. 5.

telun mahdollisuudesta oikeusperiaatteiden ja sääntöjen välillä pidän myös lähtökohdiltaan modernina dworkinilaisena ja alexylaisena käsityksenä. Erottelun idea (platonilaisessa mielessä) kuitenkin säilyy liukuvankin asteikon näkökulmassa.¹²⁸ Painotan seuraavassa katsauksessa pääpiirteitä dworkinilaisesta ja alexylaisesta periaatekuvasta, vaikka toki Tähtien esittämällä tavoin modernin dworkinilaisen ja alexylaisen oikeusperiaateajattelun paradigmaan murtautumista voisi tarkastella nyansoidumminkin.¹²⁹

2.7.2 Paradigmaan murtautuminen

Lappi-Seppälän mukaan sääntöjä luonnehtii joko–tai-asetelma. Tällöin niitä joko seurataan tai sitten ei. Säännöt antavat kaksi mahdollisuutta ja ne myös ratkaisevat asian. Periaatteet puolestaan osoittavat hänen mukaansa suunnan johon edetä, rajaavat oikeudellisesti mahdollisen aluetta ja identifioivat seikkoja, joihin ratkaisua tehtäessä tulisi kiinnittää huomiota. Periaatteet eivät anna ratkaisua suoraan. Hänen mukaansa ero sääntöjen ja periaatteiden välillä pienenee ja suhteellistuu puhuttaessa sellaisista periaate-tyyppisyyttä omaavista säännöistä, jotka ovat sisällönvahuudeltaan heikkoja. Tällä hän viittaa sellaisiin sääntöihin, joissa käytetään väljiä termejä. Tällöin säännön sisältöä on vaikea eksaktisti kuvata. Ero sääntöjen ja periaatteiden välillä säilyy kuitenkin näissäkkin tapauksissa. Lappi-Seppälän suo-

¹²⁸ Aristoteles kaikessa Platonin ideaopin kritiikissään ei kuitenkaan kumonnut ideatyyppisten universaalien keskeistä merkitystä tiedon hallinnassa, vaikka siis partikulaaria ei voi täydellisesti totalisoida universaalin alueelle. Ks. Aristoteles, Tulkinnasta, 17 a. Ks. myös Aristoteles, Metafysiikka 991 a. Myös liukuvalla asteikolla partikulaarisesta normista voidaan saada universaalin (ideoiden) tason entiteetteihin (sääntö tai periaate) turvautumalla tietoa. Katsoisin myös Dworkinin ulottaneen jaottelun enemmän idean tasolle kuin kategoriseksi jaotteluksi käytäntöön: "Sometimes a rule and a principle can play much the same role, and the difference between them is almost a matter of form alone" Ks. Dworkin, Taking Rights Seriously, s. 27.

¹²⁹ Tähtien mukaan kotimaisille väitöskirjoille 1980- ja 1990-luvuilla on ollut ominaista etäännyminen erotteluteesiä koskevan keskustelun tietyistä angloamerikkalaisista ja mannereurooppalaisista osin hyvinkin nyansoiduista ajatuskuluista, vaikka tähän keskusteluun on kyllä tutustuttu ja siihen on usein viitattu. Sääntöjen ja periaatteiden erottelun perusmuodoksi näyttää kiteytyneen viittaaminen muutamiin sääntöjen ja periaatteiden tuntomerkkeihin, ennen muuta voimassaolotapaan ja ehdottomuuteen. Kansalliset piirteet ovat toisaalta korostuneet Suomessa sen vuoksi, että säännöt–periaatteet-erottelua esiteltäessä on tukeuduttu myös jopa vuosikymmenien takaisin suomalaisiin periaatekäsityksiin, joiden sisältö poikkeaa suhteessa Dworkinin ja Alexyn esittämiin jaottelutapoihin. Ks. Tähti 1995, s. 78.

rittamassa erottelussa voidaan nähdä välineellinen rooli. Hän soveltaa erottelua luovasti omien tutkimusongelmiensa hahmottelun ja ratkaisemisen kannalta. Erottelu on kuitenkin selkeästi omaksuttu modernissa dworkinilaisessa ja alexylaisessa mielessä.¹³⁰

Pöyhösen mukaan normit jakaantuvat tai ovat jaettavissa oikeussääntöihin ja -periaatteisiin.¹³¹ Pöyhösen väitöskirjassa on sääntöjen ja periaatteiden erottelulla keskeinen instrumentaalinen asema.¹³² Pöyhösellä normien erottelu heijastuu hänen käytännöllisiin johtopäätöksiinsä. Hän esimerkiksi katsoo oikeustapausten merkityksen tutkimusaiheelle riippuvan oleellisesti siitä, minkätyyppiseen normiin (sääntö vai periaate) tapaukset perustuvat.¹³³ Vaikka Pöyhönen katsoo olevan olemassa intersubjektiviisiä kriteereitä sääntöjen ja periaatteiden erottamiseksi toisistaan normityypeinä, hän jättää tämän erottelun kriteerit riippuvaisiksi myös tutkijan valitsemasta lähestymisnäkökulmasta, joita Pöyhönen nimittää periaate- ja sääntöhakuisiksi lähestymistavoiksi.¹³⁴ Pöyhösellä on selkeästi dworkinilaisiin ja alexylaisiin lähtökohtiin nojautuva oikeusperiaatenaikemus. Pöyhönen myös ennakoii myöhemmin 90-luvulla keskeiseksi nousevaa käsitystä eron liukuvuudesta.

Frände katsoo väitöskirjassaan, että oikeussäännökset (rättsreglerna) voidaan jakaa deonttisen tekijän (operaattorin) voimakkuuden vaihtelujen mukaan sääntöihin ja periaatteisiin.¹³⁵ Periaatteesta hän käyttää nimitystä peukalosääntö (tumregel).¹³⁶ Peukalosäännöiltä puuttuu säännöille ominainen ”kaikki tai ei mitään” -ominaisuus. Niiden vaikutus määräytyy punnitsemalla niitä suhteessa toisiinsa. Sovellettavaksi jää painoarvoltaan suurin tai suurempi peukalosääntö. Peukalosääntöihin eivät hänen mukaansa myöskään sovellu poikkeuksetonta pitämistä (skall) tai kieltämistä (får inte) koskevat ilmaisut. Peukalosääntöihin soveltuu lievempää deonttisuutta ilmentävät ilmaisut (bör ja bör inte).¹³⁷ Fränden mukaan sääntöjen tunnusmerkistöosat ovat yhtä täsmällisiä kuin ne asiantilakuvaukset, joita deonttinen tekijä sääntelee. Yksi sääntöjen ja periaatteiden rajalinjoista siis kulkisi

¹³⁰ Ks. Lappi-Seppälä 1987, s. 21–22, 26–28 ja 33.

¹³¹ Ks. Pöyhönen 1988, s. 7, 14 ja s. 26.

¹³² Ks. Pöyhönen 1988, s. 13.

¹³³ Ks. Pöyhönen 1988, s. 72.

¹³⁴ Ks. Pöyhönen 1988, s. 57–64.

¹³⁵ Ks. Frände 1989, s. 46–47.

¹³⁶ Ks. Frände 1989, s. 49 ja 56.

¹³⁷ Ks. Frände 1989, s. 50–52.

normeihin liittyvien joustavien määreiden kohdalla.¹³⁸ Myös Fränden väitöskirjassa on normijaottelulla selkeä välineellinen rooli. Hän viittaa normijaotteluun esittäessään työnsä tavoitteeksi legaliteettiperiaatetta materiaalisesti tukevien peukalosääntöjen saamisen esiin.¹³⁹ Myös Fränden käsitykset edustavat selkeästi modernia dworkinilaista ja alexylaista oikeusperiaatekäsitystä.

Koskenniemi kiteyttää väitöskirjassaan mm. Dworkiniin viitaten sääntöjen ja periaatteiden keskeisiä kriteereitä toteamalla, että säännöt määräävät ratkaisun ehdottomasti mutta periaatteet eivät, koska periaatteilla on erilaisia painoarvoja.¹⁴⁰ Koskenniemen kysymyksenasettelu on kuitenkin niin avara, että sääntöjen ja periaatteiden erottelu sulautuu argumenttien, näkemysten ja yksityiskohtien paljouteen. Vaikka Koskenniemi ei ehdottomasti sitoudu säännöt–periaatteet-jaotteluun, jaottelun on mahdollista nähdä vaikuttaneen tutkimustyön taustalla.¹⁴¹ Koskenniemenkin voi nähdä väitöskirjassaan liittyvän moderniin oikeusperiaateparadigmaan.

Tässä yhteydessä on syytä mainita lopuksi myös Helinin väitöskirja, vaikka se modernin oikeusperiaateajattelun suomalaiseseen paradigmaan murtautumisen kannalta näyttäisi sikäli epärelevantilta, että kysymys on tässä väitöskirjassa oikeusteorian lähihistorian tarkastelusta skandinaavisen realismin ja sen vaikutusten osalta. Kuitenkin Helin lopuksi pohdiskelee tutkimuksissaan saavuttamia tuloksia vasten silloista (1988) oikeusteoreettista tilannetta sekä myös mahdollista tulevaa oikeusteoreettista kehitystä. Tässä hän asettuu eksplisiittisesti (tosin varovaisesti) puoltamaan Dworkinin ja Alexyn ajatuksiin nojautuvaa oikeusperiaateajattelua. Toisaalta Helinin havainnoille voidaan antaa erityistä painoarvoa, koska väitöskirja kuitenkin tutkii paradigmaattisen läpinurron syntymistä erityisen ansiokkaalla tavalla.¹⁴² Paradigmaan murtautumisestahan Alexyn ja Dworkinin edustaman oikeusperiaateajattelun osalta oli silloin ajankohtaisesti kysymys.

Vaikka Lappi-Seppälän, Pöyhösen, Fränden, Koskenniemen ja Helinin väitöskirjojen voidaan katsoa edustavan teoreettisen syvyytensä ja vaikutusvaltansa puolesta 1980-luvun loppupuolen väitöskirjojen oikeusteoreet-

¹³⁸ Ks. Frände 1989, s. 50.

¹³⁹ Ks. Frände 1989, s. 69.

¹⁴⁰ Ks. Koskenniemi 1989, s. 21–22.

¹⁴¹ Ks. Koskenniemi 1989, s. XIII, 155, 156, 246 ja 496.

¹⁴² Ks. Helin 1988, s. 426 ja tästä erityisesti alaviite 3.

tisesti merkittävintä osaa, on muistettava, että Alexyn ja Dworkinin edustama oikeusperiaateajattelu oli vasta tällöin lyömässä itseään lävitse suomalaisen paradigmaan. Esimerkiksi Saloheimon ja Tuomiston väitöskirjoissa ei näyttäisi olevan eksplisiittisesti ilmenevää modernia alexylaista ja dworkinilaista oikeusperiaateajattelua. Niissä Dworkin ja Alexy eivät kuulu lähde-luetteloihin.¹⁴³

2.7.3 Paradigmaan vakiintuminen

Väitöskirjoissa 1990-luvulla yleensä vedotaan, ainakin implisiittisesti, kotimaisessa ja kansainvälisessä keskustelussa vakiintuneisiin käsityksiin oikeusnormien jakautumisesta sääntöihin ja periaatteisiin. Tosin vuosikymmenten vaihteessa Tolonen katsoi Dworkinille keskeisen erottelun sääntöjen ja periaatteiden välillä selvästi jo vakiintuneen Common law -maiden ulkopuolelle sekä pohjoismaiseen että saksalaiseen keskusteluun. Hän viittaa myös Alexyn periaatteita koskevan ajattelun vakiintumiseen.¹⁴⁴

Nieminen tuo väitöskirjassaan esille sääntöjen ja periaatteiden väliset tavanomaiset erot. Hän viittaa sääntöjen ja periaatteiden erilaiseen asemaan soveltamistilanteissa, periaatteisiin optimointikäskyinä, periaatteiden punnintaan sekä periaatteiden yhteydestä moraaliin sellaisella tavalla, joka liittyy hänen käsityksensä selkeästi alexylaisten ja dworkinilaisten periaatekäsitysten piiriin.¹⁴⁵

Scheinin viittaa väitöskirjassaan periaatteiden ja sääntöjen erottelua koskevaan keskeisimpään kotimaiseen ja kansainväliseen keskusteluun liittyen siten tutkimuksessaan alexylaiseen ja dworkinilaiseen oikeusperiaatteenäkemykseen, joka oli jo vahvasti murtautunut paradigmaan. Sääntöjen ja periaatteiden välinen jaottelu kuuluu hänen väitöskirjatutkimuksensa keskeisiin lähtökohtiin.¹⁴⁶ Jaottelu on valittu nimenomaan apukeinoksi.¹⁴⁷ Normilajin valinta riippuu hänen mukaansa tulkinnasta, koska myös valinta oikeusnormin sääntö- tai periaateluonteeseen välillä on osa tulkintaprosessia ja siten edeltää konkreettiseen tapaukseen sovellettavan oikeusnormin lo-

¹⁴³ Ks. Saloheimo 1987, lähteet. Ks. myös Tuomisto 1988, lähteet.

¹⁴⁴ Ks. Tolonen, Oikeustiede 1989, s. 339–340.

¹⁴⁵ Ks. Nieminen 1990, s. 27–29.

¹⁴⁶ Ks. Scheinin 1991, s. 29–31.

¹⁴⁷ Ks. Scheinin 1991, s. 37.

pullista ilmaisemista eli tulkinnan lopputulosta.¹⁴⁸ Hän esittää jaottelusta valaisevan esimerkin, joka koskee ulkomaalaislain soveltamista karkotusasiassa, lain 40.1 §:n edellyttämiä joko–tai–valintoja seuraa 41.1 §:ään nojaava kokonaisharkinta ja periaatetyyppisen normin soveltaminen. Tästä taas seuraa konkreettisen päätöksen tekeminen, jonka Scheinin katsoo kuvatussa tapauksessa olevan säännön soveltamista. Lopullinen ratkaisu siis perustuu sääntöön, jonka löytyminen periaatteita sisältävässä argumentaatioketjussa on myöskin tulkintakysymys.¹⁴⁹

Myös Jonkka näkee sääntöjen ja periaatteiden välisen jaottelun koskevan normityyppejä. Hän näkee oikeusjärjestyksen sellaisena, että siihen joko–tai–tyyppisten sääntöjen lisäksi kuuluu ratkaisun suuntaa vaihtelevalla painoarvolla ohjaavia periaatteita. Jonkan tutkimus siis liittyy moderniin oikeusperiaateparadigmaan.¹⁵⁰ Jonkka tarkastelee oikeusperiaatteita välineinä, jolla arvot ja tavoitteet voisivat tulla (tässä tapauksessa syyttäjän) vapaan harkinnan alaa täsmentämään ja supistamaan sellaisella tavalla, että päätöksenteon kontrollimahdollisuudet samalla kasvaisivat. Jonkalle oikeusperiaatteet erottuvat säännöistä nimenomaan siinä, että oikeusperiaatteet ovat moraalin ja oikeuden risteyskohdan normeja. Säännöt eivät ole yleensä samalla tavalla risteyskohdassa, vaan jo selkeästi oikeuden puolella.¹⁵¹

Tarukannel viittaa Dworkinin, Alexyn ja eräiden kotimaisten tutkijoiden tuotantoon.¹⁵² Paaso nojautuu erityisesti Dworkiniin.¹⁵³ Kuusiniemi pohjaa muodostamaansa ”suuntaviivojen” käsitettä vakiintuneisiin kotimaisiin ja kansainvälisiin käsityksiin oikeussääntöjen ja -periaatteiden eroista.¹⁵⁴ Ämmälä korostaa vakiintuneiden käsitysten pohjalta oikeusperiaatteita sääntöjä korkeamman abstraktiotason entiteetteinä ja niiden käyttöä erityisesti kiperissä tapauksissa.¹⁵⁵ Tähti analysoi väitöskirjassaan erityisen laajasti kotimaista keskustelua oikeusnormien jakamisesta sääntöihin ja periaatteisiin kuten keskeiseltä osin myös ulkomaista keskustelua. Hän päätyy

¹⁴⁸ Ks. Scheinin 1991, s. 32.

¹⁴⁹ Ks. Scheinin 1991, s. 32–33.

¹⁵⁰ Ks. Jonkka 1991, s. 164

¹⁵¹ Ks. Jonkka 1991, s. 166 ja 346.

¹⁵² Ks. Tarukannel 1990, s. 164–172.

¹⁵³ Ks. Paaso 1992, s. 38–39.

¹⁵⁴ Ks. Kuusiniemi 1992, s. 137–148.

¹⁵⁵ Ks. Ämmälä 1993, s. 5 ja 20–21.

toteamaan, että lukuisista sääntöjen ja periaatteiden erottelukriteereistä huolimatta tarkkoja, yksiselitteisiä ja lopullisen tyhjentäviä kriteerejä erottelelulle ei voida katsoa olevan. Erottelu on viimesijassa näkökulmiin, auditorioihin ja nimeämiseen palautuva kysymys.¹⁵⁶ Tähti korostaa myös perinteisten kotimaisten oikeusperiaatteenäkemyksen saaneen selvästi jalansijaa väitöskirjoissa 1980- ja 1990-luvuilla, vaikka laajasti tiedostettu kansainvälinen oikeusteoreettinen keskustelu onkin vaikuttanut merkittäväällä tavalla käsityksiin normien jaottelusta sääntöihin ja periaatteisiin.¹⁵⁷ Leppäsen väitöskirjassa todetaan jo selvästi Alexyn ja Dworkinin ajatuksiin nojautuvan oikeusperiaateajattelun vahva läpimurto suomalaisessa oikeustieteessä.¹⁵⁸ Esimerkiksi Jääskeläisen¹⁵⁹ ja Pohjosen¹⁶⁰ väitöskirjoissa moderni oikeusperiaateparadigma näyttää tulleen omaksutuksi jo kotimaisen keskustelun kautta, vaikka lähdeluettelosta ei löydy Alexya tai Dworkinia.

Poikkeuksia Alexyn ja Dworkinin edustamaan oikeusperiaateajatteluun tukeutumisesta on myös nähtävissä. Esimerkiksi Pokan ympäristöoikeudellinen väitöskirja 1991 on ajassaan jo poikkeuksellinen, koska siinä on tukeuduttu hyvin selväpiirteisesti traditionaaliseen käsitykseen oikeusperiaatteista, joilla siis tarkoitetaan käsityksiä ennen Dworkinin aloittamaa kansainvälistä keskustelua. Alexyn tai Dworkinin teoksia ei kuulu väitöskirjan lähdeaineistoon.¹⁶¹ Toisaalta vesioikeuden alalla vuotta aiemmin ilmestynyt Revon väitöskirjakaan ei sisällä nähdäkseni tukeutumista moderniin oikeusperiaateparadigmaan.¹⁶² Kuitenkin Kuusiniemen ympäristöoikeudellisessa väitöskirjassa oli tukeuduttu moderniin oikeusperiaateajatteluun edellä kerrotulla tavalla, joten kysymys ei ole ympäristöoikeudellisesta ilmiöstä laajemmin.

Oikeusperiaateajattelun kannalta erityisenä alueena voidaan nähdä vero-oikeus. Vapaavuoren väitöskirjassa en ole nähnyt modernin oikeusperiaate-

¹⁵⁶ Ks. Tähti 1995, s. 147–149. Ks. myös Kulla 1991 (Virantäyttö), s. 36 ja Kulla 1991 (Hallintomenettelyn perusteet), s. 11–12. Kulla asettuu tukemaan käsitystä, jonka mukaan oikeusperiaatteen käsite on kiistanalainen ja täsmennyksen tarpeen.

¹⁵⁷ Ks. Tähti 1995, s. 136.

¹⁵⁸ Ks. Leppänen 1998, s. 26–27.

¹⁵⁹ Ks. Jääskeläinen 1997, s. 70 ja lähteet. Moderni oikeusperiaateajattelu tulee sisään erityisesti pohdinnoissa oikeusperiaatteiden arvo- ja tavoitesidonnaisuudesta.

¹⁶⁰ Ks. Pohjonen 1998, s. 199–207 ja lähteet. Moderni oikeusperiaateajattelu tulee sisään erityisesti Pöyhösen ajatteluun tukeutumisen kautta.

¹⁶¹ Ks. Pokka 1991, s. 21–24 ja lähteet.

¹⁶² Ks. Repo 1990. Lähdeluettelossa ei ole myöskään mainintaa Alexyistä tai Dworkinista.

paradigman läpimurtoa.¹⁶³ Legaliteettiperiaatteen painottaminen saattaa merkitä erityistä sääntöhakuisuutta.¹⁶⁴ Muistan Kari S. Tikan painottaneen projektiluennolla 1995 oikeusperiaateajattelun vähäistä painoarvoa vero-oikeuden piirissä juuri legaliteettiperiaatteen korostuneen painoarvon vuoksi. Toisaalta verovelvollisen oikeusturvan suojaaminen mielivallalta voisi edellyttää oikeusperiaateajattelun soveltamista ainakin verovelvollisen eduksi. Soikkelin tuleva väitöskirja saattaa olla väitöskirjatutkimusten näkökulmasta merkittävä modernin oikeusperiaateajattelun läpimurto vero-oikeudellisessa ajattelussa.¹⁶⁵

2.8 TÄMÄN TUTKIMUKSEN NÄKÖKULMA: OIKEUSPERIAATE NORMI-IDEOINA JA VELVOITTAVANA OPTIMOINTIKÄSKYNÄ

Oikeusperiaatteen rakenne punnintatilanteen sekä lopullisen säännön ja ratkaisun premissien muodostumisen kannalta voidaan esittää yksinkertaistettuna seuraavasti:

SISÄLLÖLLINEN MERKITYS	VELVOITTEEN MUOTO
TOTALISOIVAT NORMI-IDEAT	OPTIMOINTIKÄSKY
ANTITOTALISOIVAT KONTEKSTIVAATIMUKSET	

Periaatteen ja säännön ero voidaan nähdä fundamentaaliselta luonteeltaan samanlaisena kuin on Esa Saarisen näkemä (moraali)filosofin ero suhteessa saarnaajiin ja uskonnollisiin opettajiin. Erotuksena saarnaajista ja uskonnollisista opettajista filosofi ei usko voivansa antaa yksityiskohtaisia neuvoja

¹⁶³ Ks. Vapaavuori 1991. Lähdeluettelossa ei ole myöskään mainintaa Alexysta tai Dwor-kinista.

¹⁶⁴ Legaliteettiperiaatteen merkityksestä vero-oikeudellisessa tutkimuksessa: Wikström, Minun metodini, s. 330–338.

¹⁶⁵ Näin voisin päätellä esimerkiksi Lauri Soikkelin puheenvuoroista Siltalan tutkijaseminaarilla syksyllä 1988.

siitä, miten kussakin käytännön tilanteessa tulisi toimia. Filosofi kuitenkin uskoo voivansa välittää ratkaisevan tärkeää *yleistä tietoa* oikeasta ja väärästä.¹⁶⁶

Saarisen näkemän Filosofin tavoin oikeusperiaate voi antaa esimerkiksi ratkaisupakon ja kiperän tapauksen edessä piinatulle tuomarille ratkaisevan tärkeää yleistä tietoa oikean tai ainakin hyvin perustellun säännön valinnasta, vaikka säännön ja yksityiskohtaisen toimintaohjeen löytäminen vaatii vielä lisäksi punnintaa ja optimointia siinä kokonaiskontekstiyhteydessä, jossa oikeusperiaatetta sovelletaan. Periaatteen tyyppinen normi kuitenkin voi Aarnion näkemällä tavalla antaa suuntaviivoja lopullisten normatiivisten premissien löytämiseksi sääntöä ja ratkaisua varten. Periaatteiden merkitys on silloin tavallaan välillinen: ne vaikuttavat tapaan, jolla sovellettavat oikeussäännöt valitaan ja täsmennetään.¹⁶⁷ Oikeusperiaate vaatii optimointikäskynä ottamaan huomioon sellaisia näkökohtia punninnan ja optimoinnin prosessiin, joilla oikeusjärjestystä saadaan mielekkäällä tavalla hallituksi nimenomaan oikeusjärjestyksenä – ei ainoastaan irrallisina atomaaris- skitsofreenisinä tekstipätkinä. Taustalla vaikuttaa silloin psyyken mielekkyysperiaate sekä ihmisen yhteisöllisten ja yksilöllisten tarpeiden risteyskohdasta voimansa imevä oikeusvarmuuden vallantahto.

Oikeusperiaatteen soveltaminen konkreettisessa ratkaisutilanteessa voidaan nähdä eräänlaisena ketjuna, jossa abstraktiotaso alenee kohti lopullista ratkaisua. Omaan työhöni liittynyt¹⁶⁸ KKO:2000:18 on hyvä esimerkki laskevan abstraktiotason päättelystä:

”Yleinen periaate on, ettei sillä, joka on saanut korvauksen vahingostaan vahinkovakuutuksesta, ole enää oikeutta saada korvausta samasta vahingosta vastuussa olevalta. Korkein oikeus katsoo, että kysymystä vakuutuskorvauksen merkityksestä hinnanalennusasiassa on arvioitava samalla tavalla. Korkein oikeus toteaa, että A:lle maksettu vakuutuskorvaus on eräiden muiden kustannusten ohella suoritettu kaikkien niiden kustannusten perusteella, joilla A on vaatinut B:ltä hinnanalennusta. Sen vuoksi A:lla ei enää ole oikeutta vaatimaansa korvaukseen.”

Tässä tapauksessa termi ”*arvioitava samalla tavalla*” viittaa ainakin osittain oikeusperiaatepunnintaan epädeduktiivisena ja epäsyllogistisena sovel-

¹⁶⁶ Ks. Saarinen 1995, s. 252–253.

¹⁶⁷ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 79 ja 99. Ks. myös Aarnio (JK Tuori) 1998, s. 83–84.

¹⁶⁸ Olen toiminut jutussa osapuoli B:n avustajana ja vaatinut päämiestahoni puolesta nyt annettua tuomiota juuri KKO:n ratkaisussaan esittämällä perusteluketjuilla.

tamisprosessina¹⁶⁹, vaikka se ilmaisuna toisaalta näyttäisi asettuvan jonnekin deduktiivisen syllogismin ja punninnan välimaastoon. Vielä selkeämmin oikeusperiaatepunninnan suorittamista voidaan kuitenkin ilmaista Tulokkaan ratkaisun perusteista esittämässä eriävässä mielipiteessä käyttämällä ilmaisulla: ”*Yhdensuuntaisesti* tämän kanssa on arvioitava...” Kiistakysymyksenä tapauksessa ei ollut punninta, vaan kysymys siitä, onko KKO:n tässä esittämä yleinen oikeusperiaate voimassa normina oikeusjärjestyksessämme. Päämiestahoni B:n vastapuoli A katsoi, että tällaista normia ei ole ”bongattavissa” velvoittavista oikeuslähteistä nojautuen lisäksi tuplakompensaation hyväksyneeseen Vaasan HO:n tuomioon (S 95/431), jossa vahinkovakuutuksesta maksettua korvausta ei katsottu hinnanalennuksesta vähennettäväksi suoritukseksi. Tässä tapauksessa ratkaisun perustaksi tulevasta säännöstä ja ratkaisun lopputuloksesta ei ollut epäilyksiä, jos vain KKO:n nyt ratkaisunsa perustalle asettama periaate nähtäisiin osana voimassaolevaa oikeutta. Oikeudenkäynti siis koski ensisijaisesti oikeusperiaatteen voimassaoloa. Varsinainen optimointi ja punninta ei ole ollut tarpeen vastasyiden heikkouden vuoksi. Huolimatta vastasyiden heikkoudesta, KKO on nimenomaan kuitenkin käyttänyt termiä *arvioida*, joka viittaa selkeästi optimoinnin ja punninnan prosesseihin deduktiivisen soveltamisen asemasta.

Säännöllä on aina lopullisen valinnan ja velvoitteen sisältävä elementti. Se on lopullinen peruste esimerkiksi velvoitteelle alistua velan tai rangaistuksen suorittamiseen (tai näistä velvoitteista vapautumiseen). Lopullisena ratkaisuna ei voi olla pelkkä periaatteen ilmaisema suositus tai perustelun osa, jotta esimerkiksi velvoite velan tai rangaistuksen suorittamiseen syntyisi. Ratkaisuun vaadittu sääntökään ei voi olla pelkkä perustelun osa tai suositus. Periaatteen kohdalla on kysymys puolestaan normi-ideoista, joilla *voidaan tukea tai horjuttaa* ratkaisun velvoittavuuden perustavaa sääntöä, esimerkiksi rangaistuksen tai velan suorittamiseen velvoittavaa sääntöä. Optimointikäsky tässä tutkimuksessa puolestaan merkitsee *velvoitetta huomioida* sääntöä etsivässä, valitsevassa, täsmentävässä ja arvioivassa *punninnassa ja optimoinnissa* näitä normi-ideoita. Oikeusperiaatteen velvoittavuuden synnyttävä optimointikäsky koskee sikäli vain lainsoveltajaa, että se ei voi suoraan perustaa velvoitetta velan tai rangaistuksen suorittamiseen (tai tällaisesta velvoitteesta vapautumiseen). Kun optimointikäsky vel-

¹⁶⁹ Wihuri pitää punnintaa loogiselta rakenteeltaan erilaisena oikeudellisen ratkaisutoiminnan strategiana kuin perinteinen deduktiiviseen subsumptio. Ks. Wihuri 1992, s. 71.

voittaa ottamaan huomioon joitakin normi-ideoita sääntöä ja ratkaisua esittäessä ja arvioitaessa, se voi vaikuttaa konkreettisten velvoitteiden syntymiseen ja perustella sellaisia.

Velvoittavan optimointikäskyn *syntymiselle* ei voida puolestaan esittää ehdottoman tarkkoja ja täsmällisiä perusteita. Velvoittavuuden syntymisen puolesta kuitenkin puhuu:

1. Rationaalinen argumentoitavuus velvoittavuuden puolesta.
2. Ulkoiset havainnot veloitteen noudattamisesta yleisesti (laumakäyttäytymisenä).
3. Psykologinen velvoittavuuden kokeminen osana yleisinhimillistä elämänhallintaa.

Tällöin on kysymys nimenomaan lainsoveltajien laumakäyttäytymisestä ja psykologisen velvoittavuuden kokemisesta, jolla tosin vallitsevassa oikeuskulttuurissa pitäisi olla jokin mielekäs yhteys myös auktoritatiivisiin teksteihin.

Optimointikäsky tuo punnittavaksi binaarioppositiosuhteessa olevia normi-ideoita periaatteen varsinaisesti ilmentämien normi-ideoiden lisäksi. Normi-idean painoarvo voi puoltaa sen ottamista huomioon punninnassa ja optimoinnissa, mikä merkitsee velvoittavan optimointikäskyn syntymistä, mutta samalla tulee mukaan harkintaan sille vastakkaisia normi-ideoita. Vastakkaisten ideoiden vaikutus lopulliseen sääntöön ja ratkaisuun nähden tulee punnittavaksi ja optimoitavaksi kunkin soveltamistilanteen partikulaarisessa kontekstissa.

Kaikki punnintaan ja optimointiin osallistuvat normi-ideat eivät välttämättä ole riittävän vahvoja synnyttämään *itsenäistä* optimointikäskyä, joka niiden huomioimiseen velvoittaisi, vaikka ne voivat jonkun vahvan normi-idean vaikutusta heikentäen tulla mukaan siellä, missä tämän vahvan normi-idean vaikutusvaltaa lopulliseen sääntöön ja ratkaisuun nähden punnitaan ja optimoidaan. Epäitsenäisten ja heikkojen normi-ideoiden ylitse hypääminen voi näyttäytyä tyylin ja arvojen tajuamisen puutetta osoittavana lainsoveltajan ilvehtimisellä, vaikka moite häntä kohtaan ei olisi yhtä suuri kuin vahvojen normi-ideoiden ylitse hypäämisen osalta.

Tolonen esittää esimerkkinä periaatteiden punninnasta ja optimoinnista neuvotteluriskin periaatteen ja lojaliteettiperiaatteen kollision.¹⁷⁰ Tässä tapauksessa optimointikäsky syntyy, jos jompaankumpaan periaatteen liittyvät arvot, tavoitteet, yleistyksiset, käsitteet tai muut oikeusperi-

¹⁷⁰ Ks. H. Tolonen, Oikeustiede 1989, s. 350.

aatteen muodostavat normi-ideat ovat riittävän painavia, jotta niiden ylitse ei voi hypätä, vaan ne on huomioitava sääntöjä arvioitaessa, etsittäessä, valittaessa ja täsmennettäessä. Optimointikäsky tuo punnintaan mukaan myös vastakkaisia normi-ideoita. Lojaliteettiperiaate tuo mukanaan punnintaan ja optimointiin omiensa lisäksi neuvotteluriskin periaatteeseen sisältyviä normi-ideoita ja neuvotteluriskin periaate puolestaan omiensa lisäksi lojaliteettiperiaatteeseen liittyviä normi-ideoita. Molemmat periaatteet voivat edustaa saamansa institutionaalisen tuen kautta monia yksittäisiä auktoritatiivisia tekstejä, joilla on myös omat tausta-arvonsa ja taustatavoitteensa. Molempien huomioimista jollakin tavalla voidaan vaatia, vaikka lopullisessa ratkaisussa toinen syrjäytettäisiin kokonaan aristoteellisen kaksiarvologiikan mukaisesti tai melkein kokonaan sellaisessa sumean logiikan mukaisessa ”kultaisessa keskittien” kompromississa, jossa toisen painoarvo on vain vähän olematonta suurempi.

Normi-ideoille premisseinä on ominaista, että ne ovat lopullisiin sääntöihin ja ratkaisuihin sellaisessa totalisaatiosuhteessa, joka heijastaa länsimaisen filosofian valtavirran vallantahdon ilmentämää ennalta hallitsemattomuuden (totalisoimattomuuden ja toisuuden) kammoa.¹⁷¹ Normi-ideat on kuitenkin sopeutettava kokonaiskontekstiyhteydessä toisiinsa, mikä vähentää niiden totalisoivaa merkitystä lopullisen säännön ja ratkaisun kannalta. Tällöin lopullisen ratkaisun ja säännön premissit valikoituvat lopullisesti tapauksen erityispiirteitäkin huomioiden. Optimointikäsky siis tuo premissejä lopulliseen sääntöön ja ratkaisuun kolmesta yhteydestä:

1. Oikeusperiaatteen ensisijaisesti ilmaisemista normi-ideoista.
2. Binaarioppositiosuhteessa olevista vastakkaisista normi-ideoista.¹⁷²
3. Tapauksen partikulaarisista piirteistä.

Yhteenvetona oikeusperiaatteen käytösäännön perusteeksi voidaankin todeta Klamin tavoin:

”The metanorms are by nature relative, because there are different arguments behind them, they can – in different situations – be used in a differentiating way.”¹⁷³

¹⁷¹ Ks. Levinas, *Etiikka ja äärettömyys*, s. 101.

¹⁷² Pöyhösen mukaan periaatteeseen sisältyvä optimointikäsky voidaan muotoilla myös negatiivisesti, jolloin se minimoi tietynlaisten oikeustosisieikkojen seuraamukset. Ks. Pöyhönen 1988, s. 25 alaviite 43. Mielestäni binaarioppositiosuhteen jännitteen purkaminen kontekstisidonnaisuuden vaatimalla tavalla, johon optimointikäsky velvoittaa, ei ole joko minimointia tai maksimointia, vaan se on nimenomaan punnintaa ja optimointia eli minimointia ja maksimointia.

¹⁷³ Klami 1997 (1979), s. 204.

Oikeusperiaate on tällöin rakenteensa puolesta sellainen, että se tuo mukanaan ennalta sitovia totalisoivia normi-ideoita, mutta samalla kontekstisidonnainen optimointi ja punninta näyttäisi tuovan mukanaan länsimaisen ihmisen elämänhallinnan pyrkimyksille vaikeasti siedettävää ennakoitavuuden heikkenemistä Siltalan teeseissä esitetyllä tavalla:

”Ajatus oikeusperiaatteen tapauskohtaisesta ja ei-systemaattisesta painoarvopunninnasta on varsin lähellä torjuttua metodin radikaalia epäjatkuvuutta. Jos senkaltaisen periaatepunninnan kasuistista lopputulosta ei ole mahdollista mitenkään ennakoida, miten tieteellinen kontrolloitavuus tai jutun asianosaisten ja yleisesti kansalaisten oikeusturva voidaan taata?”¹⁷⁴

Periaate siis viittaa premisseihin myös sen itsensä ulkopuolella lopullista sääntöä ja ratkaisua ajatellen, joten siitä ei pitäisi edes yrittää suoraan deduktiivisesti – suljettujen normatiivisten premissien päätelmänä – johtaa niitä sääntöjä ja ratkaisuja, joiden valintaa sen sisältämät sidonnaisuussuhteet normi-ideoiden muodossa voivat kuitenkin puoltaa. Klamin tavoin voidaankin pitää virheellisenä pyrkimyksiä soveltaa metanormityypistä oikeusperiaatetta säännön tavoin suoraan ilman punnintaa ja punninnan eksplikoimista. Klamin moittima menettely merkitsee käytännössä yleensä myös ratkaisun todellisten premissien kätkemistä, sillä tosiasialliselta punninnalta ja optimoinnilta on vaikea kuitenkaan välttyä, vaikka ratkaisu naamioitaisiin deduktiivisen luonteiseksi suoraksi soveltamiseksi. Todellisia premissiä tällaisissa naamiointioperaatioissa kätketään jättämällä ratkaisuprosessi eksplikoidumatta.¹⁷⁵ Premissien kätkemisellä ylitse perusteluvellisuuden hypännyt ilvehtijätuomari, joka on itsekin jollakin mielensä tasolla jossakin määrin selvillä ratkaisunsa heikkoudesta, saattaa pyrkiä turvaamaan ratkaisunsa arvovaltaa vaikeuttamalla sen arviointia. Tämä voidaan nähdä myös psykologisen torjunnan strategian yhdeksi muodoksi, jossa ratkaisun heikkouteen viittavia näkökohtia torjutaan pois tietoisesta käsittelystä.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Siltala, Oikeus 1999, s. 274.

¹⁷⁵ Ks. Klami 1978 (1975), s. 47–57. Legaliteettiperiaatteen soveltamisen valossa esitetty merkittävä puheenvuoro optimointikäskyn soveltamisesta. Julkaistu ensimmäisen kerran jo vuonna 1975, siis paljon ennen Alexyn myötä kotimaiseen väitöskirjatutkimukseen ja paradigmaan tullutta käsitystä optimointikäskystä. Tätä samaa perusideaa on sovellettu Klamin kirjoituksessa metanormien asemasta rikosoikeudessa yleisemmin (Klami 1997, jonka alkuperäinen julkaisu on vuodelta 1979).

¹⁷⁶ Torjunnan psykologisesta strategiasta ks. Vilkkö-Riihelä, Psykologian käsikirja 1999, s. 39.

Pitämisen (deonttisuuden) aste ei ole oikeusperiaatteella välttämättä kuitenkaan vähäisempi kuin oikeussäännöillä, vaan kysymys on pitämisen kohteen erilaisuudesta. Pitäminen ei kohdistu yksityiskohtaiseen toimintaohjeeseen, vaan velvollisuuteen ottaa huomioon oikeusperiaatteen implikoimia normi-ideoita (arvoja, tavoitteita, käsitteitä yms. tulkinnan työkaluja ja syntetisoitua oikeutta rationaalisuustasolta) toimintaohjetta (sääntöä) etsittäessä. Koska normi-ideat yleensä edustavat syntetisoitua ja synenergisoitua oikeutta,¹⁷⁷ voidaan sanoa että optimointikäsky velvoittaa oikeuden abstraktien entiteettien huomioimiseen. Oikeusperiaate on siten tästä näkökulmasta oikeussääntöjä korkeamman yleisyys- ja abstraktiotason konstruktio. Oikeusperiaatteen luonnetta juridisessa ajattelussa onkin perusteltua lähestyä nimenomaan korkean abstraktiotason konstruktiona, vaikka tämä näkökulma *soveltamistilanteet* huomioiden voidaan nähdä Klamin tavoin riittämättömäksi.¹⁷⁸ Antitotalisoivaa tai ainakin ankarinta mahdollista totalisoivaa näkökulmaa lieventävää lähestymistapaa oikeusperiaatteisiin merkitsee soveltamistilanteiden tilannekohtaisen partikulaarisuuksien huomioimisen lisäksi ajatus normi-ideoiden muodostumisesta ja jatkuvasta päivittämisestä alemman abstraktiotason entiteeteistä Tuorin tarkoittamalla sedimentoitumisen prosessilla, jossa alkuperäisen platonilaisen ideaopin mukainen ideoiden täydellinen ajattomuus häviää, vaikka toki platonilaisen ajatteluperinteen mukaisista totalisoivan sidonnaisuuden ja abstraktin kestävyuden ajatuksista jää paljon jäljellekin.¹⁷⁹

Korkeammalla abstraktiotasolla tarkoitetaan tässä yhteydessä länsimaiseen filosofiseen perinteeseen suhteutettuna sitä, mitä sillä on tarkoitettu Platonin luolavertaukseen sisältyvänä ideaoppina¹⁸⁰ ja Kantin yleistävillä eettisillä ideaaleilla erityisesti teoksessa *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Korkeammalla abstraktiotasolla ja idealuonteella viitataan tässä myös Hegelin absoluutin käsitteeseen johtaneeseen filosofiseen näkökulmaan, jossa käsitteiden abstraktiotason noustessa päädytään totalisoivaa absoluuttista totuutta edustavaan absoluuttiseen kokonaisuuteen: absoluutin käsitteeseen.¹⁸¹ Tässä on siis nimenomaan ytimel-

¹⁷⁷ Optimointikäskyn syntymiseen tarvitaan riittävästi painoarvoa. Partikulaarisen yksittäisen sääntelyn partikulaarinen taustateologia tai aksiologia ei voi lähtökohtaisesti synnyttää optimointikäskyä ainakaan synenergiaperusteella.

¹⁷⁸ Ks. Klami 1997 (1979), s. 204.

¹⁷⁹ Ks. Tuori, LM 1997, s. 399–408.

¹⁸⁰ Ks. Russell, Länsimaisen filosofian historia, s. 155–163 ja Saarinen 1985 s. 30–32.

¹⁸¹ Ks. Hegel, *Phänomenologie des Geistes*, s. 24. Ks. Saarinen 1985, s. 255–299 ja Saarinen 1995, s. 166–177.

tään kysymys Levinasin havaitsemasta länsimaisen filosofian totalisovasta perinteestä,¹⁸² joka luontevasti liittyy ajatukseen normi-ideasta.

Oikeusperiaatteet antavat mahdollisuuden turvautua oikeudelliseen järjestelmään kytkeytyviin laajoihin asiayhteyksiin ja taustatekijöihin (sidonnaisuussuhteisiin) oikeussääntöä tunnistettaessa ja valittaessa. Niihin liittyvät normi-ideat voivat myös käsitteellistää ja konstruoida systematisoinnin työkaluina ja ilmentyminä hajanaista normatiivista tietoa, jota kerätään lakiteksteistä, oikeustapauksista, lain esitöistä ja muista pintatason oikeuslähteissä.¹⁸³ Ne voivat tuoda rationaalisuutta, ennustettavuutta ja oikeusjärjestyksessä yleisesti hyväksyttyihin moraaliarvoihin ja tavoitteisiin nojautuvaa hyväksyttävyyttä oikeussääntöjen tunnistamiseen ja valintaan, kun niihin soveltamisprosesseissa turvaudutaan. Siten ne voivat estää mielivallan käyttöä tai vähintäänkin lieventää vaikutelmaa mielivallan, puhtaan vallankäytön tai jonkinlaisen vääryyden harjoittamisesta lainkäytön nimissä.

Formaalisten tunnistamiskriteereiden osoittaessa säännön (ratkaisun lopulliset normatiiviset premissit) selvästi ja kiistämättömästi oikeusperiaatteisiin tukeutuva *eksplisiittinen* perustelu ei ole yleensä tarpeellista tai ainakaan välttämätöntä, vaan sellaisen käyttö aktualisoituu lähinnä kiperissä tapauksissa (hard case).¹⁸⁴ Yksityiskohtaisen toimintaohjeen käytännön tilanteessa tarjoamaa normia ei tulisi nimittää periaatteeksi vaan säännöksi.¹⁸⁵ Korkea abstraktiotaso ja lopullisen toimintaohjeen puuttuminen, jotka merkitsevät käytännössä ratkaisujen lopullisten normatiivisten premissien suhteen viittausta myös antitotalisoivasti normin itsensä ulkopuolelle, ovat tässä tutkimuksessa keskeisimpiä periaatetyypisyyden piirteitä.

¹⁸² Ks. Levinas, *Etiikka ja äärettömyys*, s. 101.

¹⁸³ Ks. Peczenik 1995, s. 185.

¹⁸⁴ Ks. tästä esim. Klamin ja Peczenikin argumentoinnin tasottelumalli: Klami (to Peczenik) 1997, s. 211–219. Ks. myös Klami, *Minun metodini*, s. 152–153.

¹⁸⁵ Vrt. Tähti 1995, s. 160. Tähten mukaan säädöksissä tai valtiosopimuksessa periaatteeksi karakterisoitu kokonaisuus on positiivisen oikeuden näkökulmasta periaate, vaikka se ei mahtuisi minkään oikeuskirjallisuudessa periaatteeksi muotoillun periaatekäsityksen puitteisiin. Jos kuitenkin selkeä sääntömäinen toimintakäsitys olisi jostain syystä karakterisoitu periaatteeksi, se on tämän tutkimuksen näkökulmasta sääntö teoreettisen statuksensa osalta, vaikka sitä olisi periaatteeksi kutsuttu. Tässä mielessä en hyväksy Tähten ”tekstiempirismä.”

3 Elämänmuodot, vallantahto ja laumavaisto

3.1 ELÄMÄN MUODOT YHTEISKUNTASOPIMUKSINA

Oikeuspositivistinen näkemys oikeuden voimassaolosta esittää oikeuden ihmisen tahdon tuotteena.¹⁸⁶ Tätä näkemystä voidaan pitää myös vahvasti vallitsevan paradigman piiriin kuuluvana näkemyksenä oikeuden voimassaolon perusteista. Oikeus on kuitenkin yhteisöllinen ilmiö, joten on houkuttelevaa nähdä oikeus perusteiltaan myös jonkinlaisena yhteiskuntasopimuksena, joka ilmentää ihmisten tahtoa yhteisöllisesti. Niemi on väitöskirjassaan esittänyt oikeuden fundamentaalisilta perusteiltaan nimenomaan yhteiskuntasopimuksena, jossa lähtökohtana on käsitys oikeudesta ihmisten yhteistoiminnan rationaalisina ja hyväksyttävänä (hypoteettisesti heidän itsensä asettamina) ehtoina.¹⁸⁷ Implisiittinen ja hypoteettinen luonne merkitsee, että yhteiskuntasopimusta ei pyritä näkemään aktuaalisena, naturalistisena, historiallisena tai transsendenttina.¹⁸⁸ Oikeusnormit ovat tällöin peräisin yhteisöstä itsestään, ei siis mistään ulkoisesta lähteestä. Norminmuodostus tapahtuu tällöin sen jäsenten itsensä toimesta, jolloin oikeusnormit syntyvät ja tulevat voimaan, kun ne omaksutaan yhteisössä.¹⁸⁹ Sopimus on myös Niemen mukaan oikeusjärjestyksen viimekätinen perusta ja viimeisin oikeutusperuste normille. Sopimus on tällöin viimeinen ja syvin justifikaatio oikeudellisessa argumentoinnissa. Se muodostaa viimekätisen mittapuun yhteisön instituutioiden, periaatteiden ja sääntöjen oikeudenmukaisuudelle.¹⁹⁰ Yhteiskuntasopimuksen mukainen oikeudenmukainen ideaalimaailma on Kantin mainitsema päämäärien valtakunta, jossa päämääreinä ovat yhteisön kaikkien jäsenten oikeuksien turvaaminen.¹⁹¹

¹⁸⁶ Tässä ei ole kysymys empiristiseen suuntaan kallistuneesta loogisesta positivismista, joka ihmisen tahdon asemasta painottaa objektiivista ulkomaailmaa.

¹⁸⁷ Niemi 1996, s. 127.

¹⁸⁸ Niemi 1996, s. 139.

¹⁸⁹ Niemi 1996, s. 170.

¹⁹⁰ Niemi 1996, s. 141.

¹⁹¹ Niemi 1996, s. 143.

Oikeudellisen tiedon johtamisessa tieto-opillista varmuutta saadaan näkemällä yhteiskuntasopimus osana Wittgensteinin myöhäiskauden holistisesta kielifilosofiasta tuttua elämänmuodon käsitettä, jossa yhteisölliset käytännöt perustelemalla itse itsensä osoittavat välttämättömyytensä.¹⁹² Oikeudellinen traditio ja sopimus osana elämänmuotoa muodostavat tällöin totuuden ja oikeellisuuden viimeisen kriteerin, joka samalla ehkäisee päättämisen jyrkkään relativismiin.¹⁹³ Varmuutta oikeudellisen tiedon johtamiseen tarjoaa etenkin tähän ajatteluun liitetty käsitys yksityisen kielen ja oikeuden kiellosta:

”Lähtökohtana on, että sanojen ja lauseiden merkitykset määräytyvät elämänmuodosta käsin, ne määräytyvät yhteisön käytännöissä. Tämä merkitsee, että sääntöä ei voida seurata vain kerran. Kysymys ei voi olla ainutkertaisesta asiasta.

Tietoteoreettisesti yksityisen kielen kiello on merkittävä, koska tällöin voidaan välttää solipsismi, ja osoittaa tiedon intersubjektiivinen perusta. Tieto on lauseiden merkityksiä yhteisten kielipelien eli traditioiden määräämissä puitteissa. Peli kokonaisuutena on kontingentti, se on vain yksi mahdollinen peli, mutta tiedettäessä eli pelatessa itse peliä sääntöineen ei voi epäillä eikä suhteellistaa. Tässä suhteessa se on annettua ja esitietoa. Annetut puitteet eivät ole tiedon kohde vaan sen lähtökohdat ja edellytys, joka myös mahdollistaa yksimielisyyden. Kielipeleillä on näin ollen sama funktio kuin Kantin apodiktisella tiedolla.”¹⁹⁴

Tieto-opillista haastetta yhteiskuntasopimuksen idealle merkitsee muutoksen tuomat haasteet. Kysymys ei ole Niemen mukaan siitä, mitä aiemmin on sovittu, vaan paremminkin olennaisesti siitä, missä nyt mennään ja mikä on kehityksen suunta.¹⁹⁵ Ajan kuluminen ja paikallinen etääntyminen merkitsee aina totaalisen samuuden katoamista kontekstiyhteyksissä. Tällöin yhteiskuntasopimus (elämänmuoto) joutuu muutoksen kohteeksi. Kontekstiyhteyksien kokonaisuutta muuttaa myös ihmisen pyrkimykset elämäntalouteen *uusilla* käsitteillä, arvoilla ja muilla hallinnan tavoittelun välineillä. Huomio kääntyykin siten luontevasti yhteiskuntasopimuksen edellytyksiin. Oleellista ovat ne *tarpeet*, joihin yhteiskuntasopimuksen pitää vastata syntyäkseen ja säilyäkseen elävänä konventiona.

¹⁹² Ks. elämänmuodoista esim. Wittgenstein, Huomautuksia psykologian filosofiasta, s. 155: ”Elämänmuodot – voitaisiin sanoa – ovat sitä, mikä on hyväksyttävä; sitä mikä on annettua.”

¹⁹³ Niemi 1996, s. 113.

¹⁹⁴ Niemi 1996, s. 31.

¹⁹⁵ Niemi 1996, s. 134.

3.2 VALLANTAHDON (ELÄMÄNHALLINNAN) VIETTI JA TARVE

Vallantahdon (elämänhallinnan) vietti vaatii taistelua hallinnan saavuttamisen puolesta merkityksellömyyttä ja mielettömyyttä vastaan. Kysymys on tavallaan nietzscheläisestä näkökulmasta psyyken mielekkyysperiaatteen. Kysymys on silloin taistelusta jäsentymättömänä, ristiriitaisena, epäkoherenttina ja yhteisölliseltä hyväksyttävyydeltään epävarmana¹⁹⁶ esiintyviä mielikuviamme vastaan oikeudellisessa ajattelussa. Se on taistelua sellaisia oikeuden mieltämisen mahdollisuuksia vastaan, joita emme tiedollista hallinnan pyrkimystä ilmentävän tiedontahdomme ja vahvaa yhteisöllistä sitoutumistamme ilmaisevan laumavaistomme vaatimukset huomioiden voi pitää hallittuna ja mielekkäänä. Tämä jäsentymättömyys tai muu merkityksellömyys on siis nimenomaan *tunnetta* jäsentymättömyydestä tai merkityksellömyydestä ja mielettömyydestä. Vallantahdon (elämänhallinnan) tarpeen vallattavaksi ja nujerrettavaksi määräytyvä kohde on nähtävissä esimerkiksi Platonin käsityksistä ideamaailman ulkopuolisesta maailmasta,¹⁹⁷ Aristoteleen tavoiteltavassa vielä tavoittamattomassa,¹⁹⁸ Kantin olioissa sinänsä¹⁹⁹ ja Hegelin määrittelemättömässä alussa.²⁰⁰ Samoin se on nähtävissä jatkossa käsiteltävien sopimusopin klassikoiden luonnon-tilassa ilman normeja. Vasta Nietzsche on kuitenkin selvästi nähnyt tässä ehdottoman lähtökohdan ihmisen toiminnan ja elämän fundamentaalisen luonteen ymmärtämiselle:

”Kaiken olevaisen ajateltavuuden tahto: näin minä nimitän teidän tahtonne! Te tahdotte tehdä kaiken olevaisen ensin ajateltavaksi: sillä te epäilette hyvästä syystä onko se jo ajateltavaa. Mutta sen pitää myöntyä teidän vaatimukseenne ja taipua! Niin tahtoo teidän tahtonne. Sileäksi sen pitää tulla ja hengelle alamaiseksi, sen kuvastimena ja kuvajaisena. Tämä on teidän koko tahtonne, te viisaimmat, vallantahtona; ja silloinkin, kun te puhutte hyvästä ja pahasta ja arvostuksista.”²⁰¹

¹⁹⁶ Tarkoitan tilannetta, jossa meillä ei ole oikeudellisen tiedon hallintaan soveltuvaa mieltämistä yhteiskuntasopimuksesta, elämänmuodosta, traditiosta yms.

¹⁹⁷ Ks. Platon, *Faidon* 74 a–75 b.

¹⁹⁸ Ks. Aristoteles, *Metafysiikka*, s. 7

¹⁹⁹ ”Vaikka emme voi tieto-opillisesti tuntea näitä objekteja olioina sinänsä, meidän täytyy kuitenkin pystyä ajattelemaan niitä olioina sinänsä.” Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, Esa Saarisen (1985, s. 234) suomennos.

²⁰⁰ Ks. Hegel, *Logik*, s. 77–81.

²⁰¹ Nietzsche, *Zarathustra*, s. 152.

”Jäsentynyt maailma, maailma intelligiibelin luonteensa puolesta määriteltynä ja merkittynä – se olisi vallantahtoa eikä mitään muuta sen lisäksi.”²⁰²

Kriittisen oikeustieteen yhdeksi avainhahmoksi nostettu Levinas katsoo, että länsimainen filosofia on yhteneväistä sellaisen Toisen²⁰³ tiedollisen haltuunoton kanssa, jossa Toinen olemisena manifestoituessaan²⁰⁴ menettää toisuutensa. Pelko Toisesta, joka pysyy Toisena, on leimannut länsimaista filosofiaa sen lapsuudesta alkaen.²⁰⁵ Tätä jäsentymättömyyttä ja merkityksettömyyttä voimme siis kutsua myös tavoittamattomaksi toisuudeksi. Entiteetti jää tällöin ulkopuolelle kaikkien mahdollisten yhtymäkohtien (samuuden), jossa se voisi kohdata hallintaan pyrkivän ihmisen maailman. Entiteetissä ei ole mitään samaa hallitsemaan pyrkivän ihmisen maailman kanssa, joten se jää tavoittamattomaksi toisuudeksi kaiken hallinnan tai vallan ulkopuolelle. Vallantahdon pyrkimys toisuuden nujertamiseksi on siten luontevasti taistelua kaikkea laittomuutta vastaan. Laillisuudella ja laittomuudella tarkoitetaan toki tässä paljon enemmän kuin juristi tällä termillä välittömästi ymmärtää. Laillisuudella tarkoitetaan sekä lainalaisuuksia ihmisen käyttäytymisessä että myös luonnontieteiden etsimiä lainalaisuuksia. Samoin sillä tarkoitetaan merkityksiä, mielekkyyksiä, merkitysyhteyksiä ja mielekkäisyysyhteyksiä, jotka ovat kaikkien varsinaisten lainalaisuuksien edellytyksinä. Laittomuus puolestaan kattaa myös hallitsemattoman singularisuuden.

Lähtökohtani binaarioppositiossa samuus/toisuus tai hallittu/hallitseminen eroaa nietzscheläisten lähtökohtiensa vuoksi jonkin verran siitä, mitä Levinas on näillä tarkoittanut kytkiessään jaottelun melko eksplisiittiseen tiedolliseen hallintaan. Hallinnan tavoittelu totaalisen toisuuden nujertamiseksi voi olla mielestäni muutakin kuin ankarasti totalisoivaa hallinnan tavoittelua selkeästi abtrahoivilla, redusoivilla, linearisoivilla ja systemaattisesti jäsentävillä tiedonhallinnan strategioilla. Ankarasti totalisoivat strategiat kuitenkin ovat ehdottomasti valtavirrassa (toistaiseksi?) tämän päivän oikeudellisessa elämänhallinnassa ja etenkin sen traditioissa. Elämänhallinta voi kuitenkin taistelussa toisuutta vastaan luontevasti olla hallin-

²⁰² Nietzsche, Hyvän ja pahan tuolla puolen, § 36.

²⁰³ Levinasilaisen näkemyksen mukaisesti tässä käytetään isoa alkukirjainta. Käyttäessään ilmaisuja ”toisuus” poikkean levinasilaisista lähtökohdista.

²⁰⁴ OLLA OLEMASSA = JÄSENTYÄ TIETOISUUTEEN (Ks. Rainio 1993, s. 63)

²⁰⁵ Levinas, Etiikka ja äärettömyys, s. 101.

nan tavoittelua Toisen saamiseksi vain heikkoon hallintaan *uskomalla, alistumalla ja oivaltamalla intuitiivisesti*, jolloin äärimmäinen toisuus kuitenkin nujerretaan merkitys- ja mielekkyyssyhteyksillä.

”Joka ei osaa panostaa tahtoaan asioihin, sijoittaa niihin ainakin mielekkyiden: hän siis uskoo, että niissä on tahto jo valmiina.”²⁰⁶

Erilaisissa tarvehierarkioissa esitetään yleensä ainakin fysiologiset, turvallisuuden, sosiaalisen yhteenkuuluvuuden, sosiaalisen arvostuksen, itsensä toteuttamisen, tiedonhalun ja estetiikan tarpeet. Näistä fysiologiset tarpeet ovat hierarkiassa primaarisia. Vallantahdon (elämänhallinnan) tarve on kuitenkin ensisijainen fysiologisiin tarpeisiin nähden. Esimerkiksi ravinnontarve on ensiksi erilaisista psykofyysistä tuntemuksista tunnistettava (vallattava toisuudelta) ravinnontarpeeksi. Myös ravinto vaatii tunnistamista sellaisen joukosta, joka ei ole ravintoa.²⁰⁷ Nietzscheäisessä vallantahdossa ei ole lähtökohdiltaan kysymys mistään myyttisestä käsityksestä vallasta.²⁰⁸ Lähtökohdissaan kysymys on elämälle välttämättömästä asioiden valtaamisesta merkitysten ja mielekkyyksien piiriin meille hallittuina. Tällöin on kysymys elämänhallinnan fundamentaalisista edellytyksistä, jotka olemisen ja totuuden sijasta asettavat perimmäisen näkökulman ihmisen tarpeisiin. Vallantahtoon kuuluu silloin myös ihmisen *vaistomainen pyrkimys* ottaa asioita *jäsenneltyinä kokonaisuuksina* hallintaan. Tästä vaistomaisesta pyrkimyksestä kertovat esimerkiksi lukuisat hahmopsykologian tulokset, joiden mukaan ihminen vaistomaisesti pyrkii hahmottamaan asioita kokonaisuuksina.²⁰⁹ Hahmopsykologian kuuluisa motto onkin: kokonaisuus on enemmän kuin osien summa.²¹⁰ Tähän mottoon palaamme luvussa neljä etsittäessä oikeusperiaateajattelulle keskeisten tiedonhallinnan strategioiden vahvimpia syömähampaita, jotka ovat tiedontahtomme tyydytyksen mahdollisuuden kannalta keskeisimmässä asemassa.

Siinä mielessä Habermasin käsitys Nietzschen ja Foucaultin vallantahdon käsitteestä totuuden hylkäävänä ajattelutapana on ymmärretty osuvasti, että

²⁰⁶ Nietzsche, Epäjumalten hämäre, s. 11. Elämänhallinnasta uskoon liittyvillä mielekkyys- ja merkityssyhteysillä ks. Rainio 1993, s. 181–184.

²⁰⁷ Ks. perinteisistä tarvehierarkioista Karvonen 1998, s. 27.

²⁰⁸ Vrt. Habermas, Järki ja kommunikaatio, s. 180–184.

²⁰⁹ Hahmopsykologian tuloksia esittelee esim. Rainio 1993, s. 22–56. Ks. hahmopsykologiasta myös Wittgenstein, Huomautuksia psykologian filosofiasta I, § 9, 23, 54, 70, 970, 1002 ja 1125.

²¹⁰ Ks. Vilkkö-Riihelä, Psykologian käsikirja 1999, s. 52–53.

vallantahdon näkökulmasta ei voida pitää hyväksyttävänä fundamentaalisesta päämäärarationaalisuudesta (vallantahdosta ja elämänhallinnasta) erotettavaa käsitystä pätevyydestä ja totuudesta. Totuusvaatimuksen puutteesta hän arvostelee myös diskurssianalyysia, jonka Foucault on kehittänyt Nietzsche'n moraalin genealogian perusteella.²¹¹ Habermasin mukaan nietzscheläinen valtateoria järjen samaistamisesta valtaan "luo uusia myyttejä mielivaltaisesti ja pitää totuusvaatimuksen asemasta kiinni enää vain esteettisen fragmentin retorisesta vaatimuksesta."²¹² Totuudesta ja todesta tiedosta puhuttaessa on kuitenkin muistettava:

"Meillä ei kerta kaikkiaan ole mitään tiedon, "totuuden" elintä."²¹³

Jos retoriikalla puolestaan tarkoitetaan halutun vaikutelman synnyttämistä *näkökulmien vähentämisellä ja kaventamisella*,²¹⁴ käsityksessä vallantahdossa on kysymys ennemminkin antiretoriikasta. Kysymys on näkökulman laajentamisesta elämän perimmäisten lähtökohtien ja elämän perimmäisen luonteen toteuttamiseen, elämän fundamentaalisen finalismin huomioimiseen, jossa perimmäisenä perustana on ihminen itselleen mielekässtä ja hallittua maailmasuhdetta rakentavana tarveolontona. Nietzsche'n Iloisessa tieteessä esittämä käsitys tieteellisinä totuuksina pidettyjen käsitysten joutumisesta murhatuksi (nauramalla niitä kuoliaaksi ulos uusien "totuuksien" alta), on sittemmin noussut vahvaksi osaksi modernia käsitystä tieteestä erityisesti Popperin ja Kuhnin esitysten myötä. Kun tieteen evoluutio etenee popperilaisten kumoamisien ja kuhnilaisten normaalitieteen kriisien myötä, uusia "totuuksia" syntyy vanhojen "totuuksien" joutuessa hylättyjen myyttien asemaan. Nietzsche'läisittäin katsoen ei ole olemassa sellaisia totuuksia, jotka eivät olisi suhteutettuja elämän fundamentaaliseen päämäärarationaalisuuteen. Totuuksien asemaan nostetut näkökulmat joutuvat väistymään, jos ne eivät palvele ihmisen pyrkimyksiä hallita itseään ja ympäristöään merkityksillä ja mielekkyyksillä. Totuudet ja "totuudet" katoavat, mutta ihminen jatkaa elämäänsä tarveolontona, jonka tarpeet toki laumaeläimenä kietoutuvat voimakkaasti yhteisöllisyyteen.

Elämänhallinta ei välttämättä edellytä aina loogista ja syvälle ulottuvaa rationaalista perustelua tyydyttääkseen niitä tarpeita, joita oikeuteen ja sen

²¹¹ Ks. Habermas, Järki ja kommunikaatio, s. 184.

²¹² Ks. Habermas, Järki ja kommunikaatio, s. 178.

²¹³ Nietzsche, Iloinen tiede, s. 205.

²¹⁴ Retoriikan määritelmästä ks. Karvonen 1998, s. 270.

ilmiöihin kohdistuu. Olisi varmaankin epärehellistä väittää, etteikö oikeuteen kohdistuvien tarpeiden tyydyttämisessä voitaisi puhua myös sitkeistä uskomuksista. Nämä uskomukset ja myytit voivat olla kansalaisten enemmistön tai juristiammattikunnan traditionaalisenä ("homeen aateloimana") uskomuksena, tapana tai vahvana ennako-olettamuksena sellaisessa asemassa, että kaikelta kritiikiltä halutaan sulkea korvat, ja tämä myös yhteisöllisesti tosiasiallisesti hyväksytään. Todellisten perusteiden esittämistä saatetaan myös haluta erilaisista syistä salata, ja tämäkin saatetaan yhteisöllisesti tai juristien ammattikunnan piirissä hyväksyä.

"Mitä alhaiso on aikanaan ilman perusteita oppinut uskomaan, kuka voisikaan sen siltä perusteilla – kumota?"²¹⁵

"On säädytöntä läiskästä kaikki korttinsa pöytään. Sellainen ei ole suuri-arvoista, mikä pitää todistaa. Kaikkialla missä arvovalta kuuluu vielä hyviin tapoihin, missä ei "perustella" vaan käsketään, dialektikko on eräänlainen pelle: hänelle nauretaan eikä häntä oteta vakavasti. – Sokrates oli pelle, joka pakotti suhtautumaan itseensä vakavasti."²¹⁶

"Vanhanaikainen jaaritus käy yhä vielä "viisaudesta"; mutta että se on vanha ja haisee tunkkaiselta, sentähden sitä enemmän kunnioitetaan. Homekin aatelo."²¹⁷

Myyttistä ja muuta ankaraa järjen kritiikkiä huonosti kestävä aineista vastustava habermasilainen asenne on varmaankin monessa mielessä terve asenne. Oikeuden maailman käytännön todellisuuden kommunikatiivisten ja muiden ideaalisten rationaalisuusvaatimusten ylihyppimisen keskellä elävälle juristille on kuitenkin tarpeellista kyetä ymmärtämään myös sitoutumista myytteihin ja epärationaaliseenkin käyttäytymiseen syvällisemmin kuin habermasilainen rationaalisuutta idealisoiva asenne antaa mahdollisuuksia. Myyttiseen ja epärationaaliseen ainekseen sitoutuminen voi sisältää samantapaisia psykologisia mekanismeja kuin rationaalisuuteen sitoutuminen. Näitä mekanismeja voidaan selittää ihmisen pyrkimyksillä elämänhallintaan erilaisilla strategioilla. Habermasilaisittain voidaan esittää kommunikatiivisen rationaalisuuden ideaaleja. Tällaisten objektiivista ja ylisubjektiivista pätevyyttä tavoittelevien ideaalien esittäminen ei anna

²¹⁵ Nietzsche, Zarathustra, s. 407.

²¹⁶ Nietzsche, Epäjumalten hämää, s.18.

²¹⁷ Nietzsche, Zarathustra, s. 285.

kuitenkaan mitään perusteita, joilla subjektin aito *sitoutuminen* tällaisten ideaalien toteuttamiseen tapahtuisi. Varsinaiset kenttäolosuhteissa käytettävät aseet epärationaalisen yksilötoiminnan ja epärationaalisten käytäntöjen nujertamiseksi löytyvät, jos ovat löytyäkseen, mielestäni tällaisen toiminnan (psykologisten) perusteiden tuntemisesta. Sama koskee mahdollisuuksia fundamentaalisista yhteisöllis-tiedonhallinnallista oikeudellisista sitoumuksistaan poikenneen juridisen päätöksentekijän ohjaamiseen ja kurruttamiseen tarvittavia (psykologisia) aseita, joita väitän tosiasiallisesti tehokkaimmiksi aseiksi tähän tarkoitukseen. Tässä mielessä näen Nietzschen ja Foucaultin psykologisoivan näkökulman antoisampana kuin ylisubjektiviseen ehdottomaan pätevyyteen pyrkivän habermasilaisen kommunikationaalisuuden, joka silti kykenee vastaamaan kielellistään tiedostavan laumaeläimen kommunikoitavuuden tarpeeseen, vaikka ei fundamentaalinen selityspäätös olisikaan. Nietzsche kyydistä joudutaan puolestaan hyppäämään jossakin vaiheessa pois, koska hän ei ymmärtänyt täysin ihmisen fundamentaalista taustaa laumaeläimenä, vaikka teki monia loistavia havaintoja ihmisen laumaeläinluonteesta ja siihen liittyvästä laumavaistosta.²¹⁸

3.3 YHTEISÖLLISYYDEN LUOMINEN JA SÄILYTTÄMINEN (LAUMAVAISTO)

Pöyhösen mukaan ihmisyhteisöissä muodostuu ihmisten toiminnan tuloksena asioita, joissa voimakkaaseen yhteisöllisyyteen yhdistyy samanaikaisesti mahdollisuus voimakkaaseen yksilöllisyyteen, joka puolestaan ei ole koskaan jäännöksetöntä. Tämän ilmiön piiriin kuuluvat esimerkiksi oikeus, kieli ja raha. Näistä ei voi milloinkaan tulla tyhjentyvästi täysin yksilöllisiä. Yksityinen kieli, yksityinen raha ja yksityinen oikeus ovatkin kaikki samalla tavalla ja samasta syystä mahdottomia.²¹⁹ Näkisin kuitenkin oikeu-

²¹⁸ De Waalin mukaan ihmistä on perusteltua pitää evoluutiopsykologiselta taustaltaan laumaeläimenä. Ks. De Waal, Oikeuden ja väärän alkuperästä ihmisessä ja muissa eläimissä, s. 183–184. Nietzsche pitää ihmistä luonnolliselta taustaltaan erakkomaisena petona, joka vasta kulttuurin kehittymisen myötä on kesytetty laumaeläimeksi ihmisten yhteistyöhön ja siihen liittyvän ennakoitavan käyttäytymisen tuomien suurten etujen vuoksi. Ks. Nietzsche, Moraalin alkuperästä, s. 48–91.

²¹⁹ Pöyhönen, Minun metodini, s. 246.

den, rahan, kielen, moraalien ja muut yhteisöllisyyttä (toimivaa yhteiskuntasopimusta tai yhteisöllistä elämänmuotoa) edellyttävät vastaavat kollektiiviset ilmiöt viimesijassa ihmisen (yksilöllisenä) tarpeen tuotteena. Ne syntyvät yksilöllisestä tarpeesta ja elävät yksilössä. Yhteisölliset välineet (kieli, raha, oikeus ja vastaavat) tarjoavat huikeat mahdollisuudet muuttaa olemista ja entiteetejä kohtaamisessa fyysisen ja sosiaalisen maailman kanssa toisuuden hallitsemattomalta alueilta yhä enemmän hallitulle samuuden alueelle. Ne tekevät ihmisten käyttäytymisestä ennustettavampaa ja laskettavampaa ennakoivan elämänhallinnan tarvetta tyydyttäen. Ne avaavat yksilöllisille elämänhallintapyrkimyksille huomattavia mahdollisuuksia niiden koko skaalan alueella. Nämä yhteisölliset tuotteet ovat usein jopa keskeisiä yksilönvapauden edellytyksiä. *Yhteisöllisyys on keskeisten yksilöllisten elämänhallinnan pyrkimysten edellytyksenä.* Oikeus ja muut vastaavat yhteisölliset ilmiöt eivät ole silloin syntyneet sattumalta, vaan niiden takana on varsin fundamentaalisia yksilöön palautuvia tarpeita. Yhteisöllisyyden hajoaminen tai jopa sen selkeä heikkeneminen vaarantaa yksilöllisen vallantahdon (elämänhallinnan) pyrkimysten kannalta oleellisia välineitä.

Yhteisö ei ajattele eikä se tiedosta. Yhteisö elää sen yksilöiden veressä ja lihassa, vaikka humanistisessa traditiossa emme silti niihin sitä redusoidisikaan. Voidaan kuitenkin Airaksisen tavoin todeta, että arvoajattelukin on aina pohjimmiltaan keskustelua oman itsensä kanssa, vaikka se on tiukasti yhteisöllisyyteen kytköksissä. Tällöin on harhauttavaa väittää, että arvokeskustelun näyttämö on julkisuudessa.²²⁰ Auditoriot, yhteiskuntasopimukset, elämänmuodot ja muut vastaavat (yleensä varsin teoreettiset) muodostelmat ovat yksilöllisen elämänhallinnan tuotteita. Ihmiselle laumaeläimenä ne tosin ovat elämänhallinnassa luontevia välineitä. Kuitenkin yhteisöllisyyden tarve kytkeytyy niin olennaisesti ihmisen keskeisiin elämänhallinnan pyrkimyksiin, että voidaan katsoa yhteisöllisyyden tarpeen ”ajattelevan” ja ”puhuvan” yksilöissä yhteisöllisen yhdenmukaisuuden eli elämänmuotojen ja kielipelien (normien) syntymisen edellytysten puolesta. Nämä elämänmuodot puolestaan voidaan Niemen tavoin liittää läheisesti ajatukseen yhteiskuntasopimuksesta. Laumavaiston intersubjektivista yhdenmukaisuutta luovaa ja etenkin säilyttävää toimintaa, joka syrjäyttää partikulaarista yksilöllistä elämänhallintaa, kuvailee osuvasti Rainio:

²²⁰ Ks. Airaksinen 1994, s. 22.

”Samalla kun usko ’voimassaolevaan’ intersubjektiiviseen todellisuuteen vahvistuu, köyhtyvät subjektiivisen elämysmaailman kokeminen ja ilmaisumahdollisuudet. Miksi? Ennen kuin ihminen ennättää kokea mitään ainutkertaista ja yksilöllistä, häneen kulttuurissa istutettu rationaalinen kritiikki vaatii jo perusteltua selitystä orastavalle kokemukselle. Näin siis, jos on syntymässä yksilöllinen, ainutkertainen elämys, tuo sisäänrakennettu ’kulttuurisensori’ varoittaa jo harhasta: Ei tällaisesta kukaan ole mitään kertonut, ei tämä varmaankaan voi olla totta.”²²¹

Filosofi Derridaan nojautuen kotimaisessa keskustelussa on esitetty singulaarisuuden merkitystä oikeudenmukaisuutena.²²² Jos mieltäisimme kaikki asiat omalla tavallamme aidossa oikeassa muukalaisten yhteisössä, toisten ihmisten toiminnan ennakoitavuutta vaativa suunnitteleva sekä ennakoiva yhteistoiminta ja elämänhallinta olisi mahdotonta. *Fundamentaalista yksilössä vaikuttavaa tarvetta yhteisöllisyyteen kutsun Nietzschen tavoin laumavaistoksi*. Painotan sitä tässä tutkimuksessa nimenomaan ennakoitavan elämänhallinnan tarpeeseen (oikeusvarmuuden vallantahtoon) liittyen, koska asetan ennakoivaan elämänhallintaan pyrkimisen ensisijaiseksi lähtökohdaksi puhutessa voimassaolevana velvoittavista oikeusperiaatteista. Laumavaiston (ja tiedontahdon) luomien elämänmuotojen, yhteiskuntasopimuksen tai historiallisen apriorisuuden muodostaman ”kulttuurisensorin”, joka merkitsee elämänhallinnan kannalta yleensä tervettä psykologista torjuntaa taitavassa ja tarpeidenmukaisessa oikeudellisessa ajattelussa, ulkopuolelle jäävän singulaarisuuden ”oikeudenmukaisuudelle” en antaisi ainakaan ylivertaista merkitystä. Tämän suuntaisilla dekonstruktiivisilla ajatustavoilla oikeuden evolutiivisessa kehityksessä (”käynnissä”), jossa ”kulttuurisensori” on (yleensä hitaalle) muutokselle altis, on toki silti oma tarpeidenmukainen funktionsa. Pyrkimys yhteisöllisyyden (toimivan yhteiskuntasopimuksen) turvaamiseen on juristille luonteva näkökulma, joka on fundamentaalisten vaistojen sekä oikeuteen kohdistuvien tarpeiden kanssa sopusoinnussa. Kysymys on myös Dworkinille keskeisestä lähtökohdasta hänen kritiikissään utilitarismia kohtaan, kuten myöhemmin tullaan havaitsemaan.

Yhteisön ja yhteisöllisyyden säilymistä puoltava laumavaiston voidaan nähdä muodostavan myös syyllisyyden sisältöä yhteisössä. Tässä Nietzschen tunnetuimpia esimerkkejä hänen käsityksistään laumavaiston syyllisyyttä muokkaavasta toiminnasta:

²²¹ Rainio 1993, s. 168.

²²² Ks. Hirvonen 2000, Oikeuden käynti, s. 482. Ks. myös Derrida, Lain voima, s. 22.

”En käsitä, mitä vastaan se kapina oli tähdätty, jonka alkuunpanijaksi Jeesus on ymmärretty tai *väärinymmärretty*, ellei se ollut kapina juutalaista kirkkoa vastaan... Mutta pappisvalta, joka siten, vaikkakin vain silmänräpäykseksi, pantiin kyseenalaiseksi, oli se paalurakennus, jonka varassa Juudan kansa kaikesta huolimatta vielä säilytti itsensä keskellä ”vettä”, vaivalloisesti voitettu mahdollisuus jäädä jäljelle... sen loukkaaminen oli syvimmän kansanvaiston loukkaamista, sitkeimmän kansanelämistahdon, mitä maan päällä on milloinkaan ollut... Tämä vei hänet ristille: todistuksena siitä on ristin päällekirjoitus. Hän kuoli *oman* syyllisyytensä takia, – ei ole olemassa mitään perustetta siihen, niin usein kuin sitä onkin väitetty, että hän kuoli toisten syntien takia.”²²³

Laumavaiston yhdenmukaiseen käyttäytymiseen painostava vaikutus, yhdessä länsimaisten ihmisen vallantahdon totalisaation ja ennustettavuuden tarpeen kanssa, voi nähdäkseni selittää osaltaan myös Klamin havaitsemaa ihmisten yleistä taipumusta mieltää ennusteista ja kuvauksista sääntöjä olemissa ja pitämisen raja ylittäen. Ennusteet ja kuvaukset antavat perusteen laumavaiston vaatimalle yhdenmukaiselle käyttäytymiselle, jolloin niistä voi syntyä normeja:

”Oikeustieteen ennustavatkin lausumat vaikuttavat oikeuskäytäntöön. Se, että oikeustiedettä pyritään harjoittamaan ennustavassa deskriptiivisessä tarkoituksessa, saattaa kyllä palvella praktisia tarkoituksia, mutta ennusteilla on normatiivinen vaikutus: ne pyrkivät toteuttamaan itsensä. Ennuste käsitetään nimittäin helposti säännöksi, joka puolestaan ohjaa käyttäytymistä eikä ainoastaan ennakoisi sitä. Sama koskee havainnoinnilla kontrolloitavien propositioiden toista pääryhmää, kuvauksia. Kuvattaessa tuomioistuinten aiempaa käyttäytymistä ja selitettäessä, tulkittaessa sen merkitys voimassaolevaksi oikeudeksi vaikutetaan erittäin helposti ihmisten käyttäytymiseen. Katsotaan, että juuri näin pitää olla.”²²⁴

Laumavaisto on keskeisellä tavalla kytkeytyneenä niissäkin klassisissa yhteiskuntasopimusteorioissa, jotka ovat osana Niemen esittämää yhteiskuntasopimusta. Näissä ”toisuuden valtakuntaa” kutsutaan luonnontilaksi. Hobbesilainen sopimusoppi perustuu näkemykseen, jonka mukaan luonnontilasta siirrytään oikeusjärjestykseen luonnontilan epäkohtien vuoksi. Locken ja Rousseauin mukaan taas yhteiskuntasopimus syntyy, koska luonnontilassa olevat ihmiset pyrkivät järjestäytyneisiin oloihin ja saavuttamaan

²²³ Nietzsche, Antikristus, s. 38. Kursivoinnit lähteessä.

²²⁴ Ks. Klami 1980, s. 23.

ne edut, jotka järjestäytynyt yhteistoiminta antaa siihen osallistuville.²²⁵ Luonnontilassa on siis kysymys siitä, että kaikki teot (X) ovat indifferenttejä, koska kaikkia tekoja ja niiden tekemättä jättämistä voidaan sanoa sallituksi (PX & -PX). Tämä on Niemen mukaan systemaattisesti ja oikeuden kannalta epätydyttävä näkemys.²²⁶ Kulttuurirelativismiin täydellistä voittokulkua seuraa Airaksisen mukaan yhteiskunnan hajottava kaaos kansalaistottelemattomuuden ja väkivaltaan ajautumisen muodossa.²²⁷ Jos halutaan välttää kaaos eli yhteiskuntasopimusten klassikoiden tarkoittama luonnontila, joihinkin elämänmuotoihin sitoutuminen on välttämätöntä. Tässä tullaankin lähelle Aarnion käsitystä oikeuden voimassaolon perustumisesta viimesijaisesti kaaoksen välttämiseen.²²⁸ Miksi sitten kaaosta (luonnontilaa) pyritään välttämään? Tätä eivät elämänmuodot itse kykene selittämään, vaan tarvitaan jokin motiivi. Yksi vaihtoehto on esittämäni nietzscheläisestä vallantahdosta lähtevä näkökulma, jossa erityisesti laumavaisto on sen yhteisöllisesti keskeinen ilmentymä.

Yhteisöllisyydelle ja sen elämänhallinnan tarpeille tuomalle tyydytykselle ei ole uhkana ainoastaan normien puute, jota tuomarin ratkaisupakko osaltaan poistaa. Vaatimus kyvystä vastata ennakoitavuuden ja hyväksyttävyyden vaatimuksiin ilmentää tarvetta riittävän vahvoille ja kestäville elämänmuodoille sekä yhteiskuntasopimuksille (normeille). Elämänhallinta edellyttää ennakoitavuutta. Ennakoitavuus puolestaan vaatii kestävyyttä ja olettaa kestävydestä. Yhteisöllisesti heikosti hyväksyttävän normin kestävyys on puolestaan vaikea luottaa. Elämänhallinnan ja laumavaiston vaatimuksiin kuuluu siten hyvin perusteltu normi, joita oikeusperiaatteisiin perustuva oikeudellinen ratkaisutoiminta voi tuottaa syventämällä oikeudellista perustelua.

Kestäviä elämänmuotoja vaativa laumavaisto ei vaadi ainoastaan normeja, vaan myös mahdollisimman kestäviä ja toimivia normeja, jotka mahdollisimman suuressa määrin tyydyttävät ennakoitavuuden ja hyväksyttävyyden vaatimuksia. Tällöin kysymys ei voi oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa olla *pelkästään* koko yhteisön moraalisen ja oikeudellisen *perinteen* välit-

²²⁵ Niemi, 1996, s. 162–163. Hobbes, *Leviathan*, s. 62. Locke, *Two Treatises of Government*, II, VIII alk. § 95. Rousseau, Yhteiskuntasopimuksesta, s. 36, 41, 42, 38, 49, 53–54.

²²⁶ Niemi 1996, s. 160.

²²⁷ Ks. Airaksinen 1994, s. 28.

²²⁸ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 90.

tömästä ja intuitiivisesta kokemisesta tämän perinteen kiteytymänä.²²⁹ Perinteen totalisoivien premissien lisäksi on ymmärrettävä perinteen merkitystä tilannekohtaisesti. Kuitenkin ennakoitavuuden vaatimus ja siihen liittyvä länsimaisen filosofisen perinteen totalisoimisen ihanne – ennalta hallitsemattoman toisuuden kammoksumisen ilmentymänä – nostaa vahvaan asemaan perinteen ja tradition merkityksen mahdollisimman muuttumattomana ymmärrettynä, jolloin joudutaan hakemaan optimaalista ratkaisua ennakoitavuuden (oikeusvarmuuden vallantahto) ja muutoksen tuomien vaatimusten kesken (dynaaminen vallantahto). Perinne ja traditio kuitenkin joutuvat väistymään tai paremminkin taipumaan ja tulemaan uudelleen tulkituksi, jos toimiva ja siten ”terve” laumavaisto asettuu tällaista vaatimaan muuttumattomiin traditioihin takertumisen uhatessa vakavasti yhteisöllisyyttä (laumavaiston tarpeita) ja/tai kykyä ymmärtää oikeutta mielekkäänä (tiedontahdon tarpeita). Perinteiset arvot, tavoitteet ja käsitteet voivat saada uuden kontekstin tuomasta uudesta näkökulmasta uuden merkityksen. Näin voi toteutua filogi-psykologi Nietzschen havainto traditioiden jatkumisesta tai ”jatkumisesta” tulkittuina. Tulkinta tapahtuu ymmärtämällä traditiot ”väärin” aiemman tulkinnallisen sisällön valossa – siis uudella sisällöllä uuden kontekstin vaatimusten vuoksi:

”Teksti hävisi tulkinnan alta: niin voisi jalo jälkimaailma vielä kerran ymmärtää väärin koko menneisyyden ja kenties vasta sitten tehdä sen näkemisen siedettäväksi.”²³⁰

Jokin arvo tai tavoite voi nousta painoarvoltaan uudessa kontekstissa niin voimakkaaksi, että tässä uudessa yhteiskunnallisessa kontekstissa vain lähinnä tyylin ja arvojen tajun puutteesta kärsivä ilvehtijätuomari voisi katsoa mahdolliseksi tämän arvon tai tavoitteen ylitse hyppäämisen sellaisissa tilanteissa, joissa sitä ei aiemmin olisi tarvinnut mitenkään punninnassa ja optimoinnissa huomioida ainakaan sen *uusiutuneessa merkityssisällösssä*. Tällöin on elävä laumavaisto faktisesti synnyttänyt uuden normi-idean ja uuden velvoittavan optimointikäskyn: oikeudellisessa evoluutiossa on sopeuduttu laumavaiston vaatimuksiin.

Kemppinen kertoo väitöskirjassaan sopimusten kohtuullistamisen taustalla olevien arvojen ja tavoitteiden painoarvon kasvusta oikeuden ideologiatasolla. Nämä arvot ja tavoitteet huomioitiin tuomioistuinten

²²⁹ Vrt. Niemi, LM 1998, s. 526.

²³⁰ Nietzsche, Hyvän ja pahan tuolla puolen, § 38.

ratkaisuihin, vaikka selvä pintatasolta johdettava legitimointi tuli vasta myöhemmin mahdolliseksi. Kemppisen mukaan tämän sovittelukulttuurin omaksuminen oli helppoa, koska se oli koherenssissa perinteisten länsimaisten kristillis-humaanien arvojen kanssa.²³¹ Itse näen niin, että uudessa yhteiskunnallisessa kontekstissa laumavaisto *vääntää* perinteiset kristilliset ja humanit arvon näyttämään sellaisilta, että ne tulkitaan vahvasti sopimusten sovittelua puoltaviksi. Laumavaisto ei puhu enää kristillisten ja humanien arvojen nimessä yksilön jäännöskäytännön vastuun puolesta hänen sitoumuksistaan. Laumavaisto näkee nyt vahvan yksilön vastuun vaatimuksen epä kristillisenä ja epähumanina lähtökohdalla. Yhteiskunnan puuttumista ja sen vastuuta puoltavat arvot ja tavoitteet, jotka kaventavat yksilön vastuuta, ovat vahvasti elämänmuodossa sisällä. Onko näin ollut aina? Tuleeko näin aina olemaan? Onko olemassa mitään samaa kristillis-humaania arvo- ja tavoitesisältöä sitä tulkitsevasta ajan vaatimuksista (laumasta) riippumatta?

Olivatko sovittelun vastustajat menneisyydessä pääsääntöisesti länsimaisten kristillis-humanististen arvojen vastustajia, vaikka omasta näkemyksestään olisivat olleet niiden kannalla; niitä tosin toisin kuin sovittelun omaksunut aika tulkiten? Oliko aiempi kotimainen kulttuuri vähemmän perinteisten kristillis-humaanien länsimaisten arvojen takana kuin hyvinvointivaltioistunut²³² aika? Ehkäpä kuitenkin kristillisen tradition sisältö on saanut – laumavaiston asettuessa yhä enemmän hyvinvointivaltioistuneiden arvojen taakse – ajalle sopivan tulkinnan?²³³ Kuinka paljon menneisyydessä kristillisinä pidetyistä näkemyksistä onkaan pakko ymmärtää toisin nykyään? Eivätkö kidutusta harrastaneen inkvisition käytänteet edusta länsimaista kristillis-humanistista traditiota parhaimmillaan, sillä näiden käytänteiden harjoittajat katsoivat toimintansa kristillisistä ja humanistisista syistä perustelluiksi?

²³¹ Ks. Kemppinen 1992, s. 23–24

²³² Sovittelun justifikaation taustalla on Pöyhösen mukaan myös ”vaatimus yhteiskunnallisen hyvän jakamisesta uudelleen sopimusinstituuttiin puuttumalla.” Pöyhönen 1988, s. 273.

²³³ Vaikka nykyisessä elämänmuodossa ihmiset ovat ainakin henkisesti usein vähintään yhtä riippuvaisia omaa yksilöllistä vastuutaan kaventavista yhteisöllisistä järjestelyistä (hyvinvointivaltiosta) kuin narkomaani huumeannoksestaan, se ei tarkoita hyvinvointivaltiollisten arvojen ja tavoitteiden nostamista absoluuttisesti lopulliseksi ja ajattomaksi kristillis-humaanien arvojen ilmentymäksi. Tästä on esittänyt mielenkiintoisia näkemyksiä Rentto (LM 1995, s. 717–741). Kristillis-humaaniksi arvoksi voidaan nähdä myös yksilön vastuu kaikista sitoumustensa ja tekojensa seuraamuksista, jolloin sopimusten sovittelu ei näyntyä ainakaan ehdottomasti kristillis-humaanien arvojen mukaisena. Rentto toteaa sovitteluinstituutinkin taustalla olevasta (kristillis-humaanista?) heikomman suojelusta: ”Suojaus voi kääntyä koko poliittisen yhteisön tarkoitusta vastaan, jos se tekee suojeltujen elämän niin helpoksi tai turvatuksi, ettei heidän tarvitse itse kantaa täyttä vastuuta elämästään.” Rentto 1995 (Toissijainen valtio), s. 136.

3.4 OIKEUSPERIAATTEEN PAINOARVON VIIMESIJAISET PERUSTEET

Alvesalo esittää vaihtoehtoisen lainopin (Cl)s näkökulmasta seuraavan haasteen oikeusperiaateajattelulle:

”Tuomarin tehdessä ratkaisunsa hänen on tehtävä valinta vastakkaisten periaatteiden ja ideaalien välillä. Valittu periaate/ideaali ohjaa päätöksentekoa. Eri valinnat johtavat erilaisiin lopputuloksiin.

Dworkinin vastaus tähän olisi se, että eri periaatteilla on eri painoarvot, ja tuomarin tulisi kyetä löytämään ratkaisutilanteessa painavimman periaatteen, joka ratkaisee tapauksen. Cls:in mukaan tällöin oletetaan, että on olemassa jokin vielä yleisempi metaperiaate, joka ratkaisee sen, mille periaatteelle kussakin tapauksessa annetaan suurin painoarvo. Cls:in mukaan mitään metaperiaatetta ei ole olemassa.”²³⁴

Varsinaiseksi metaperiaatteeksi en esitä vallantahdon viettiä ja erityisesti sen laumavaistona ilmenevää yhtä muotoa, mutta kuitenkin esitän sen sellaiseksi perspektiiviksi, josta katsoen oikeutta ja sen voittavuuden perustaa voidaan pyrkiä syvällisimmin ymmärtämään. Oikeusperiaatteen painoarvoa voidaan kuitenkin mielestäni suhteuttaa sekä abstraktin voimassaolon että soveltamistilanteiden näkökulmasta Aarnion esittämiin elämänmuotoihin ja kielipeleihin, Niemen esittämään yhteiskuntasopimukseen ja moniin muihinkin vastaaviin myöhäiswittgensteinilaisiin lähinnä analyyttisen positivismin piirissä kehitettyihin ajatusrakennelmiin. Tällöin on kysymys tyylin ja arvostusten tajusta. Kysymys on myös implisiittisestä sitoutumisesta. Lisäksi on kysymys rationaalisen oikeudellisen tiedonhallinnan edellytyksistä. Näiden takana on kuitenkin ihmisen luontainen pyrkimys elämänhallintaan – nietzscheiläinen vallantahdon vietti. Se ilmenee yhteisöllisissä konteksteissa erityisesti laumavaistona ja rationaalisuuspyrkimyksissä erityisesti tiedontahtona.²³⁵ Lähden siitä ajatuksesta, että oikeutta on sellainen, joka on hyväksyttävissä oikeudeksi.²³⁶ Oikeusperiaatteen fundamentaalisen hyväksyttävyyden ja painoarvon ratkaisee viimesijaisesti silloin se, miten se kykenee tyydyttämään oikeuteen kohdistuvia erilaisia elämänhallinnan fundamentaalisia pyrkimyksiä. Siten olen valmis pitkälti yhtymään O. W. Holmesin toteamukseen:

*”The law can ask no better justification than the deepest instincts of man.”*²³⁷

²³⁴ Alvesalo 1996, s. 162.

²³⁵ Nietzscheläistä käsitystä tiedontahdosta on soveltanut ainakin Foucault teoksessaan Tiedontahto.

²³⁶ Ks. Klami 1989, s. 75: ”rätt är sådant som anses, erkännes som rätt”.

²³⁷ Holmes, The Path of the Law, s. 477.

4 Tiedonhallinnan syömähampaista

4.1 TIEDONHALLINNAN STRATEGIAT JA USKOTTAVA ARGUMENTAATIO

Sellainen tuomioistuin, joka ei perustele ratkaisujaan, on puhdas (mieli)val-lankäyttäjät. Oikeudellinen ratkaisu ei voi olla älylliseltä kannalta parempi kuin ne järkiperäiset perusteet, joihin se nojautuu.²³⁸ Toisaalta myös *kaikki* juridinen argumentaatio edellyttää kaikissa suhteissa tiedonhallinnan perustamista rationaalsiin strategioihin, jotta sen tuottamat ratkaisut, normi-väitteet ja normisuositukset voisivat olla hyväksyttäviä rationaalisuutta arvostavissa yhteisöissä. Nämä strategiat ilmentävät niitä työkaluja, joita oikeudellinen tiedonhallinta vaatii ollakseen rationaaliseksi miellettyä.

Aarnion tavoin rationaalisuuden ja tiedollisen hallinnan prosessin *ydin ja lähtökohta* voidaan nähdä *asiayhteyksien havaitsemisessa*.²³⁹ Asia-yhteyksien etsiminen voidaan nähdä myös eräänlaiseksi vaistomaiseksi tiedontahdoksi vallantahdon yhtenä ilmenemismuotona. Lähtökohdissaan pyrkimys asiayhteyksien havaitsemiseen ei ole pelkästään kulttuurisidonnainen ilmiö, vaan se perustuu ihmisen perimmäisiin tarpeisiin ja vaistoihin.²⁴⁰ Asiayhteyksien havaitsemista voidaan pitää jopa ihmisen ajattelun perustana Rainion esittämällä tavalla. Hän puolustaa valitsemaansa näkökulmaa teoksessaan Valta ja vallankäyttö toteamalla:

”Menettelyäni puolustaa se, että ihmisen ajattelu sinänsä perustuu juuri yhteyksien näkemiseen – ei irrallisten muistisirpaleitten keräämiseen tietokilpailukunniaa silmälläpitäen”²⁴¹

Löydettyjen asiayhteyksien luoman *argumentatiivisen synnergian* ymmärtäminen avaa puolestaan ymmärrystä myös oikeusperiaatteiden painoarvon ymmärtämiseksi, jos oikeusperiaate saa painoarvonsa nimenomaan ratio-

²³⁸ Ks. Peczenik 1995, s. 564.

²³⁹ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 293.

²⁴⁰ Perustelen tätä edellä vallantahdosta esittämälläni, mutta korostan vaistomaisuudesta puhuessani erityisesti hahmopsykologian havaintoja ihmisen vaistomaisista pyrkimyksistä hahmottaa kokonaisuuksia.

²⁴¹ Ks. Rainio 1969, s. 268.

naalisuustasoon voimakkaasti paikallistuvien normi-ideoiden painoarvosta. Siten on nietzscheläistä perinnettä jatkaneen Foucaultin tavoin selvitettävä, mitä rationaalisuuden strategioita asiayhteyksien etsimiseen tähtäävä tiedontahto käyttää.²⁴² Näiden strategioiden kyky tuottaa oikeusperiaatteelle painoarvoa riippuu siitä, miten ne pystyvät tyydyttämään oikeudellisen elämänhallinnan perimmäisiä tarpeita. Nämä strategiat ovat tässä yhteydessä erityisesti tiedontahdoksi kutsutun nälän palveluksessa toimivia hampaita tiedon ottamisessa tyydyttävällä tavalla hallintaan. Tässä tutkimuksen luvussa pyrin etsimään ja esittelemään tiedontahdon kannalta vahvimpien *syömähampaiden ytimen* oikeusperiaatteen velvoittavuuden muodostumisen kannalta.

Rationaalisuuden strategioiden käyttö muodostaa oikeudelliseen argumentaatioon vallantahdon (elämänhallinnan) perusvietin vaatimia merkityksiä, mielekkyyksiä, merkitysyhteyksiä sekä mielekkyyssyhteyksiä. Tämä on asiayhteyksien oivaltamista nimenomaan laajassa merkityksessä. Asiayhteyksien luoman psykologisen vakuuttavuuden (eli argumentatiivisen synenergian) ajatuksen ydin voidaan ilmaista lähtökohdissaan seuraavassa Nietzschen Iloisessa tieteessä esittämässä, tosin yksinkertaistetussa, kärjistetyssä ja pienellä ivalla sävytetyssä, psykologisessa toteamuksessa:

”Yksi on aina väärässä: mutta kahdesta alkaa totuus – Yksi ei voi todistaa itseänsä: mutta kahta ei voi enää kumota.”²⁴³

Aarnion tavoin on syytä todeta, että ei ole yhtä ja ainoata ihmiseen yleensä liittyvää rationaalisen harkinnan muotoa. Aarnion käsitys rationaalisuuden kulttuurisidonnaisuudesta olisi mielestäni myös hyväksyttävissä,²⁴⁴ vaikka lähtökohdissaan näen rationaalisuuspyrkimyksissä ihmisen perimmäisiin vaistoihin ja tarpeisiin palautuvia ilmiöitä. Laumavaisto luo yhtenäiskulttuurillista ilmapiiriä, joka ilmenee kielipelien, elämänmuotojen ja muiden yhteisöllisten käytäntöjen muodoissa. Rationaalisuususkomusten *hyväksyttävyyys kulttuurisessa kontekstissa* asettuu tärkeäksi testiksi sille, voivatko ne vastata ihmisten tarpeisiin. Laumavaisto todellakin muokkaa tiedonhallinnallisten syömähampaidemme sisältöä merkittävällä tavalla. Oikeusperiaatteen voimassaolon painoarvo ja -ulottuvuus on siten oleelli-

²⁴² Ks. Foucault, Tiedontahto, s. 58.

²⁴³ Ks. Nietzsche, Iloinen tiede, § 260 (s. 146)

²⁴⁴ Aarnio 1989 (oppikirja), s. 307. Teoksessaan *The Rational as Reasonable* Aarnio korostaa voimakkaasti rationaalisuuden sisällön kulttuurisidonnaisuutta ks. s. 193–195.

sesti riippuvainen siitä, miten uskottavasti siihen sidotut rationaalisuuden strategiat vastaavat vallitsevan elämänmuodon vaatimuksiin.

Tavoiteltavana *ihanteena* rationaalisuuden strategioihin kytkeytyvillä ja niitä ilmentävillä oikeusperiaatteilla voidaan nähdä olevan yhden koherentin systeemin muodostaminen, kuten Dworkin on esittänyt. Tällöin oikeusperiaatteen ilmentämät normi-ideat voitaisiin perustella voimassaolevaksi osaksi oikeusjärjestystä sillä, että ne ovat välttämättömiä premissejä koko oikeusjärjestyksen kannalta. Ne saavat silloin institutionaalista tukea koko oikeusjärjestyksestä. Dworkin toteaa Herkulekseksi ristimänsä ideaalituumarinensa taistelusta oikeuden atomaarisuuden ja skitsofrenian nujertamiseksi, jossa tavoitteena on oikeuden yksittäisten ilmiöiden mielekkään hallinnan mahdollistava yksi systeemi:

”He struggles toward a set of principles he can offer to integrity, a scheme for transforming the varied links in the chain of law into a vision of government now speaking with one voice, even if this is very different from the voices of leaders past. He might fail...”²⁴⁵

Tässä voidaan todellakin puhua ihanteesta jo Dworkinin omienkin näkemysten valossa, mutta jo psyyken mielekkyysperiaatteenkin valossa on kuitenkin luonnollista, että oikeus halutaan saada puhumaan yhdellä äänellä monipersonaisen, ristiriitaisen ja skitsofreenisen puheen asemasta. Toisaalta postmodernismin vallatessa jalansijaa voidaan yhteen systeemiin pyrkiminen kumota ihanteenakin, mutta tämä on vain postmodernismin näkökulma, ei lopullinen totuus vaan yksi näkökulma.²⁴⁶ Asiatyhteyksillä hallintaa etsivät strategiat voivat kuitenkin toimia postmoderneistakin lähtökohdista. On vain rakennettava ja hyväksyttävä suurien ”tarinoiden” asemasta pieniä. On tyydyttävä etsimään *argumentatiivista synenergiaa* pienien ”tarinoiden” tueksi yhden kattavan systeemin asemasta. Tämän synenergian ilmaisijana ja toteuttajana voivat normi-ideat olla. Riittävä määrä argumentatiivista synenergiaa voi nostaa normi-idean sellaiseen asemaan, että sen ylitse ei voida enää hypätä ongelmitta: tulematta leimatuksi elämänmuotoon kuuluvan tyylin valossa naurettavaksi ja/tai halveksuttavaksi ilvehtijäksi tai vaarantamatta oman oikeudellisen hallintansa edellytyksiä. Argumentatiivista synenergiaa ilmentävällä normi-idealla on jossain määrin totalisoiva vaikutus lopulliseen ratkaisuun ja sääntöön tai vähintäänkin niitä hah-

²⁴⁵ Dworkin 1986, s. 273.

²⁴⁶ Näin jo postmodernista näkökulmasta itsestään katsottuna.

mottavaan prosessiin, vaikka sillä ei *ehdotonta* määräävyyttä punninnan ja optimoinnin vastaperusteiden vuoksi olisikaan.

Ihmisessä on varmaankin paljon lauma-apinaa. Tämä varmaankin osaltaan helpottaa asioiden ymmärtämistä ja hallintaa yhdenmukaisella tavalla – yhteisöllisesti. Laumaeläiminäkin olemme kuitenkin liian yksilöllisiä muurahaisiksi ja ilmeisesti jopa koiriksi. Eri strategioiden valinta on sitten yleensä aina jossain määrin relativisoitavissa kulttuurisidonnaisuuden lisäksi todella partikulaariseen tapaus- ja kontekstikohtaisuuteen, jos halutaan menestyksellä ”markkinoida” oikeusperiaatetta vastaamaan erilaisiin oikeuden maailmaan liittyviin ihmisen tarpeisiin, joilla on väistämätön kytkös erilaisiin rationaalisuususkomuksiin. Edes yksilöllisiä psykologisia tekijöitä oikeuden maailman ”myyntiä” ja menestystä argumentaatiolleen haluavalla kaupppamiehellä tai -naisella ei ole varaa unohtaa. Jotakin aidosti *yleistä* eri strategioiden painoarvosta suhteessa oikeusperiaatteiden voimassaoloon ja velvoittavuuteen on kuitenkin mielestäni mahdollista sanoa.

Tiedonhallinnan strategioiden merkitys oikeusperiaatteen voimassaololle on ennen kaikkea erilaisten institutionaalista tukea merkitsevien asiayhteyksien oivaltamisessa ja osoittamisessa. Tiedonhallinnan strategiat voivat luoda ja osoittaa normatiivisuuden liikettä. Näillä strategioilla voidaan myös esitellä normatiivisuuden merkityksen sisältöjä eri näkökulmista ja konteksteista. Toisaalta oikeusperiaatteiden on kyettävä osoittaakseen ja säilyttääkseen abstraktin voimassaolonsa vastaamaan sellaistenkin oikeudellisen tiedonhallinnan strategioiden haasteeseen, jotka puhuvat voimassaolevaksi väitettyjä oikeusperiaatteita vastaan.

4.2 TOTALISOINNIN TRADITIO

Länsimaisen filosofiaan kuuluu voimakkaasti totalisoiva perinne.²⁴⁷ Totalisointiin kuuluu toisuuden ehdoton – mutta etenkin kattava – nujertaminen. *Mitään ei tule jättää vahvan ennakolta määrittyneen hallinnan ulkopuolelle.* Toinen ja toisuus on nujerrettava Samalle alisteiseksi. Erillisyydet hallinnan ulkopuolella ovat siten totalisoivissa strategioissa vihollisia, joiden erillisuus nujerrettava, koska ne hallitsemattomina erillisyyksinä saastuttavat ja myrkyttävät ennakoivaa elämänhallintaa. Tämä nujertaminen

²⁴⁷ Levinas, *Etiikka ja äärettömyys*, s. 101.

tapahtuu erillisyyksien sitomisella johonkin yhdistävään esimerkiksi abstrahoivalla systematisoimisella, linearisoinnilla tai redusoinnilla. Tämä erillisyyden nujertava sitova entiteetti voi puolestaan olla abstrakti käsite, teoria, arvo, tavoite, määräävä selittävä ilmiö tms. Oikeudellisessa yhteydessä – totalisoinnin platonilaiseen traditioon viitaten – voimme kutsua tällaista sitovaa ja yhdistävää entiteettiä normi-ideaksi. Oikeusperiaate voi sisältää tällaisen normi-idean ja normatiivisesti velvoittaa sen huomioimiseen. Määräävyyden platonilaiseen idealuonteeseen kuuluu myös ennakoitavuuden varmistaminen siten, että premissijoukkoja ja premissejä määräytyy etukäteen. Tämä voi perustua oikeudellisten ilmiöiden osalta ennalta tapahtuneen sitoutumisen lisäksi abstraktien ideoiden suurempaan pysyvyyteen suhteessa nopeasti muuttuvaan partikulaariseen. Nimenomaan näköalojen laajentamisen ja ennakoitavuuden tavoitteluun perustuu platonilainen traditio, jota Saارين tavoin voisi kutsua länsimaisen ihmisen tiedolliseksi unelmaksi.²⁴⁸

Totalisaation varsinaisia huipentumia ovat Hegelin käsitys absoluutista²⁴⁹ ja Spinozan käsitys substanssista²⁵⁰ panteistisen kaikkeuden käsitteenä. Nämä ovat ideoita, jotka totalisoivat kaiken suhteessa itseensä. Systeemin rakentaminen on lisännyt niiden totalisoivuutta jopa platonilaiseen ideaoppiin verrattuna. Hegelin edustama totalisaation malli on jossain määrin tullut oikeustieteeseen käsitelainopin kautta. Tässä mallissa ylemmän abstraktiotason oikeuskäsitteistä voidaan johtaa alemman abstraktiotason käsitteitä. Alemmat käsitteet on myös totalisoiden alistettu ylemmille käsitteille. Sellaiset oikeudelliset ilmiöt, jotka eivät kykene yhtymään ylempiin käsitteisiin, voivat jäädä oikeuden ulkopuolelle. Ne eivät oikeuden kannalta ole olemassa tai voimassa: sellaiset partikulaariset ja singulaariset erillisyydet eivät normatiivisesti velvoita. Oikeudellisia normi-ideoita edustaviin yleisiin oikeusperiaatteisiin ja syvätasoihin totalisoimattomat säännöt ja tekstit jäävät oikeuden ulkopuolelle tästä näkökulmasta.

Totalisaation tradition ytimeen oikeudellisesti relevantilta kannalta liittyy myös kantilainen ajatus normi-ideoista pitämisen maailman päämäärin valtakuntina. Tällä viitataan yhteisön ideaalitilaan, oikeudenmukaiseen ja oikeaan, jota normeilla tavoitellaan. Normi-ideat merkitsevät mahdol-

²⁴⁸ Ks. Saarinen 1995, s. 39.

²⁴⁹ Ks. Hegel, *Encyclopadie*, § 302. Oikeudellisissa kysymyksissä ”absoluutti” on oikeuden idea, mistä Hegel, *Oikeusfilosofia*, s. 66–67.

²⁵⁰ Ks. Saarinen 1985, s. 142–150.

lista maailmaa suhteessa olevaan maailmaan. Päämäärien valtakunnan normi-ideat ovat tavoitteena oleva oikeudenmukainen yhteisö.²⁵¹ Mahdollinen ideaalinen tavoiteltava maailma suhteessa olemisen maailmaan on toteutumistaan vaativa abstrakti ja ideaalinen olemus, jossa normi-ideoihin totalisoidut premissit vaativat olemisen maailmaa alistumaan ja muuttumaan omaksi kuvakseen tai heijastukseksi niiden kohdatessa toisensa lakia sovellettaessa. Tästä näkökulmasta pitämisen maailma on ensisijainen ja määräävä suhteessa olemisen maailmaan. Platon ei tunnetusti tehnyt jakoa pitämisen ja olemisen maailman ideoiden välille. Kuitenkin partikulaarisuuksien olemisen maailma oli hänelle alisteista ja pelkkää varjotodellisuutta suhteessa ideoiden maailmaan.

4.3 TOTALISAATIO, NORMI-IDEAT JA OIKEUSPERIAATE

Oikeusperiaatteet yhteyksiä rakentavina entiteetteinä (normi-ideoina) ja niiden huomioimista vaativina optimointikäskynä soveltuvat lähtökohtaisesti mainiosti tyydyttämään oikeuden maailmassa totalisaation mekanismeilla vallantahdon viettiä. Kohti partikulaarisuutta aukeneva konkreettinen optimointi sumean painotetun keskiarvon tai ”kultaisen keskitien” hakemisena useiden velvoittavien oikeusperiaatteiden kesken on jo eri asia, joka jää tämän tutkimuksen ulkopuolelle. Normi-ideat voivat toteuttaa totalisaation platonilaisen idealisaation huipentumaa, jossa hallinnan sekä rationaalisen merkityksen ja mielekkyyden ulkopuolelle ilman oikeusperiaatteiden normi-ideoihin sitomista uhkaavasti liukuvia oikeudellisen maailman entiteettejä voidaan sitoa partikulaareja hallittavampaan ideatodellisuuteen nojautuen.

Oikeusperiaate voi olla keskeisellä tavalla luomassa yhteyksiä ristiriitaisuuksien ja erillisyyksien vähentämiseksi oikeusjärjestyksessä. Tuorin ja Wilhelmssonin tavoin olisin valmis näkemään, että tällaisia uusille yhteyksille (ja yhteyksiä konkretisoiville oikeusperiaatteille) mahdollisuuksia suovia ristiriitaisuuksia ja erillisyyksiä oikeusjärjestyksessä on lähtökohtaisesti aina löydettävissä.²⁵² Tällöin on kysymys nimenomaan totalisaatioon

²⁵¹ Ks. Niemi 1996, s. 1.

²⁵² Tuori, Minun metodini, s. 324–325: ”koherenssi on tuotettava jatkuvasti uudelleen” ja Wilhelmsson, Minun metodini, s. 344–345.

turvautuvien strategioiden mahdollisuuksista kehittää oikeutta *uudella* argumentatiivisella synergialla, jolloin uudet synnergiaa ilmentävät normi-ideat oikeusperiaatteiden muodossa voivat tarjota tyydytystä totalisaation tarpeelle. Oikeusperiaate voi nostaa poikkeussääntöjen tai muun heikosti normatiivisen aineksen normatiivista statusta ja voimaa, mutta samalla se lunastaa myös omaa voimassaoloaan yksinkertaisesti osoittamalla olevansa riittävän vahva tällaiseen ”taikatemppuun”. Poikkeussäännön kasvanut normatiivinen status konkreettisissa ratkaisutilanteissa perustuu silloin oikeusperiaatteen soveltamiseen sääntöjä valitsevassa prosessissa. Oikeusperiaate normi-ideoineen voi vahvistaa argumentatiivisen synnergian ilmauksena poikkeussäännön asemaa ja merkitystä.²⁵³

Totalisaation klassisena esimerkkinä antiikin filosofiasta voidaan esittää ennen kaikkea Platonin käsitys ideoista tosiolevina, joihin nähden totalisoimalla alistetut yksittäiset oliot eivät ole kunnolla edes olemassa. Tämän strategian perusidean soveltaminen, kantilaisittain painotettuna, tarkoittaa esimerkiksi sitä, että oikeussäännöt tai pintatason auktoritatiiviset tekstit eivät ole oikeastaan voimassaolevaa oikeutta, vaan näistä säännöistä johdetut oikeusperiaatteet ja oikeuden pintatason auktoritatiivista teksteistä johdetut niitä syvemmät tasot, käsitteet ja muut normi-ideat voisivat ainoastaan varsinaisesti edustaa todella voimassaolevaa oikeutta, koska nämä abstraktit entiteetit voidaan nähdä myös pintatason ilmiöiden välttämättöminä edellytyksinä. Yksittäisten sääntöjen voimassaolo olisi siten sidottu ja totalisoitu ainakin jossakin määrin suhteessa oikeuden abstrakteihin normi-ideoihin.²⁵⁴

Oikeuden pintatasoa syvempien tasojen lisäksi oikeuden abstrakteille fundamentaalisille käsitteille ja periaatteille voidaan asettaa platonilaisen tosiolevan normi-idean status, jos ne ilmentävät näitä pintatasoa syvempiä tasoja. Vankasti totalisoitua ideatodellisuutta painottavaa oikeuskäsitystä kotimaisessa oikeustieteessä, erinomaisen osuvalla tavalla, edustaa seuraava Niemen esittämä holistinen kuva oikeudesta, jossa varsin platonilaisella tavalla abstraktit normi-ideat asettuvat määräävään asemaan. Oikeu-

²⁵³ Wilhelmsson kuvaa osuvasti totalisoivien mekanismien käyttämisen mahdollisuutta uusien oikeusperiaatteiden tuottamiseen ja niiden ”referenssin” normatiivisen statuksen vahventamiseen. Wilhelmsson, *Minun metodini* s. 344–353.

²⁵⁴ Tässä totalisaation varmistaa Tuorin tasomallin konstituutiosuhde. ”Oikeuskulttuuri ja pintataso konstituioivat pintatason mahdollisuuden tarjoamalla ne käsitteelliset, normatiiviset ja metodiset välineet, joita ilman lainsäätäjä ei voisi säätää lakejaan, tuomari tehdä ratkaisujaan tai lainoppinut kirjoittaa kirjojaan ja artikkeleitaan.”

den voimassaolo perustuu normi-ideoille, jolloin oikeusperiaatteet ovat määrävässä asemassa sääntöjen voimassaolon kannalta. Periaatteita abstraktimmat ja fundamentalisemmat normi-ideat puolestaan määrittävät periaatteiden voimassaoloa:

”Ymmärrän lain säännöt tarkoiksi ilmaisuiksi tai ruumiillistumiksi aineellisista periaatteista, sääntöjen systemaattisista yhteyksistä ja sääntöjen päämääristä. Vastaavasti tuomioistuinten päätökset voidaan ymmärtää kaikkien edellä mainittujen ruumiillistumina. Periaatteet ja systematiikka ovat puolestaan perimmiltään yhteisön oikeuden mukaisuuskäsitysten ruumiillistumia. Kun tässä suhteessa seurataan Ronald Dworkinin erottelua, päämäärät voidaan palauttaa yhteisön yhteiskuntapolitiikkaan ja taloudellisiin tavoitteisiin. Yleisellä tasolla on helppo havaita, että *tämän näkemyksen mukaan yleisempien käsitysten katsotaan olevan määräviä suhteessa sääntöihin*. Tällä perusteella on luontevaa ajatella, että mainittu käsitteellinen tausta on luonnollinen ohje oikeudellisten lähdetekstien tulkinnassa. Meidän tulee tutkia yksittäisiä tapauksia koko tämän taustan valossa. Lause ilmaisee oikeudellisen holismin keskeisen ajatuksen: *kokonaisuus on määrävä suhteessa yksityiskohtiin*. Tästä seuraa, että kokonaisuus on enemmän kuin osiensa summa.”²⁵⁵

Totalisaation traditio turvautumisessa abstrakteihin normi-ideoihin oikeuden ilmiöiden hallinnan välineinä on niin keskeisellä tavalla osana koko länsimaista oikeudellista ajattelua, että oikeusperiaateajatteluakin tämän tradition jatkajana ja toteuttajana voidaan MacCormickin havaitsemalla tavalla käyttää keskeiseltä osin ongelmitta samalla tavalla sekä mannereurooppalaisessa säädännäiseen oikeuteen perustuvassa oikeuskulttuurissa että brittiläisessä ja angloamerikkalaisessa common law -järjestelmässä.²⁵⁶ Tähden mukaan tämä on ongelmallinen yleistys, koska se merkitsisi eri oikeustyyppien erityispiirteiden sivuuttamista ja johtaisi oikeudellisen ajattelun pyöristämiseen ja likiarvoistamiseen. Kysymys ei ole hänen mukaansa pelkästään säädännäisen oikeuden (statute law) ja common law’n välisestä suhteesta (siis normien luomisesta eri perusteilla) vaan ehkä ennen muuta erilaisista oikeuskulttuureista ja sen myötä erilaisista oikeuslähdekäsityksistä:

”Angloamerikkalaisessa järjestelmässä saatetaan hyvinkin pitää riittävänä, että oikeudellisen ratkaisun perusteeksi löydetään tai konstruoidaan periaate. Sen sijaan esimerkiksi suomalaisessa juridisessa ratkaisutoi-

²⁵⁵ Niemi, LM 1998, s. 521–522. Kursivointi P.K.

²⁵⁶ Ks. MacCormick 1978, s. 194: ”So it is false to suppose that there is any essential difference between statute and common law as to the force and function of arguments by analogy and from principle.”

minnassa on perinteisesti pitänyt voida osoittaa, että ratkaisunormi (sanoetaan sitä sitten säännöksi tai periaatteeksi) perustuu johonkin sellaiseen entiteettiin, jonka noudattaminen meidän oikeusjärjestyksemme kriteerien mukaan on osoitus ratkaisutoiminnan lainalaisuudesta ja legitimiisyydestä. Jos ratkaisunormin luo tai ”löytää” sama orgaani, joka sitten soveltaa sitä, legitimiisyyden tuntua on ainakin kriittisessä tarkastelussa vaikea pitää yllä.”²⁵⁷

Tähden näkemyksessä on pitkälti mielestäni kysymys siitä, kuinka voimakkaasti erilaisissa oikeuskulttuureissa voidaan nähdä oikeus pintatasoa syvempänä ilmiönä. En näe suinkaan niin, että oikeuslähteiden ja pintatason *sisällöllä* olisi tässä suhteessa kovin suurta merkitystä. Sekä prejudikaatteja että säädännäisen oikeuden tekstejä voidaan mielestäni hahmottaa joko pinnallisesta ”tekstiempirian” ja ”tekstibongauksen” näkökulmasta tai sitten antaa niille merkityksiä käsittelemällä ja tulkitsemalla niitä suhteessa pintatasoa syvempiin tasoihin ja normi-ideoihin. Vallitseva tuomarini-deologia saattaa painottaa sellaisia oppeja, jossa oikeus ymmärretään voimakkaasti pintatasolle painottuneena ilmiönä. Oikeuskulttuurihan voi tietysti olla sellainenkin, että *ainoastaan* pinnallinen ”tekstibongaus” ja ”tekstiempiria”, jossa etsitään jonkinlaista ”sanamuotoa” irrallaan muusta oikeusjärjestyksestä, halutaan ymmärtää oikeuslähteisiin turvautumiseksi. Toisaalta pintatason oikeuslähteiden mielekkään ja kokonaisvaltaisen hallitsemisen tarpeesta syntyneet periaatteet voidaan nähdä positiivisen oikeuden ja pintatasolle sijoittuvien oikeuslähteiden mukaisina normeina. Ne ovat silloin voimassaolevan oikeuden mukaisia normeja, jotka ovat optimointikäskyinä velvoittavia. Modernin oikeusperiaateajattelun ja siihen luontevasti kytkeytyvän tasotteluajattelun ulottuessa vähitellen tieteellisen ajattelun lisäksi yhä enemmän osaksi tuomarini-deologioita näkökulman voi odottaa syvenevän myös ratkaisukäytännössä, jolloin ehkä oikeuskäytännössäkin uskalletaan Tähden havaitsemaa oikeuskulttuuria rohkeammin hahmottaa (luoda) oikeusperiaatteita ja niissä ilmeneviä normi-ideoita ratkaisujen perustaksi.

Tapauksessa KKO 2000:18 katsottiin voimassaolevaksi normiksi oikeusperiaate suositukseni mukaisesti, vaikka päämiesteni vastapuoli vetosi nimenomaan siihen, että tällaista periaatetta ei ole mistään auktoritatiivisista teksteistä suoraan luettavissa (bongattavissa). Tapaus koskee hinnanalennusta kiinteistöissä, jossa oli sattunut salaisen virheen problematiikkaan kuuluva vesivahinko. Sekä päämiehilläni että vastapuolella

²⁵⁷ Tähti 1995, s. 124–125.

oli molemmilla tässä tapauksessa vesivahinkoja vastaan samanlainen vakuutus. Vakuutus sopimusten tulkinnan perusteella vakuutuskorvaus maksettiin päämieheni vastapuolelle varatuomari F:lle. VT F vaati kanteella Lapuan KO:ssa vesivahingon seurauksena aiheutuneesta kiinteistön arvon alennuksesta hinnanalennusta, vaikka oli vakuutuksessa saanut jo korvausta vahingosta enemmän kuin oli itse kanteessa laskenut kiinteistön arvon vahingon seurauksena alentuneen. VT F katsoi vahingon olleen olemassa jo kauppaan tehtäessä ja merkitsevän ns. salaista virhettä.

Lapuan KO katsoi päämieheni velvollisiksi maksamaan hinnanalennusta VT F:lle hänen laskemansa kiinteistön arvon alennuksen verran. Laskelmat perustuivat korjauskustannuksiin. Lapuan KO turvautui ratkaisunsa perusteluissa Vaasan hovioikeuden melko tuoreeseen ratkaisuun vuodelta 1996 (S 95/431). Tässä ratkaisussa Vaasan HO oli turvautunut eräänlaiseen (analyttiseen) käsiteläinopin kategoriajaotteluun, jossa hinnanalennus ja vakuutuskorvaus ovat kategorisesti yhteen sovitamattomia. Siten se oli tullut siihen tulokseen, että vakuutuskorvausta ei voida ottaa huomioon hinnanalennusta vähentävänä tekijänä. Käytännön seurausten kannalta tämä ratkaisu merkitsee mm. sitä, että uusi omistaja saa jokaisesta vahinkomarkasta täyden kompensaation lisäksi yhden markan puhdasta voittoa. Taloudellinen motiivi uudella omistajalla myöhemmin havaitsemansa (kauppaa tehtäessä salaisen) vahingon rajoittamiseen ei voi olla kovin suuri. Jos vahinko pienentyy onnistuneen vahingon torjunnan ja rajoittamisen tuloksena yhdellä markalla, alenee uuden omistajan puhdas voitto vahingosta saman verran.

Vetosin jo käräjäoikeudessa siihen, että oikeuden taustateleologiaa ja -aksiologiaa olisi tasotteluajattelun perusteella johdettavissa yleinen oikeusperiaate, jonka kuitenkin vasta KKO tässä prosessissa nimesi. Lapuan KO ei tätä huomionnut tuomionsa perusteluissa, vaan hyppäsi tässä suhteessa argumentaationi ylitse. Vaasan HO turvautui esittämäni taustateleologiaan ja -aksiologiaan (normi-ideoihin) tuomiossaan, mikä merkitsi poikkeamaa sen aikaisemmasta linjasta. Oikeusperiaatetta se ei silti nimennyt KKO:n tavoin. Vaasan HO:n tuomiossa saattaisi, oikeuden taustalla vaikuttavien arvojen ja tavoitteiden (normi-ideoiden) huomioimisen lisäksi, olla luettavissa piirteitä levinäsilaisesta vääryyden tunnistamisesta kontekstisidonnaisesti ja tapauskohtaisesti. Ensimmäisessä siinä kyllä viitataan oikeusperiaateajattelulle tyypilliseen (lukuisissa pintatason teksteissä implisiittisesti ilmeneviin) oikeuden tausta-arvojen ja tavoitteiden huomioimiseen konkreettista sääntöä valittaessa, vaikka oikeusperiaatetta tai oikeusperiaatteita ei ole KKO:n tavoin eksplisiittisesti nimetty.²⁵⁸

²⁵⁸ Minkkisen, Nousiaisen ja Tontin kotimaiseen keskusteluun tuomista levinäsilaisista käsityksistä jäljempänä.

”Fräntilän kanne on muun ohella nojautunut Vaasan hovioikeuden 13.5.1996 asiassa S 95/431 antamasta ratkaisusta ilmenevään laintulkintaan. Hovioikeus on ratkaissut nyt kysymyksessä olevan asian tuosta ratkaisusta poikkeavalla tavalla... Kysymys on kuitenkin saman tuomioistuinen äskettäin antamasta ratkaisusta.”²⁵⁹

”Tässä tilanteessa hinnanalennus merkitsisi sitä, että Fräntilä saisi vähintään kaksinkertaisen kompensaation samasta virheestä toisaalta hinnanalennuksena ja toisaalta vakuutuskorvauksena.

Rakennusten omistamiseen liittyy suuria vahinkoriskejä, joiden katamiseen yleisesti varaudutaan ottamalla vakuutus. Tyypillinen tällainen riski on vesivahinko, jonka korjauskustannukset voivat nousta suu-riksi. Kysymyksessä olevassa tapauksessa sekä Ahoilla että Fräntilällä on ollut vakuutus, joilla he kukin ovat pyrkineet suojautumaan samoja riskejä vastaan. Sattumanvaraisista seikoista, kuten vesivahingon ilmi- tulohetkestä, on riippunut kenen vakuutuksesta vahinko on tullut korvat- tavaksi. Nämä seikat puoltavat sellaista ratkaisua, että vakuutuskorvaus otetaan huomioon hinnanalennusta vähentävänä suorituksena.”

Totalisoinnin ulkopuolelle kokonaan tai osittain jääneet säännöt tai pinta- tason tekstit ovat kritiikille erittäin alttiina (kritiikkisuhde) normi-ideoiden merkitystä painottavissa näkökulmissa. Ne ovat pahimmillaan lainsäätä- jän tai oikeuskäytännön epäonnistumisista syntynyttä ”huuhaata”.²⁶⁰ Kun sedimentaatioprosessi synnyttää päivitettyjä tuoreita normi-ideoita, suh- teessa näihin päivitettyihin ideoihin pintatason ilmiöt voivat olla myös ajasta jälkeen jääneitä ”muumioita” tai muuta oikeudellista kuollutta, jotka oikeus- historioitsijoiden mukaan olisivat olleet totalisoitavissa osaksi oikeuden voimassaolevia eläviä normi-ideoita joskus menneisyydessä, vaikka eivät sitä enää ole. Niemen esittämä oikeuden arvo- ja tavoitetaustaan tukeutuva presumptiivinen positivismi²⁶¹ voi Tuorin kriittisen positivismin tavoin muokata tai jopa kokonaan syrjäyttää oikeuden pintatason entiteettejä. Tällaista syrjäyttämistä kohtaan on esittänyt kritiikkiä esimerkiksi Kunnas:

²⁵⁹ Tällä perusteltiin lähinnä päämiesteni vastapuolen (VT Fräntilän) hyvittämistä katso- malla oikeudenkäyntikustannukset molempien osapuolten omaksi vahingoksi. Ahojen eläkeläispariskunnalla oli tosin osittainen maksuton oikeudenkäynti, joten heidän itsen- sä maksettavaksi jääneet kustannukset olivat noin 15 % VT Fräntilän kustannuksista. Tämä yksityiskohta ilmentää kuitenkin kokonaispunnintaa, jossa normi-ideoiden kannalta ”huuhaan” kategoriaan kuuluvasta normistakin hyvitetään sen muodollisjuridisen ase- man vuoksi. Asia on ratkaistu yksimielisesti. Vaasan HO 23.12. 1998, Nro 1501, S 98/42.

²⁶⁰ Tuori ilmoitti Raimo Siltalan tutkijaseminaarin vieraana keväällä 1999, että syvätasot voivat ”heittää ulos pintatason huuhaata”. Edellä selostettu Vaasan HO:n tuomio on tästä käytännön esimerkki.

²⁶¹ Ks. Niemi 1996, s. 326, 340–347 ja 356.

”Kriittinen positivismi tai presumptiivinen positivismi eivät tuo esiin selkeitä linjauksia siitä, miten kirjoitetun lain normistosta voidaan poiketa muutoin kuin tekemällä lain sanamuodon vastainen päätös selkeästi ja ottamalla tältä osin lainsäätäjältä valta tulkitsijalle. Itse tulkintaa on tällöin tarpeetonta väittää lainmukaiseksi, vaan perustelu on avoimesti ilmoitettava ja osoitettava, että poikkeaminen on tapahtunut selkeästi ja tarkoituksellisesti niin, ettei kukaan jää siihen käsitykseen, että kyseessä olisi erehdys.”²⁶²

Kun presumptiivinen tai kriittinen positivismi antaa huomattavaa painoarvoa normi-ideoille, ei silloin suinkaan tarvitse nähdä olevan kysymys Kunnaksen esittämästä lainsäätäjän vallan ottamisesta tulkitsijalle eikä myöskään epälainmukaisesta ratkaisusta. Pintaa syvempien tasojen tai muiden abstraktien normi-ideoiden alueelle kuuluvien oikeusperiaatteiden voidaan nimittäin katsoa edustavan painavammalla tavalla myös pintatasoa ja lainsäätäjän tahtoa kuin niiden syrjäyttämät ”huuhaa” ja ”muumiot”. Ratkaisu ei ole silloin epälainmukainen. Kunnaksen vaatima perustelu on kyllä sellainen esitys, joka olisi syytä ottaa vakavasti. Ratkaisun perusteena tulisi lausua normi tai normeja. Oikeuden pintaa syvempiin tasoihin ja/tai sen arvo- ja tavoitetaustaan suoraan vetoaminen ei perusta ratkaisua normiin. Tarvitaan optimointikäsky, joka velvoittaa tukeutumaan normi-ideoihin. Tämän vaatimuksen täyttää se, että ratkaisua perustetaan eksplisiittisesti oikeusperiaatteeseen.²⁶³ Niemi puolestaan sitoutuu Dworkinin ajatukseen, jossa normatiivinen perustelu arvojen ja tavoitteiden huomioimisessa nojautuu keskeisellä tavalla oikeusperiaatteisiin, mutta myös tavoiteargumentteihin:

”Presumptiivinen positivismi ei vielä kerro, miten tai miksi kaikki seikat huomioon ottava harkinta voi poiketa suorasta säännön soveltamisesta. Keskeisiä asiallisia argumentteja, jotka voivat oikeuttaa poikkeuksellisen ratkaisun ovat epäilemättä Dworkinin käsitteistön mukaiset periaate- ja tavoiteargumentit.”²⁶⁴

Kriittisen positivismin ja presumptiivisen positivismin toteuttaminen syn-

²⁶² Kunnas 1999, s. 80.

²⁶³ Tässä mielessä edellä siteerattu Vaasan hovioikeuden perustelu oli puutteellinen verrattuna KKO:n perusteluihin, koska HO ei maininnut oikeusperiaatetta ainakaan eksplisiittisesti KKO:n tavoin.

²⁶⁴ Ks. Niemi 1996, s. 349. Tätä näkemystä Niemi rinnastaa Ekelöfin käsityksiin tavoitteellisen argumentoinnin ja reaalisten argumenttien merkityksestä sekä Klamin käsitykseen teleologiasta laajassa merkityksessä (s. 349, jossa alaviite 322).

nyttää oikeusperiaatteen tarpeen. Kriittinen positivismi ja presumptiivinen positivismi voivat perustella oikeusperiaatetta vahvasti normatiivisina ja velvoittavina normi-ideoina, vahvasti ja selkeästi voimassaolevana oikeutena. Toisaalta ne varsin pitkälle edellyttävät oikeusperiaatteen kaltaista normityyppiä, jotta niiden edellyttämät normi-ideat voisivat todella tehokkaasti vaikuttaa oikeuteen muokkaamalla oikeuden pintatason entiteettejä oman ideaalinsa kuvaksi ja heijastukseksi, ja jotta ne voisivat kiperien tapausten ratkaisuperusteiden tarjoamisen lisäksi pintatasolta poikkeuksellisesti jopa syrjäyttää jotakin ”huuhaata” yms.²⁶⁵

4.4 SYNTETISOIVA ABSTRAHOINTI, INDUKTIO JA ANALOGIA

Filosofian ja tieteen pyrkimystä kohti abstraktia ja yleisempää Nietzsche selittää käsitteellä maailman hallitsemisen (ja luomisen) vietti. Tässä on kyse ihmisen pyrkimyksestä saada mahdollisimman paljon omien merkityksiensä, tietojensa, ymmärryksensä ja ehkä konkreettisemmankin hallintansa ja valvontansa piiriin.²⁶⁶ Abstrahoivaa ja syntetisoivaa vallantahdon strategiaa voidaan hyvin kuvata esimerkiksi nousuna vuorelle sitä ympäröivästä metsästä, jossa katse ja tietoisuus ottaa yhä enemmän maailmaa hallintaansa. Sitä voidaan verrata myös metsän ja metsien näkemiseen puilta. Noustessa metsiköstä ylöspäin vuoren rinnettä silmä tavoittaa pelkkien puiden asemasta metsän ja metsiä. Korkeammalta katsoen yksittäiset puut saavat merkityksen osana suurempaa kokonaisuutta eli metsää. Näin avautuu esimerkiksi hahmopsykologian ja Niemen painottama *kokonaisuus*. Yksittäisellä puulla ei ole enää merkitystä pelkkänä yksittäisenä puuna, vaan siihen sisältyy osana sitä itseään paljon sitä itseään suuremman metsän merkitys, jolloin yksittäisen puun merkityksen ja arvon voidaan nähdä myös kasvavan. Siksi kokonaisuus voi perustellusti vaikuttaa *enemmältä kuin osiensa summa*. Noustessa ylemmäksi myös silmä ja tietoisuus tavoittavat yhä enemmän puita. Tavoittaessaan katseellaan metsän vuorelle nousija saa katseensa ja tietoisuutensa vangiksi yhden puun asemasta ehkä tuhansia puita. Katse ja tietoisuus tavoittavat yhä enemmän ja enemmän

²⁶⁵ Ks. Kemppinen 1992, s. 23–24.

²⁶⁶ Ks. Nietzsche, Hyvän ja pahan tuolla puolen, § 9.

noustaessa yhä ylemmäksi vuorelle. Metsät saatetaan myös mieltää yksittäisiä puita pysyvimmiksi, joten hallinta saavuttaa suuremman laajuuden lisäksi pidemmän ajan, jolloin totalisaation tuottama tyydytys vallantahdolle kasvaa. Tätä psykologista taustaa vasten selittyy mielestäni pitkälle esimerkiksi seuraava Aarnion havainto oikeuden synteettisestä pyrkimyksestä kohti yleistä:

”Kiinnostavaa tässä yhteydessä lienee todeta, että myös (ja jopa) ns. common law -oikeudessa, jossa koko oikeusjärjestys (periaatteessa) rakentuu tuomioistuinten ratkaisuille (tuomioistuinten luoma oikeus), jokaissa ratkaisussa haetaan yleistä normia, joka aikaisempiin ratkaisuihin sisältyy. Oikeus siis etsiytyy koko ajan yhteiskuntaan, ei yksittäisiin elämänkertoihin, ainutkertaisiin kohtaloihin.”²⁶⁷

Syntetisoiva abstrahointi on ajattelun *kulkusuunnan* puolesta induktiivista. Induktiossa on kysymys siitä, että yhdestä tai useammasta yksittäistapauksesta johdetaan yleistys.²⁶⁸ Induktion viehätys ja tyydytys vallantahdolle on sen tuottamissa abstrakteissa ideoissa, jotka mahdollistavat partikulaarisen alistamisen tai ainakin sen hallitsemisen ja muokkaamisen osana argumentatiivista synergiaa sisältävää kokonaisuutta.²⁶⁹ Tuorin tasotteluajatteluun heijastettuna tämä tarkoittaa kritiikkisuhteen mahdollisuuden syntymistä: me haluamme mieltää yksittäiset oikeuden ilmiöt mielekkäinä suhteessa kokonaisuuksiin. Samoin induktiiviseen suuntaan etenevä päättely mahdollistaa Niemen ylistämän oikeuden hallitsemisen kokonaisuuksista käsin. Toisaalta induktion viehätys ja voima tyydytyksenä vallantahdolle voi olla ideoiden ajankohtaistamisessa eli päivityksessä. Tuoreina sedimentaation päivytysprosessin ansiosta pysyvät normi-ideat voivat siten syrjäyttää partikulaareja pintatason ”muumioita” tai vähintäänkin muotoilla niille uudenlaista merkitystä. Tämä voidaan heijastaa Tuorin esittämän sedimentaatio-suhteen ja kritiikkisuhteen kaltaiseen ajatteluun. Käytännön esimerkkinä tämä tarkoittaa: Vaikka ”bongaamamme” yksi yksityiskohta laki-

²⁶⁷ Aarnio, LM 1998, s. 988

²⁶⁸ Ks. Korkman & Yrjönsuuri 1998, s. 449.

²⁶⁹ Pintatason entiteetit eivät kuitenkaan välttämättä vaikuta samaan suuntaankaan puhussaankaan *täsmällisesti* samaan suuntaan, vaan saman normi-idean suuntaan vaikuttaminen voi olla myös osittaista. Ne voivat Klamin vektorimallin mukaisesti muodostaa konvergentisti samaan suuntaan puhuvaa argumentatiivista synenergiaa. Täsmällinen samaan suuntaan vaikuttaminen merkitsee kuitenkin suurempaa synenergiaa, kuin vain suurin piirtein samaan suuntaan puhuminen. Ks. vektorimalleista Klami 1997 (to Peczenik), s. 213.

kirjasta ei olisi muuttunut, sen ympäristö on saattanut muuttua. Tällöin muuttumattomankin osan *mielekäs merkitys* osana kokonaisuutta on muuttunut, vaikka yksikään kirjain lukemastamme pätkästä tekstiä ei olisi muuttunut.

Induktiiviseen ja syntetisoivaan suuntaan etenemistä merkitsee myös analogiahakuinen strategia. Analogian taustana on universaalisuusperiaate. Ajattelussa pyritään yksittäistapaukset ylittävään yleistettävyyteen.²⁷⁰ Lukuisien samankaltaisten tapauksien yhdistäjänä pyritään esimerkiksi hahmottamaan normi-idea, joka voidaan usein nähdä myös oikeusperiaatteena. Analogisen strategian silmälasien kautta tarkasteltuna yksittäistapausten yksilöllisyys voi kadota näköpiiristä tai ainakin alentua pelkän (platonilaisen) vähemmän merkittävän varjotodellisuuden piiriin.

Abstraktiin suuntautuvalla strategialla hankittua huikeaa tyydytystä valantahdon vietille uhkaa vaara erityisyyksien kadottamisesta tavoittamattoman toisuuden piiriin tässä totalisaation strategiassa. Laajenevien näkymien avautuessa yksittäisen puun erityiset piirteet häipyvät näkyvistä. Yksi strategia tyydytyksen tuottamisen turvaamiseksi abstrahoivassa totalisoivassa projektissa olisi kaikkien erityisyyksien arvottaminen merkityksettömiksi tai vähäarvoisiksi katsomalla vain ”metsät” arvokkaiksi tosi-oleviksi, jolloin yksittäiset ”puut” leimataan vähemmän arvokkaaksi varjotodellisuudeksi. Vain lukuisten sääntöjen premissinä olevaa normi-ideaa ilmaisevilla oikeusperiaatteilla (normatiivisuuden ja pitämisen maailman metsillä) olisi todellista arvoa. Sen sijaan yksittäisillä säännöillä (normatiivisen ja pitämisen maailman puilla) ei olisi juuri arvoa. Oikeusperiaatteiden voimassaolo olisi myös lähtökohtaisesti vahvempaa kuin oikeussäännöillä. Oikeuden pintatason entiteetit muokataan abstraktiin ideaan sopiviksi. Aarnion mainitseman oikullisen lainlaatijan²⁷¹ tuotteet murskaataan tulkitsemalla ne vahvasti abstraktiouskoisessa ja totalisointihakuisessa ilmapiirissä vahvoin ja kattaviin yleistyksiin perustuvien oikeusperiaatteiden mukaiseksi²⁷² tai ratkaisemalla avoimesti *contra legem*.

Onnistunut abstrahoiva ja syntetisoiva strategia voi puoltaa merkittävällä tavalla oikeusperiaatteen voimassaoloa synnyttämällä argumentatiivista synenergiaa. Oikeusperiaatteiden ilmentämien normi-ideoiden ”metsät” voivat onnistuneessa abstrahoivan strategian käytössä tuoda länsi-

²⁷⁰ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 243.

²⁷¹ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 82.

²⁷² Tarkemmin sanottuna niiden sisältämien normi-ideoiden mukaiseksi.

maisessa kulttuurissa luontevasti hallinnan tunnetta suhteessa yksittäisten konkreettisten sääntöjen ”puihin”. Siten syntetisoivat strategiat voivat perustella psykologisesti vaikuttavalla ja uskottavalla tavalla oikeusperiaatteen voimassaoloa. Onnistumisethan kuitenkin mitataan havaintoina *tuomarinideologioihin* omaksutuista velvoitteista huomioida normi-ideoita. Vasta käytäntö näyttää lopullisesti sen, mitä todella on koettu velvoittavaksi. Tästä näkökulmasta on ratkaisevaa, että normi-ideoihin todella turvaututaan jotenkin todennettavissa olevilla tavoilla.

4.5 LINEARISOINTI

Lineaariseen vallantahdon strategiaan kuuluu asioiden järjestäminen tavoitettavaksi ikään kuin saman kulkuväylän yhteyteen. Ajatuksen ja ymmärryksen on voitava kulkea kerrallaan vain yhtä reittiä. Yhden asian on voitava olla yhteydessä saman reitin varrella oleviin muihin ymmärryksen, merkityksen ja tiedon piiriin haluttavien asioiden (entiteettien) kanssa. Toisuudelta vallataan ainoa oikea reitti (R) kaikkien sellaisten reittien joukosta, jotka ovat kaikkea muuta paitsi tämä valittu ainoa oikea reitti (–R). Nimenomaan tämä kulkuväylä, joka saattaa asiat yhteyteen toistensa kanssa, muodostaa näistä asioista myös jonkinlaisen merkitysyhteyden ja -ykeyden, esimerkiksi Kelsenin perusnormiin²⁷³ ja Hartin tunnistamisäännön²⁷⁴ kaltaisiin lähtökohtiin nojaavan lineaarisen ajatusrakennelman, jossa normihierarkian eri tasoilla olevien normien lineaarinen yhteys toisiinsa muodostaa velvoittavuuden perustavan argumentation.

Jäsentyneisyyttä ja hallittavuutta merkitsee juuri se, että asiat on sidottavissa tällaiseen merkitysyhteyteen ja -ykeyteen tämän ainoan oikean reitin varrella. Lineaarisen strategian houkuttelevuutta oikeuden ilmiöiden hallitsemiseksi lisää se, että entiteettien keskinäisen totalisoivan suhteen ei tarvitse olla deduktiivinen, vaan se voi olla myös oikeuden maailmalle luonteva hierarkkinen totalisoiva alistus- ja valtasuhde.²⁷⁵ Lineaarisen stra-

²⁷³ Ks. Kelsen, *Puhdas oikeusoppi*, s. 207–295. Tässä perusnormi ja oikeusjärjestyksen hierarkkinen rakenne merkitsevät lineaarista strategiaa.

²⁷⁴ Ks. Hart, *The Concept of Law*, s. 97–120.

²⁷⁵ Ks. Hart, *The Concept of Law*, s. 98. ”It is important to distinguish this relative *subordination* of one criterion to another from *derivation*. Kursivointi lähteessä.

tegian kyky tuottaa tyydytystä vallantahdon tarpeelle jää puutteelliseksi, jos hallintapyrkimysten kohteena olevia ilmiöitä ei ole tyydyttävällä tavalla totalisoitavissa saman reitin varrelle, vaan jouduttaisiin käsittelemään asioita eri reittejä ja prosesseja ehkä samanaikaisesti käyttäen. Kelsenin perusnormin tai Hartin tunnistamissäännön varaan rakennettuja lineaarisia rakennelmia seuraisi niiden lineaarisuuden menettäminen, jos oikeuden voimassaolo rakennettaisiin oikeusperiaatteille luontevan moninäkökulmaisen voimassaolokäsityksen varaan. Tällöin voimassaolevaa oikeutta ei voitaisi enää johtaa lineaarisesti läpi hierarkkisten järjestelmien rajatuista premisseistä, jollaisia perusnormit ja tunnistamissäännöt ovat.

Lineaarisia strategioita on käytetty ehkä ennemminkin oikeusperiaateajattelua vastaan kuin sen puolesta. Näin näkee erityisesti Dworkin suhteessa Hartin lineaariseen oikeusteoriaan.²⁷⁶ Toisaalta oikeusperiaatteet voidaan nähdä tunnusmerkistöiltään avoimempina ja abstraktimpina sääntöinä, jolloin niiden voimassaolo voidaan kytkeä Hartin tunnistamissääntöön nojautuvan teorian kaltaiseen lineaariseen oikeudellisen tiedonhallinnan strategiaan.²⁷⁷ Voimakkaasti totalisoivaan lineaariseen strategiaan oikeusperiaatteen voimassaolo on selvästi sidottu silloin, jos oikeusperiaatteen voimassaololta normina vaaditaan, että se on mainittu sellaisessa auktoritatiivisessa tekstissä, jonka auktoriteetin johtaminen lineaarisesti oikeudellisen hierarkian lävitse jonkinlaisesta tunnistamissäännöstä tai perusnormista on mahdollista. Jos oikeusperiaate nämä vaatimukset täyttää, sen voimassaoloa ja velvoittavuutta on yleensä pidettävä silloin vahvana formaalisin ja muodollisjuridisin perustein.

4.6 DEDUKTIIVISTEN YHTEYKSIEN STRATEGIAT

Deduktiivinen vallantahdon strategia takaa päätelmien totuuden ja sitouvuuden, koska premissien ja johtopäätösten välillä on välttämätön looginen seuraussuhde. Totuus vallataan epätotuudelta (toisuudelta) tukeutumalla lähtökohtana olevien lauseiden (premissien) totuuteen päättelyssä, joka myös säilyttää totuuden. Deduktiivinen strategia voi olla tiedon ja totuuden hallintaa aksioomiin nojautuvilla totalisoinneilla. Aksioomalla tarkoi-

²⁷⁶ Ks. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 44 ja 71–72.

²⁷⁷ Ks. Hart, *Postscript*, s. 259–263.

tetaan tällöin peruslausetta, joka oletetaan ilman todistusta. Se on silloin sellainen selviö, joka on oletettava koska sen totuus on ilmeinen ja koska siitä ei voida luopua koko ajatusrakennelman romahtamatta. Totalisoiva suhde mahdollistaa pätevien lauseiden johtamisen aksioomista demonstraation keinoin.²⁷⁸ Deduktio voi antaa äärimmäisen voimakkaan vaikutelman tiedon hallinnasta, jos premissit ja aksioomat ovat luotettavia. Pätevän demonstratiivisen johtamisen kiistäminen merkitsee ristiriitaa, joten deduktiivinen strategia suorastaan pakottaa hyväksymään pätevät loogiset johtopäätökset. Premisseillä on silloin vahva totalisoiva suhde johtopäätökseen nähden. Deduktiivisen strategian onnistunut käyttö merkitsee oikeudellisissa yhteyksissä ennakoitavuuden oleellista kasvua ja subjektiivisten mielivaltaisuuksien karsimista.

Deduktiivisten strategioiden käyttäminen palautuu käytännössä lähinnä (deonttisen) logiikan ja matemaattispohjaisten mallien käyttöön ja soveltamiseen. Ainakin Klami on kehittänyt tällaisen matemaattispohjaisen mallin normatiivisen harkinnan suhteiden eksplisiittiseksi hahmottamiseksi. Intuiitiivinen pohdinta lain ja sanamuodon tarkoituksesta tehdään eksplisiittiseksi yleisen päätösteorian käsitteellisin välinein. Klamin mallissa on ytimeltään kysymys argumenttiarvojen, utiliteettien ja niiden hierarkian määrittämisestä sekä mallin edellyttämistä laskutoimituksista (demonstraatiosta).²⁷⁹ Kyse on siis pohjimmiltaan klassisesta deduktiivisesta strategiasta: premissien (aksioomien) määrittämisestä ja premissien loogisten suhteiden demonstroimisesta. Oikeusperiaatetta koskevan normihypoteesin (normiväittäjä) osalta matemaattiset mallit mahdollistavat sen oikeuslähteistä saaman tuen loogisten suhteiden eksplikoimisen. Erityisen hyödyllisinä näitä malleja voisi kuitenkin pitää oikeusperiaatteiden punnintaa koskevis-
sa tilanteissa, jossa vastakkaisia normi-ideoita pitää suhteuttaa optimoiden toisiinsa. Mahdollisuus punnita normi-ideoita suhteessa toisiinsa intersubjektiivisella tavalla parantaa tietysti yleisesti oikeusperiaateajattelun mahdollisuuksia vastata oikeusturvavaatimuksiin. Normi-ideoiden ylitse hypääminen on silloin entistä moitittavampaa, jos on tarjolla sellaisia malleja, jotka mahdollistavat premissien keskinäisten suhteiden käsittelyn intersubjektiivisella tavalla ennakoitavuuden ja oikeusturvan vaatimuksia kun-
nioittaen.

²⁷⁸ Ks. Korkman & Yrjönsuuri, 1998, s. 440–441.

²⁷⁹ Ks. Klami, Minun metodini, s. 151–169.

4.7 MARXILAISUUS JA MUUT REDUSOIVAT STRATEGIAT

Redusoiva strategia pyrkii palauttamaan ilmiöitä niitä selitettäessä joihinkin selittäviin lähtökohtiin. Tällaisia lähtökohtia ovat esimerkiksi elementaariset kokemukset, joihin empiristiset teoriat oikeudesta pyrkivät oikeuden palauttamaan. Redusoivan vallantahdon strategia palauttaa ilmiöt johonkin yksittäiseen selittävään entiteettiin, jolloin tämä entiteetti voi olla myös selitysvoimaltaan vahva taso. Redusoivan strategian kyky tuottaa suurta tyydytystä vallantahdon tarpeelle näkyi marxilaisuuden voittokulussa länsimaisenkin lukeneiston keskuudessa erityisesti 1960- ja 1970-luvuilla.²⁸⁰ On tietysti ymmärrettävää, että käsitys kaiken palauttamisesta esimerkiksi taloudellisiin tuotantosuhteisiin tarjoaa huikean mahdollisuuden siirtää ilmiöitä ja entiteettejä toisuuden hallitsemattomuudesta hallitun piiriin. Näin siitä huolimatta, että marxilainen lainoppi ei kykenisi tarjoamaan yksinkertaista ja suoraa mahdollisuutta yhteiskunnan tuotantosuhteisiin palautuvaan redusoimiseen:

”Oikeudelliset doktriinit, opit ja teoriat, normit, tulkintasäännöt jne. heijastavat tietystä mielessä yhteiskunnan tuotantosuhteita. Mutta näiden suhteiden ja oikeudellisen ideologian välinen suhde ei kuitenkaan ole välitön, vaan sitä ilmentävät useat välitykset.”²⁸¹

Oikeusperiaatteiden voimassaolo olisi redusoivassa strategiassa kytkettävä selittävään ilmiöön tai tasoon. Marxilaisen ajattelun tuotantosuhteet ovat olleet ehkä vahvin selityspästä redusoivien vallantahdon strategioiden historiassa, mutta tähän selityspästä vetoaminen ei ole enää yleisesti tunnetuista syistä muodissa. Marxilaisen ajattelun tuotantosuhteet eivät ole tosin ainoa mahdollinen redusoivan strategian selityspästä. Sama psykologisesti viehätysvoimainen rakennelma voi valloittaa vahvan älylliseen vallantahtoon taipuvia mieliä muillakin muuttujilla kuin tuotantosuhteilla. Vaikka marxilaisuus on melkein kuollut sen entisiin loiston päiviin verrattuna, ne psykologiset mekanismit elävät ihmisissä, joihin vetoamalla marxilaisuus tyydytti pitkään suurella menestyksellä hallinnan tarpeita. Se onnistui tarjoamaan selitysmallin, joka vastasi epäskitsofreeniselle ja vahvasti totalisoiden hallitsevalle maailmasuhteelle välttämättömään mielen

²⁸⁰ Marxilaisuuden vaikutuksesta suomalaisessa oikeustieteessä Eriksson, Minun metodini, s. 59–63 ja Tuori samassa kirjassa s. 313–316.

²⁸¹ Eriksson, Tiede ja edistys 2/1980, s. 16.

eheyden tarpeeseen monien kannalta uskottavalla ja tyydyttävällä tavalla. Se onnistui myös painostamaan vastavoimiaan eheämpään ja psykologisesti kestävämpään ajatteluun.

4.8 HERMENEUTTISEN KEHÄN JA SUPERVENIENSSISUHTEEN STRATEGIAT

4.8.1 Yleistä

Redusoiva strategia voidaan maltillisessa muodossa liittää luontevasti myös rakenteeltaan hermeneuttisiin²⁸² tasottelumalleihin. Entiteetit ovat siinä selitettävissä suhteissa syviiin selittäviin tasoihin, joiden muodostumisesta tosin voi olla kysymys pintatasolta alkunsa saavasta sedimentaatiosta.

Vallantahto (elämänhallinta) on Nietzschen ajattelussa samanlainen perimmäinen selittävä taso kuin Marxille tuotantosuhdet tai Freudille alitajunta. Foucault on nähnyt nämä kolme tulkintamallia pitkälti yhtenäisenä hermeneuttisen tradition synnyn *mahdollistaneena* tulkintamallina, ei siis vielä valmiina hermeneutiikkana.²⁸³

Hermeneutisissa malleissa selittävät suhteet eivät ole täydellisen deduktiivisia. Vaikka totalisaatiota kritiikkisuhteessa toteutetaan, kaikkia redusoivaa strategiaa käyttäviä hermeneuttisia malleja voidaan nähdä leimaavan eräänlainen tasojen suhteellinen itsenäisyys. Tämä tarkoittaa syvimmiltä selittäviltä ja määräviltä tasoilta lähemmäs pintaa sijoittuville tasoille kohdistuvan määräävyys- ja selittämissuhteen heikkenemistä. Toisaalta ankarasti totalisoivaa redusoivuutta lieventää pintaa syvempien tasojen sisältöä – pintason vaikutuksesta – muokkaava ja päivittävä sedimentaatiolosuhde.²⁸⁴

Käsiteläinopillisessa käsitteistä johtamisessa ja ankarasti redusoivien mallien syvätasojen määräävyydestä johtamisessa voidaan nähdä deduktiiv-

²⁸² Palmer 1969, s. 242–253. Palmer esittää Schleiermacherin, Diltheyn, Heideggerin ja Gadamerin ajatuksiin nojautuen niitä kehittäen kolmekymmentä teesiä hermeneuttisen ajattelun perusteista, joihin käsitys hermeneutiikasta pitkälti tässä tutkimuksessa palautuu. Kotimaisessa oikeustieteellisessä melko tuoreessa kirjoittelussa perinteitä hermeneuttista näkökulmaa ovat puolustaneet mm. Nuutila 1996, s. 158 ja Niemi, LM 1998, s. 533.

²⁸³ Ks. Foucault (Nietzsche, Freud Marx), s. 45.

²⁸⁴ Ks. Tuori, Minun metodini, s. 321–324.

vista ja redusoivaa strategiaa läheisesti muistuttavaa vahvan hallinnan tavoittelua. Käsitteillä tai määräävillä syvätasoilla on silloin eräänlainen (aksio-maattisten) premissien asema, josta (demonstratiivisen) päättelyn avulla voidaan johtaa varmoja johtopäätöksiä. Tällainen näkökulma luonnollisesti tarjoaa valtavaa tyydytystä vallantahdon vietiille, jos vain kaikki tällaiseen päättelyyn ongelmat voitaisiin ohittaa. Kontekstiyhteyksiä ymmärtävä hermeneuttinen huomioiminen tekee kuitenkin premissien määrän ja laadun tavallaan avoimeksi. Se tekee päättelystä myös kaksisuuntaisen, jossa yleinen vaikuttaa yksityiseen ja yksityinen yleiseen. Premissien ja johtopäätösten välille ei voi esittää selvää ensisijaisuutta ja eroa päättelyn kokonaisuudessa, jolloin muodostuu hermeneuttinen kehä.²⁸⁵

Käsitteistä päättelyn kielto ja tasojen suhteellinen itsenäisyys jättävät aina jossain määrin jäljelle sitä puhtaalle deduktiiviselle strategialle kaikkein voimakkaimpana ominaisinta totalisointiin perustuvaa selitysvoimaa, joka perustuu premissien ja johtopäätösten keskinäisiin ehdotoksiin sidonnaissuhteisiin. Selitysvoima ei häviä kokonaan, vaikka *ehdoton* selitysvoima häviäisi. Tällöin kysymys on ainakin psykiatrian tieteenteorian piirissä *supervenienssisuhteena* tunnettu ilmiö, jossa systeemi voi perustua alempaan systeemiin tai olla siitä riippuvainen, vaikka ei olekaan siihen täysin redusoitavissa. Tätä suhdetta käytetään mielen tasojen välisen toiminnan hahmottamiseen freudilaisessa perinteessä.²⁸⁶ Haettaessa väitteille oikeusperiaatteen voimassaolosta tukea abstrakteista käsitteistä hermeneuttiseen suuntaan kallistuneesta maltillisen käsiteläinopin näkökulmasta (esim. analyttinen koulukunta) tai samaan hermeneuttiseen suuntaan kallistuneen maltillisen redusoivan strategian syvätasojen näkökulmasta (esim. Tuorin tasottelu) – deduktiiviseen *suuntaan* päättelöllä – voidaan määräävän deduktiivisen suhteen asemasta hahmottaa tällainen supervenienssisuhde, joka ei kuitenkaan mahdollista deduktiolle tyypillistä *varmaa* demonstratiivista johtamista premisseistä.

4.8.2 Tuorin tasotteluajattelu

Tuori on kehittänyt kriittiseksi positivismiksi nimeämänsä oikeudellisen teorian hahmottamiseksi oikeutta monitasoisena ilmiönä kuvaavan tasot-

²⁸⁵ Ks. Palmer 1969, s. 242–253.

²⁸⁶ Ks. Salokangas 1994, s. 9.

teluajattelun, johon on jo useassa yhteydessä tässä tutkimuksessa vedotu.²⁸⁷ Selostan seuraavassa tämän strategian pääpiirteet. Tuori on tehnyt jaottelun pintatasoon, oikeuskulttuurin ideologiseen tasoon ja oikeuden syvärakenteeseen. Näiden tasojen keskinäinen merkitysyhteys syntyy kuudesta erilaisesta suhteesta: sedimentaatiosuhte, konstituutiosuhte, konkretisaatiosuhte, kritiikkisuhte, rajoitussuhte ja justifikaatiosuhte.

Oikeudellisen tiedonhallinnan ja vallantahdon vietin tyydytyksen kannalta Tuorin mallin ydin on nimenomaan tasojen välisten suhteiden *selkeässä eksplikoinnissa*. Ainakin Määttä pitää erityisesti mallin redusoiiviin piirteisiin kuuluvia suhteita liian vahvoina.²⁸⁸ Näitä suhteita ei voi kuitenkaan olla tarkoitettu ehdottomiksi, jos huomioidaan tasojen välinen suhteellinen itsenäisyys. Nämä suhteet muistuttavat siksi edellä esittämäni supervenienssisuhdetta. Tuori on joka tapauksessa kuitenkin tarjonnut selkeästi eritellyillä tasojen välisillä suhteilla oikeudellisen tiedon ja ilmiöiden hallitsemattomuuden nujertamiseen pyrkivälle juristille vahvoja aseita, vaikka nämä aseet eivät joka tilanteessa toimisikaan täydellisesti. Menestyksellinen taistelu ja sodankäynti toisuutta vastaan ei vaadi välttämättä osumaa jokaisella laukauksella. Nämä aseet sopivat myös länsimaisen filosofian totalisoivan vallantahdon psykologisesti vahvimpiin perinteisiin.²⁸⁹ Määttän omassa kehämallissa²⁹⁰ selkeästi eritellyt määräävyys- ja sidonnaissuhteet Tuorin esitykseen verrattuna hämartyvät, mikä heikentää sen kykyä vedota vankkaan oikeudellisten tietojen ja ilmiöiden hallintaan kaipaavaan vallantahdon viettiin.

Pintatasossa on kysymys yksittäisistä säädöksistä, tuomioistuinratkaisuista ja lainoppineiden normi- ja tulkintakannanotoista. Pintataso on kaikista tasoista altein muutoksille. Pintatasolle on ominaista selkeä välitön näkyvyys ja eksplisiittinen luonne (eli "bongattavuus"). Pintatasoa syvemmät tasot ovat nähtävissä puolestaan ennemminkin implisiittisinä ennakoedellytyksinä ja pintatason rationaalisuutta selittävänä argumen-

²⁸⁷ Ks. Tuori, Minun metodini, s. 311–329, josta tässä esitetty ydin Tuorin tasotellumallista s. 321–324. Ks. myös Tuori (to Peczenik) 1997, s. 427–442.

²⁸⁸ Ks. Määttä 1999, s. 34: "Tasomalleihin on kuitenkin tämän tutkimuksen kannalta sisäänrakennettu mielestäni liian vahvasti konkreettisen oikeudellisen sääntelyn tasolla ilmeneviä syvärakenteen ja välittävän teorian tasoon välttämättömiä heijastuksia ja näihin yhteyksiin kytkeytyviä johdonmukaisuuden olettamuksia."

²⁸⁹ Tuorin tasotelluajattelussa on selvästi nähtävissä sisäänrakennettuna platonilaisesta ideaopista lähtevä rationaalisen länsimaisen vallantahdon ajatus. Tämän olen pyrkinyt tuomaan esille tämän tutkimuksen sivulla 15.

²⁹⁰ Ks. Määttä 1999, s. 35–57.

tatiivisena synenergiana, joka sedimentaatiosuhteessa muodostuu pintatasosta.

Oikeuskulttuurin tasosta voidaan puhua lakimiesten ammatillisena asiantuntija- tai eliittikulttuurina. Tähän tasoon kuuluvat eri oikeudenalojen yleiset opit. Yleisiin oppeihin kuuluvat eri oikeudenalojen peruskäsitteet ja yleiset oikeusperiaatteet. Oikeuskulttuuriin kuuluu myös metodinen ainesosa. Sitä edustavat tulkinnassa käytettävät standardit, normiristiriitojen ratkaisemisessa käytettävät metanormit ja oikeustieteessä ja oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa käytettävät argumentaatio- ja päätöksentekomallit. Oikeuskulttuurin tasolla muutos on verkkaisempaa kuin pintatasolla.

Oikeuden syvärakenteeseen kuuluvat koko oikeustyyppin perustavat oikeuskategoriat, esimerkkeinä oikeussubjektin ja subjektiivisen oikeuden käsitteet. Oikeustyyppin fundamentaaliset normatiiviset periaatteet kuuluvat myös oikeuden syvärakenteeseen, esimerkkeinä tästä ihmisoi-
keuksien ja oikeusvaltion ympärille jäsenytyvät fundamentaaliset oikeusperiaatteet. Kolmantena syvärakenteen piirteenä voidaan hahmottaa rationaalisuustyyppi, joka on oikeustyyppille ominainen. Tällaiseksi rationaalisuustyyppiksi on kirjallisuudessa esitetty monta ehdokasta. Syvärakenteen muutokset ovat kaikkein hitaimpia; tässä mielessä syvärakenne edustaa muita tasoja vahvemmin platonilaista tosiolevaa ja ankarasti totalisoivaa ideoiden maailmaa.

Oikeudellisten käytäntöjen välittömät tuotokset ovat näkyvissä oikeuden pintatasolla. Uudet säädökset, tuomioistuinratkaisut ja lainoppineiden kannanotot synnyttävät jatkuvaa liikettä pintatasolla. Samalla ne uusintavat ja muokkaavat myös oikeuden pintatasoa syvempiä kerrostumia. Nämä oikeuden pintatasoa syvemmät kerrokset, oikeuskulttuuri ja oikeuden syvärakenne, on ymmärrettävä oikeuden pintatason sedimentaatioksi. Tällöin ne ovat pintatason tavoin ihmisen tahdon positiivisoikeudellisia tuotteita. Ne eivät siis ole mitään luonnonoikeudellisia periaatteita, jotka voitaisiin jättää positiivisen oikeuden ulkopuolelle. Ne ovat lainsäätäjän tahdon ilmauksia mainittujen pintatason entiteettien tavoin.

Oikeuskulttuurin ja syvärakenteen periaatteet tarjoavat positiivisoikeudellisen välineen oikeuden pintatason entiteettien ei-mielivaltaiselle normatiiviselle kritiikille. Tasojen väliseen kritiikkisuhteeseen tarttumisella voidaan väittää niiden olevan väärässä, jotka pitävät oikeuden normatiivista kritiikkiä mahdollisena ainoastaan oikeuden ulkopuolelta ja väis-tämättä subjektiivisin kriteerein.

Konstituutiosuhde viittaa siihen, että oikeuskulttuuri ja syvärakenne konstituivat pintatason tapahtumien mahdollisuuden. Tämä tapahtuu tarjoamalla ne käsitteelliset, normatiiviset ja metodiset välineet, joita ilman lainsäätäjä ei voisi säätää lakejaan, tuomari tehdä ratkaisujaan tai lainoppinut kirjoittaa kirjojaan tai artikkeleitaan. Kysymys on siis siitä, että pintatason ilmiöt edellyttävät premisseikseen pintatasoa syvempiä tasoja.

Konstituutiosuhteen erottamaton kääntöpuoli on rajoitussuhde. Oikeuskulttuuri ja syvärakenne avaavat käsitteellisen, normatiivisen ja metodisen tilan, jossa pintatason ilmiöt tuottavat oikeudelliset käytännöt ovat mahdollisia. Toisaalta ne myös sulkevat tämän tilan perustavasti toisenlaisilta oikeudellisen ajattelun, sanomisen ja tekemisen tavoilta. Rajoitussuhde siis panee toimeen normatiivisen sensuurin, josta esimerkiksi voidaan esittää Dworkinin teesi periaatteiden etusijoista politiikkoihin nähdä. Tämä teesi perustuu oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteiden periaatteiden soveltamiseen.

Konkretisaatiosuhteessa syvärakenteiden yleiset normatiiviset ideat saavat konkreettisen ilmauksensa oikeuden pintatasoille sijoittuvissa sääntelyssä ja tuomioistuinratkaisussa. Kyse on siis syvärakenteiden vaikutuksen ulottumisesta pintatasolle kuten kritiikkisuhteessa.

Justifikaatiosuhteessa on kyse siitä, että pintatasolle sijoittuvat normatiiviset lausumat saavat justifikaationsa oikeuskulttuuriin kuuluvista oikeusperiaatteista ja nämä puolestaan syvärakenteen fundamentaalisista periaatteista. Tämä perustuu syvempien tasojen luonteeseen premisseinä suhteessa pintatasoon. Kyse on siis tässäkin pintatasoon kohdistuvasta syvempien tasojen totalisoivasta vaikutuksesta.

4.8.3 Feed-back Klamin argumentaatiomallissa

Tuorin mallia voidaan verrata toiseen kotimaiseen merkittävään tasottelumalliin, jonka Klami on kehittänyt Peczenikin esitystä edelleen kehittämällä.²⁹¹ Klamin malli jakautuu neljään tasoon:

4. Perustavat moraaliset valinnat
3. Oikeudelliset tavoitteet ja periaatteet
2. Käsitteelliset sitoumukset (tulkinta laajassa mielessä)
1. Oikeuslähteet ja oikeuslähdeoppi

Malli eroaa lähtökohdiltaan Tuorin esityksestä selkeästi, koska se on painotetusti oikeudellisen argumentaation malli. Tuorin esityksessä on kysymys nähdäkseni painotetusti oikeudellisten ilmiöiden syntymisen mallista, joka implisiittisesti sisältää näkemyksiä argumentaatiosta. Kysymys on Klamin mallissa nimenomaan ensisijaisuusjärjestyksestä oikeudellisessa argumentaatiossa. Päätös on tehtävä ja oikeutettava turvautumalla mahdollisimman matalaan tasoon. Seuraavalla tasolle siirrytään vasta, jos

²⁹¹ Ks. Klami (to Peczenik) 1997, s. 211–219. Ks. myös Klami, Minun metodini, s. 152–153.

ratkaisua ei ole saatu tehtyä alemmalla tasolla. Tällöin on ensisijaisesti turvaututtava oikeuslähteiden ja oikeuslähdeopin tasoon. Oikeudellisiin tavoitteisiin ja periaatteisiin on turvaututtava, jos ratkaisua ei ole saatu aikaiseksi alemmilla tasoilla. Malli ei painotetusti argumentaatiomallina voikaan ottaa selkeän eksplisiittisesti kantaa oikeuslähteitä ja oikeuslähdeoppia toissijaisempien²⁹² tasojen entiteettien *muodostumiseen*, kuten Tuorin malli sen pintatasoja syvempien tasojen muodostumiseen tasojen suhteita erittelevillä kuudella suhteella, vaan se kertoo ennemminkin argumentaatiomallina, milloin on turvaututtava eri tasoihin.

Klamin mallissa on kuitenkin sellainen piirre, joka avaa tasojen välille Tuorin mallin kaltaisia hermeneuttisia suhteita.²⁹³ Tätä ilmiötä Klami kutsuu nimellä feed-back. Tämä avaa oikeutta hermeneuttisen vuorovaikutussuhteen ilmiöksi. Tällöin myös oikeusperiaatteet avautuvat argumentatiivisesti ensisijaisempien tasojen premisseiksi:

”We stated that *all* sources of law can be interpreted as expressions of the underlying goals, principles and legal ideology, although this is not always made explicit in their application. The levels 2.–4. are in a way built-in to the first level of sources of law. This means also that the ultimate relevance of the sources of law depends upon their evaluation from the point of view of legal systematic (level 2.) and, above all, of legal principles and goals.”²⁹⁴

Tasojen hermeneuttiset suhteet Klamin mallissa antavat mielestäni mahdollisuuden olettaa, että tasojen välillä on myös sellaisia suhteita, jotka läheisesti muistuttavat Tuorin mallin tasojen välisiä suhteita.

4.9 KOHERENSSISTRATEGIAT

4.9.1 Erillisyydestä kokonaisuhteyksiin (metelistä musiikkiin)

Suomalaisen oikeustieteen nykytilaa ankarasti arvostellut Kivivuori tarjoaa opastukseksi hänen mielestään eksyneelle²⁹⁵ suomalaiselle oikeustieteelle

²⁹² Ne ovat Klamin mallissa lähempänä pintaa olevia tasoja.

²⁹³ Ks. Klami 1997 (to Peczenik), s. 217.

²⁹⁴ Ks. Klami 1997 (to Peczenik), s. 218. Kursivointi lähteessä.

²⁹⁵ Ks. Kivivuori, Oikeus 1998, s. 315. Otsikolla: Eksyneitä.

omia lähtökohtiaan, joita hän on esittänyt väitöskirjassaan vuonna 1969. Tässä yhteydessä hän esittää oikeuden voimassaolosta seuraavaa:

”Lakitekstin lausetta, komitean virkettä ja tuomioistuimen argumenttia ei voi millään rationaalisella tavalla laskea yhteen ja saada tulokseksi voimassa olevaa oikeutta.”²⁹⁶

Varsinaisen laskemisen sijasta oikeuteen kuuluvista normatiivisista atomaarisista elementeistä on yleensä haettu niiden yhteisvaikutuksesta päättelämällä voimassaolevaa oikeutta koherenssipäätelyllä. Koherenssissa on lyhyesti sanottuna kysymys siitä, että väittämää tai lausetta pyritään tukemaan, perustelemaan tai selittämään näkemällä se yhteensopivaksi muiden tosiksi tiedettyjen tai muuten hyväksyttyjen väittämien tai lauseiden kanssa.²⁹⁷ Alexyn tavoin koherenssipyrkimyksen keskeisenä filosofisena lähtökohtana voidaan nähdä hegeliläinen ajatus kokonaisuuksien suuremmasta selitysvoimasta irrallisiin atomaarisuuksiin ja partikulaarisuuksiin verrattuna.²⁹⁸ Esimerkiksi Kivivuoren mainitsemia lakitekstin lausetta, komitean virkettä ja tuomioistuimen argumenttia voidaan käyttää tukemaan väitettä oikeusperiaatteen voimassaolosta, jos ne ovat yhteensopivia voimassaoloa koskevan väitteen kanssa. Tällöin syntyy psykologisesti selitysvoimainen kokonaisuus, joka sisältää argumentatiivista synenergiaa.

Koherenssin rationaalistava ja hallintaa lisäävä vaikutus on erityisyyksien merkityksen ja mielekkyyden lisäämisessä liittämällä näitä erityisyyksiä johonkin merkitykselliseen ja mielekkääseen kokonaisyhteyteen. Merkitysten, mielekkyyksien sekä merkitys- ja mielekkyysyhteyksien lisääntyminen toimii elämänhallinnan pyrkimyksiä uhkaavaa irrallisuutta, jäsenymättömyyttä, merkityksettömyyttä ja mielettömyyttä (eli hallinnan ulkopuolista toisuutta) vastaan. Koherenssin luomisessa on kysymys eräänlaisesta erityisyyksien ”metelin” muuttamisesta mielekkyyden ja merkityksellisuuden leimaamaksi ”musiikiksi” temaattiseen kokonaisyhteyteen Nietzsche’n Iloisessa tieteessä kuvaaman säveltaiteen mestariesittäjän tavoin:

”Mutta he ovat harjaantuneita ja kekseliäitä ja joka hetki valmiina sijoittamaan satunnaisimmankin äänen, mistä sormi sen siepanneekin, mielen oikku noutaneekin, temaattiseen kokonaisuuteen”²⁹⁹

²⁹⁶ Kivivuori 1978 (1969), s. 87.

²⁹⁷ Ks. Klami 1997 (Tieteenteorian luentoja), s. 16.

²⁹⁸ Ks. Alexy 1998, s. 41.

²⁹⁹ Nietzsche, Iloinen tiede, s. 165.

Toisuuden nujertaminen koherenssia luomalla voi siis olla eräänlaista synkronista ”palapeliä rakentamista”. Palojen kokonaisuus (koottu kokonainen palapeli) luo yksittäisille paloille merkitystä ja mielekkyyttä. Toisaalta kokonaisuus saa merkitystä paloistaan. Tällöin on kysymyksessä hermeneuttisen kehän tyyppinen keskinäinen tukisuhde, joka voidaan nähdä myös erilaisten tasojen, ilmiöiden tai entiteettien väliseksi suhteeksi. Koherenssi voidaan hahmottaa myös diakronisessa suhteessa eräänlaisena jatkokertomuksena. Tällöin uusien kertomusten mielekkyys ja merkityksellisyys syntyy suhteessa aiempiin kertomuksiin (historialliseen traditioon). Koherenssistrategiaa voidaan pitää myös totalisoitavana siinä mielessä, että uudet ”palat” ja ”kertomukset” saavat merkityksensä ennalta asetetuista lähtökohdista tai premisseistä olemisen levinäiläisen autenttisen kohtaamisen asemasta. Totalisoiva määräävyys on kuitenkin vain kunkin koherentin kokonaisuuden sisäistä.

Samoista paloista, sävelistä, kertomuksista yms. voidaan rakentaa *monia erilaisia* koherentteja systeemattisia kokonaisuuksia. *Mahdolliset koherentit maailmat eivät ole mitenkään rajattuja lukumäärältään.*³⁰⁰ Koherenssistrategian kykyä tuottaa tyydytystä vallantahdon tarpeelle tämä heikentää, sillä ennakoivaa totalisoivaa hallintaa koherenssistrategioilla tuotetuilla systemaattisilla yhteyksien rakentamisilla ei voida taata samassa määrin kuin Kelsenin ja Hartin lineaarisilla strategioilla. *Mahdollisuudet* nähdä oikeus ristiriitaisena eivät ole kuitenkaan ristiriidassa systemaattisuuden vaatimuksen kanssa. On mahdollista luoda erilaisilla koherentteilla kokonaisuuksilla argumentatiivista synnergiaa, vaikka erilaiset ”palapelit” tai ”jatkokertomukset” eivät ole yhteensopivia toistensa kanssa. Siten ei kuulosta lainkaan paradoksaaliselta, että voimme puhua samanaikaisesti oikeuden sisäisestä ristiriitaisuudesta että sen koherenssista.³⁰¹

Koherenssistrategioiden varaan systematisoitu ja synnergisoitu oikeus mahdollistaa, että postmodernismin ja dekonstruktivismien hengessä voidaan esittää Koskeniemen väite juridisten argumenttien perimmäisestä indeterminantista luonteesta, jolloin normi N on yhtä validi kuin –N ja ratkaisu X on jokaisessa tilanteessa perimmältään yhtä perusteltu kuin –X. Juristeilta kaikissa tehtävissä kuitenkin edellytetään perusteltuja ratkaisuja. Käytännössä oikeudellisia ratkaisuja perusteltaessa argumentaation palautuminen johdonmukaisesti ja eksplisiittisesti oikeuslähteisiin sekä oi-

³⁰⁰ Ks. Niiniluoto 1980, s. 110.

³⁰¹ Vrt. Tuori, Minun metodini, s. 324.

keuskulttuurin muihin vaatimuksiin voi (ainoastaan) tuoda argumentaatiolle hyväksyttävyyden. Tätä vaatii Koskenniemen tyylin asettamaksi vaatimukseksi nimeämä seikka.³⁰² Koherenssistrategialla tuotettuihin systeemeihin sidottu normiväite tyydyttää niitä psykologisia asiayhteyksiin kytkemisen ja perustelun tarpeita (tyylin vaatimuksia), joita hyväksyttävänä kestävä ja vahva normi edellyttää, vaikka periaatteessa koherenssistrategioiden näkökulmasta on aina mahdollista esittää normille vahva kilpailija. Ristiriitatilanteessa on parempi valita kahdesta hyvin perustellusta vaihtoehdosta (paljon argumentatiivista synenergiaa) kuin kahdesta huonosti perustellusta (vähän argumentatiivista synenergiaa). Oikeusperiaatteiden voimassaoloa ajatellen ristiriita ei ole myöskään sikäli ongelmallinen, että soveltamistilanteessa kaksi ristiriitaista oikeusperiaatetta voi jäädä voimaan, vaikka ainoastaan toinen muodostaisi premissit punninnan lopputuloksena tuotetulle säännölle ja ratkaisulle, kun toinen periaate puolestaan väistyy kokonaan. Oikeusperiaatteen voimassaoloa ei myöskään tarvitse nojata *ainoastaan* koherenssistrategioihin. Lisäksi laumavaisto voi puoltaa asettumista jonkun yksittäisen koherentin kokonaisuuden kannalle, vaikka yhtä koherentteja vaihtoehtoja olisi useita.

Oikeusperiaatteen voimassaolon kannalta koherenssistrategiassa on oleellista *mahdollisuus liittää oikeusperiaate erillisyydestä osaksi kokonaisuutta ja/tai traditiota*. Tällöin oikeusperiaatteen voimassaolo perustuu oikeusperiaatteen kuulumiseen koherenttiin kokonaisuuteen, joka voi olla osa yhteisöllistä traditiota. Oikeusperiaatteen voimassaoloa koskevan argumentaation kannalta on oleellista, että siinä kyetään kytkemään kaikki oikeusperiaatteen voimassaoloa tukeva argumentaatio koherentiksi kokonaisuudeksi: metelistä musiikiksi, irrallisista paloista kokonaiseksi palapeliksi ja yksittäisistä kertomuksista yhtenäisiksi jatkokertomuksiksi. Kaikista klassisista voimassaolon kolmion (näkö)kulmista esitetyt väitteet puhuvat samaan suuntaan ja liittyvät samaan kokonaisuuteen, jos argumentaatio on koherenttia. Samaa kokonaisuuteen on sovelluttava koherentilla tavalla myös erilaisten rationaalisuuden strategioiden pohjalta lähtävä argumentointi.

Oikeudellisen argumentaation vaikuttavuus ja vakuuttavuus oikeusperiaateajattelun osalta on paljolti kiinni siitä, että se kykenee koherenssistrategialla tyydyttämään vallantahdon viettiä. Kuten jo aiemmin on todettu, oikeusperiaatteen voimassaoloa on vaikea kytkeä lineaarisiin strategioihin,

³⁰² Ks. Koskenniemi, *Minun metodini*, s. 182–184.

jotka luovat vahvan vallantahdon viettiä tyydyttävän vaikutelman normin hallinnasta osana oikeusjärjestelmää. Vaikka voimassaolon moninäkökuomainen perusta vaikeuttaa sen kytkemistä lineaarisiin strategioihin, yhteyksien ja hallittavuuden vaatimusten täyttäminen eri näkökulmista lähtevän argumentaation osoittamisella koherentiksi on huomattavasti helpommin ja luontevammin tehtävissä.

4.9.2 Perustelun kysymyksiä synkronisesta koherenssista

Juridisissa yhteyksissä voidaan nähdä mielekkääksi jakaa koherenssi kahteen tyyppiin. Toisen tyyppin muodostaa synkroninen koherenssi ja toisen diakroninen koherenssi. Diakroninen koherenssi on sidottu aikaan siten, että aikaa myöten esiintyy tai syntyy keskenään yhteensopivia entiteettejä, joiden voidaan nähdä sopivan yhteen samalla tavoin kuin jatkokertomuksen eri osat.³⁰³ Synkroninen koherenssi ei ole puolestaan sidottu aikaan, jolloin vertauskuvana voidaan käyttää palapelin palojen suhdetta koko palapeliin.³⁰⁴ Seuraavat kysymykset koskevat nimenomaan synkronista koherenssia.

- *Yleinen lähtökysymys*

Alexy ja Peczenik ovat yhdessä kehittäneet juridisen päättelyn synkronista koherenssia, relevanssia sekä laajuus- ja yleisyysvaatimusta koskevia perusteluteesejä. Seuraavat näkökulmat koherenssiin pohjautuvat erityisesti näihin perusteluteeseihin, mutta teesit on muutettu kysymyksiksi.³⁰⁵

Ensimmäistä kysymystä voitaisiin kutsua lähtökysymykseksi³⁰⁶:

Ovatko väitteeni lauseiden tukisuhteiden rakenteet mahdollisimman täydellisiä?

Tämän kysymyksen taustalla voidaan nähdä yleinen tieteellinen vaatimus tieteellisten väittämien justifioimisesta ja kontrolloimisesta suhteessa toisiinsa.³⁰⁷ Käsite tuki voidaan tässä määritellä seuraavasti: Lause p tukee lausetta q, jos ja vain jos p kuuluu lausejoukkoon s, josta puolestaan q seuraa loogisesti. Tuen käsite on tässä kuitenkin heikko. Mikä tahansa lause nimittäin tukee mitä tahansa päätelmän lopputulemaa, kun lausetta täy-

³⁰³ Ks. Peczenik 1995, s. 603–609.

³⁰⁴ Ks. Peczenik 1995, s. 573.

³⁰⁵ Ks. Peczenik 1995, s. 571–607.

³⁰⁶ Ks. Peczenik, 1995 s. 574.

³⁰⁷ Ks. Klami 1989, s. 7.

dennetään tarkoitushakuisilla lisäpremissoilla. Kohtuuttomien lisäpremissien eliminointiin tähdätään kuitenkin tätä lähtökysymystä seuraavilla muilla kysymyksillä. Myös tukisuhteiden täydellisyysaste riippuu jatkokysymyksistä, jotka koskevat relevanssia sekä yleisyys- ja laajuusvaatimusta.

• *Yleiset kysymykset*

Ensimmäisenä koherenssikysymyksenä on vähimmäisvaatimuskysymys:

Onko väitteeni kutakin lausetta tuettu edes jonkinlaisilla syillä ja perusteilla?

Syillä ja perusteilla tiedon paloja liitetään toisiinsa ja täten rakennetaan yksittäisistä tietopaloista laajempaa kuvaa. Tämän kysymyksen mielekkyyden implisiittisenä edellytyksenä on se, että väitteen lauseet ovat laskehtavissa. Tällöin on määriteltävä yksittäinen lause. Peczenik esittää seuraavan määritelmän: Yksittäinen lause ahtaassa merkityksessä on pienin yksikkö väitteessä, johon voidaan kohdistaa kysymys miksi ja joka siten on myös mahdollista perustella.³⁰⁸

Toisena koherenssikysymyksenä on kysymys argumenttiketjujen pituudesta:

Olenko perustellut väitteeni lauseita mahdollisimman pitkällä argumenttien ketjuilla?

Pitkillä argumenttiketjuilla on mahdollista yhdistää argumenttiketjun lauseita useimpiin tietopaloihin kuin lyhyillä. Lauseita p1 voidaan siten tukea lauseella p2, kun toisaalta lauseita p2 voidaan tukea lauseella p3 ja niin edelleen.

Kolmantena koherenssikysymystyyppinä on kysymykset argumenttiketjujen keskinäisestä yhteydestä:

a) Olenko väitteeni tiettyä lausetta perustellessani muotoillut pmisssejä, jotka tukevat mahdollisimman monia lauseita väitteessäni?

b) Olenko väitteeni lausetta perustellessani tukenut sitä niin suurella pmissmäärällä kuin vain on mahdollista?

Neljäntenä koherenssikysymysten tyyppinä ovat kysymykset perusteina käytettävien syiden prioriteettijärjestyksestä:

Olenko väitteeni lausetta periaatteilla ja arvoilla perustellessani tehnyt mahdollisimman monia prioriteetti-arvostelmia käyttämieni arvojen ja periaatteiden välillä?

Viidentenä koherenssikysymyksenä on kysymys väitteen lauseiden keskinäisestä tuesta tilanteissa, joita kuitenkin ei pidetä kehäpäätelminä: lause

³⁰⁸ Ks. Peczenik 1995, s. 576.

p tukee lausetta q, joka puolestaan tukee lausetta p. Tukisuhteet voivat olla luonteeltaan analyttisiä, empiirisiä tai normatiivisia:

Olenko tukeutunut väitteessäni niin moniin analyttisiin, normatiivisiin ja empiirisiin keskinäisiin tukisuhteisiin kuin mahdollista?

- **Relevanssi**

Relevanssi voidaan nähdä tieteenalakohtaisina vaatimuksina siitä, millaisia lauseita kunkin tieteenalan piirissä voidaan pitää jollakin tavalla merkittävänä tai yleensäkin tämän tieteenalan piiriin kuuluvana. Relevanssi on siten lähellä paradigman käsitettä.³⁰⁹ Taustalla voidaan nähdä myös yleinen tarkoituksenmukaisuusvaatimus. Juridisen argumentaation tarkoituksena ei ole osoittaa, että sen kohteena oleva väite on absoluuttisesti järkevä ja perusteltu, vaan tarkoituksena on osoittaa suosituksen järkevyys ja perusteltavuus voimassaolevan oikeuden puitteissa.³¹⁰

Relevanssia koskeva kysymys voidaan muodostaa esimerkiksi seuraavalla tavalla.

Olenko väitteessäni käyttämässäni argumentaatiotyypissä huomioinut mahdollisimman monia lauseita, joilla on tässä tyypissä mahdollisimman paljon erityistä relevanssia?

- **Yleisyys**

On huomioitava myös väitteiden yleisyystaso.

Olenko väitteessäni käyttänyt sellaista yleisyysastetta tai abstraktiotasoa, jolla on relevanssia korkeimmillakin abstraktiotasoilla kuin vain yksittäisten individuaalisten entiteettien tasolla?

- **Laajuus**

Väitteeltä voidaan edellyttää myös yleisyyttä siinä käytettyjen käsitteiden suhteen.

Olenko väitteessäni pyrkinyt käyttämään sellaisia käsitteitä, jotka ovat yleisyysasteeltaan laajoja ja saavat lisää selitysvoimaa yhtymäkohdistaan muihin hyväksyntää omaaviin väitteisiin, teorioihin, malleihin ja selityksiin?

Väitteeltä voidaan vaatia myös pyrkimystä laajuuteen saattamalla sen vaikutuspiiriin tai alaisuuteen mahdollisimman paljon yksittäisiä normeja koskevia tiedonpalasia tai tiedonjyväsia.

³⁰⁹ Ks. Peczenik 1995, s. 586.

³¹⁰ Ks. Peczenik 1995, s. 205.

Olenko väitteessäni pyrkinyt selittämään mahdollisimman suuren määrän yksittäisiä normeja koskevia tiedollisia entiteettejä?

- *Johdonmukainen systeemi*

Väitteelle voidaan asettaa myös sellainen vaatimus, että se voisi muodostaa johdonmukaista systeemiä yhdessä muiden väitteiden kanssa.

Miten väitteeni sopii yhteen sellaisten väitteiden kanssa, jotka jo nauttivat laajaa hyväksyntää?

4.9.3 Diakroninen koherenssi

Päteviä väittämiä oikeudellisessa argumentaatiossa on vaikea esittää nojautumatta menneisyyteen. Diakroninen koherenssi on sidottu aikaan siten, että aikaa myöten esiintyy tai syntyy keskenään yhteensopivia entiteettejä, joiden voidaan nähdä sopivan yhteen samalla tavoin kuin jatkokertomuksen eri osat. Jokaisen ratkaisun ja muunkin normatiivisen entiteetin on sovelluttava traditioon kuuluviin periaatteisiin ja arvoihin. Normatiivisen kehityksen on siis muodostettava yhtenäinen jatkuva traditio. Dworkinin tavoin voidaan silloin puhua integriteetistä (integrity).³¹¹ Traditioon nojautumalla voidaan *konstruoida* oikeusperiaate.³¹²

Onko väitteeni osaksi kokonaiskulttuuria nähtynä sellaisessa johdonmukaisessa ja yhdenmukaisessa suhteessa tähän kokonaiskulttuurin (oikeudelliseen traditioon) nähden, että väitteeni voitaisiin nähdä ikään kuin jatkokertomuksen viimeisimpänä osana sitä edeltävään kokonaiskulttuuriin nähden?

Tällöin väitteen pitää olla yhdenmukainen aiempien sääntöjen, periaatteiden ja muun tradition kanssa. Sen on sovelluttava traditioista nousevaan kokonaiskulttuuriin ja huomioitava historiallista kehitystä pitkälle menneisyyteen. Lisäksi on soveltuvin osin huomioitava synkroniselle koherenssille asetettuja vaatimuksia.³¹³

³¹¹ Ks. Dworkin 1986, s. 225–275. Kotimaisessa keskustelussa tradition merkityksen voimakkaasta puoltamisesta esim. Helin, LM 1998, s. 1035.

³¹² Ks. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 116–117.

³¹³ Ks. Peczenik 1995, s. 603–609.

4.9.4 Perheyhtäläisyyskoherenssi

Kohti abstraktia ja kohti normi-ideoita kulkevan ajattelun kannalta on keskeistä myös Ludwig Wittgensteinin käsitys perheyhtäläisyyksistä, jota varsinkin Aarnio on Suomessa soveltanut ja tuonut esille. Oikeusperiaatteet ja muut abstraktit normi-ideat voivat olla suhteessa alemman abstraktiotason entiteetteihin (kielipeleihin) nähdessä näiden entiteettien perheyhtäläisyyksien ilmaisuja, jotka samalla yhdistävät alemman abstraktiotason kielipelejä perheyhtäläisyyden näkökulmasta normi-ideaksi. Tämän eräänlaisen liukuvan monisyisen samankaltaisuussuhteen taustalla on käsitteen tai normi-idean käyttötarkoitus. Aarnio tulkitsee Wittgensteiniä siten, että hän näkee oikeudellisesta ajattelusta voitavan ymmärtää aina jonkin piirteen kutakin wittgensteiniläistä juuri varta vasten oikeudellista ajattelua varten konstruotua perheyhtäläisyyksiin nojautuvaa kielipeliä kohti.³¹⁴ Siltala puolestaan näkee perheyhtäläisyyksille rakentuvassa nippukonstruktiossa (cluster concept ja cluster definition) mahdollisuuden oikeudellisten ilmiöiden selittämiseen paradigmaattisen väljän kehikon puitteissa.³¹⁵

Aarnio näkee oikeustieteellisen tutkimuksen kokoonpannaksi useista erilaisista mutta toisiinsa nähden silti perheyhtäläisistä toiminnoista. Siinä sovelletaan logiikan sääntöjä, käytetään hyväksi analogiaa, viitataan ennakkotapauksiin, nojaututaan lain tarkoituksiin yms.³¹⁶ Myös oikeusperiaate voidaan nähdä kielipelinä tai nippukonstruktiona, jolloin sen sisältämien sidonnaissuhteiden nähdään perustuvan perheyhtäläisyyttä ilmaisevaan normi-ideaan. Tämä on erittäin hyödyllinen näkökulma pyrittäessä esittämään esimerkiksi erilaisten normatiivisuutta ja sen liikettä merkitsevien sitoutumissuhteiden keskinäistä yhteyttä oikeusperiaatekonstruktion normi-ideassa. Wittgensteiniläisen ajatteluperiaatteen mukaisena nippukonstruktiona oikeusperiaate esiintyy, kun se perheyhtäläisellä tavalla yhdistää myös klassisen voimassaolon kolmion eri kulmista lähtevää argumentaatiota.

Oikeusperiaate kykenee yhdistämään käsitteellisesti vaikeasti yhteensoveltuvia asioita, jotka saattavat vaikuttaa ilman perheyhtäläisyyttä luovaa oikeusperiaatetta toisiinsa mitenkään liittymättömiltä tai jopa ristiriit-

³¹⁴ Ks. Aarnio, Suomalaista oikeusteoriaa I, s. 32–33. Ks. myös Aarnio, Minun metodini, s. 33–38.

³¹⁵ Ks. Siltala 1998, s. 7 ja 17.

³¹⁶ Ks. Aarnio, Suomalaista oikeusteoriaa I, s. 33.

taisilta. Se saattaa esimerkiksi merkitä teksteihin, arvoihin, tavoitteisiin ja rationaalisuuskäsityksiin sitoutumisen muodostamista perheyhtäläisiksi nippukäsitteiksi, jotka ilmaisevat jotakin normi-idea (tai kielipeliä) oikeusperiaatteen muodossa. Perheyhtäläisyyksiin turvautuva strategia voi siten saattaa oikeusperiaatteessa voimassaolon muodolliseen puoleen ja aineelliseen hyväksyttävyyteen liittyviä osatekijöitä yhteen, mikä perustelee oikeusperiaatteen voimassaoloa ja velvoittavuutta normina monesta – keskenään perheyhtäläisestä – näkökulmasta katsottuna.

4.10 INTENTIONAALISEN SELITYKSEN STRATEGIA

Von Wrightin praktisella syllogismilla³¹⁷ on huomattava merkitys käyttäytymisen selittämisessä myös oikeustieteessä. Tässä on kysymyksessä pyrkimys tekojen ymmärtämiseen ja selittämiseen tekijän tavoitteiden avulla. Käyttäytymistä selitetään tällöin intentionaalisesti. Praktisen syllogismin pohjalta tavoitetaustan (ja arvotaustan) muuntuminen normatiiviseksi voidaan nähdä seuraavalla tavalla:³¹⁸

1. On olemassa tai voi olla olemassa asiointila p
2. Asiointilaa p pidetään toivottavana ja tavoiteltavana
3. Käyttäytymisen g toteutuessa saavutetaan todennäköisesti asiointila p
4. Tilanteessa f tulee toimia tavalla g.

Praktiselle syllogismille ominaiseen tapaan asiointilojen suhteet eivät ole loogis-deduktiivisia. Normina nähtävissä oleva lopputulema (kohta 4) ei ole siten johdettavissa loogisesti kohdista 1, 2 ja 3. Suhtautuminen normipäätelmän premisseihin (1, 2 ja 3) jakaa suhtautumisen oikeuteen positivistiseksi ja antipositivistiseksi. Positivistinen näkökulma oikeuteen merkitsee praktisen syllogismin premissien pitämistä siinä määrin annettuna, että kritiikki niitä kohtaan ei tule kysymykseen. Erilaiset dekonstruktiiviset ja antipositivistiset näkökulmat oikeuteen painottavat mahdollisuutta suunnata kritiikkiä myös praktisen syllogismin premissien kognitiivisiin ja evaluatiivisiin lähtökohtiin, jolloin päätelmän lopputulos yleensä tällä tavoin myös joutuu kriittisen tarkastelun kohteeksi praktisen syllogismin päättelyn oman rakenteen ”logiikan” mukaisesti.

³¹⁷ Ks. von Wright 1971.

³¹⁸ Ks. Klami 1989, s. 10.

Kotimaisessa oikeustieteessä praktisen syllogismin mallia oikeudellisen tiedon hallinnan ja oikeudellisen käyttäytymisen selittämisen rationaalisuusstrategioina ovat kehittäneet eteenpäin ainakin Kivivuori ja Klami.³¹⁹ Praktiseen syllogismiin pohjautuvien intentionaalisten mallien merkitys optimointikäskyn muodostumisen kannalta on siinä, että ne saattavat omalta osaltaan saada lainsäätäjän tavoitteet, arvostukset ja päämäärät näyttämään sellaisilta normi-ideoilta, joiden ylitse hyppääminen olisi torjuntana ilveh-tijän hyppy. Joka tapauksessa praktiseen syllogismiin nojautuva ajattelu paljastaa oikeuden asiayhteydet sen taustalla väistämättä olevaan teleologiaan. Tällä tavalla avataan mahdollisuus nähdä oikeus mielekkäämpänä ja ymmärrettävämpänä kuin se olisi teleologisesta taustastaan irrotettuina sääntöinä. Mielekkyyden ja ymmärrettävyyden parantaminen tekee oikeudesta hallittavamman suoden siten tyydytystä vallantahdon vietille.

4.11 TELEOLOGISET JA FUNKTIONAALISET STRATEGIAT

Funktionaalisissa ja teleologisissa strategioissa on kysymys perustelujen nojaamisesta asiantilojen funktioihin ja tarkoituksiin. Oikeudellisessa yhteydessä huomio kiinnittyy tällöin siihen, että normeja ei voi nähdä itsetarkoituksellisina. Niillä pyritään sen sijaan *välineinä* realisoimaan joitakin yhteiskunnallisia arvoja ja tavoitteita. Pitäminen ei ole pitämistä itsetarkoituksellisesti, vaan oikeus on aina päämäärähakuista, teleologista.³²⁰ Päämäärähakuisuutta ja toiminnan syiden selittämistä voidaan palauttaa myös luontevasti tällöin edellä käsiteltyyn intentionaaliseen selittämiseen.

Normien toteuttamisessa arvoissa ja tavoitteissa voidaan myös nähdä itse-näistä normatiivista statusta, joka ulottuu lainsäätäjän eksplisiittisiä ilmoituksia pidemmälle. Syntetisoivilla ja systematisoivilla strategioilla taustaarvot ja tavoitteet voidaan yrittää saada liikkeeseen. Oikeusperiaatteet puolestaan voidaan sitoa näihin arvoihin ja tavoitteisiin, jolloin ne puolestaan saavat institutionaalista tukea sellaisista normeista, joiden taustateleologiaa ja aksiologiaa ne edustavat. Velvoittava normatiivisuus voi siten kulkeutua säännöistä oikeusperiaatteisiin funktionaalisella ja teleologisella strategialla, vaikka ainoastaan säännöt (ei niiden tarkoitus) olisi eksplisiittisesti ilmaistu

³¹⁹ Tästä esimerkiksi Kivivuori 1978 (1969) s. 88–93 ja Klami 1980, s. 58–80.

³²⁰ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 239–241.

lainsäätäjän antamissa auktoritatiivissa normiformulaatioissa.

Klamin mukaan toiset periaatteet ovat lähempänä teleologiaa, toiset puolestaan lähellä oikeusnormeja.³²¹ Teleologian kuullessa vahvan optimointikäskyn piiriin se saa vahvan normatiivisen merkityksen. Tällöin punninnassa on otettava huomioon tiettyjä arvoja ja tavoitteita. Oikeusperiaatteisiin sidotun teleologian normatiivinen painoarvo ja -ulottuvuus on mielestäni riippuvainen siitä, että tämä teleologia kyetään saamaan *edes jollakin tavalla* normatiivisuuden liikettä osoittavilla strategioilla *uskottavasti institutionaalisen tuen piiriin*. Ilman institutionaalista tukea teleologian huomioimiseen velvoittavaa optimointikäskyä ei ole, jolloin voidaan puhua teleologiasta ilman varsinaista normatiivista statusta.³²²

4.12 YLEISET SYSTEEMIYHTEYKSIEN STRATEGIAT

Lainopillisen tutkimuksen perustehtäväksi voidaan Aarnion tavoin nähdä oikeussäännösten selventäminen (tulkinta) ja oikeussäännösten systematisointi. Systematisointi luo ja kehittää sitä käsitejärjestelmää, jonka varassa koko oikeudellinen ajattelu toimii.³²³ Aarnion tavoin voidaan myös todeta rationaalisen toiminnan ytimen olevan siinä, että havaitaan tietyn asian yhteys muihin asioihin, sen paikka jonkin järjestelmän piirissä. Kaikki oikeudellisen aineiston systematisointi on silloin pohjimmiltaan asioiden välisten yhteyksien etsimistä.³²⁴ Systeemi luodaan käyttäen hyväksi yleisiä oikeusperiaatteita, käsitteitä ja teorioita, joita yhdessä voidaan nimittää yleisiksi opeiksi.³²⁵ Systeemisidonnaisten strategioiden käyttö voi siten perustua monenlaisiin totalisoiviin hallinnan mekanismeihin. Nuotio on määrittänyt Ewaldiin nojautuen oikeusperiaatteen asemaa osana systeemiä seuraavalla tavalla:

”Oikeusperiaatteen rooliksi on tullut, paitsi ratkaisutoiminnan palveleminen, myös rekonstruktioapuvälineen antaminen oikeustieteellistä systematisointia varten. Oikeustieteen rationaalisuuden ihanne on edel-

³²¹ Ks. Klami 1983, s. 240.

³²² Ks. Siltala 1998, s. 57. Tällöin ollaan alueella ”pre-legal discourse.”

³²³ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 288.

³²⁴ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 293.

³²⁵ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 27.

lyttänyt tällaista tiedollista muutosta, oikeusperiaatteen hyväksymistä osaksi 'sosiaalisesti' voimassaolevaa, positiivista oikeutta, koska niiden kieltäminen olisi muuttanut oikeustieteen oman roolin pelkäksi esitystekniikaksi, kelseniläiseksi puhtaaksi oikeusopiksi. Ewaldin oikeusfilosofiassa oikeusperiaatteiden asema on tällainen. Oikeuspositivismi on tulkittu uudella tavalla siten, että oikeusperiaatteetkin kuuluvat positiiviseen oikeuteen. Oikeusperiaatteet ovat samalla menettäneet apriorisen luonteensa, ja ne ymmärretään historiallisiksi ja hitaasti muuttuviksi, mutta kuitenkin tärkeäksi osaksi oikeutta.”³²⁶

Oikeusperiaatteen voimassaolon kannalta on keskeistä kyetä kytkemään oikeusperiaate osaksi systeemiä tai ainakin osaksi argumentatiivista synergiaa muodostavia systemaattisten yhteyksien kokonaisuutta. Oikeusperiaate voi saada eräänlaisen aksioomaa muistuttavan aseman suhteessa systeemiin, jos se on systeemin kokonaisuuden säilymisen kannalta välttämätöntä olettaa. Tällöin systeemi perustee oikeusperiaatteen voimassaolon. Voidaan tietysti nähdä myös niin, että oikeusperiaatteella halutaan nähdä pelkästään kuvaava deskriptiivinen funktio. Toisaalta voidaan katsoa, että oikeusperiaatteella on kuitenkin vähintäänkin implisiittinen normatiivinen status osana normatiivisille ratkaisuille välttämätöntä systemaattista kokonaiskontekstia. Tuomari voi silloin esimerkiksi implisiittisesti soveltaa koko oikeusjärjestelmän kannalta fundamentaalisia oikeusperiaatteita, kun hän tekee ratkaisuja; eksplisiittisesti ei mainita näistä oikeusperiaateista mitään, vaikka ne implisiittisesti oletetaan. Oikeuden kulttuuritasolle ja syvärakenteeseen paikallistuvat periaatteet kuitenkin voidaan nähdä konstituutiosuhteen myötä pintatason entiteettien (mm. oikeudellisten ratkaisujen) edellytyksinä, jolloin ne tulevat implisiittisesti sovelletuksi. Eksplisiittisesti nämä oikeusperiaatteet saattavatkin tulla sovellettavaksi vasta kiperien ratkaisujen tilanteissa (hard case), vaikka niitä sovellettaisiin usein implisiittisesti.

Voiko tuomari sitten jättää soveltamatta oikeusperiaatetta, jos se *ei* ole pintatasolta vahvoista ja velvoittavista auktoritatiivisista teksteistä ”bongattavissa” eikä sitä ole sovellettu eksplisiittisesti aiemmin oikeuskäytännössä? Kuuluuko tällainen oikeusperiaate voimassaolevaan oikeuteen? Tilanetta voidaan hahmottaa teoreettisella esimerkillä.

Olettakaamme ihmisoikeuksien, oikeusvaltion, kansalaisten yleisesti kunnioittamien arvojen ja yhteiskunnallisesti merkittävimpien tavoitteiden kannalta keskeinen oikeusperiaate N, joka on myös keskeinen

³²⁶ Nuotio 1998, s. 88.

koko yhteisöllisyyden säilymisen (laumavaiston) kannalta. Periaatetta N sovelletaan implisiittisesti päivittäin tuomioistuimissa. Soveltaminen on kuitenkin vain implisiittistä, koska periaate N on toteutettu ja katettu hyvin peittävästi yksityiskohtaisilla selkeästi lakikirjan tekstistä poimitavilla ("bongattavilla") säännöillä, jolloin tuomarit soveltavat eksplisiittisesti näitä sääntöjä, ja siten ainoastaan implisiittisesti sääntöjen normi-ideoita (arvoja ja tavoitteita) ilmentävää oikeusperiaatetta N. Oikeusperiaatetta N ei ole mainittu eksplisiittisesti lakikirjassa. Oikeuskirjallisuudessa N on kuitenkin mainittu eksplisiittisesti. N on mainittu keskeisessä oppikirjallisuudessa, ja käytännöllisesti katsoen kaikki juristit tuntevat sen. Se on keskeinen deskriptio pedagogisessa mielessä haluttaessa ymmärtää oikeusjärjestelmää ja monien yksittäisien sääntöjen merkitystä laajemmassa kokonaisuudessa osana oikeusjärjestelmää. Se on yleisten oppien ja systeeminrakennuksen kannalta välttämätön vakiintuneessa paradigmaattisessa oppitraditiassa. Se myös avaa ymmärryksen siihen teleologiaan ja aksiologiaan, joka vasta tekee lukuisista päivittäin sovellettavista yksityiskohtaisista toimintaohjeista antavista säännöistä mielekkäitä yhteisöllisten arvojen ja tavoitteiden kannalta.

Myöhemmin kuitenkin tulee tilanteita, joissa kysymys oikeusperiaate N:n mahdollisesta soveltamisesta aktualisoituu. Tulee esille kiperä tilanne (hard case), jossa lain tekstistä tai oikeuskäytännöstä (pintatasolta) ei löydy sopivaa sääntöä. Oikeusperiaate N antaisi selkeän yleisen ohjeen, jonka nojalla asiassa olisi muotoiltavissa sääntö. Tasottelumalleihin nojautuvasta ja luonnonoikeudellisesta näkökulmasta on selvää, että N soveltuisi voimassaolevana normina tässä tilanteessa. Samoin N olisi voimassaoleva normi, jos oikeustiede kelpaa oikeuslähteeksi, koska oikeusperiaate on "bongattavissa" oikeuskirjallisuudesta.

Katsommeko kuitenkin, että oikeusperiaate *ei* ole voimassaoleva normi oikeusjärjestyksessä tämän esimerkin tilanteessa, vaan ainoastaan jonkinlainen tieteellinen ja pedagoginen deskriptio, koska (1.) sitä ei ole mainittu lakitekstissä tai (2.) sitä ei ole *eksplisiittisesti* sovellettu tuomioistuinten käytännössä?

1. EI MAINITTU LAKITEKSTISSÄ. Tässä on testattavana ankaran lakipositivismin näkökulma. Oikeustiede ei kelpaa oikeuslähteeksi tai sitten se on ainakin olemattoman heikko sellainen. Olisi siis löydettävä eksplisiittisesti säännön ilmaiseva pintatason auktoritatiivinen teksti.³²⁷ Koska tilanteessa ei ole sääntöä, joka olisi *välttömästi* atomaarisista auktoritatiivisista teksteistä luettavissa, tuomarilla on tästä näkökulmasta lähtökohtaisesti vapaa harkinnan oikeus, kun hylätään dworkinilaisen

³²⁷ Kelsenin ja Hartin lineaaristen strategioiden lakipositivistinen perinne edellyttäisi (pintatason) auktoritatiivisia tekstejä. Tuorin esittämä kriittinen positivismi ei sen sijaan jää yksinomaan pintatason tekstien varaan. Ks. Tuori, Minun metodini, 322–323.

moninäkökulmaisen systeemisidonnaisen voimassaolon mahdollisuus.³²⁸ Tässä tilanteessa ei ole voimassaolevan oikeuden mukaista velvoittavaa oikeusperiaatetta, koska sellaista ei ole pintatasolta ”bongattavissa”.

Oikeusperiaatteen tosiasialliseen soveltamiseen saattaa kuitenkin johtaa tuomarin velvollisuus rationaaliseen harkintaan tilanteeseen soveltuvan auktoritatiivisen tekstin puuttuessa. Esimerkiksi Hart katsoo (toisin kuin eksplisiittisesti oikeusperiaatteisiin aukkojen paikkaamisessa turvautuva Dworkin³²⁹), että laissa voi olla aitoja aukkoja, jolloin tuomarilla on vapaa harkinta. Tuomari on kuitenkin Hartin mukaan sidottu rationaalisen harkinnan edellytyksiin. Tämä mahdollistaakin, että oikeusperiaatteita tosiasiallisesti sovelletaan silloinkin, kun tuomari mieltää harkinnan vapaaksi.

2. EI EKSPLISIITTISESTI SOVELLETTU OIKEUSKÄYTÄNNÖSÄ. Tiukasti oikeuden voimassaolon hahmottamisen ulkoiseen näkökulmaan sitoutuneet sosiologiset ja realistis-empiristiset strategiat vaativat oikeuden voimassaolon palauttamista johonkin selkeästi olemisen maailmaan kuuluvaan. Tähän näkökulmaan kuuluu myös oikeusperiaatteen voimassaolon sitominen sen tehokkuuteen. Jos olemisen maailmaan palauttaminen tarkoittaa ehdotonta palauttamista oikeusperiaatteen eksplisiittiseen soveltamiseen, implisiittisesti sovellettu oikeusperiaate on vaarassa joutua voimassaolevan oikeuden ulkopuolelle.³³⁰ Mikään ei nähdäkseeni kuitenkaan ehdottomasti estä pitämästä oikeusperiaatetta tehokkaana realistis-empiristisesti ja sosiologisesti sävyttyneestä näkökulmasta, vaikka sitä ei eksplisiittisesti olisikaan sovellettu, koska oikeusperiaatteen implisiittinenkin soveltaminen palautuu käyttäytymiseen. Käyttäytymisen selittäminen vaatii vain tällöin erilaista – syvemmälle menevää – merkityksien oivaltamista kuin tehokkuuden mittaaminen tukeutumalla ratkaisuihin, joissa on ilmoitettu oikeusperiaatteen soveltaminen eksplisiittisesti. Toisaalta teorioita muovaava käyttäytymisen selittäminen on aina sidottu havaintojen liittämiseen merkityksiin. Pelkällä atomaarisella havainnolla käyttäytymisen säännönmukaisuuksista (ilman minkäänlaista selittävää ainesosaa) on vaikea nähdä olevan mitään oleellista arvoa. Tämä avaa tietä oikeuden voimassaolon klassisen

³²⁸ Hartin mukaan ”legal rules may have a central core of undisputed meaning”. Mutta tulkinta on myös mahdollista, koska ”Yet all rules have a penumbra of uncertainty, where the judge must choose between alternatives.” *Täysin* aukoton lainsäädäntö pintatason tekstisidonnaisuuteen nojautuen ei olisi näistä lähtökohdista mahdollinen, koska *kaikilla* säännöillä on oma tulkinnallinen alueensa. Ks. Hart, *The Concept of Law*, s. 12–13.

³²⁹ Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 22, 158, 170–173.

³³⁰ Aarnion mukaan vain poikkeuksellisesti kiperä tapaus voidaan ratkaista suoraan oikeusperiaatteen nojalla, joten realistis-empiristisellä tehokkuuteen painottuneella näkökulmalla ei ole suurta merkitystä oikeusperiaatteen voimassaolon kannalta. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 99.

kolmion tämänkin kulman kannalta syvempiin tasoihin.³³¹

Skandinaavisen³³² ja amerikkalaisen³³³ realismin keskeisille teorioille on ollut ominaista niiden luonne ennusteteorioina. Tuomarin toiminnan ennustettavuuden kannalta ei ole merkityksellistä välttämättä olemissa ja käyttäytymishavaintojen maailmaan palautuvat hallinnan strategiat, vaan lisäksi on ymmärrettävä tuomarin sisäiset sitoumukset. Tuomari ei välttämättä toimi tulevaisuudessa samalla tavalla kuin aiemmin, jos sitoumusten muutokset puhuvat toiseen suuntaan. Kysymys on induktiolla tyypillisestä ongelmasta. Oikeusperiaatteet voivat selittää tuomarin aiemman käyttäytymisen mielekkyyttä ja merkitysyhteyksiä, mutta ne voivat selittää myös hänen vallitsevia sitoumuksiaan, jos oikeusperiaatteita sedimentaatiiosuhteen kaltaisessa prosessissa onnistutaan päivittämään. Siten ne voivat olla Rossin sisäiseen ja ulkoiseen näkökulmaan nojautuvaan³³⁴ tuomarinideologiaan turvauttaessa voimassa olevaa oikeutta, vaikka niitä ei olisi eksplisiittisesti sovellettu tai mainittu eksplisiittisesti auktoritatiivissa teksteissä.

Kiperän ratkaisun (hard case) tilanteessa tuomarin tulisi mielestäni velvoittavaa optimointikäskyä noudattaen huomioida – punninnan ja optimoinnin prosessiin – eksplisiittisesti suoraan ”bongattavan” oikeuden ulkopuolelle jääneeseen oikeusperiaatteeseen liittyvät normi-ideat voimassaolevana oikeutena, jos oikeusperiaatetta on jo aiemmin oikeuskäytännössä sovellettu laajasti, vaikka soveltaminen olisi ollut aiemmin vain implisiittistä. Velvollisuutta huomioimiseen lisää, jos oikeusperiaatteen normi-ideat ovat uskottavasti perusteltavissa auktoritatiivisten tekstien premisseiksi näiden tekstien rationaalisen sisällön edellytyksinä. Tällaisen oikeusperiaatteen hypypääminen ylitse lähenee ilvehtijätuomarin toimintaa. Sellainen toiminta

³³¹ Ks. tutkimuksen tasotelumalli (1.1.). Atomaariset käyttäytymishavainnot pintatason ilmiöinä jäsennetään mielekkäiksi rationaalisuustasoon turvautumalla.

³³² Ks. Ross, Om ret og retfaerdighet, s. 56–57. Rossin mukaan tuomarin ideologian tunteminen mahdollistaa suurelle varmuudella oikeudellisten päätösten ja niiden premissien ennakoimisen.

³³³ Ks. H. Tolonen 1996, s. 73–74. Amerikkalaisen realismin ennusteteorian klassikkokirjoituksena voidaan pitää Holmesin kirjoitusta ”The Path of the Law” vuodelta 1897. Tässä kirjoituksessa Holmes ytimekkäästi tuo esille sen kontekstin, jossa Tolosen (s. 74) lainaus Holmesilta selittyy.

³³⁴ Ks. Ross, Om ret og retfaerdighet, s. 22–24, 56 ja 92 Ks. myös Helin 1988, s. 160. Rossin käsitys oikeuden sisäisestä näkökulmasta on ilmaistu Helinin näkemällä tavalla analogialla shakkisääntöihin: ”Shakkisääntöjen merkitys on tarkkailijan kannalta toisin sanoen siinä, että niiden avulla, niitä tulkintaskeemana käyttäen voidaan ilmiöt, jotka muutoin näyttäisivät irrallisten tekojen kaaokselta, ymmärtää mielekkäänä merkitys ja motivaatioyhteytenä. Ross korostaa sitä, että kysymyksessä ei ole kausaaliyhteys. Pelin säännöt eivät ole kausaaliyhteydessä toisiinsa. Kysymyksessä on shakkisääntöjen ja strategioiden luoma merkitysyhteys”

on ansainnut osakseen raskasta arvostelua, vaikka oikeusperiaate ei olisi välittömästi ”bongattavissa” auktoritatiivista teksteistä.

4.13 ANALYYSIN STRATEGIAT

Analyysin strategiat merkitsevät ajatuksen kulkua abstraktista konkreettiseen. Myös analyttiseen suuntaan etenevä käsitteanalyysi merkitsee nimenomaan käsitelainopille tyypillisiä totalisoimisen mekanisme, jos se säilyttää kuitenkin yhteyden niihin käsitteisiin, josta analyysi lähtee liikkeelle. Kaikkein abstrakteimmat käsitteet saattavat menettää totalisoivaa määräävyyttään, mutta nekaan eivät sitä silti yleensä *kokonaan* menetä. Kun oikeusnormit ja oikeuskäsitteet nähdään tyyppitapaauksina, ankara totalisoiva suhde olemiseen nähden on ilmeinen, vaikka analyysillä laskettaisiin abstraktiotasoa.³³⁵

Alemman abstraktiotason käsitteiden saatetaan uskoa normi-ideoina kykenevän entistä perustellummin vaatimaan olemisen alistumista pitämistä ilmaisevien normi-ideoiden mukaisesti: tiukasti ennalta asetettujen premisien vaatimalla tavalla. Niiden saatetaan uskoa edustavan lainsäätäjän tarkasti määriteltyä tahtoa: on turvauduttava metsien asemasta sen osiin. Analyttista koulukuntaa ei voida silti pitää täysin vastakkaisena oikeudellisen hallinnan ilmiönä käsitelainopille, vaan se voi olla myös eräs muoto käsitelainoppia.³³⁶ Jos käsitelainoppia muovataan lähinnä vain käsitteiden abstraktiotasoa laskemalla, ei olla vielä kovin kaukana perinteisestä käsitelainopista. Esimerkiksi Kartion esitys teoksessa *Minun metodini* (mm. Helinin, Pöyhösen ja Koulun asiasta esittämiin käsityksiin nojautuen) osoittaa esineoikeudessa vahvan Simo Zittingin luoman tutkimussuunnan perimmäistä käsitelainopillista luonnetta. Tämä traditio on Kartion esityksen mukaan vaikeuttanut myös alexylais-dworkinilaisen oikeusperiaateajattelun täydellistä läpimurtoa esineoikeudessa.³³⁷ Varsinkin hermeneuttinen analyttinen

³³⁵ Tyyppitapausajattelusta lähinnä Wittgensteiniin nojautuen Niemi 1996, s. 27 ja 28.

³³⁶ Näin silti, että analyttisen oikeustieteen luonteeseen ja syntytaustaan kuului asettuminen vastarintaan Saksasta vaikutteita saanutta käsitelainoppia vastaan, kuten on nähnyt Aarnio, *Minun metodini*, s. 46.

³³⁷ Ks. Kartio, *Minun metodini*, s. 119–122. Kartion mukaan uuden oikeustieteellisen keskustelun valossa (Zittingin perinnettä edustavan) ”analyttisen tutkimusmetodin pahlalta puutteelta näyttää, ettei yleisille oikeusperiaatteille ole annettu niille kuuluvaksi katsottua merkitystä.”

suuntaus on kuitenkin ottanut tosissaan pyrkimyksen vähentää kulloisenkin ajan ja tilanteen muodostamasta kokonaiskontekstista irronneiden ”käsitteumuioiden” määräävää vaikutusta, joten se on tässä mielessä nähtävissä jopa jossain määrin muutosta aistivana antitotalisoivana strategiana ottaessaan huomioon kulloisenkin yhteiskunnan vaatimukset. Hermeneuttisesti painottunut strategia voi luontevasti yhdistää alexylais-dworkinilaiseen oikeusperiaateajatteluun kuuluvia totalisoivia ja antitotalisoivia piirteitä. Aarnion hermeneuttisesti väritetty käsitys edustaa juuri tällaista analyysin strategiaa.³³⁸ Tämä merkitsee selkeää *vastavaikutusta* seuraavalle Nietzschen havaitsemalle käsiteuskovaisuuden piirteelle:

”He luulevat kunnioittavansa ilmiötä poistaessaan siltä historiallisuuden, sub specie aeterni, – kun he muovaavat siitä muumion.”³³⁹

Asetettaessa käsiteanalyysi alttiiksi kontekstien muutoksille yhteys analysoitaviin käsitteisiin saattaa tosiasiallisesti katketa. Käsitteet ja normit voidaan nähdä myös ikään kuin (yhteiskunta)sopimuksenvaraisina,³⁴⁰ jolloin myös muutos on mahdollinen, jos sopimuksen edellytyksiin luetaan sisällön päivittäminen³⁴¹ kontekstin muuttuessa ajan kulumisen myötä. Kun analyttisen tulkinta etenee hermeneuttisessa kehässä muuttuvan kontekstin vaikutuksia huomioiden, analysoitavan käsitteen alkuperäinen merkitys saattaa kadota kokonaankin täyttäessään Aarnion hermeneuttiselle analyttiselle strategialleen antamaa vaatimusta tehdä mahdolliseksi sellainen oikeussäännösten tulkinta, joka ottaa huomioon kulloisenkin yhteiskunnan vaatimukset. Näin voi toteutua Nietzschen jo aiemmin esitetty havainto:

”Teksti hävisi tulkinnan alta: niin voisi jalo jälkimaailma vielä kerran ymmärtää väärin koko menneisyyden ja kenties vasta sitten tehdä sen näkemisen siedettäväksi.”³⁴²

³³⁸ Aarnion (Minun metodini, s. 44) mukaan analyttinen oikeustiede pyrkii hajottamaan perinteiset käsitteet alakäsitteisiin kahdesta syystä:

1. Estääkseen käsitteistä pääntelemisen ja
2. Tehdäkseen mahdolliseksi oikeussäännösten sellaisen tulkinnan, joka ottaa huomioon kulloisenkin yhteiskunnan vaatimukset.

³³⁹ Nietzsche, Epäjumalten hämähä, s. 23.

³⁴⁰ Tästä Wittgensteiniin nojautuen Niemi 1996, s. 26–31.

³⁴¹ Tuorin kriittiseen positivismiin kuuluva sedimentoitumisen prosessi on myös tällaista päivittämistä, jonka vaikutuksia voidaan toteuttaa kriittikisuhteella. Tuori, Minun metodini, s. 322–323.

³⁴² Nietzsche, Hyvän ja pahan tuolla puolen, § 38.

Käsitelainopille tyypilliset totalisoivat piirteet kuitenkin lähtökohtaisesti aina heikkenevät muuttuvien kokonaiskontekstien heikentäessä analysoitavien käsitteiden tosiasiallista totalisoivaa vaikutusta, vaikka totalisoiva määräävyys olisi lähtökohta. Tällöin ajan kulumisen ja paikallisen etäännyttymisen samuuden fiktiota horjuttava vaikutus tulee mahdolliseksi huomioida ainakin jossakin määrin, jolloin oikeudellisten käsitteiden merkitys voi vaihdella erilaisissa konteksteissa.

Analyysin strategia on vastakkainen oikeusperiaateajatteluun liittyvälle hallinnan lisäämiselle synteettisellä kokoavalla strategialla. Esimerkiksi Saarinen arvostelee yksipuolisesti analyttiseen suuntaan kulkevaa ajattelua tiedon pirstaloitumisesta yhä pienempiin osiin, ilman kytkentöjä laajempiin kokonaisuuksiin.³⁴³ Kotimaisessa oikeustieteessä jo Brusiin esitti huolestumista pirstaloitumisesta näköalojen kaventajana. Tähän oikeusfilosofian olisi hänen mukaansa tarjottava lääketta.³⁴⁴ Varsin pirstaleiseltakin oikeusperiaateajattelu saattaa näyttää, kun katsoo esimerkiksi Tähden väitöskirjan (liite 1) listaa, johon Tähti on löytänyt noin 300 erilaista hallinto-oikeudellista periaatetta (ainakin heikosti) voimassaolevan oikeuden mukaisina normeina. Näistä suuri osa on ilmeisesti saatu aikaiseksi yhdistämällä jonkin suppean sääntelyn alueen heikkoja normatiivisia entiteettejä yhteen normi-idean varaan. Ne eivät silloin oikeudellista hallintaa oleellisesti lisää, mutta eivät sitä myöskään vähennä. Toisaalta uhkana on myös todellinen sirpaloiva oikeudellisen tiedon hallinnan kannalta haitallinen menetely³⁴⁵, jossa Nietzschen Zarathustrassa kuvaamalla tavalla hallinnan kannalta oleelliset ”tiedon jyvät” muutetaan tieteellisen tutkimustyön analyysimyllyissä vaikeasti hallittavaksi ”pölyksi”:

”He tekevät työtänsä kuin myllyt ja huhmaret: heittäköön joku vain heille viljajyviänsä – he kyllä osaavat jauhaa jyvät pieniksi ja muuttaa ne valkoiseksi pölyksi”.³⁴⁶

Analyysin strategia on oikeusperiaatteiden voimassaoloa arvioitaessa luontevimmillaan tarkasteltaessa kriittisesti oikeusperiaatteiden voimassaolon todellista painoarvoa. On pidettävä silmällä synteetikkojen ja muiden

³⁴³ Ks. Saarinen 1995, s. 9.

³⁴⁴ Ks. Brusiin 1978 (1934), s. 138.

³⁴⁵ Siltalan väitöskirjassa (1998, s. 135–138) kuvataan selvästi oikeuden pirstaloitumisen ongelmaa Italian oikeusjärjestelmän ennakkotapausjärjestelmän kautta, jossa pirstaloitumista ei tosin synnytä yksipuolinen analyysi vaan ennakkotapausten valtava tulva.

³⁴⁶ Nietzsche, Zarathustra, s. 170.

systemaattikkojen mahdollisia ”silmänkääntötemppeja”, joilla oikeusperiaatteen voimassaoloa on ehkä yritetty ulottaa laajemmalle kuin oikeuden pintatasolta lähtevä sedimentaationsuhde oikeuttaisi. Helin muistuttaa vaihtoehtoisen lainopin transformaatiosta, jossa pääsäännön ja poikkeuksen paikka vaihdetaan:

”Jos arvo V on pujahtanut oikeusjärjestykseen jonkin poikkeussäännöksen yhteydessä, mikä oikeuttaa sen korottamisen pääsäännöksi? Voidaan ehkä ajatella, että järjestelmään jo sisään päässyt arvo on legitiimimpi argumentaatiossa käytettäväksi kuin ulos jäänyt kumppaninsa. Mutta antaako sisäänpääsy oikeuden vapaaseen liikkuvuuteen järjestelmän piirissä ja luvan asettua mihin tahtoo?”³⁴⁷

Helinin ilmaisemassa transformaatiossa – poikkeussääntöjen muuttamisessa niitä tukevilla arvoperiaatteilla pääsäännöiksi – prosessin uskottavuus ja hyväksyttävyyys ei perustu ainoastaan arvojen (periaatteiden) saatamiseen poikkeussääntöjen taustapremisseinä formaalisuuden piiriin. Tässä on nähdäkseni kysymys myös edellä selostetusta syntetisointi- ja systematisointityöstä, jossa *useiden* poikkeussääntöjen tausta-arvot ja tavoitteet voivat muodostaa induktion ja synteetin suuntaan etenevällä ajattelulla normi-idean. Oikeusperiaatteen toteuttaman normi-idean avulla saadaan yksittäiset systematisoimattomat pääsäännöt näyttämään normi-idean tukemien poikkeussääntöjen rinnalla yksittäisiltä ”orvoilta piruilta.” Tässä on taustalla myös Platonin luolavertauksen ajatus ideoiden ylentämisestä todelliseksi todellisuudeksi ja partikulaarin alentamisesta vähempiarvoiseksi varjotodellisuudeksi; kysymys on pohjimmiltaan argumentatiivisen synenergian psykologisesti vahvasta voimasta.

Analyysin suuntaan etenevä kriittinen oikeusperiaatteen voimassaolon testaaminen voi paljastaa sen painoarvon psykologista vaikutelmaa pienemmäksi. Tuorin mallin käsitteistöllä voisi puhua sedimentaatioprosessin analyysistä. Helinin tavoin on syytä muistuttaa pintatason entiteettien avulla suoritettavasta kontrollista. Tämä voi paljastaa käsityksissä oikeusperiaatteen voimassaolosta systemaattikkojen ”silmänkääntötempuilla” luomaa painoarvoa tai -ulottuvuutta, jolla ei ole varsinaisesti katetta pintatason entiteettien valossa. Oikeusperiaatteen voimassaolo on sen painoarvoa syntetisoinnin ja systematisoinnin prosessissa lisäämällä todellakin Helinin esittämällä tavalla saatettu ulottaa kauas sieltä, missä lainsäätäjä on sen sisältämät arvot ja tavoitteet poikkeussäännösten tausta-arvoiksi tai -tavoitteiksi asetta-

³⁴⁷ Helin, Oikeus 1998, s. 312.

nut. Tällaisen painoarvon lisäämisen taustalla saattavat olla systemaattikkojen omat henkilökohtaiset yhteiskunnalliset arvostukset ja poliittiset intohimot. Taustalla saattaa myös olla kapeiden intressien ajaminen sen sijaan, että pyrittäisiin *kokonaisvaltaisesti* pintatasoa huomioiden ennakoitavaan ja vahvasti hyväksyttävään normi-ideaan.³⁴⁸ Vain ilvehtijä hyppää ylitse sellaisen, joka pitäisi huomioida. Oikeuden tausta-arvoja ja tavoitteita *tietoisen yksipuolisesti* valikoiva syntetisointi ja systematisointi saattaa täyttää tällaisen ilvehtimisen tunnusmerkitöt, jollaisen ”nauramista kumoon” Helin on ilmeisesti varovaisesti suositellut.³⁴⁹

Sellaista epätasapainoa, joka on tuotettu yksipuolisista lähtökohdista etenevällä oikeusperiaatteiden sedimentoimisella syntetisoivilla ja systematisoivilla strategioilla, ei voi tietenkään pelkällä analyysin strategialla korvata, jos vastakkaisista lähtökohdista muodostetut oikeusperiaatteet puuttuvat esimerkiksi tutkijapiireihin pesiytyneiden yksipuolisten poliittisten näkemysten vaikuttaessa huomattavasti tutkimuksen sisältöön. Jos oikeusperiaatteiden käytöllä tällaisissa tilanteissa pyritään vaikuttamaan pintatasoa muokaten tai jopa syrjäyttäen, epätasapainoinen tilanne konkretisoi tuu. Tuomioistuimissa, tuskin edes KKO:ssa, on mahdollisuuksia syntetisoida ja systematisoida oikeusperiaatteita tiedeyhteisön tavoin. Myöskään syvään kriittiseen analyysiin ei ole tuomioistuimissa sellaisia resursseja kuin tieteellä. Yksipuolinen tilanne voi todella merkitä vallan siirtoa lainsäätäjältä oikeusperiaatteita syntetisoivalle ja systematisoivalle tiedeyhteisölle. Jos epätasapainoa selvästi esiintyy, se voi olla erittäin hyvin perusteltu syy tukeutua tiukasti soveltamistilanteissa oikeuden pintatasoon ja välttää tieteen piirissä konstruoituja oikeusperiaatteita. Tällöin oikeusperiaatteiden painoarvo ja -ulottuvuus tietenkin selkeästi heikkenee. Yksipuolisesti pintatasoa huomioiva syntetisointi ja systematisointi voi siten olla uhka sekä oikeusperiaatteisiin että oikeuden tasotteluun turvautuvien oikeudellisten elämänhallintapyrkimysten uskottavuudelle ja hyväksyttävyydelle.

Erityisesti Aarnio on korostanut eri yhteyksissä analyttisen suunnan

³⁴⁸ Monet tutkijat saattavat pitää arvoja juridisessa tutkimuksessa jonkinlaisina viimesijaisina premissinä siinä merkityksessä, että tutkija voi vapaasti valita itse ne arvot, joille syntetisointia ja systematisointia perustaa. Väitän kuitenkin jatkossa arvoja tarkemmin käsiteltäessä, että voi olla olemassa Aarnion lausumaa arvojen tajua, jonka itse palautan oikeudellisissa yhteyksissä ennen kaikkea yhteisöllisyyden säilymisen ehtoihin ja laumavaistoon.

³⁴⁹ Ks. Helin, Oikeus 1998, s. 314.

keskeistä irtiottoa käsiteläinopista asettamalla käsitteistä päättelämisen kiellon.³⁵⁰ Itse näkisin tämän kiellon olevan tiedonhallinnan strategioiden kannalta oleellisesti analoginen edellä redusoiden strategioiden yhteydessä käsitellyn tasojen suhteellisen itsenäisyyden ajatuksen kanssa. Tässä näen sekä aarniolaisen että tuorilaisen ajattelun avautumisen dynaamiseen muutosta ja kokonaiskontekstia huomioivaan hermeneuttiseen strategiaan, jossa abstrakteilla käsitteillä ja syvätasoilla ei ole ehdotonta määräävyyttä. Hermeneuttinen strategia eroaa nimenomaan tässä suhteessa oleellisesti deduktiivisesta strategiasta, jossa premisseillä (aksioomilla) on ehdoton määräävyyssuhde niistä demonstraation keinoin johdettuihin johtopäätöksiin. Hermeneuttisessa strategiassa ajattelu ja määräävyys kulkevat sekä käsitteellisistä työkaluista pintatasolle että pinnalta käsitteisiin ja pintaa syvempiin tasoihin.

Analyysin strategia on käyttökelpoinen johdettaessa abstrakteista yleisistä oikeusperiaatteista erilaisia alaperiaatteita, huolimatta kaikista ongelmista ja riskeistä. Hermeneuttisesti suuntautuneella analyysillä, johon kuuluu käsitteistä päättelämisen kiello, abstrakteista oikeusperiaatteista ei voi johtaa suoraan alemman abstraktiotason periaatteita, vaan periaatteiden muotoilemisessa on otettava huomioon kaikki tarjolla oleva relevantti lähde-materiaali.³⁵¹ Oikeustieteen edetessä Pöyhösen esittämään suuntaan, jossa oikeus on jaettu sellaisiin alakohtaisiin oppialoihin, joita puolestaan määrittää eksplisiittisesti tai implisiittisesti ilmaukset ”Law and...”,³⁵² joudutaan periaatteen alakohtaisen toimintakontekstin asettamat partikulaariset tekijät huomioimaan ja sovittamaan yhteen yleisten abstraktien periaatteiden kanssa.

Modernin länsimaisen ihmisen oikeusturvavaatimusten kannalta voi olla kyseenalaista vedota korkean abstraktiotason normeihin analysoimatta tarkemmin sitä, minkälaista normatiivista argumentaatiota ja muuta ainesta tällaiseen abstraktiin konstruktion todella sisältyy.³⁵³ Vetoaminen sellaiseen oikeusperiaatteeeseen, joka on voimassaolon sisällön laajuuden (paino-ulottuvuuden) ja painoarvon osalta heikosti analysoitu, saattaa merkitä nor-

³⁵⁰ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja) s. 302 ja Aarnio, Minun metodini, s. 44.

³⁵¹ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja) s. 302.

³⁵² Ks. Pöyhönen, Minun metodini, s. 247.

³⁵³ Tähtien mukaan oikeusperiaatteen voimassaoloa ei Suomen oikeudellisessä elämässä ole tapana analysoida, vaikka periaatteita sovellettaessa on välttämätöntä, että soveltajilla on jonkunlainen käsitys periaatteiden sisällöstä. (Ks. Tähti 1995, s. 150–170)

matiivisten argumenttien kätkemistä ja niiden jäämistä pois avoimesta keskustelusta.³⁵⁴ Keskeisintä analyysiin suuntaan etenevässä ajattelussa on Helinin esittämällä tavalla nimenomaan pintatason vaikutusten ja todellisen painoarvon ja -ulottuvuuden huomioiminen suhteessa kaikkiin käsitteellisiin normi-ideoihin ja konstruktioihin, jotta normatiivisuuden liike voimassa-olevia oikeusperiaatteita löydettyäessä tai luotaessa ei muodostuisi täysin hullvattomaksi.³⁵⁵ Oikeusperiaatekonstruktion voimassaolon perusteiden kriittinen analyysi on siten yleensä perusteltua. Yhteydet pintatasolle on siten kyttävä analyysin suuntaisella esityksellä osoittamaan.

4.14 ELÄMÄNMUOTOON SITOUTUNEET STRATEGIAT

Yhteisöllisyyden ja yhteisöllisten ilmiöiden voidaan nähdä asettavan tiettyjä rajoja ja velvoitteita, joiden hylkääminen merkitsisi asettumista yhteisön ulkopuolelle. Yhteisössä vakiintuneet elämänhallinnan strategiat voivat olla erilaisia. Kyseessä voidaan nähdä myös laumavaistoon turvautuminen, jossa ainakin jonkinlainen yhdenmukaisuus ja yksimielisyys koetaan välttämättömänä, jotta yhteisöllisyyden tarjoamat mahdollisuudet elämänhallintaan tulisivat turvatuksi. Tällaisia laumavaiston tuotoksia voidaan nähdäkseni hahmottaa myös hypoteettisina yhteiskuntasopimuksina. Sopimus on tällöin annettu ja hiljainen, ei siis nimenomaisesti solmittu.³⁵⁶ Yhteiskuntasopimuksena nähty elämänmuoto on lähtökohtaisesti itsessään aina vahvasti totalisoiva. Normatiivisen luonteen omaavat yhteisölliset käytännöt, joihin yhteisön jäsenten katsotaan olevan vahvasti implisiittisesti sitoutuneita, alistavat olevaa omien ideaaliensa mukaiseksi.

Elämänmuotoon turvautuva strategia merkitsee esimerkiksi kielellisten ilmausten merkityksen rajattavuutta. Samalla kielen asettamat rajat rajaa- vat mahdollisuudet kaikkeen kohti toisuutta suuntautuvaan elämänhallintaan. Wittgenstein on ilmaissut tämän katsomalla, että kieleni rajat ovat maailmani rajat. Wittgensteinin mukaan kieltä käytetään niin kuin sitä käytetään kulloisessakin elämänmuodossa, ja tieto puolestaan on niin kuin se

³⁵⁴ Ks. Klami 1978 (1975), s. 56–57.

³⁵⁵ Ks. Helin, Oikeus 1998, s. 311 ja 314.

³⁵⁶ Ks. Niemi 1996, s. 22–29.

kielen välityksellä ilmaistaan. Todellisuutta ei voi siten varsinaisesti verrat kieleen tai tietoon, koska todellisuudesta voidaan lausua vain kielen välityksellä.³⁵⁷ Kun Wittgensteinin tuotannossa kehitettyjä piirteitä asetetaan yhteyteen esimerkiksi Niemen väitöskirjassaan esittämällä tavalla konventionalististen piirteiden kanssa, saadaan aikaiseksi elämänmuodon ja siitä johdetun yhteiskuntasopimuksen käsitteen varaan totalisoitu kielellisen hallinnan perusta: ”Näin ollen käsitteillä (sanoina) on yhteisöissä oikeat objektiiviset merkitykset, koska ne ovat yksilön määräämisvallan ulkopuolella (ne eivät ole subjektiivisia) ja koska voidaan todeta, jos niitä käytetään väärin.” Niemen mallin ankarasti totalisoivaa luonnetta heikentää muutosten vaikutuksen huomioiminen siten, että määräytyneisyyden asemasta sopimus on muutoksen näkökulmasta kontingentti. Absoluuttisuus ei päde toiseen yhteisöön eikä toiseen aikaan.³⁵⁸ Oikeusperiaatteen voimassaolon kannalta puolestaan on tämän strategian näkökulmasta oleellista kytkeä kytkemään oikeusperiaate osaksi elämänmuotoa ja yhteiskuntasopimusta, jotka luovat intersubjektivistista merkitystä.³⁵⁹

4.15 ANTITOTALISOIVAT STRATEGIAT

4.15.1 Dekonstruktivismiin haaste totalisoiville strategioille

Abstrakteja, kestäviä ja kontekstisidonnaisuudesta irrotettuja entiteettejä kohti pyrkivän ja niitä hyväksi käyttävän ajattelun mahdollisuuksia saavuttaa objektiivisia totuuksia tai ainoita oikeita ratkaisuja on myös kritisoitu paljon, vaikka nämä pyrkimykset ovat länsimaisen ajattelun ja kulttuurin valtavirrassa. Erityisen ankaraa kritiikkiä on tarjonnut tämän ja viime vuosisadan dekonstruktivismiksi kutsuttu filosofinen oppisuunta. Oppisuunnan klassikoista puhdasoppisimpana antikonstruktivistina voidaan mainita tanskalainen Søren Kierkegaard, jolle abstrakti on aina epätotuus yksilöllisyyteen nähden. Ylempi abstraktiotaso ei saavuta alempaa millään ihmisen kannalta todella hyödyllisellä tavalla. Kaikkia konstruktioita voi-

³⁵⁷ Wittgenstein, *Tractatus*, 3.221, 4.12, 5.6, 5.53 ja 5.61.

³⁵⁸ Ks. Niemi 1996, s. 29.

³⁵⁹ Ks. Niemi 1996, s. 22. Tässä Niemi kytkee yhteen konventionalismin ja yhteiskuntasopimuksen ajatukset.

daan siten pitää vähintäänkin epäilyttävinä. Toinen keskeinen klassikko on Friedrich Nietzsche, jolle kaikki totuus oli riippuvaista valitusta näkökulmasta, perspektiivioptiikasta. Platonilaisia pysyviä ja ikuisia ideoita ei voi siten olla, vaan ihmisen on jatkuvasti taisteltava (voitettava itsensä) säilyttääkseen ja parantaakseen hallinnan edellytyksiä suhteessa itseensä ja itsensä ulkopuoliseen. Nietzsche on dekonstruktivismin klassikko mutta samalla myös konstruktivisti: tärkeintä on jatkuva ajatuksen liike sekä dekonstruktiiiviseen että (re)konstruktiiiviseen suuntaan.³⁶⁰ Kotimaisesta keskustelusta antitotalisoivien strategioiden ytimeen osuu seuraava Panu Minkkinen esittämä käsitys, joka on siis täysin päinvastainen platonilais-kantilaiselle ajatukselle totalisaatiota edustavista päämäärien valtakuntien³⁶¹ ihanteista:

”Tuleva oikeus ei ole poliittinen tai sosiaalinen ideaali, joka projisoidaan tulevaisuuteen mahdollisesti toteutuvana. Se ei ole oikeudenmukaisuuden projekti vaan aina tuleva, jonka ajallinen rakenne tekee diskursiivisen totalisoinnin itsessään mahdottomaksi... Toiseksi oikeuden velvoittavuus ja vastuu lähimmäisestä syntyvät ihmisen kohdatessa toisen kasvot, jossa näkyy jälkimmäisen absoluuttinen toisuus.”³⁶²

Väitöskirjassaan Minkkinen esittää oikeustieteen ja oikeuden perimmäiseksi perusteeksi ja tavoitteeksi oikeudenmukaisuuden ideaalin, joka on oikeuden sekä oikeustieteen totuus ja edellytys. Vaikka oikeustiede ei voi saavuttaa tätä tavoittelevaansa ideaalia koskaan täydellisesti varsinaisena tiedollisena hallintana, on kuitenkin olemassa halu tämän saavuttamattoman saavuttamiseen. Tämä halu ei ole varsinaista totalisoivaa tiedontahtoa, mutta se on nähdäkseni kuitenkin ymmärrettävä *mielekkyyden tavoitteluna*. Minkkinen mukaan on kuitenkin mahdollista tavoittaa välähdyksenomaisesti tämä transsendentti ja perimmiltään siis tiedollisesti tavoittamaton oikeudenmukaisuus, jota Minkkinen pyrkii selventämään käsitteellä *correct law*, oikea oikeus. Oikeudenmukaisuus ymmärretään tällöin levinasilaisittain kasvoista kasvoihin kohtaamisen kautta. Silloin Toinen paljastaa itsensä toisuudessaan ja korkeudessaan, mikä tarkoittaa aivan muuta kuin tiedolliseen hallintaan ottamista. Tämä levinasilainen oikeudenmukaisuus edeltää kaikkia ihmisten lakeja, mutta sen itsensä tapahtuminen edellyttää Minkki-

³⁶⁰ Kierkegaardin ja Nietzschen esittää dekonstruktivismin klassikoina Saarinen 1985, s. 303–385.

³⁶¹ Tästä ihanteesta ks. Niemi 1996, s. 1, 143, 181, 183 ja 283.

³⁶² Ks. Minkkinen, JK Kaarlo Tuori 1998, s. 154.

sen mukaan oikeellisuuden lakia (correct law tai law of rectitude), joka määrää kuinka Toinen kohdataan. Kun tähän lakiin on vastattu myöntävästi on oikeudenmukaisuuden tapahtuminen mahdollista.³⁶³

Minkkisen esityksessä näkisin ytimeltään länsimaisen ajattelun ankarasti totalisoivan valtavirran vastaisen haasteen, jossa painotetaan ajan kulumisen, paikallisen etäännyttämisen ja ihmisen fundamentaalisten yksilöllisten piirteiden merkitystä – totalisoivan hallinnan perusedellytysten haastajana. Minkkinen nostaa tästä dekonstruktivismiin esittämästä haasteesta esille nimenomaan ajatuksen sitoutumisesta pyrkii ymmärtämään ihmisen ja (partikulaaristen kulttuurienkin) fundamentaalista yksilöllisyyttä. Partikulaarinen yksilöllisyys on tietysti kiusallista toisuutta vahvasti totalisoivan ja erityisesti totalitaarisen³⁶⁴ yhteiskunnan hallintapyrkimysten kannalta. Ilmeisesti tarkoituksena on haastaa myös platonilais-hegeliläinen³⁶⁵ individualistiselle liberalismille vieras käsitys ihmisestä vapaana ainoastaan tiukasti yhteiskunnallisten instituutioiden kautta totalisoidusti ymmärrettyinä ja kohdeltuna. Minkkinen hakee ja puoltaa mielestäni fundamentaalista sitoutumista sellaiseen humanismiin, joka kunnioittaa ihmisen yksilöllisyyttä.

Antitotalisoivia piirteitä voi olla myös pohjimmiltaan totalisoivissa strategioissa. Tässä yhteydessä keskeisimpinä esimerkkeinä tällaisesta voidaan mainita jo edellä käsitellyt oikeustieteen analyyttisen suuntauksen asettama käsitteistä päättelämisen kielto ja maltilliseen redusoivaan strategiaan kuuluva ajatus tasojen suhteellisesta itsenäisyydestä. Abstraktiotasoa madaltavaan analyysiin nojautuva strategia voi kuitenkin tuottaa jo aiemmin kerrotulla tavalla yksityiskohtaisia käsitteitä ja sääntöjä, jotka ovat totalisoivempia kuin abstraktimmat käsitteet ja periaatetyyppiset normit. Varsinaisiksi antitotalisoiviksi strategioiksi lukisin intuitiivisen strategian ja mielekkyyssuskomusten strategian, joita käytetään tilannekohtaisesti oikeuden ja vääryyden tunnistamiseen. Niitä tarvitaan todennäköisesti jos-sain määrin yritettäessä levinasilaisittain vastata seuraavassa lainauksessa esitettyyn haasteeseen:

”Uskon 2000-luvun ylikansallisen kulttuurin olevan yhä yhtenäisempi sikäli, että sovellettavat säännöt ovat entistäkin universaalimpia. Esimer-

³⁶³ Ks. Minkkinen 1998 (Correct Law), luku 10 (Justice, Finally?) s. 243–268. Ks. myös Levinas, Etiikka ja äärettömyys, s. 60–61 ja 106–107.

³⁶⁴ Toisuudesta ja totalitarismista ks. Minkkinen 1998 (Correct Law) s. 244–245.

³⁶⁵ Ks. Saarinen 1985, s. 266–270.

kiksi ihmisoikeusdiskurssin vahvistuminen viittaa tähän suuntaan. Lähestymme siis Kantin toiveikkaasti odottamaa tilaa. Samalla elämme kulttuurillisesti yhä eriytyneemmässä maailmassa, jossa ihmisiä erottaa toisistaan sukupuoli, rotu, ammatti ja elämäntapa. Erilaisuudesta nousevaa oikeudenmukaisuutta ei kyetä artikuloimaan universaalin oikeuden sääntöjen perusteella. Kun oikeudenmukaisuudesta keskustellaan, ei pidä lähteä liikkeelle laista, jonka rationaalinen subjekti apriorisesti itselleen asettaa. Lähtökohdaksi on otettava kiista, vääryys, ja sitä koskeva valitus. Apriorinen laki ei voi tunnistaa vääryyttä tai valittajaa, joka on singulaarinen toiseus. Oikeudenmukainen murros on siinä, että legitiimi sääntö näyttää väärältä tässä tapauksessa eikä yleisesti.”³⁶⁶

4.15.2 Intuiitiivinen strategia

Tietoa sanotaan intuitiiviseksi, jos se on riippumatonta järjestyksestä ja käsitteistä, ja toisaalta myös *välitöntä*.³⁶⁷ Intuitiivisessa tiedonhallinnan strategiassa on kysymys lähtökohtaisesti länsimaisen filosofian totalisoivalle perinteelle vastakkaisesta näkökulmasta. Tilannekohtaisesti voidaan pyrkiä hallitsemaan laajojakin asiakokonaisuuksia, mutta ennakoivaan hallintaan pyrkivän platonilaisen perinteen vastaisena voidaan pitää tilannekohtaisuutta ja vahvaa subjektiivisuutta.³⁶⁸ Tämä perinne voi puhua intuitiota vastaan katsomalla sen jopa epärationaalisuuden alueelle kuuluvaksi elämänhallinnan strategiaksi. Vaikka objektiivisen ja intersubjektiivisen todistettavuuden kannalta olisi kysymys ongelmallisesta strategiasta,³⁶⁹ intuitiossa on kuitenkin kysymys asiayhteyksien oivaltamisesta, jolloin voidaan puhua myös laajassa mielessä rationaalisesta hallintaa luovasta strategiasta oikeuden voimassaolon ja velvoittavuuden syntyessä esimerkiksi levina-silaisessa kasvojen kohtaamisessa tilanneyhteyden erilaisten yhtymäkohtien perusteella. Uniikin tapauksen mahdollinen epäoikeudenmukaisuus voitaisiin tunnistaa esimerkiksi Nousiaisen esittämällä tavalla mielen sopusoinnun tasolla.³⁷⁰ Tässä tilanteessa ratkaisua ei johdeta kuitenkaan kaavamaisesti totalisoivina ideoina toimivista premisseistä, vaan kokonaisvaltaisen punninnan ja optimoinnin perusteella.

³⁶⁶ Ks. Nousiainen, *Minun metodini*, s. 239.

³⁶⁷ Korkman & Yrjönsuuri 1998, s. 449.

³⁶⁸ Ks. Järnefelt 1996, s. 30–31.

³⁶⁹ Intuitiivisen strategian ongelmana on myös sen ankkuroiden kielenkäyttöön ks. Niemi 1996, s. 17 ja 22–26.

³⁷⁰ Ks. Nousiainen, *Minun metodini*, s. 239.

4.15.3 Mielekkyyds- ja merkitysyhteyksien strategiat

Sitoutumalla joihinkin arvoihin ja uskomuksiin ihminen voi kokea tyydytystä vallantahdon tai elämänhallinnan tarpeilleen, koska asioita ja ilmiöitä siirtyy täydellisestä toisuudesta hallinnan piiriin niiden jäsenydessä mielekkyyden ja merkityksellisuuden piiriin. Mielekkyyden tai merkityksellisuuden kokemista ei voi välttämättä palauttaa minkäänlaisiin totalisoiviin prosesseihin. Sillä voi olla siten intuitiivinen luonne. Kyseessä ei ole perinteinen tieteellinen elämänhallinnan menetelmä, jossa hallinta perustuu asioiden tai ilmiöiden esiintymiseen peräkkäin (loogiseen yhteys). Hallinta perustuu merkitysyhteyksien strategiassa nimenomaan pelkkään merkityksellisuuteen ja mielekkyyteen nojautuvaan hallintaan (psykologinen selitys).³⁷¹

Erityisen ongelmallista on varmasti palauttaa erilaiset mielekkyyden kokemukset keskenään vertailukelpoisiksi, vaikka laumavaisto omalta osaltaan loisi edellytyksiä *kokea ja tuntea* samalla tavalla. Mielekkyyden kokemuksiin nojautuvia arvoja ja uskomuksia ei silti tarvitse pitää täysin ymmärryksen, hallinnan ja vertailtavuuden ulkopuolisina entiteetteinä. Tällaisten arvojen ja uskomusten voima perustuu tyydytyksen etsimiseen elämänhallinnan ja vallantahdon tarpeelle. Ne tyydyttävät pohjimmiltaan samaa tarvetta kuin erilaiset totalisoivat ja tieteellisinä pidetyt elämänhallinnan strategiat. Ne ovat ihmisen tahdon tuotteita silloinkin, kun kysymyksessä on tahto alistua (esimerkiksi laumavaiston painostuksesta) joidenkin sellaisten uskomusten ja arvojen alaiseksi, joita ihminen ei minkäänlaisilla totalisoivilla vallantahdon strategioilla ole pyrkinyt jäsentämään:

”Joka ei osaa panostaa tahtoaan asioihin sijoittaa niihin ainakin mielekkyyden: hän siis uskoo, että niissä on tahto jo valmiina (’uskon periaate’)”³⁷²

4.15.4 Oikeusperiaate vastauksena antitotalisoiviin vaatimuksiin

Oikeusperiaate voi vastata antitotalisoiviin vaatimuksiin nimenomaan sen optimointikäskyluonteen vuoksi. Se voi jättää tilaa muutoksen vaatimille uudelleenarvioinneille ja yksilön totalisoimattoman yksilöllisyyden kun-

³⁷¹ Ks. Salokangas 1994, s. 15.

³⁷² Ks. Nietzsche, *Epäjumalten hämää*, s. 11.

nioittamiselle. Oikeusperiaatteen optimointikäskyluonne tarkoittaa mahdollisuutta soveltaa oikeusperiaatteen sisältämiä totalisoivia normi-ideoita enemmän tai vähemmän, kun erilaiset vastasytyt punninnassa ja optimoinnissa huomioidaan. Sääntöjä puolestaan on verrattu rautatiekiskoihin: niitä joko noudatetaan tai ei noudateta. Kolmatta vaihtoehtoa ei ole.³⁷³

Sääntöjen noudattamisen kohdalla yksittäistapauksen vääryys ja oikeus on vaarassa jäädä Nousiaisen esittämäksi singulaariseksi toiseudeksi lopullisesti ja fundamentaalisesti. Tästä voi seurata vahvasti epäoikeudenmukaiseksi koettuja ratkaisuja, jotka saattavat hajottaa yhteiskunnan (lauman) yhtenäisyyttä vakavalla tavalla. Yhteisöllisyyttä suojeleva laumavaisto voi siten tästä näkökulmasta lähestyttynä puhua antitotalisoivien strategioiden puolesta, jotta dworkinilaisittain voitaisiin pitää myös vähemmistöt jollakin tavalla osana laumaa.³⁷⁴ Nousiaisen edellyttämä oikeudenmukaisuuden murros legitimiin säännön näkemisenä vääränä (soveltumattomana) singulaarisessa tapauksessa ("tässä tapauksessa") eikä yleisemmin on säännölle epäluontevaa, mutta periaatteen kohdalla tilanne on toinen. Periaate sen sisältämine normi-ideoineen on luontevasti mahdollista nähdä vääränä (soveltumattomana) singulaarisessa tapauksessa, vaikka ei yleisesti olisikaan. Totalisoiva suhde lopulliseen ratkaisuun on oikeusperiaatteella löyhä, vaikka se asettaakin optimointikäskyn myötä rajoja ja suunta-
viivoja ratkaisuille edistäen tällä tavoin ennakoitavuutta ja vaikeuttaen mielivaltaa; tyydyttäen tietysti näin länsimaisen ajatteluperinteen totalisointihakuista vallantahtoa. Oikeusperiaate voi totalisoivien piirteidensä lisäksi jättää tilaa ja luoda mahdollisuuksia vääryyden ja oikeuden välittömälle kontekstisidonnaiselle oivaltamiselle ja singulaarisen tilanteen merkitysyhteyksien huomioimiselle (levinasilaiselle kasvojen kohtaamiselle).

Oikeusperiaatteisiin kuuluvat normi-ideat voivat ilmentää myös niitä humanistisia arvoja, joita yksilöllisyyden antitotalisoiva kunnioittaminen edellyttää. Jotta esimerkiksi Minkkisen väitöskirjassaan esittämä oikeellisuuden laki, joka määrää kuinka Toinen kohdataan, voitaisiin toteuttaa lainsoveltajaa *velvoittavalla tavalla*, tarvitaan yksilöllisyyden kunnioittamista edustavien normi-ideoiden³⁷⁵ huomioimiseen velvoittavia optimointikäskyjä.

³⁷³ Ks. Aarnio, 1989 (oppikirja), s. 78–80.

³⁷⁴ Ks. Nousiainen, Minun metodini, s. 238: "Hegemonisen kulttuurin kielipeli peittää vääryydet, koska sen ulkopuolelle jäävät vähemmistöt eivät kykene ymmärtämään vääryyksiä tuon pelin termein."

³⁷⁵ Ne ovat tässä lähinnä arvoja.

4.15.5 Oikeusperiaatte epäonnistuneissa ratkaisuisissa

Antitotalisoiva tai ainakin ankarasta totalisaatiosta vapautettu olemisen kohtaaminen mahdollistaisi yksittäistapauksellisen vääryyden tunnistamisen lisäksi yhteiskunnassa tapahtuneiden muutosten huomioimisen ja ennakkoimisen lainsäätäjän tavoin. Tuomioistuimien ratkaisuista toisaalta myös etsitään normeja, joilla voidaan perustella tulevia ratkaisuja. Tällöin ratkaisuilla ei mielletä olevan vain yksittäistapauksellista roolia, jossa vääryys ja oikeus on tilannekohtaisesti tunnistettu. Tässä yhteydessä onkin syytä muistaa, että lainsoveltajan ottaessa ensisijaisesti lainsäätäjän rooliin kuuluvaksi miellettyjä tehtäviä, mikä on todennäköinen seuraus antitotalisoivien strategioiden tullessa osaksi käytäntöä, tilanne voi muodostua ongelmalliseksi. Vaarana on silloin, että normeja saadaan – yhteiskunnallisia *tulevia tarpeita* ajatellen – oikeuskäytännöstä lähes olemattomin perustein, vaikka yksittäinen ratkaisu olisi onnistunut.

Epäonnistuneiden ratkaisujen syntymisriskiä lisää Kivivuoren väittämä seikka, että suomalainen oikeustiede ei tunnista tutkimustyönsä piirteeksi sääntöjen suunnittelua eikä siis etsi hyvän suunnittelun menetelmiä.³⁷⁶ Se siis muodostaa normit ja suositeltavat ratkaisut menneisyydessä asetetuista totalisoivista premisseistä, ja saattaa lisäksi tunnistaa yksittäistapauksellista vääryyttä ja oikeutta antitotalisoivasti, mutta ratkaisun yhteiskunnalliset seuraukset *tulevaisuutta ajatellen* jäävät vähemmälle huomiolle tai kokonaan ilman huomiota, kun normeille ja suositeltaville ratkaisuille haetaan premissejä. Oikeustiede ei silloin pyrkisi toimimaan mitenkään lainsäätäjän roolissa, johon kuuluu aito *kestävän* uuden normatiivisuuden luominen. Kivivuoren kriittistä ajattelua seuraten voisikin väittää, että oikeustiedettä kuunteleva tuomioistuin on suuressa vaarassa tuottaa normeja ja ratkaisuja, jotka eivät kestä tulevan sosiaalisen käytännön ja yhteiskunnallisten tarpeiden valossa ilman ankaraa arvostelua. Onnistuneelle ratkaisulle voidaankin asettaa kolme kriteeriä:

1. Ennakoitavuus totalisoivien premissien perusteella.
2. Yksittäistapauksellinen vääryyden ja oikeuden tunnistaminen.
3. Ratkaisun velvoittavan normiperustan (ratio decidendi) kestävyys myös tulevaisuuden tarpeiden valossa.

Oikeusperiaatteiden sisältämien normi-ideoiden punninnassa ja optimoinnissa mahdollisesti syntyneet epäonnistuneet ratkaisut saattavat vaikuttaa

³⁷⁶ Ks. Kivivuori, Oikeus 1998, s. 319.

myös premisseinä olleiden normi-ideoiden painoarvoon heikentävästi. Normi-idean painoarvon heikentyessä riittävästi häviää myös sen huomioimiseen velvoittava optimointikäsky. Lähtökohtana kuitenkin voidaan esittää oikeuskirjallisuudessa oikeusperiaateajattelun ytimeen kuuluva jo todettu väite, jonka mukaan oikeusperiaatteen voimassaolo ei lakkaa, vaikka se punninnassa syrjäytyisi. Tätä ajatusta voidaan soveltaa pidemmälle todeten, että oikeusperiaatteen voimassaolo ei myöskään lakkaa, vaikka sen sisältämät normi-ideat tuottaisivat punninnassa huonoja ratkaisuja. Jossain toisessa kokonaiskontekstissa sen sijaan ratkaisut voivat olla onnistuneempia paremmin arvostelua kestävinä, vaikka samoihin normi-ideoihin nojautuen olisikin tuotettu runsaasti epäonnistuneita ratkaisuja.

Premissien hyväksyttävyyden voidaan kuitenkin perustellusti väittää *prima facie heikkenneen*, jos ne eivät ole kyenneet tuottamaan kestäväällä tavalla hyväksytyjä tuloksia punninnassa ja optimoinnissa. Heikkeneminen voi olla niinkin voimakasta, että niitä ei tarvitse eikä pidä enää mitenkään huomioida. Niiden painoarvo ei silloin voi tietenkään muodostaa perustetta optimointikäskylle. Jos ne jäävät henkiin heikkoina normi-ideoina, ne voivat kuitenkin tulla vahvojen normi-ideoiden edellyttämissä punninta- ja optimointitilanteissa huomioiduiksi vahvojen ja optimointikäskyjä perustavien normi-ideoiden vastapoleina binaarioppositioasetelmassa.

4.16 ULKOISEN JA SISÄISEN NÄKÖKULMAN STRATEGIAT

4.16.1 Ulkoisen tarkkailijan näkökulma/ sitoutuneen osallistujan näkökulma

Ulkoinen näkökulma oikeuteen merkitsee pyrkimystä hahmottaa oikeudellisia ilmiöitä havaitsemalla säännönmukaisuuksia käyttäytymisessä. Näiden säännönmukaisuuksien odotetaan paljastavan myös sääntöjä. Sisäinen näkökulma taas perustuu sitoutuvaan osallistumiseen.³⁷⁷ Ulkoinen

³⁷⁷ Ks. MacCormick 1978, s. 275–292. MacCormick kehittää ja havainnollistaa Hartin käsitystä sisäisestä näkökulmasta oikeuteen. Hän tekee kehittelytyössään myös jaottelun (s. 292) tietosidonnaiseen näkökulmaan (cognitively internal point), jossa perustana on sääntötiedon edellytykset. Toisaalta on siis myös tahtosidonnaisuuden näkökulma (volitional internal point), jossa nimenomaisesti tahdotaan sitoutua sääntöön. MacCormick kuitenkin huomauttaa, että Hart ei ole nähnyt kyseistä jakoa välttämättömäksi.

tarkkailija voi havaita ihmisten noudattavan jotakin käyttäytymistä säännön mukaisesti, mutta hän ei silti välttämättä miellä sitä sitovaksi. Sisäisen näkökulman tarkkailija mieltää säännön sitovaksi. Säännöt siis ilmenevät ulkopuolisen tarkkailijan havaitsemina säännönmukaisuuksina tai sitoutuneen toimijan sääntöinä.³⁷⁸

Ulkoisen näkökulman merkitys oikeusperiaatteen voimassaolon kannalta aukeaa nojattaessa sitä tehokkuusvoimassaoloon ja havaintosidonnaisuuteen. Voimassaolo palautuu silloin verifioitaviin ja falsifioitaviin käyttäytymishavaintoihin tai niitä kuvaaviin lauseisiin. Sisäisen näkökulman strategia puolestaan tulee kysymykseen erityisesti oikeusperiaatteen voimassaoloa oikeutettaessa. Ulkoiseen näkökulmaan ja sisäiseen näkökulmaan liittyy toisilleen vastakkaisia oikeudellisen elämänhallinnan lähtökohtia (binaarioppositioita), joita lyhyesti käsittelemällä on tarkoitus havainnollistaa näiden strategioiden eroja.

4.16.2 Olemisen maailma (sein)/ pitämisen maailma (sollen)

Ulkoisen näkökulman voidaan katsoa nojautuvan olemisen (sein) maailmaan. Se ei ole myöskään pelkkä mahdollinen maailma, vaan reaalin maailma. Sisäinen pitämisen maailma (sollen) puolestaan viittaa sisäisesti miellettyyn velvoittavuuteen. Pitämisen maailma on mahdollinen maailma, joka on yhteisön normien mukainen, ja se maailma, josta normit kertovat. Sisäiseen näkökulmaan kytkeytyvä pitämisen maailma on siis ideaalinen verrattuna reaalisena olevaan maailmaan, johon puolestaan ulkoinen näkökulma tarrautuu.³⁷⁹

Olemisen maailmaan nojautuvasta ulkoisesta näkökulmasta oikeusperiaatteen voimassaolo edellyttää, että sitä todella sovelletaan. Kysymys on siis voimassaolosta tehokkuutena.³⁸⁰ Äärimmäistä pitäytymistä olemisen maailmaan nojautuvaan strategiaan edustavat esimerkiksi eräät sosiologiset suuntaukset.³⁸¹ Oikeusperiaatteen voimassaolo on silloin kytketty käyttäytymishavaintoihin.

³⁷⁸ Ks. Hart, *The Concept of Law*, 107–108, jossa Hart esittää oman kantansa oikeuden voimassaolon (tunnistamissäännön) *fundamentaalisesta* perustumisesta sisäiseen ja ulkoiseen näkökulmaan.

³⁷⁹ Ks. Niemi 1996, s. 1.

³⁸⁰ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 91–93 ja 99.

³⁸¹ Ks. H. Tolonen 1996, s. 69–72.

Ideallisesta sisäisestä näkökulmasta oikeusperiaate on voimassa, jos sitä pitää (tai pitäisi) normina noudattaa ideaalisessa normien mukaisessa mahdollisessa maailmassa, vaikka sitä ei reaalisessa olemassaolevassa todellisessa maailmassa sitten tosiasiasa lainkaan noudatettaisi. Esimerkiksi keskeiset ihmisoikeusperiaatteet voivat olla voimassaolevaa oikeutta tämän näkökulman mukaan, vaikka valtion viranomaisten ja kansalaisten käyttäytymisessä niitä ei mitenkään kunnioitettaisi eikä niitä lainkaan sovellettaisi reaalisissa ja tosiasiallisissa käytännöissä. Pitämisen maailmaan voimakkaasti tukeutuva toinen traditio, muodollisjuridisen näkökulman lisäksi, on luonnonoikeudellinen näkökulma oikeuteen.³⁸²

4.16.3 Atomismi/holismi

Atomismi merkitsee olettamusta siitä, että lauseet voivat ongelmitta kuvata todellisuutta sellaisena kuin se on. Elementaarinen väitelause osoittaa silloin välittömästi havainnolla tavoitettavan asiantilan, joka on mahdollinen tosiseikka. Atomaarinen ja elementaarinen väitelause kuvaa todellisuutta osoittamalla asiantilan. Samalla väitelause heijastaa tai näyttää asiantilan loogisen rakenteen, jolloin lauseen looginen muoto vastaa todellisuuden rakennetta. Tällöin kieli määräytyy yksipuolisesti ulkoisen todellisuuden perusteella, jolloin kielen käyttö ei ole relativoitu kontekstisidonnaisuuden mukanaan tuomilla mahdollisilla vaihtoehdoilla.³⁸³ Kysymys on nimenomaan havainnon *totuuden mahdollisuuden edellytyksistä*.³⁸⁴ Tämä kytkeytyy oikeusperiaatteen voimassaolon empiiriseen voimassaoloargumentaatioon.

Holistinen näkökulma puolestaan korostaa merkityksen syntymistä kokonaisyhteydessä, jota voidaan kutsua esimerkiksi elämänmuodoiksi, kieli-peleiksi tai yhteiskuntasopimuksiksi. Holistinen kontekstisidonnaisuus siis merkitsee, että on tunnettava ja ymmärrettävä koko peli, jotta voisi ymmärtää yksittäisen säännön. Tärkeä seuraamus tästä lähtökohdasta on, että vain peliin osallistuva voi pelata oikein ja hallita pelin säännöt, kun hän on ymmärtänyt pelin ja sen tarkoituksen.³⁸⁵ Tämä merkitsee äärimmilleen viety-

³⁸² Ks. H. Tolonen 1996, s. 108–109.

³⁸³ Ks. Niemi 1996, s. 22–23. Ks. myös Wittgenstein, *Tractatus*, 2.181, 4.002, 4.121. Von Wright, *Logiikka, filosofia ja kieli*, s. 142, 146, 150–152.

³⁸⁴ Ks. Hintikka–Hintikka 1986, s. 93, 119, 121 ja 187–188.

³⁸⁵ Ks. Hintikka–Hintikka 1986, s. 189, 194–196.

nä, että vain sisäisestä sitoutuneesta näkökulmasta on mahdollista hallita sääntötietoa, jolloin siis päädytään Niemen näkemykseen siitä, että lain-tulkintaa ja lainopillisen tiedon tuottamista voi tehdä vain kokonaisuuden puitteissa ja ymmärtämällä tätä käsitteellis-normatiivista kokonaisuutta, vaikka esillä olisi näkyvästi vain jokin yksityiskohta.³⁸⁶

4.16.4 Korrespondenssi/koherenssi

Korrespondenssissa on kysymys vastaavuussuhteesta.³⁸⁷ Ulkoiseen näkökulmaan sitoutuneessa strategiassa turvaututaan atomaarisissa väitelauseissa, esimerkiksi tuomarin käyttäytymistä koskevien havaintojen osalta, ilmenevän väitteen vastaavuuteen kielen ulkopuolisen todellisuuden kanssa. Korrespondenssiin ankarasti sitoutunut strategia merkitsee, että normaali lainopillinen oikeuttaminen ei olisi riittävä peruste argumentaatiossa, koska tällaisessa tapauksessa ei ole olemassa oikeutettavan lauseen ja sen kohteen välistä korrespondenssia, vastaavuussuhdetta.³⁸⁸ Jos sen sijaan katsotaan vain oikeusjärjestelmän kokonaisuudesta käsin voitavan määrittellä sen tiettyjä osia ja lähestyä sen yksittäisiä kysymyksiä, lainopillisen tiedon tuottaminen voisi perustua Niemen esittämällä tavalla ainoastaan sisäisen näkökulman mukaiseen koherenttiin ja holistiseen tiedonhallintaan.³⁸⁹

4.16.5 Ekstensio/intensio

Tiedollinen ekstensio kytkee tiedon johonkin konkreettiseen referenssiin, joka tavoitetaan atomaaristen lauseiden strategiaan turvautuen. Tällainen referenssi on esimerkiksi tuomarin ulkoisesti havaittava käyttäytymisilmiö. Havainto puolestaan välittyy totuudenmukaisena kuvana nimenomaan atomaaristen lauseiden välityksellä. Ekstensioon nojautuvaan strategiaan joudutaan turvautumaan haluttaessa tukea oikeusperiaatteen voimassaoloa tuomarin, muiden viranomaisten tai oikeuslajien käyttäytymisen ulkoisesti havaittavaan puoleen nojautumalla.

³⁸⁶ Ks. Niemi 1996, s. 79.

³⁸⁷ Ks. Niiniluoto 1980, s. 108–109.

³⁸⁸ Ks. Niemi 1996, s. 101.

³⁸⁹ Ks. Niemi 1996, s. 79.

Intensioon nojautuva strategia kytkee hallinnan mieleen. Tässä voidaan puhua merkitysten ja mielekkyyksien oivaltamisesta. Sisäisen näkökulman strategiasta puhuttaessa on kysymys mielen kytkemisestä holistiseen kokonaiskontekstiin. Mieli tulee instituutiosta tai muusta käsitteellisestä holistisesta kontekstista.³⁹⁰ Oikeusperiaatteen voimassaolo on silloin sidottu kokonaiskontekstiin.

4.16.6 Empiirinen ulkoinen havainto/ hermeneuttinen havainto

Empirismillä ymmärretään kokemusta, joka kohdistuu ulkoiseen todellisuuteen: esimerkiksi tuomarin käyttäytymisestä tehdään atomaarisia havaintoja. Näin ymmärrettynä empirismi liittyy nimenomaan ulkoisen näkökulman strategiaan. Havainnoista voidaan toki puhua silloinkin, kun puhutaan Gadamerin kuvaaman hermeneuttisen perinteen mukaisesta tuomioistuintoiminnan kokonaisvaltaisesta kokemisesta. Gadamerin tarkoittama hermeneuttinen kokemus on kuitenkin selkeästi erotettava perinteisesti mielletystä empiirisestä kokemuksesta. Hermeneuttinen kokemus kohdistuu kokijaan itseensä. Kysymys on tässä siitä, miten hän reflektoi kokonaisuhteyden eli kulttuurin ja siinä olevat yksittäiset ilmiöt.³⁹¹ Tällöin hermeneuttinen havainto viittaa sisäiseen näkökulmaan.

4.16.7 Bivalenssi/moniasteisuus

Bivalenssi merkitsee totuuden määrittymistä binaarirakenteen perusteella. Lauseella voi siis olla totuusarvo, jolloin se on joko tosi tai epätosi. Niemen mukaan ulkoiseen näkökulmaan tukeutuvat realistiset teoriat nojaavat käsitykseen totuusarvosta ja bivalenssista. Samoin bivalenssi liittyy korrespondenttiin vastaavuussuhteeseen. Väitelauseet ovat kielen ulkopuoliseen todellisuuteen verrattuna joko tosia ja vastaavuussuhteessa tai sitten ne ovat epätosia todettavissa olevan vastaavuussuhteen puuttuessa. Sisäisen näkökulman mukaiseen lähestymistapaan kuuluva operointi koherenssilla ei sen sijaan edellytä tällaista bivalenssia, vaan se voi sallia myös moniasteisuuden.³⁹²

³⁹⁰ Ks. Niemi 1996, s. 21, 26, 51, 53, 60, 100 ja 101.

³⁹¹ Ks. Gadamer, *Wahrheit und Methode*, s. 55–66.

³⁹² Ks. Niemi 1996, s. 7, 101 ja 224.

4.16.8 Komissiivinen modaliteetti/deonttinen modaliteetti

Niemi liittää oikeuden ulkoiseen näkökulman mukaisen tehokkuuden mittaamisen komissiiviseen modaliteettiin, jossa oikeusjärjestystä painotetaan sen sekundäärisen puolen kannalta. Sekundäärinen puoli viittaa sanktioihin ulkoisen pakon ilmiönä. Oikeuden modaliteetti on Niemen mukaan kuitenkin pitämisen eli deonttinen modaliteetti, ei komissiivinen, pakottamisen tai uhkaamisen modaliteetti. Oikeussääntöjä noudatetaan yleisesti hänen mukaansa ennen kaikkea vapaaehtoisesti niiden yleisen hyväksyttävyyden perusteella, ja käyttäytymisen motivointi suoraan sanktiouhanalaisuuden kautta voi olla enintään toissijaisessa asemassa. Tällöin oikeus on myös ymmärrettävissä ulkoisen tarkastelun asemasta sisäisestä näkökulmasta.³⁹³

4.16.9 Raaka tosiasia/institutionaalinen fakta

Ulkoisen näkökulman strategian, jota oppisuuntana on käyttänyt varsin pitkälle esimerkiksi Helinin väitöskirjassaan kuvaama skandinaavinen realismi, voidaan nähdä perustuvan raakoihin tosiasioihin. Raakoja tosiasioita voidaan ilmaista puhtaasti fysikaalisin tai mentaalisin käsittein ilman varsinaista institutionaalista pohjaa.³⁹⁴

Institutionaalisen totuuden voidaan katsoa puolestaan perustuvan tosiasioihin, jotka edellyttävät yhteiskunnallisten instituutioiden olemassaoloa.³⁹⁵ Säännön ja normatiivisesti relevantin teon mieli tulee sisäisen näkökulman mukaisessa strategiassa instituutiosta tai muusta käsitteellisestä kontekstista, jonka alaisuuteen se luetaan. Tämän vuoksi normatiivisesti relevantteja tekoja ja sääntöjä ei voi ymmärtää muutoin kuin kontekstinsa kautta ymmärtämällä tätä kontekstia.³⁹⁶ Fysikaalisten tapahtumien selitysvaima sellaisenaan ei siis ole riittävä normatiivisessa kontekstissa. Sellaiset tapahtumat kuin avioliiton solmiminen, lapsen kastaminen yms. sisäl-

³⁹³ Ks. Niemi 1996, s. 145 ja 289.

³⁹⁴ Ks. Helin, Lainoppi ja metafysiikka, s. 426–429. Skandinaavisissa realismissa tosin tapahtui Helinin mukaan kehitystä varsinkin Rossin ja Olivecronan myötä lähemmäs hartilaista oikeuden sisäisen ja ulkoisen näkökulman oivaltamista ja hyväksymistä (s. 429–430).

³⁹⁵ Ajatus liittyy läheisesti tavallaan Wittgensteinin työtä jatkaneen J. R. Searlen käsityksiin puheaktista. Ks. Searle, *Speech Acts* s. 45–54.

³⁹⁶ Ks. Niemi 1996, s. 101.

tävät tosin lukuisia fysikaalisia tapahtumia. Nämä tapahtumat eivät kuitenkaan ole identtisiä puheena olevien sosiaalisten tapahtumien kanssa. Fysikaalisesta tapahtumasta tulee institutionaalinen tapahtuma, kun sitä tulkitaan käyttäen apuna sääntöä, joka antaa tapahtumalle sosiaalisen merkityksen.³⁹⁷

4.17 DISKURSSISÄÄNNÖT

Oikeusperiaatteen voidaan katsoa olevan voimassa silloin, kun oikeudellinen kulttuurimme pakottaa ottamaan oikeusperiaatteen normina huomioon.³⁹⁸ Oikeudellisessa kulttuurissa normin voimassaolo voidaan katsoa sidotuksi seikkoihin, jotka oikeuskulttuurissa on hyväksytty oikeuden voimassaolon kriteereiksi. Tästä näkökulmasta diskurssisääntöjen sitovuu- den voidaan nähdä MacCormickin esittämällä tavalla perustuvan siihen, että auditorio on sitoutunut tiettyyn myöhäiswittgensteinilaisittain käsitettyyn elämänmuotoon.³⁹⁹ Seuraavassa esitettävien diskurssisääntöjen osalta kysymys on länsimaisen kulttuurin eksplisiittisestä ja implisiittisestä sitoutumisesta näiden sääntöjen ilmentämään käsitykseen rationaalisuuden perusteista. Kysymys on myös olennaisesti siitä, millä edellytyksillä yhteisöllinen hyväksyminen on *rationaalisena* mahdollinen. Oikeusnormin voimassaolo voidaankin nähdä riippuvaiseksi siitä, että oikeuskulttuurissa esiintyvät väitteet oikeusnormin voimassaolosta ovat syntyneet rationaalisen diskurssin pelisääntöjä noudattaen. Oikeusperiaatteen painoarvoa vahvistaa, jos kyetään väittämään optimointikäskyn velvoittavuutta koskevan väitteen tulleen hyväksytyksi sellaisen auditorion edessä, joka noudattaa rationaalisia diskurssisääntöjä.

Diskurssiin osallistuville voidaan asettaa ainakin seuraavia sääntöjä:⁴⁰⁰

- 1. On argumentoitava loogisesti ristiriidattomasti, jolloin diskurssiin osallistuvan esittämät väitteet eivät saa miltään osin olla keskenään ristiriidassa.

³⁹⁷ Ks. Helin, Lainoppi ja metafysiikka, s. 428.

³⁹⁸ Ks. Peczenik, 1995 s. 204.

³⁹⁹ Ks. MacCormick 1978, s. 225.

⁴⁰⁰ Ks. Peczenik, 1995 s. 614–619. Ks. myös Alexy 1989, s. 188–210.

- 2. On pysyttävä argumentoitaessa niissä argumenteissa, joihin itse uskoo.
- 3. On noudatettava yleistettävyyden periaatetta, jolloin diskurssiin osallistuvan on kutsuessaan entiteettiä a nimityksellä F käytettävä nimitystä F myös kaikista muista entiteeteistä, jotka kaikessa relevantissa suhteessa muistuttavat entiteettiä a.
- 4. Samaa käsitettä ei tule käyttää eri merkityksissä.
- 5. Pyydettyäessä on perusteltava esitetyt väitteet, jos ei kykene esittämään perusteluja perusteluista kieltäytymiselle.
- 6. Argumentaatioon osallistuvien on lähtökohtaisesti hyväksyttävä keskusteluun osallistumisen mahdollisuus kaikille niille, jotka haluavat siihen osallistua.
- 7. Jokaisella osallistujalla on oikeus kyseenalaistaa jokainen esitetty väite.
- 8. Jokainen osallistuja voi tuoda keskusteluun minkä tahansa väitteen.
- 9. Jokainen osallistuja voi esittää vapaasti kannanottojaan, toiveitaan ja tarpeitaan.
- 10. Ketään osallistujaa ei saa pakkoa käyttäen estää käyttämästä ilmaisuoikeuttaan.
- 11. Jos osallistuja haluaa kohdella henkilöä A toisella tavalla kuin henkilöä B, hän on velvollinen perustelemaan tämän menettelyn.
- 12. Jos osallistuja haluaa tuoda keskusteluun jotakin sellaista, joka ei ole keskustelun kohteena, hän on velvollinen perustelemaan tämän menettelyn.
- 13. Riittämättömille väitteille ei tarvitse esittää lisäperusteluja.
- 14. Jos osallistuja esittää jotakin sellaista, joka ei ole missään yhteydessä aiemmin esitettyihin näkemyksiin, hän on velvollinen perustelemaan tämän menettelyn.
- 15. Osallistujan on hyväksyttävä hyväksymänsä tai edellyttämänsä normin aiheuttamat seuraukset niin itseään kuin muitakin kohtaan.
- 16. Yksittäisen osallistujan henkilökohtaisia ja yksityisiä intressejä suojaava normi tarvitsee pätevoitäkseen hyväksynnän kaikilta osallistujilta.
- 17. Jokaisen normin (formulaation) tulee olla kaikkien osallistujien saatavissa ja luettavissa.
- 18. Normia osallistujan ei tule pitää rationaalisena diskurssissa sen diskurssia edeltäneen aiemman rationaalisuuden tai mahdollisen diskurssin jälkeen syntyvän myöhemmän rationaalisuuden perusteella, jos sitä diskurssin tapahtumisajankohtana ei kuitenkaan ole pidettävissä rationaalisena.
- 19. Osallistujan ei tule esittää "aivopesulla", manipulaatiolla tai muilla vastaavilla rationaalisin diskurssin ulkopuolisilla metodeilla syntyneitä normiväitteitä.
- 20. Toteuttamiskelvottomuudella rasiitettuja vaatimuksia osallistujan ei tule esittää, sillä mahdottomia ei saa vaatia.
- 21. Osallistujilla tulee olla oikeus esittää praktisia, empiirisiä ja kieli-analyttisiä (loogisia) argumentteja.
- 22. Osallistujilla tulee olla jatkuvasti mahdollisuus tuoda esille diskurssin rationaalisuutta koskevia argumentteja.

5 Arvo- ja tavoitesidonnainen hyväksyttävyys

5.1 LAUMAVAISTO JA MORAALI

Airaksisen mukaan arvot voidaan määritellä oikeiksi arvostuksiksi. Kuitenkin tässä luonnehdinnassa täytyy puhua hänen mukaansa sanasta ”oikea”, sillä arvoihin liittyy omalla tavallaan totuudenkaltaisen piirre.⁴⁰¹ Mistä siten voisi etsiä perustetta arvojen totuudenkaltaisuudelle ja mahdollisesti myös tämän totuudenkaltaisuuden vaihtelulle, joka voisi tuoda erilaisille arvoille erilaisia painoarvoja? Yksi luonteva tapa on nähdäkseni kytkeä arvot yhteisöllisyyteen liittyviin fundamentaalsiin tarpeisiin. Yhteisöllisyyteen liittyvät tarpeet määrittävät arvostusten aseman ”oikeina” tai ennemminkin oikeutettuina arvoina.

Yhteisölliseen moraaliin kuuluvien arvojen totuudenkaltaisuuden (tai painoarvon) voidaan katsoa kytkeytyvän yhteisön ja yhteisöllisyyden säilymisen edellytyksiin. Tässä on yksinkertaistettuna kysymys yhteisöllisyyden tarpeesta ja tarpeen tuomasta vaatimuksesta yksilön oman elämänhallinnan osana. Moraalisten periaatteiden painoarvokin kytkeytyy silloin juuri näihin yhteisöllisyyden säilymisen edellytyksiin. Oikeusperiaatteen arvosidonnainen painoarvo onkin riippuvainen siitä, miten se pystyy vastaamaan yhteisöllisyyden säilymisen kannalta fundamentaalsiin tarpeisiin, jotka ovat myös muutoksen alaisina. Siten näen aiemmin mainittujen (1.) Aarnion esittämien yhteiskunnallisen kaaoksen välttämisen pyrkimyksen ja arvojen tajun, (2.) Pöyhösen painottaman yhteisöllisyyden säilyttämisen ja (3.) Koskenniemen esittämän tyylin tajuamisen kaltaisten ilmiöiden taustalla aina laumavaiston:

”Missä kohtamme moraalin, siitä löydämme inhimillisten viettien ja tekojen arviointia ja niiden arvojärjestyksen. Nämä arvioinnit ja arvojärjestykset ilmaisevat aina jonkin seurakunnan ja lauman tarpeita: se, mikä hyödyttää sitä ensi sijassa – ja toisessa ja kolmannessa –, on myös kaikkien yksityisten arvon ylin mittakaava... Koska toisen seurakunnan säilynnän ehdot ovat suuresti poikenneet toisen seurakunnan vas-

⁴⁰¹ Ks. Airaksinen 1994, s. 24–29.

taavista ehdoista, on ollut hyvin erilaisia moraaleja; ja vielä tapahtuvien laumojen ja seurakuntien olennaisten hahmonmuutosten suhteen voidaan ennustaa, että tulee yhä olemaan suuresti toisistaan poikkeavia moraaleja.”⁴⁰²

Ei liene kuitenkaan ajateltavissa, että edes abstraktilla tasolla olisi mahdollista esittää yhtenäistä, *absoluuttista* arvojen järjestystä. Yrityksiä arvojen asettamiseen keskinäiseen järjestykseen on kyllä esimerkiksi Jonkan mukaan tehty. Kuitenkin arvojen keskinäinen punninta jää viimesijaisesti tehtäväksi oikeusperiaatepunninnassa tilannekohtaisesti.⁴⁰³ Jos kuitenkin on kysymys sellaisesta arvosta, jonka osalta samassa kulttuuripiirissä elävien kesken vallitsee käytännössä katsoen yksimielisyys ja sillä on muutoinkin keskeinen asema tässä kulttuuripiirissä, sen painoarvoa on kuitenkin pidettävä lähtökohtaisesti erittäin suurena.⁴⁰⁴ Tällaisten vahvojen arvojen ylitse hypääminen kokonaan – niitä mitenkään oikeudellisessa harkinnassa huomioimatta – näyttää todennäköisesti tyylin ja arvojen tajun puutetta osoittavana ilvehdintänä. Tällöin niiden suuri painoarvo, joka viimesijassa nousee lainsoveltajassa laumavaistona ”puhuvista” yhteisöllisistä tarpeista, synnyttää oikeuskulttuurissa velvoittavaksi koetun optimointikäskyn.

5.2 MORAALIPERIAATTEET, ENNAKOITAVUUS JA HYVÄKSYNTÄ

Kansalaisten oikeusturva- ja oikeudenmukaisuusvaatimukset, jotka ovat kytkeytyneet syvälle länsimaiseen kulttuuriin, luovat oikeudelliselle ajattelulle niin heuristiikan kuin justifikaationkin näkökulmista paineita ymmärtää ja selittää uskottavasti oikeudellisia ratkaisuja ja normisuosituksia yhteiskunnassa yleisesti hyväksytyjen moraaliperiaatteiden mukaisiksi.⁴⁰⁵ Oikeudellisen ajattelun irtaantuminen yleisesti hyväksytyistä moraalisisistä periaatteista tuo helposti kansalaisten yleisen epäluottamuksen ja halveksunnan koko juristikuntaa kohtaan, vaikka juristit kuinka yrittäisivät paeta lainsäätäjän selän taakse muodollisjuridiseen näkökulmaan vedoten.

⁴⁰² Ks. Nietzsche, Iloinen tiede, § 116.

⁴⁰³ Ks. Jonka 1991, s. 161.

⁴⁰⁴ Ks. Jonka 1991, s. 160.

⁴⁰⁵ Ks. Peczenik 1995, s. 49. Myös Hart esittää näkemyksen oikeuden luonnonoikeudellisesta vähimmäissisällöstä. Ks. Hart, *The Concept of Law*, s. 189–195.

Yleisesti hyväksytyjen moraaliperiaatteiden huomioiminen on kuitenkin aivan toista kuin populistinen (poliittinen) kansan tahdon noudattaminen. Kansanjoukkojen (epä-älyllisiin) tunteenpurkauksiin perustuvat tuomiot ovat saaneet osakseen pohjatonta halveksuntaa länsimaisen kulttuurin syvimmissä ytimessä.⁴⁰⁶ Laumahysteria ei todennäköisesti vastaa laumavaiston yhteisöllisyyttä säilyttäviä fundamentaalisimpia vaatimuksia. Lynkkaushenki ja muut laumahysterian ilmenemismuodot edustavat vahvimmillaan vain väliaikaista hulluutta ja/tai kapeakatseisuutta. Länsimaiseen kulttuuriin syvästi vaikuttaneet Sokrateen ja Jeesus Nasaretilaisen oikeudenkäyntikertomukset ja näiden inspiroima mittaamattoman laaja kirjallisuus todistanevat tätä.⁴⁰⁷ Moraaliperiaatteisiin vetoaminen ei saa olla argumentaatiota, joka olisi luonteeltaan AD HOC tai AD HOMINEM, vaan sen tulee suuntautua ennemminkin tällaista argumentaatiota vastaan. Keskeisiin moraalinormeihin voidaan katsoa yhteiskunnassa sitoudutun ennakolta samalla tavalla kuin on tapahtunut oikeusnormienkin osalta, vaikka sitoutumisen velvoittavuus nähtäisiin yleensä heikompana ja sitoutumisen konkreettinen sisältö puolestaan epämääräisempänä kuin oikeusnormien kohdalla. Ennakoitavuuden tavoitetta mielivaltaa vastaan voidaan toteuttaa myös sitoutumisella moraalinormeihin, vaikka tämä tavoite jäisi kauas siitä, mitä voidaan saavuttaa esimerkiksi legaliteettiperiaatteen hengessä tapahtuneella sitoutumisella muodollisjuridiseen näkökulmaan.

Ollessaan oikeuden ja arvojen leikkauskohdassa oikeusperiaatteet voivat tuoda yleisesti hyväksytyjä moraaliperiaatteita oikeudelliseen argumentaatioon, ja antaa juristeille aseita älyllis-moraalisiin sankaruuspyrkimyksiin, jotka mahdollistavat ennakoitavuuden ja hyväksyttävyyden ihanteen syventämistä taistelussa arvaamatonta mielivaltaa vastaan jopa sielläkin, missä tätä taistelua on pelkkään muodollisjuridiseen näkökulmaan nojautuen syyttä tai toisesta menestyksellä vaikea käydä. Eettinen painotus on ollut oikeusperiaatteiden käytölle suomalaisessa oikeustieteessä perinteisestikin tuttua. Korostamalla oikeuden yhteyttä moraaliiin voidaan herättää kansalaisten kunnioitusta oikeutta kohtaan ja lisätä näin yhteiskunnan vakautta. Tämä voidaan tosin nähdä myös yritykseksi peittää oikeuden valtataustaa.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ Erityisesti Sokrateen tarina Platonin kertomana. Tästä Ks. Platon, Apologia, s. 33–37.

⁴⁰⁷ Tosin Nietzsche on selittänyt nämä tuomiot *tapahtumisaian kontekstin* kannalta laumavaiston syviksi ilmentymiksi, jossa kulttuurit ovat fundamentaalisella tavalla suojelleet niiden säilymisen perusteita. Myöhempi aika on ne vasta tulkinnut laumahysterian ilmentymiksi. Ks. Jeesuksen osalta Antikristus, s. 38 ja Sokrateen osalta Epäjumalten hämärä, s. 15–22.

⁴⁰⁸ Ks. Brusiin 1938, s. 10–11.

5.3 OIKEUSPERIAATE JA ARVOPERIAATTEET

Kansanvaltaisessa yhteiskunnassa voidaan lähteä siitä, että lainsäätäjät pyrkii käyttämään lainsäädäntöä välineenään toteuttaakseen tavoitteita, jotka ovat yhteiskunnassa yleisesti hyväksytyjen eettisten periaatteiden ja moraalinormien kanssa ainakin jonkinlaisessa sopusoinnussa. Peczenikin mukaan oikeusvaltion, demokratian ja hyvinvointivaltion edellytyksenä on, että oikeussäännöt täyttävät tietyt eettiset vähimmäisvaatimukset. Oikeudella on siten väistämättä yhteys eettisiin punnintoihin ja moraalinormeihin. Oikeuden ja moraalin yhtymäkohtiin kohdistuvat punninnat eivät aktualisoitu ainoastaan politiikon, yhteiskuntatieteilijän tai moraali filosofin ottaessa kantaa oikeudellisiin kysymyksiin varsinaisen juridisen argumentaation ulkopuolelta. Tarve hakea ratkaisupakon edessä tukea oikeudelliselle ratkaisuille eettisestä punninnasta ja moraalinormeista voi aktualisoitua etenkin kiperissä tapauksissa, joissa lain kirjaimesta on mahdotonta suoraan johtaa tapauksen soveltuvaa sääntöä.⁴⁰⁹

Oikeuden tausta-arvot liittyvät yleensä oikeuskulttuurin ilmiöihin. Oikeuskulttuuriin nojautuen saatetaan toteuttaa voimassaolevana oikeutena jotakin sellaista, joka vasta tulevaisuudessa tulisi olemaan selkeästi laiksi ”jäädetyttyä” aksiologiaa ja teleologiaa.

Kemppinen on väitöskirjassaan esittänyt, kuinka KKO oli vuosia ennen sopimusten kohtuullistamisen oikeuskulttuurin saatua täyden institutionaalisen tukensa jo tähän kulttuuriin sitoutunut. Oikeustoimilain vuonna 1982 muutetun 36 §:n nojalla sopimuksia voitiin kohtuullistaa yleisesti lainsäädännöstä saatavalla selkeällä tuella. Koska KKO oli kuitenkin ryhtynyt kohtuullistamaan sopimuksia jo vuosia aiemmin, lainmuutoksella siunattiin tapahtunut muutos oikeuskulttuurissa.⁴¹⁰

Arvovalinnat voivat ulottua erilaisten konkreettisten sääntövalintojen perusteeksi. Ne voivat tosin olla myös erilaisten oikeusteoreettisten lähestymistapojen perusteena, kuten MacCormick on käsitteellään ”underpinning reasons” osoittanut.⁴¹¹ Positivistisen käsityksen ulkopuolelle ulottuviin arvostuksiin saatetaan joutua myös ratkaistaessa, mikä riidassa on juridista ja mikä ei ole juridista.⁴¹² Oikeuden arvopohjan merkityksen *kokonaan*

⁴⁰⁹ Ks. Peczenik 1995, s. 63, 379–382 ja 520–521. Ks. myös Klami (to Peczenik) 1997, s. 211–219.

⁴¹⁰ Ks. Kemppinen, 1992 s. 23.

⁴¹¹ Ks. MacCormick 1978, s. 138.

⁴¹² Ks. Kemppinen 1990, s. 55.

hylkäävää legalismia tai positivismia on pidettävä nykyään jo poikkeuksellisenä, joten arvopunninnat voidaan tästäkin näkökulmasta jollakin tavalla hyväksyä vallitsevassa pohjoismaisessa paradigmassa.⁴¹³

Oikeusperiaatteen voimassaoloa koskevat tunnistamiskriteerit eroavat oikeussääntöjen tunnistamiskriteereistä myös siten, että oikeusperiaatteilla ei ole yksiselitteistä muodollista tunnistamiskriteeriä, vaan itse niiden edustama arvo tai merkitys vaikuttaa keskeisellä tavalla niiden voimassaoloon, vaikka oikeusperiaatteiden deonttinen ja normatiivinen luonne edellyttäisikin jonkinlaista institutionaalista tukea lainsäädännöstä, kansainvälisesti velvoittavista sopimuksista, oikeuskäytännöstä, tapaoikeudesta tai muista varsinaisista juridisista oikeuslähteistä.⁴¹⁴ Arvoperiaatteilla on siten erityäin tärkeä merkitys oikeusperiaatteiden voimassaolon kannalta. Arvoperiaatteet kytkeytyvät luonnonoikeudelliseen tapaan hahmottaa oikeuden voimassaoloa. Tämän mukaan oikeus on elimellisessä yhteydessä arvoihin ja oikeudenmukaisuuteen. Oikeudenmukaisuus on siis sen mukaan jossain muodossa oikeuden voimassaolon perustuntemerkki.⁴¹⁵ Oikeuden ja oikeudenmukaisuuden yhteyksien avaaminen perustellulla tavalla edellyttää yleensä argumentaation kytkemistä jollakin tavalla moraalifilosofien kehittelemiin yleisiin eettisiin ja luonnonoikeudellisiin oppeihin.⁴¹⁶

Oikeudellisen päätöksenteon voidaan Klamin esittämän tasottelumallin näkökulmasta nähdä siirtyvän arvoperiaatteiden tasolle vasta, jos ensisijaisemmilta tasoilta ei saada yksiselitteistä vastausta. Moraaliperiaatteisiin turvaudutaan, jos oikeusperiaateistakaan ei saada tyydyttävää tukea ratkaisulle. Tämä malli on tosin painotetusti esitetty ratkaisu- ja tulkintatilanteita varten. Katsoisin mallin kuitenkin viittaavan implisiittisesti oikeusperiaatteiden läheiseen kytkentään arvoperiaatteiden kanssa, varsinkin siihen kuuluva feed-back-ilmio huomioiden.⁴¹⁷

Oikeusperiaatteen voimassaolon painoarvoa koskevassa argumentaatiossa on argumentaation painoarvon kärsimättä riskialtista hylätä milloinkaan niitä oikeuden voimassaoloon liittyviä sidonnaissuhteita, jotka liittyvät elämänhallinnan tavoitteluun ihmisten sitoutumisella arvoihin. Oikeusperiaatetta on kyseenalaista hahmottaa pelkkään ”tekstibongaukseen” nojau-

⁴¹³ Ks. Peczenik 1995, s. 91.

⁴¹⁴ Ks. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 26.

⁴¹⁵ Ks. H. Tolonen 1996, s. 22.

⁴¹⁶ Ks. Peczenik 1995, s. 452.

⁴¹⁷ Ks. Klami 1997 (to Peczenik), s. 211–219.

tuen, vaikka periaate olisi lakitekstissä mainittu. Auktoritatiivisten tekstien kykyä antaa asiassa yksiselitteinen vastaus voidaan aina epäillä, jos auktoritatiiviset tekstit nähdään oikeuden pintatasona, jotka ovat alistettuja taustateologiaan ja -aksiologiaan sekä Tuorin mallin mukaisiin syvätason konstruktioihin kritiikkisuhteen realisoitumisen mahdollisuutena.

Auktoritatiivisten tekstienkin tosiasiallisen merkityksen oikeuden voimassaolon kannalta voidaan nähdä määrittyvän sen perusteella, mikä on niiden taustalla olevan oikeuskulttuurin tausta-arvojen painoarvo. Kemppinen kertoo väitöskirjassaan, kuinka sovitteluperiaatteen voittoa merkinnyt oikeuskulttuurin muutos oli helppo, koska ajattelutapa ei poikennut ratkaisevasti vanhasta kristillis-humanistisesta heikomman osapuolen suojaamisen periaatteesta. Tätä ensiksi oikeuskäytännössä ja sittemmin lain tekstissä institutionalisoitunutta oikeuskulttuuria nimenomaan *voimassaolevana sovitteluperiaatteena* ei voi tavoittaa kuin hyvin pinnallisesti tukeutumatta sen taustalla oleviin ihmisten laajamittaiseen sitoutumiseen elämänhallinnassaan keskeisiin länsimaisiin kristillis-humanistisiin arvoihin.⁴¹⁸ Yhteisöllisyyttä keskeisesti ylläpitävinä arvoina ne vastaavat myös voimakkaasti laumavaiston ja siihen kytkettyneen vallantahdon (elämänhallinnan) vaatimuksiin.

5.4 LUONNONOIKEUS

Puhe oikeuden arvoperusteisesta voimassaolosta liitetään usein ns. luonnonoikeudellisen suuntauksen yhteyteen. Tällöin arvo ei ole pelkästään annettun eli positiivisen oikeusjärjestyksen moraalinen mittapuu, vaan normijärjestelmälle oikeudellisen pätevyyden antava peruste. Luontainen oikeus on tällöin ikään kuin positiivisen oikeuden yläpuolella oleva pätevyyden perusta.⁴¹⁹ Luonnonoikeudellisen ajattelun taustalla voidaan nähdä, että ihminen kaikkine funktioineen on osa luonnon kokonaissysteemiä. Tällöin oikeudellisiinkin ilmiöihin liittyvää ihmisen kokonaistoimintaa tulee tarkastella osana tuota kokonaissysteemiä. Luonnonoikeus voidaan nähdä myös nimenomaan asioiden edellyttämänä järjestyksenä.⁴²⁰ Tällöin luonnonoikeudelliseen näkökulmaan kuuluisi läheisesti arvopohjaisen näkökulman

⁴¹⁸ Ks. Kemppinen 1992, s. 23–24. Laumavaisto kuitenkin ”vääntää” tradition sisältöä itselleen sopivaksi.

⁴¹⁹ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 93.

⁴²⁰ Ks. J. Tolonen 1978 (1973), s. 8–9.

lisäksi myös empiiris pohjaiset teorit oikeuden biologisesta ja ekologisesta perustasta. Tämä merkitsee käytännössä kiistanalaisena oikeuslähteenä pidettyyn asian luonteeseen vetoamista oikeudellisessa argumentaatiossa.⁴²¹ Esimerkiksi arvoihin ja oikeuden biologis-ekologisiin empiiris pohjaisiin taustateorioihin vetoamalla voitaisiin tämän mukaan haastaa vakavasti muodollisjuridista argumentaatiota. Luonnonoikeudellinen näkökulma kykenee joka tapauksessa *täydentämään* puhtaan oikeuspositivistisen näkökulman perustelua oikeuden velvoittavuudesta. Siten luonnonoikeudellisiin näkökulmiin turvaututaan edelleen, vaikka monet oikeusfilosofit ovat julistaneet sen kuolleeksi kerta toisensa jälkeen.⁴²²

Luonnonoikeudellisella ajattelulla on historialliselta iältään ja perinteiltään huomattavasti pidemmät juuret kuin oikeuspositivismilla tai oikeudellisella realismilla. Kun oikeuspositivismin varhaisimmat muodot ovat iältään runsaat sata vuotta, ulottuu luonnonoikeudellinen traditio selkeästi antiikin kulttuurin asti. Se säilyi ajattelun valtavirtana aina 1800-luvun alkuun saakka. Luonnonoikeus oli samalla yleinen teoria yhteiskunnasta, johon sisältyi nykyinen yhteiskuntafilosofia, sosiologia ja valtio-oppi, joista viimeksi mainitut syntyivät erityisinä tieteinä ajallisesti yhtäaikaaisesti oikeuspositivismin kanssa noin sata vuotta sitten.⁴²³ Ihmisoikeuksien loukkauksiin osallistuneiden ja niihin myötävaikuttaneiden tahojen pyrkimykset paeta vastuuta näistä teoista – nojautumalla oikeuspositivistisiin argumentteihin – erityisesti Saksan natsihallinnon jälkeisissä selvittelyissä on tällä vuosisadalla yksi merkittävimmistä luonnonoikeudelliseen ajattelun uudelleen herättäjistä.⁴²⁴ Kotimaisessa keskustelussa Kemppinen on katsonut Saksan 30-luvun ja sota-ajan tuomarien toimintaan viitaten positivismin dramaattisimmaksi lopputulokseksi sellaisen sokean lain kirjaimesta kiinni pitämisen, joka johti sokean legalistiseen ihmisoikeuksien rutiinimaisen loukkaukseen. Lähinnä tähän nojautuen hän toteaa kirjassaan useasti: ”Ei ole mitään niin kauheaa kuin positivismi”⁴²⁵

Oikeudenmukaisuus sisältää aina jonkinlaisen opin arvoista ja arvorakenteista. Tämän arvorakenteen tavallinen, joskaan ei ainoa, ilmaismuoto sisältyy asian luontona tunnistettavaan ajatukseen. Voimakkain kritiikki luonnonoikeutta kohtaan kohdistuu juuri siihen, että tällaisen asian tai ihmisen luon-

⁴²¹ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 221.

⁴²² Ks. Peczenik 1995, s. 133.

⁴²³ Ks. H. Tolonen 1996, s. 99.

⁴²⁴ Ks. Peczenik 1995, s. 136.

⁴²⁵ Ks. Kemppinen 1990, s. 52–58.

non osoittaminen ei ole mahdollista intersubjektivistä tai saatikka sitten objektiivisista näkökulmista. Tällöin luonnonoikeudellinen argumentaatio on yhteen sovittamaton oikeusvaltiollisen ennakoitavuuden vaatimuksen kanssa. Luonnonoikeuden puoltajat taas näkevät mahdolliseksi asioiden ja ihmisen luontoon nojautuvan argumentaation täsmentämisen esimerkiksi käsitelainopillisilla ja empiirisillä argumenteilla.⁴²⁶ Tällaista ylipositiivista asian luontoa on usein pyritty konstruoimaan oikeusperiaatteisiin.

Suomalaisen oikeustieteen esimerkkinä käsityksistä oikeusperiaatteen vahvasti luonnonoikeudellisesta perustasta voidaan esittää esimerkiksi Alasen rakentama ylipositiivinen persoonallisuusperiaate, jossa on nähtävissä kantilaisen moraalifilosofian vaikutteita. Hänen paljolti luonnonoikeudellisessa oikeusperiaatենäkemyksessään keskeisellä sijalla on ylipositiivinen persoonallisuusperiaate, jonka mukaan jokaista yksilöä pitää kohdella henkilönä eikä keinona tai välineenä. Alasen johtaa persoonallisuusperiaatteesta esimerkiksi yksilön vapauden, ajatuksen- ja oman tunnonvapauden sekä työ- ja yrittämisvapauden. Nämä kaikki ovat hänen mukaansa luonnonoikeudellisia maksiiimeja, joita voidaan ja pitää soveltaa kaikissa yhteiskunnissa, vaikka Alanen näkeekin luonnonoikeudellisen mielenkiinnon periaatteita kohtaan olevan havaittavissa erityisesti mannereurooppalaisessa oikeudessa. Alaselle luonnonoikeudellisuus ja asian luonne ovat tekijöitä, jotka vähentävät tarvetta esittää muuta perustelua sille, miksi oikeusperiaatteilla voi olla vaikutusta oikeudelliseen ajatteluun ja ratkaisutoimintaan sellaisissa tapauksissa, jossa luonnonoikeudellisista lähtökohdista voidaan deduktiivistyyppisesti johtaa oikeusperiaatteita. Alanen kuitenkin katsoo, että oikeusperiaatteen ylipositiivisuus voisi olla ainakin osittain riippuvainen niiden arvottamisesta ja niihin asennoitumisesta, jolloin oikeusperiaatteita olisi hänen mukaansa mahdollista myös aktiivisesti tuottaa. Tämän kriteerin myötä Alasen luonnonoikeudellisuus ei välttämättä ole kovinkaan kaukana (kriittisestä) positivismista, jossa voidaan nähdä pintatasoa syvempi oikeuskulttuurin taso. Ero konkreettisen oikeusyhteisön merkitystä korostavaan ajatteluun ei ole silloin suuri.⁴²⁷

Esimerkkinä suomalaisen oikeustieteen perinteisesti nihkeästä suhtautumisesta ajatukseen puhtaasti luonnonoikeudelliselle pohjalle rakentuvista oikeusperiaatteista on Brusiinin eräät näkemykset asiasta.

⁴²⁶ Ks. Peczenik 1995, s. 134.

⁴²⁷ Ks. Alanen, JFT 1961, s. 80. Deduktiivisesta johtamisesta säännöksen luonteesta myös esimerkiksi Makkonen 1968, s. 150. Alasen näkemyksestä oikeusperiaatteiden tuottamisesta ks. Alanen 1965, s. 69–70 ja 206–207. Alasen oikeudellisen maailmankuvan perustana näyttäisi olevan käsitys oikeudesta eettiseltä ja esteettiseltäkin kannalta koherenttina kokonaisjärjestyksenä, jossa yksityiskohdat voidaan hahmottaa koherentiksi järjestykseksi jonkinlaista oikeudellista maailmankuvaa vasten. (Ks. Alanen 1950, s. 8–9)

Brusiinin mukaan periaatteen tulee kuulua tiettyyn positiiviseen oikeusjärjestykseen ja olla voimassa oikeusyhteisössä, jotta kyseessä olisi oikeudellinen periaate. Hän sulkee pois sen mahdollisuuden, että olisi olemassa oikeusjärjestyksen ulkopuolisia, yleispäteviä tai ajattomia oikeusperiaatteita. Luonnonoikeudellisten periaatteiden oikeusperiaatteen status sulkeutuu pois siksi, ettei ole luonnonoikeutta kannattavaa konkreettista oikeusyhteisöä. Vaikka länsimaaisissa kulttuuriympäristöissä eri oikeusjärjestyksissä onkin sisällöltään samanlaisia oikeusperiaatteita, tämä ei merkitse, että oikeusperiaatteet olisivat ylipositiivisia.⁴²⁸

Brusiinin tavoin Lahtinen korostaa väitöskirjassaan yleisten oikeusperiaatteiden yhteyttä positiiviseen oikeusjärjestykseen. Hän pitää luonnollisena, että yleiset oikeusperiaatteet muotoutuvat lainsäätäjän, tuomarien ja yhteiskunnan jäsenten esittämistä kannanotoista. Viittauksia ajasta ja paikasta riippumatta päteviin yleisiin oikeusperiaatteisiin voidaan Lahtisen mukaan yleensä pitää vain hypoteeseina.⁴²⁹

Filosofian klassikoista ainakin Nietzsche elämän perusedellytykset merkitsevät viime kädessä kaikki vasta-argumentit kumoavaa perustetta.⁴³⁰ Siten on mahdotonta, että mitään elämän perusedellytyksiä vastaan sotivaa argumentaatiota voitaisiin pitää kestäväenä tai ainakaan voimakkaalta perustellulta kritiikiltä suojattuna, vaikka sillä olisi muodollisjuridisesti vankka asema. Tällaisesta keskeisiin elämänedellytyksiin viittaavasta luonnonoikeuttakin ymmärtävästä ajattelusta on viitteitä myös melko tuoreessa kotimaisessa kirjallisuudessa. Esimerkiksi Klamin mukaan oikeutta ei voida johtaa luonnon olosuhteista, vaan pikemminkin inhimillisestä tahdosta ja valtasuhteista, mutta kuitenkin luontoon viittaava perustelutapa ei ole suinkaan merkityksetön uusiutumattomien luonnonvarojen nykyään vähetessä ja ihmiskunnan väestömäärän räjähdysmäisesti lisääntyessä.⁴³¹ Uudessa väitöskirjatutkimuksessa Määttä asettuu selvästi, vaikka ei ehdottomasti, puoltamaan luonnonoikeudellisia lähtökohtia.⁴³² Oikeuden perustavimman selityksen

⁴²⁸ Brusiin 1938, s. 157–158.

⁴²⁹ Ks. Lahtinen 1951, s. 177.

⁴³⁰ Ks. Nietzsche, Iloinen tiede, s. 106–108. ”Missä elämä ja tieto ovat näyttäneet joutuvan ristiriitaan, siinä ei ole milloinkaan taisteltu vakavasti” Toisaalta emme voi olla aivan varmoja sitä, mikä on ihmislaajille hyödyllistä tai edes sen säilymisen kannalta välttämätöntä. Tästä Nietzsche, Iloinen tiede, s. 205. ”Meillä ei kerta kaikkiaan ole mitään tiedon tai totuuden elintä: me tiedämme (tai paremminkin uskomme tai luulottelemme) juuri niin paljon kuin ihmis-lauman, lajin edun kannalta saattaa olla hyödyllistä: ja sekin mitä tässä sanotaan hyödyllisyydeksi, on lopulta vain uskoa, luulottelua ja kenties juuri se kohtalokas tyhmyys, jonka vuoksi me kerran tuhoudumme.”

⁴³¹ Ks. Klami 1986, s. 101.

⁴³² Ks. Määttä 1999, s. 182–192.

elämän biologisiin, ekologisiin ja perustavimpiin sosiaalisiin taustatekijöihin palauttavaa ajattelua voidaan pitää ainakin osittain luonnonoikeudellisena tai ehkä paremminkin empiris-luonnonoikeudellisena, vaikka näiden taustatekijöiden vaikutusta oikeuteen ei nähtäisikään determinoituihin luonnonkausaalisuhteisiin nojautuvina luonnontieteellistyyppisinä selityksinä, vaan luonnonkausaliteettejakin sisältävinä osaselityksinä ja yksittäisinä perusteltuina näkökulmina.⁴³³

Esimerkkinä lähellä luonnonoikeudellista ajattelua olevista uudehkoista kotimaisista puheenvuoroista ovat myös eräät Kemppisen ajatukset. Kemppinen painottaa nimenomaan arvoja. Hänen mukaansa oikeudellinen projekti, kuten sopimuksen tekeminen, tai oikeudellinen ratkaisu, kuten riidan tai väärinkäytöksen selvittäminen, eivät ole pelkkää juridiikkaa muodollisessa ja ahtaassa merkityksessä. Tuomari esimerkiksi joutuu testaamaan juttua ratkaistessaan oikeudellista konstruktiota omaa yksityistä arvo- ja ajatusmaailmaansa vasten. Hänen on herätettävä mielessään kysymys, onko juridisen päättelyn mukainen lopputulos lisäksi järkevä ja kohtuullinen. Tämän testin ei välttämättä katsota kuuluvan juridiikkaan ja tuomarin velvollisuuksiin, mutta Kemppisen mukaan se kuuluu. Sinänsä legitiimin oikeudellisen päättelyn sääntöjä noudattaen voidaan päätyä tuloksiin, joiden *luonnottomuutta* ei mikään juridiikan sisäinen arviointiperuste osoita. Mutta esimerkiksi ns. lautamiesjärki voi osoittaa tämän luonnottomuuden. Tällaisen harkinnan mahdollistaa normatiivisesta näkökulmasta ainakin lakeihin sijoitetut avoimet normit ja määreet, kuten ”sikäli kun harkitaan kohtuulliseksi” tai ”asianhaarat huomioon ottaen”. Nämä lavennukset viittaavat muuhun kuin muodolliseen juridiseen päättelyyn.⁴³⁴ Asia voidaan nähdä myös niin, että oikeusnormit antavat enemmän tai vähemmän tilaa muiden normien käyttämiseen oikeudellisessa päätöksenteossa ja argumentaatiossa.⁴³⁵ Myös kansainväliset ihmisoikeussopimukset voivat väljien eettiseen harkintaan viittaavien normien välityksillä tehdä tietä eettisille harkintaperusteille.⁴³⁶

⁴³³ Oikeuden biologisesta, ekologisesta, sosiaalisesta ja moraalis-rationaalisesta selitysulottuvuuksista ja näiden modifikaatioista ks. Klami 1989, s. 14–17; ja Klami 1983, s. 15, 19–22, 33–35 ja 308–318.

⁴³⁴ Ks. Kemppinen 1990, s. 58. Auktoritatiivisiin teksteihin liittyvästä teleologisesta taustasta ks. myös Klami 1989, s. 12.

⁴³⁵ Ks. Klami 1989, s. 15.

⁴³⁶ Ks. Kemppinen 1990, s. 59.

Oikeusperiaatteen painoarvon, abstraktinkin voimassaolon näkökulmasta, voidaan katsoa kasvavan silloin, kun sitä voidaan käyttää juridisessa argumentaatiossa luontevasti erilaisten luonnottomuuksien hylkäämisen perusteena tuomarin omien arvovalintojen, tuomariperinteen, lakimiestradition, ”lautamiesjärjen”, välttien kansainvälisten ihmisoikeusnormien ja muiden lakeihin sijoitettujen avoimien normien ja määreiden ohella. Oikeusperiaatteen luontevana tehtävänä voi olla myös näiden kaikkien harkintaperusteiden ja niiden taustojen käsitteellistäminen ja konstruointi hallittavaan, jäsenneltyyn sekä toimintaan velvoittavaan ja oikeuttavaan muotoon: normi-ideoiksi ja niiden huomioimiseen velvoittaviksi optimointikäskyiksi. Oikeusperiaate voi olla silloin normina edustamassa oikeuden pintatasoa syvempiä tasoja ja ilmiöitä, joihin nojautuen luonnottomuuksia voidaan havaita ja niiden vaikutuksia mahdollisesti poistaa tai vähentää.

Jotta oikeusperiaatteet voisivat toteuttaa tehtävää oikeuden eettisiin ja muihin luonnonoikeudellisiin voimassaolon näkökulmiin nojautuen, niiden tulee rakentua länsimaiseen eettiseen perustaan, perintöön ja perinteeseen. Tradition perustalta löytyy todennäköisesti darwinilaisessa valossa nykyisyyden ”apina”. Se on kehityksen lähtökohta, joka ei voi tietysti vastata kaikkiin modernin moraalifilosofisen diskurssin yksityiskohtaisiin hienouksiin. Laumavaisto puolestaan sopeuttaa kaikkea kulloiseenkin aikakauden sopivaksi. Mistä muualtakaan kuitenkin kannattaisi oikeusperiaatteen voimassaolon eettisen hyväksyttävyyden näkökulman vahvaan traditioon sidottuja perusteita lähteä hakemaan? Etiikan ja juridiikan välimaastossa liikkuva argumentaatio oikeuden voimassaolosta puhuttaessa on oikeuden pintatason merkitystä painottavassa positivistisessä oikeuskulttuurissa liikkumista erittäin kiistanalaisella alueella, jossa mielivallan pelko on suurta ja perustelluksi koettua.⁴³⁷ Kuitenkin väitettä tai suositusta oikeusperiaatteen voimassaolosta lähtökohtaisesti tukee, jos on kyetty tukemaan tätä väitettä uskottavasti esimerkiksi Platonin Kritonista ja sen teemoja syventävistä länsimaisen moraalifilosofian huipputeoksista johdettujen näkemysten avulla.

⁴³⁷ Ks. Kemppinen 1990, s. 59.

5.5 ETIIKKA FILOSOFISENA JA PERIAATTEELLISENA PROJEKTINA

Arvot ja oikeudenmukaisuus yhdistyvät rationaalisuuteen esimerkiksi monissa filosofien pyrkimyksissä kertoa perustellusti millainen on moraalisesti hyvä elämä. He ovat halunneet muotoilla yleisiä periaatteita oikealle toiminnalle tai sille, miten toisia ihmisiä tulee kohdella. Tällöin on kysymys preskriptiivis-normatiivisesta etiikasta. Filosofit pyrkii muotoilemaan moraalin ja hyvän elämän pääperiaatteita. Hän etsii perusteita, joilla voi eritellä erilaisia moraalisia sääntöjä.

Vallitsevat moraaliset periaatteet ovat aikojen kuluessa vaihdelleet jyrkästi. Kuitenkin kokonaisuutena omalle ajallemme vieraasta ajattelusta saat-
taa löytyä merkittäviä rationaalisia ainesosia moderniin eettiseen ajatteluun. Esimerkiksi käytännöllisen filosofian perustajanakin pidetty Aristoteles (384–322 eKr.) hyväksyi orjuuden, ja oli siltä osin ajattelussaan oman aikansa vanki. Kuitenkin hänen ajattelussaan on paljon sellaista, joka on kestänyt validina yli kahden vuosituhannen ajan aina nykyisiin moraalifilosofisiin diskursseihin asti.⁴³⁸

Filosofisen rationalistin keskeisin ero eettisissä keskusteluissa suhteessa saarnaajiin ja uskonnollisiin opettajiin on siinä, että filosofi ei usko voivansa antaa yksityiskohtaisia neuvoja siitä, miten kussakin käytännöllisessä tilanteessa tulisi toimia. Filosofit kuitenkin uskoo voivansa välittää ratkaisevan tärkeää yleistä tietoa oikeasta ja väärästä. Moraalifilosofia on siten periaateluonteista.⁴³⁹ Mistä sitten etsiä eettisesti hyvän elämän perusteita? Moraalifilosofien ratkaisut tähän kysymykseen voidaan jakaa kahteen ryhmään: deontologiseen velvollisuusetiikkaan ja teleologis-utilitaristiseen hyötyetiikkaan.⁴⁴⁰ Tähän jaotteluun on kuitenkin vaikeata soveltaa ideaalisiin reiluihin sopimuksiin nojautuvia näkemyksiä, jolloin ne muodostaisivat kolmannen ryhmän. Merkittävin sopimuseettinen menetelmäoikeudenmukaisuuteen ankkuroidunut näkökulma on John Rawlsin luoma tutkimussuunta, jota tosin esimerkiksi Airaksinen ei pidä niinkään moraalialue koskevana näkemyksenä, vaan kysymyksessä on hänen mukaansa yhteiskuntaa, sen jäseniä ja rakenteita koskeva näkemys.⁴⁴¹

⁴³⁸ Ks. Rentto–Klami-keskustelu LM 1995: (Rentto) s. 717–741 ja (Klami) s. 1109–1114. Ks. myös Saarinen 1995, s. 253.

⁴³⁹ Ks. Saarinen 1995, s. 253 Ks. myös Peczenik 1995, s. 446.

⁴⁴⁰ Ks. Saarinen 1995, s. 253.

⁴⁴¹ Ks. Airaksinen 1987, s. 204–205.

5.6 UTILITARISTINEN NÄKÖKULMA

Teleologiset teoriat painottavat tekojen seurauksia. Tekojen moraalinen arvo riippuu silloin siitä, mitä teosta seuraa. Jos seurauksia pidetään myönteisinä, on teko moraalisesti arvokas. Esimerkkinä teleologisesta moraali-filosofisesta ajatteluperinteestä voidaan mainita brittiläinen utilitarismi, jonka huipentumana on R. M. Haren kehittämät ajatusrakennelmat.⁴⁴²

Yksi mahdollisuus on punnita tekojen seurauksia niiden synnyttämän tuskan ja mielihyvän avulla. Mitä enemmän mielihyvää tai nautintoa ja mitä vähemmän tuskaa syntyy, sitä arvokkaampi on teko moraalisesti. Kysymys on silloin hedonismista, jossa hyvä määritellään mielihyvän avulla. Tekojen arvoa voidaan toki mitata muillakin kriteereillä. Esimerkiksi sen mukaan miten ne lisäävät valtaa, tietoa, ihmisen mahdollisuuksia toteuttaa itseään jne.⁴⁴³

Kenen etu ratkaisee? Eettisen egoismin näkökulmasta teko on moraalisesti oikein, jos se synnyttää mahdollisimman paljon myönteisiä seurauksia ja mahdollisimman vähän kielteisiä seurauksia teon tekijän kannalta arvioituna. Altruistinen etiikka katsoo, ettei aito moraali voi perustua pelkästään ihmisen omaan etuun. Lähtökohdaksi on asetettava toisten edut. Useimmille eettisille suuntauksille on ominaista, että ne korostavat ihmisen moraalisesta velvollisuudesta ottaa muut ihmiset huomioon ja osoittaa heille arvonantoa, mutta epäegoismi ei ole kuitenkaan mikään etiikan ehdoton tunnusmerkki tai päämäärä. Yhteisöllisyys voidaan palauttaa jo edellä esitetyllä tavalla nietzscheläisittäin laumavaistoon, jolloin egoismin ja yhteisöllisyyden välinen raja hämärtyy. Myös egoismin ja altruismin välinen raja voi hämärtyä:

”Kun näemme jonkun kärsivän, käytämme mielellämme näin tarjoutuvaa tilaisuutta vallataksemme hänet omaksemme; niin tekee esimerkiksi hyväntekeväinen ja sääliväinen, hänkin sanoo virittynyttä uuden omistuksen himoa ”rakkaudeksi” ja iloitsee siitä kuin uudesta hänelle viittovasta valloituksesta”⁴⁴⁴

Eettinen universalisti eli utilitaristi katsoo, että tekoja tulee arvioida yleisen edun näkökulmasta. Ihmisen tulee toimia siten, että hän edistää yhteisöllistä onnea ja mielihyvää.⁴⁴⁵ Tällöin hyöty eli utiliteetti on moraalin

⁴⁴² Ks. Airaksinen 1987, s. 82–89. Ks. myös Peczenik 1995, s. 398–404.

⁴⁴³ Ks. Saarinen 1995, s. 253.

⁴⁴⁴ Ks. Nietzsche, Iloinen tiede, s. 42.

⁴⁴⁵ Ks. Airaksinen 1987, s. 118–128.

perusta. Arvokasta ei ole teon epäitsekkyyys, jalous, kauneus tai muukaan itseisarvoisuus. Utilitarististen teorioiden eri muodoissa suurimman mahdollisen hyödyn tavoittelu ymmärretään usein suurimman mahdollisen nautinnon kokonaismäärän tavoitteluksi suhteessa kärsimyksen kokonaismäärään.⁴⁴⁶ Tällöin yhteiskunnan jäsenet oletetaan hedonisteiksi: he ovat kiinnostuneet vain mielihyvänsä maksimoimisesta ja mielihahansa minimoimisesta.⁴⁴⁷ Tässä ei ole kuitenkaan kysymys välttämättä itsekkyydestä (selfishness) vaan omista intresseistä (self-interest).⁴⁴⁸ Esimerkiksi tietoisesti tai ehkä tiedostamattakin omiin intresseihin nojautuvaa hyväntekeväisyyttä ei ole perusteltua katsoa itsekkyydeksi, vaikka se perustuu hyväntekijän mielihyvään, esimerkiksi Nietzschen edellä siteeratun näkemyksen mukaisesti.

Oikeusperiaatteiden eettiseen painoarvokysymykseen siirrettynä utilitaristinen näkökulma merkitsee sitä, että oikeusperiaatteen painoarvo on suuri, jos siihen liittyvät arvot ja tavoitteet ovat merkittäviä suurimman mahdollisen hyödyn tavoittelun näkökulmasta. Hyötyä tulisi kuitenkin kyetä jotenkin hahmottamaan ja jopa mittaamaan, jotta utilitaristista moraalia voitaisiin todella toteuttaa. Vahvimpana ehdokkaana mittarin rooliin pidän erityisesti oikeustaloustieteen piirissä esitettyä mittaria: varallisuutta mitattavaa rahaa.⁴⁴⁹ Oikeustaloustieteen utilitaristisiin lähtökohtiin soveltuu luontevasti yhteiskunnan kokonaisvarallisuuden määrän korostaminen.

”Taloudellisessa tehokkuudessa on kysymys kakun koosta, oikeudenmukaisuudessa sen jakamisesta. Mikäli tehokkuus ja oikeudenmukaisuus eivät ole ristiriidassa keskenään, ei synny ongelmia. Kakun kasvaessa jokaiselle tulee suurempi pala, oli kakku alunperin jaettu miten tahansa.”⁴⁵⁰

Oikeustaloustieteellisestä näkökulmasta voidaan siis puolttaa optimointikäskyjä, jotka velvoittavat ottamaan huomioon taloudelliseen tehokkuuteen sekä varallisuuden kasvun edistämiseen ja sen vähenemisen estämiseen liittyviä näkökantoja. Merkittävät yhteiskunnan varallisuuteen liittyvät näkökohdat ovat silloin sellaisia, että hyppy kokonaan niiden ylitse – tulkin-

⁴⁴⁶ Ks. Korkman & Yrjönsuuri 1998, s. 461.

⁴⁴⁷ Ks. Mähönen 1996, s. 175 (alaviite 1).

⁴⁴⁸ Ks. Mähönen 1996, s. 177.

⁴⁴⁹ Rahakäsityksen kehityksestä yhteisöllisten tarpeiden mukaisesti ks. H. Tolonen 1992, josta esim. s. 288–291.

⁴⁵⁰ Mähönen 1996, s. 186.

taan vaikuttavina näkökohtina – voisi olla ilvehtijän hypyksi luettavaa torjuntaa. Tällöin sellainen optimointikäsky, joka velvoittaa huomioimaan yleistä varallisuuden kasvua edistäviä ja sen vähenemistä estäviä normi-ideoita,⁴⁵¹ on velvoittavana voimassaolevaa oikeutta.

5.7 VELVOLLISUUSETIIKAN NÄKÖKULMA

Deontologisten velvollisuuseettisten teorioiden mukaan tekojen arvo ei riipu niiden välittömistä seurauksista. Keskeistä ei ole se, mitä teosta seuraa, vaan itse teko ja sen tekemisen takana olevat periaatteet. Itse teosta on löydettävä ominaisuuksia, jotka ratkaisevat sen moraalisen arvon. Inhimillisesti katsoen teon seurauksilla voi olla hyvinkin suuri merkitys, mutta nämä merkitykset täytyy jättää sivuun teon moraalisuutta arvioitaessa. Immanuel Kantin (1724–1804) moraalifilosofia on johtava esimerkki deontologisesta moraalinäkemyksestä. Kant haluaa riisua moraalilta kaikki vaikuttimet, jotka kytkettyvät inhimillisen elämän ei-periaatteelliseen puoleen. Mitä tahansa hyvää saankaan teoillani aikaan, se ei osoita tekojani moraaliseksi. Ne ovat moraalisia ainoastaan, jos ne on tehty oikeasta syystä: velvollisuudesta ehdotonta moraalilakia kohtaan, jollainen on Kantin määrittelemä kategorinen imperatiivi.⁴⁵²

Velvollisuusetiikan huippuna pidetyllä Kantin kategorisella imperatiivilla on seuraava sisältö: Toimi vain sellaisen maksimiin (periaatteen, elämänohjeen) mukaan, jonka voit toivoa tulevan yleiseksi laiksi.⁴⁵³ Kant ei torju vain utilitaristista ajattelua oikeudenmukaisuudesta, vaan myös konsensusseen ja sopimusetiikkaan nojautuvat näkökulmat. Tällöin hän torjuu ajatuksen, että jossakin yhteisössä vallitseva luonnollinen konsensus oikeasta tai kauniista olisi hyväksyttävä moraalin perusta. Hänen mielestään vain rationaalinen universaalisuus luo moraalin. Tällöin moraalin ydin on hänelle myös nimenomaan tiedon, ei tunteiden, kysymys.⁴⁵⁴ Kategorisen imperatiivin yleistettävä luonne tekee siitä totalisoivien ihanteiden mukaisen ajat-

⁴⁵¹ Lähinnä talouspoliittisia tavoitteita tai uskomuksia, jotka tulee vallitsevien elämänmuotojen piirissä mieltää yleistä vaurautta suojelevaksi tai lisääväksi.

⁴⁵² Ks. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. s. 400–421. Ks. myös Airaksinen 1987, s. 166–177.

⁴⁵³ Ks. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, s. 421.

⁴⁵⁴ Ks. Nousiainen, *Minun metodini*, s. 235.

telutavan. Yleistettävyyttä laajentaa tiedollisen hallinnan piiriä ja lisää pysyvyyttä ja kestävyyttä. Siten näkisimme Nietzschen tavoin⁴⁵⁵ kategorisen imperatiivin edustavan nimenomaan Platonin ideaopista alkanutta länsimaista totalisoivan ajatteluihanteen perinnettä.

Platonin Kritonissa Sokrateen suuhun laitetuissa sanoissa lähestytään oikeudellisesti mielenkiintoisella tavalla Kantin velvollisuusetiikkana myöhemmin huippuunsa vietyä deontologista näkökulmaa. Sokrates perustelee ystävälleen Kritonille alistumistaan törkeän epäoikeudenmukaisena pitämänsä kuolemantuomionsa täytöntöönpanoon, vaikka hänelle tarjotaan mahdollisuutta välttää se pakenemalla vankeudesta. Seuraavassa puheenvuorossa Sokrates julistaa pakenemisen olevan moraalisesti väärin juuri yleistettävyyteen palautuvien perusteiden vuoksi, vaikka kaikki juuri Sokrateen oikeustapausta koskeva epäfundamentaalin tavoitteellinen (utilitaristinen) perustelu siihen moraalisesti oikeuttaisi tai jopa velvoittaisi, ja juuri tällaista perustelua Sokratesta pakenemaan suostutteleva Kriton esittää runsain mitoin⁴⁵⁶:

”Sokrates: Katsotaan asiaa toiselta kannalta. Jos lait ja tämä valtio tulisivat luoksemme juuri kun olisimme lähdössä karkuun – vai miten sitä pitäisi nimittää – ja kysyisivät minulta: ’Sanopa mitä sinä oikein olet tekemässä? Ilmeisesti aiot omalta osaltasi mitätöidä meidät lait ja koko valtion. Et kai kuvittele että sellainen valtio voisi pysyä pystyssä, missä julistetut tuomiot eivät merkitse mitään, vaan yksityiset ihmiset voivat kumota ja mitätöntää ne?’”⁴⁵⁷

Tässä yhteydessä Kritonin puolustamat ja Sokrateen vastustamat yksityistapaukselliseen (AD HOC) tavoitteellisuuteen nojautuvat teot tuomioita vastaan voitaisiin rinnastaa AD HOC tavoitteellisuuteen yksittäisessä lainsoveltamisessa. Näkemys edustaa tämän päivän juristille tuttua yleistettävyyttä, jossa teon ja sen takana olevan periaatteen moraalinen arvo ei ole riippuvainen periaatteen ja sen mukaisten tekojen yksittäisistä seurauksista, vaan vastaavanlaisiin periaatteisiin nojautuvien tekojen merkityksestä koko yhteiskunnan toimivuudelle ja olemassaololle – tyydytyksestä yhteisöllisyyden säilymisen ja laumavaiston tarpeille. Oikeus on perustettava yleistettävyyteen, jossa yksittäisen tapauksen erityispiirteitä ei voida kokonaan huomioida. Oikeus siis etsiytyy koko ajan yhteiskuntaan, ei yksittäi-

⁴⁵⁵ Nietzsche, *Epäjumalten hämähä, s. 29.*

⁴⁵⁶ Tuorin kriittisen positivismin näkökulmasta Kriton esiintyy eräänlaisena kriittisenä epäpositivistina.

⁴⁵⁷ Platon, Kriton, s. 49.

siin elämäkertoihin, ainutkertaisiin kohtaloihin, kuten ilmeisesti valtaosa juristeista Aarnion tavoin näkee.⁴⁵⁸ Levinasilainen haaste länsimaisen ajattelun yleistävää totalisoivaa perinnettä vastaan on mielenkiintoinen, mutta se on (vielä) kaukana valtavirtaisesta näkemyksestä.

Laillisuuden säilymisen kannalta tästä deontologisesta näkökulmasta voidaan siis pitää arveluttavana, jos pelkät selkeää institutionaalista tukea vailla olevat yhteiskunnalliset tavoitteet voisivat syrjäyttää sellaiset ratkaisuvaihtoehdot, joiden premissit ovat formaalisesti vahvemmin katettuja esimerkiksi institutionaalisen tuen johtamisen ja oikeuden pintatasoa syvempien tasojen näkökulmasta. Tässä tarkastelussa voidaan lähteä liikkeelle Dworkinin määritelmien erottelusta periaatteiden ja yhteiskunnallisten tavoitteiden välillä.⁴⁵⁹ Tavoitteet tarkoittavat jonkinlaisten yhteiskuntapolittisten päämäärien edistämistä: "I call a "policy" that kind of standards that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of community..." Periaatteet puolestaan palautuvat yleistettävyydsarvoltaan merkittävimpiin lähtökohtiin, koska ne liittyvät yleiseen oikeudenmukaisuuteen ja siihen rinnastettavaan sosiaaliseen moraaliin: "I call a principle a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political or social situation deemed desirable, but because it is requirement of justice or fairness or some other dimension of morality."

Arvot voidaan nähdä pysyvämpinä ja korkeamman abstraktiotason entiteetteinä kuin esimerkiksi utilitaristisessa oikeustaloustieteellisessä punninnassa painottuneet tavoitteet. Tällöin ne ovat lähempänä kantilaista yleistettävyyden ideaalia. Arvojen idealuonteista vahvaa totalisoivaa luonnetta, joka ilmenee suurena – pysyvyydeltäkin näyttävänä tai ikuiseltakin vaikuttavana – ajallisena kestävyyttenä ja ehdottomuutena, saattaa lisätä myös se, että ne voivat olla itseisarvoiksi koettuina usein päteviä argumentaatioon sellaisenaan ilman, että asiassa tarvitsisi punnita seurauksia. Tällaiseksi arvoksi Peczenik näkee ihmisen elämän pyhyiden. Ihmisen elämän pelastamisen oikeutusta ei siten prima facie tarvitse asettaa hyötyä ja seurauksia koskevaan punnintaan. Sen sijaan esimerkiksi tiettyjä tekniseen kehitykseen sidottuja tavoitteita (ja miksi ei arvojakin) uhkaavat helpommin vastasyt ja vanheneminen kuin fundamentaalisia arvoja, joilla on myös vahva yleistettävyysspohja kategorisen imperatiivin näkökulmasta.⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ Aarnio, LM 1998, s. 988

⁴⁵⁹ Dworkin, Taking Rights Seriously, s. 20.

⁴⁶⁰ Ks. Peczenik 1995, s. 75–76 ja 208.

Dworkinin määritelmien erot tavoitteiden ja periaatteiden välillä voivat hahmottua nyt tarkastelemastamme deontologisesta näkökulmasta myös Tuorin tasotteluajattelun avulla. Dworkinin mainitsemat keskeisimmät sosiaaliseen moraaliin ja yleiseen oikeudenmukaisuuteen liittyvät periaatteet kytkeytyvät modernin länsimaisen oikeuden syvärakenteen periaatteisiin, jotka jäsentyvät ihmisoikeuksien ja oikeusvaltion ympärille.⁴⁶¹ Toisaalta periaatteet saattavat kytkeytyä myös oikeuskulttuurin tasoon.⁴⁶² Konstituutiosuhde tasojen välillä puolestaan viittaa siihen, että oikeuskulttuuri ja syvärakenne konstituivat pintatason tapahtumien mahdollisuuden. Tämä tapahtuu tarjoamalla ne käsitteelliset, normatiiviset ja metodiset välineet, joita ilman lainsäätäjää ei voisi säätää lakejaan, tuomari tehdä ratkaisujaan tai lainoppinut kirjoittaa kirjojaan ja artikkeleitaan. Kysymys on siis siitä, että pintatason ilmiöt edellyttävät premisseikseen pintatasoa syvempiä tasoja.⁴⁶³ Näihin premisseihin voidaan lukea keskeisiä arvoperiaatteita.

Keskeisen arvon ideaa edustava oikeusperiaate on esitettävissä voimassa-olevaksi oikeudeksi arvosuuntautuneen hyväksymisen näkökulmasta, jos turvaudumme tässä deontologisen näkökulman klassikoihin ja Tuorin esittämään konstituutiosuhteeseen. Oikeuden keskeisten premissien (oikeuskulttuurin ja syvärakenteen ilmiöiden) voi todellakin kantilaisittain⁴⁶⁴ toivoa tulevan yleiseksi laiksi, joka näkyy yksittäisissä ratkaisuissakin. Kysymyshän on yleistettävästä näkökulmasta syntyvistä oikeuden pintatason väistämättömistä premisseistä. Voidaan puhua oikeuden auktoritatiivisten ”pyhien” tekstien premisseistä, jos nämä tekstit ja niistä ilmenevät säännöt halutaan nähdä rationaalisina ja mielekkäinä kaaoksen välttämiseksi yhteiskunnassa ja lainsoveltajan päässäkin. Emme tällöin varmasti myöskään syyllisty Sokrateen moittiman Kritonin tavoin laillisuuden hylkäämiseen, jos väitämme dworkinilaista arvoperiaatetta voimassaolevaksi ja velvoittavaksi oikeudeksi ja vaadimme ehkä sen perusteella kritiikkisuhteeseen⁴⁶⁵

⁴⁶¹ Tuori, *Minun metodini*, s. 321.

⁴⁶² Tuori, *Minun metodini*, s. 320.

⁴⁶³ Tuori, *Minun metodini*, s. 323.

⁴⁶⁴ Tässä voi yhtyä Tolosen (Oikeustiede 1989, s. 338) esittämään ajatukseen dworkinilaisen oikeusperiaateajattelun selkeästä liittymisestä Kantin praktisen järjen filosofiaan ja siihen elimellisesti kuuluvaan eettisen yleistettävyyden ajatukseen, joita Kant on käsitellyt erityisesti teoksessa *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*.

⁴⁶⁵ Tuori, *Minun metodini*, s. 322. Vrt. Kunnaksen (1999, s. 80) aiemmin siteerattu näkemys kriittisen positivismin ja presumptiivisen positivismin epälainmukaisesta ja valtaa lainsäätäjältä ottavasta luonteesta lain sanamuodon vastaisissa ratkaisuissa.

nojautuen jopa sellaisia pintatason aineksia syrjäytettäväksi, jotka ovat selkeästi epäkoherenssissa syvempien tasojen kanssa. Tällöin voi olla kysymys kantilaisittain yleistettävämmän suuremmasta moraalisesta voimasta vähemmän yleistettävään nähden. Joka tapauksessa tällaisesta deontologisesta yleistettävästä näkökulmasta vahvan arvoperiaatteen hylkääminen oikeudellisessa harkinnassa kokonaan näyttäytyisi ilvehtijän hyppelyltä. Optimointikäsky velvoittaa silloin huomioimaan *aina* tulkinnessa, punninnassa ja optimoinnissa tällaisen kategorisen imperatiivin yleistettävyyden vaatimuksia vahvasti tyydyttävän normi-idean, kun oikeussääntöjä valitaan ja täsmennetään. Sellainen normi-idea synnyttää aina suurella painoarvollaan huomioimiseensa velvoittavan optimointikäskyn.

Dworkinilaisittain nähtynä syvärakenteesta voimassaololleen tukea saavia oikeusperiaatteita voidaan käyttää myös pintatason oikeudellisten ilmiöiden testaamiseen kansalaistottelemattomuutena. Tämä strategia onnistuessaan voi muuttaa oikeuden pintatasolla olevia ilmiöitä ja vahvistaa kansalaistottelemattomuuden oikeutuksena käytettyjen premissien oikeudellista statusta ja painoarvoa antaen niille tukea voimassaolevina painavina oikeusperiaatteina.⁴⁶⁶

Velvollisuusetiikkaan ja kategoriseen imperatiiviin perustuvaan ajatukseen voidaan lukea myös Dworkinin hyökkäys oikeuksien puolesta utilitarismia ja enemmistön välittömään etuun yksipuolisesti ankkuroidunutta argumentaatiota vastaan. Perustavana ajatuksena näkisin tässä Dworkinilla myös ajatuksen yhteisöllisyyden säilyttämisen ylivertaisuudesta, mikä heijastaa laumavaiston vaatimuksia. Kantin vaatimaksi yleiseksi laiksi Dworkin esittää sellaista, joka voi säilyttää yhteisöllisyyden. Yleisenä lakina ei voi puolestaan olla sellainen, joka merkitsisi yhteisöllisyyden ja yhteiskunnan (yhteiskuntasopimuksen) hajoamista, vaikka tällaista lakia voitaisiin puolustaa yleisen varallisuuden kasvun tai enemmistön erilaisten intressien perusteella demokraattisen enemmistön ”diktatuurin” näkökulmasta. Yksilölliset oikeudet voidaan perustaa siihen, että ne ovat yhteisöllisyyden säilymisen kannalta välttämättömiä, vaikka ne eivät olisi hyväksyttävissä utilitaristisesta ja enemmistön välittömien intressien näkökulmista. Tämä on mielestäni nähtävissä keskeisenä teemana Dworkinin klaskoteoksessa *Taking Rights Seriously*. Myöhemmässä tuotannossaan (*Law’s Empire*) Dworkin asettaa erityisesti oikeustaloustieteen lähtökohtiin kuuluvan utilitarismin toissijaiseen asemaan, sillä oikeustaloustieteessä ei anneta itsenäistä arvoa

⁴⁶⁶ Ks. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 206–222.

sille, että ihmisten tulee pitää huolta myös toisen eduista, mikä yhteisöllisyyden säilymisen kannalta on oleellista. Taloudellinen kokonaisuus ei voi syrjäyttää tällaista yhteisöllisyyden säilymisen kannalta keskeistä seikkaa.⁴⁶⁷

Yhteisöllisyyden kannalta on tärkeämpää laumahengen säilyminen kuin yhteiskunnallinen taloudellinen kokonaisuus. Vain vastavuoroisen subjektiivisten oikeuksien kunnioittamisen kautta voidaan turvata lauman säilyminen. Dworkin on pyrkinyt kuulemaan ja noudattamaan omista keskeisissä linjanvedoissa laumavaiston yhteisöllisyyden säilymistä vaativaa ääntä. Tästä näkökulmasta yhteisöllisyyden säilymisen kannalta *keskeisten* näkökohtien hyppääminen ylitse – huomioimatta niitä mitenkään – olisi ilvehtijätuomarin toimintaa. Tällaisten näkökohtien huomioimista vaativien oikeusperiaatteiden painoarvo on siten abstraktin voimassaolon näkökulmasta suuri.

Yhteisöllisyyden säilymisen kannalta demokratiaan sitoutuneessa valtiossa voisi olla suurena vaarana, jos esimerkiksi huomattava osa väestöstä katsotaan mielipiteiltään poliittisiksi rikollisiksi, joille voimassaolevan oikeuskäytännön valossa tulisi tuomita vankeusrangaistus. Syksyllä 1999 tehtiin mielipidetutkimus, jonka mukaan kolmannes suomalaisista haluaisi palauttaa pakolaiset kotimaihinsa. Keinoja tämän tahdon toteuttamiseen ei kysely, mutta niitähän toki riittää suostuttelusta pakkoon. Tiedotusvälineissä kauhisteltiin, että tuoreen alioikeuskäytännön nojalla kolmannes suomalaisista on rikollisia rasisteja, jotka tulee tuomita vankeusrangaistukseen, jos he uskaltavat mielipiteensä julkisesti ilmaista, jolloin tavoitteen toteuttamisen vaatiminen suostuttelumenetodeillakin olisi kriminalisoitava. Kuitenkaan tässä keskustelussa ei kauhisteltu normia, joka on kriminalisoinut merkittävän osan väestöstä poliittisiksi mielipiderikollisiksi, vaan paheksuttiin ja (uhkailtiin vankeusrangaistuksella) tätä merkittävää mielipidevähemmistöä (Helsingin Sanomat 17.9.1999, pääkirjoitus).

5.8 SOPIMUSETIIKAN NÄKÖKULMA

Oikeuden voimassaolon arvopohjainen hyväksyttävyyys voi perustua myös sopimuseettiseen näkökulmaan. Oikeuden katsotaan perustuvan tässä näkökulmassa jonkinlaiseen yhteiskuntasopimukseen, joka tekee oikeudesta

⁴⁶⁷ Ks. Dworkin 1986, s. 276–312. Ks. myös Nuotio 1998, s. 103.

sitovan. Jopa jokaisen yksilön saatetaan katsoa eksplisiittisesti tai ainakin implisiittisesti hyväksyneen oikeuden voimassaolevaksi liittymällä yhteiskuntasopimukseen. Tämän liittymisen perusteena voi vähimmillään olla pelkkä eläminen yhteiskunnassa. Sopimuseettisten teorioiden voidaan katsoa myös olevan lähellä yleistettävyyttä painottavaa kantilaista näkökulmaa.⁴⁶⁸ Sopimuseettisiä teorioita voidaan esittää lukuisia. Keskityn tässä kuitenkin klassiseen näkökulmaan, joka perustuu Platonin Sokrateen suuhun asettamiin sanoihin.

”SOKRATES: Ja lait vastaisivat näin: ’Eikö meillä ole sellainen sopimus, että valtion langettamiin tuomioihin on tyydyttävä?’ Jos me jäisimme ihmettelemään lait vastaisivat tähän tapaan: ’Älä sinä Sokrates yhtään ihmettele sitä, mitä me sanoimme, vaan vastaa. Kysyminen ja vastaaminenhan on sinun oma tuttu menetelmäsi. Sano nyt jo, minkä syytteen nojalla sinä käyt tuhoamaan meitä ja tätä valtiota? Emmekö me ole alun perin saattaneet sinua maailmaan ja eikö isäsi meidän avullamme saanut äitiäsi puolisoakseen niin että saattoi siittää sinut? Sano nyt näille avioliittolaeille tässä, moititko heitä kelvottomiksi?’ ’En moiti’, minä vastaisin. ’Entäs sitten ne lait, jotka koskevat lapsen elatusta ja kasvatusta, ne joiden nojalla sinustakin on aikanaan pidetty huolta?’... ”⁴⁶⁹

”...’Me olemme saattaneet sinut maailmaan, hoitaneet ja kasvattaneet sinut ja taanneet sinulle kaikki mahdolliset edut niin kuin muillekin kansalaisille. Siitä huolimatta voimme sanoa antaneemme jokaiselle halukkaalle täysi-ikäiselle ateenalaiselle oikeuden ottaa omaisuutensa ja lähteä, minne mieli tekee, jos tämä valtiojärjestelmä ja me lait emme kelpaa.’... ”⁴⁷⁰

Yksi myöhäisempi klassista oikeuden voimassaolon sopimusteoriaa puoltavista esityksistä on Minkkisen väitöskirjassaan esittelemä Nietzscheen sopimusteoreettinen rangaistusteoria, joka on hyvin lähellä Sokrateen (Platonin) hahmottamaa näkökulmaa:

”For Nietzsche, the social bond that constitutes a society is based on promise. A promise is a commitment to act in prescribed way in exchange for which the individual receives advantages of living in a community. But even if man makes her actions predictable by promising to act in certain way, she frequently forgets what she has committed herself to.

⁴⁶⁸ Esimerkiksi Klami (1990, s. 47) katsoo Rawlsin sopimuseettisen teorian ottavan etäisyyttä utilitarismiin nimenomaan kantilaisesta näkökulmasta.

⁴⁶⁹ Platon, Kriton, s. 50.

⁴⁷⁰ Platon, Kriton, s. 51

Therefore, a reminder is needed, and this is how Nietzsche conceptualises punishment.”⁴⁷¹

Yksi ehdottomasti vaikutusvaltaisimmista sopimusteoreettisista näkemyksistä modernissa juridisessa keskustelussa on Rawlsin sopimuseettisen ajattelun klassikkonakin pidetty oppi.⁴⁷² Se rakentuu ajatukselle ideaalisessa sopimuksesta noudatettavista moraaliperiaatteista. Tämän sopimuksen kaikkien ihmisten voidaan katsoa jollakin tavoin vähintäänkin implisiittisesti hyväksyneen. Hyväksyminen ei ole minkäänlaista kollektiivista enemmistön suorittamaa hyväksymistä, vaan kysymyksessä on ajatus jokaisen ihmisen suorittamasta yksilöllisestä hyväksymisestä. Kun kaikki ovat valinneet samat periaatteet, ei kenelläkään voi olla valittamista eikä motiivia jättää periaatteita toteuttamatta. Taustalla on ajatus siitä, että ihmiset itse luovat valinnoillaan moraalin itselleen, jolloin ei voida ajatella ihmisten alistuvan vain jonkinlaisen jo olemassa olevan luonnollisen moraalien määräyksiin.⁴⁷³

Oikeusperiaatekeskustelun kannalta on ollut erittäin merkittävä Rawlsin esittämä käsitys pohdintatasapainosta.⁴⁷⁴ Tämä Aristoteleen harkintatasapainon⁴⁷⁵ kaltainen malli tekee oikeusperiaatteet optimointikäskyinä mahdolliseksi. Kysymys on kuitenkin selvästi oikeusperiaatteen soveltamisesta. Se antaa mallin lopullisen ratkaisun (säännön) premissien löytämiseksi oikeusperiaatetta sovellettaessa. Tämä tutkimus keskittyy kuitenkin itse optimointikäskyn normatiivisten premissien muodostumiseen, sekä niiden löytämiseen että muodostamiseen aktiivisilla luovilla strategioilla. Tässä ei siten syvennytä tämän tarkemmin tähän koko oikeusperiaatekysymyksen kannalta silti oleelliseen kysymykseen. On tietysti selvää, että oikeusperiaate optimointikäskynä edellyttää punnintaan ja optimointiin soveltuvia malleja. Mitä tekisimmekään optimointikäskyllä, jos meillä ei olisi tarjolla keinoja optimoinnin suorittamiseksi? Laajasti hyväksytyt mallit puolestaan teke-

⁴⁷¹ Ks. Minkkinen (Correct Law), 1998 s. 237. Nietzsche pitää myös syyllisyyttä selkeästi konseptualistisena ilmiönä, jolla ei ole pysyvää perustaa. Konseptualistisen näkökulman ulkopuolista syyllisyyttä ei ole: ”Vaikka noitien teräväjärkisimmät tuomarit ja vielä noidat itekin olivat vakuuttuneita noituuden syyllisyydestä, ei syyllisyyttä kuitenkaan ollut. Näin on kaiken syyllisyyden laita” Nietzsche, Iloinen tiede, § 250.

⁴⁷² Ks. Dworkin, Taking Rights Seriously, s. 150–183. Ks. myös Klami 1990, s. 47–48.

⁴⁷³ Ks. Airaksinen 1987, s. 204–205.

⁴⁷⁴ Rawls, Oikeudenmukaisuusteoria, s. 20–24. Ks. myös Dworkin, Taking Rights Seriously, s. 159–168.

⁴⁷⁵ Ks. Aristoteles, Nikomakhoksen etiikka, 3-luku.

vät optimointikäskyistä houkuttelevia välineitä oikeudelliseen elämänhallintaan. Sellaiset punnintamallit siis voivat fundamentaalisessa tavalla puoltaa oikeusperiaatteen voimassaoloa.

Klami esittää käsityksensä, että Rawlsin sopimuseettinen malli on hankala sovellettava.⁴⁷⁶ Itse laajentaisin tämän käsityksen koskemaan kaikkia sellaisia sopimuseettisiä oikeuden voimassaolon malleja, jotka ovat monimutkaisina rakenteina ulottuneet kauas Platonin Sokrateen väitteiksi asettamista sopimusteoreettisten käsitysten ydinajatuksista, jos puhutaan nimenomaan oikeuden voimassaolosta. Sokrateen (Platonin) ja Nietzscheen perusajatus on kuitenkin puhdasta voimaa argumentoitaessa sitovana voimassaolevan oikeuden puolesta. Ytimessä on ajatus ihmisen sitoutumisesta jollakin tavalla yhteisöön hänen tehdessään jotakin tai jo pelkästään ollessaan jossakin yhteisössä jäsenenä. Tämä ajatus on sittemmin jalostettu Wittgensteinin toimesta ajatuksiksi elämänmuodosta ja kielipeleistä. Rossin ajatusta tuomarin ideologiasta⁴⁷⁷ mukaillen voidaan myös tuomarin sitoutumisen perusteena ja selityksenä nähdä tuomarin aiempia toimia tuomarina ja hänen olemisensa tuomarin roolissa. Ihmisen on vaikea irtautua toimintansa tai roolinsa kannalta oleellisista sitoutumisista, vaikka ne eivät olisi eksplisiittisiä vaan implisiittisiä. Tähän näkökulmaan palataan lainsoveltajan psykologisille sidonnaisuuksille omistetussa luvussa 9.

5.9 ARVOPERIAATEKYSYMYKSIÄ

Peczenik nostaa arvoperiaatteiden ja niihin nojautuneiden oikeusperiaatteiden kannalta esille kolme yleistä oppisuuntausta,⁴⁷⁸ joihin nojautuen voidaan mitata oikeusperiaatteen eettistä hyväksyttävyyttä ja painoarvoa seuraavilla kysymyksillä:

- *1. Utilitarististen oppien*

kannalta voidaan arvoperiaatteelle ja siihen nojautuville oikeusperiaatteille esittää seuraavia kysymyksiä:

⁴⁷⁶ Klami 1990, s. 48.

⁴⁷⁷ Ks. Ross, *Om ret og retfaerdighet*, s. 22–24, 56–57 ja 92.

⁴⁷⁸ Peczenik 1995, s. 452.

- a) Voiko periaatteella tukea toimintaa ja tekoja, jotka edistävät yhteiskunnan yleistä hyötyä ja menestystä?*
- b) Voiko periaatteella tukea toimintaa ja tekoja, jotka edistävät yleisesti ihmisten mahdollisuuksia onnelliseen elämään?*
- c) Voiko periaatteella tukea toimintaa ja tekoja, jotka sopeutuvat hyvin ihmisten preferensseihin?*

- **2. Oikeudenmukaisuusteorioiden**

kannalta voidaan kohdistaa seuraavat kysymykset:

- a) Voiko periaatteella tukea toimintaa ja tekoja, jotka parantavat yhteiskunnan heikko-osaisten asemaa?*
- b) Voiko periaatteella tukea toimintaa ja tekoja, jotka suojaavat ja edistävät laillisia oikeuksia?*
- c) Voiko periaatteella tukea toimintaa ja tekoja, jotka edistävät ihmisten mahdollisuuksia toteuttaa itseään lahjojensa ja taipumustensa mukaisesti?*
- d) Voiko periaatteella tukea toimintaa ja tekoja, jotka edistävät ihmisten yhdenvertaista kohtelua?*

- **3. Kommunitarististen oppien**

mukaan puolestaan voidaan periaatteeseen kohdistaa ainakin seuraava kysymys:

Voiko periaatteella tukea toimintaa ja tekoja, jotka ovat sopusuunnassa perhe-elämän, elinkeinoelämän, poliittisen elämän ja muiden vastaavien yhteisöllisten toimintojen tavoitteiden kanssa?

5.10 TAVOITEPOHJAISESTA HYVÄKSYTTÄVYYDESTÄ

Oikeudellinen käyttäytymiseltä voidaan myös odottaa sekä sääntöjen mukaisuutta että samalla tavoitteiden suuntaisuutta. Oikeuden voimassaolon selittäminen ainoastaan oikeusnormien noudattamisena niiden itsensä vuoksi on selityksenä varsin pinnallinen ellei sitten jopa kehäpäätelmänomainen. Normeja noudatetaan tästä näkökulmasta katsoen niiden tavoitteiden vuoksi, joita normeilla pyritään edistämään.⁴⁷⁹ Nähtäessä oikeus yhteiskunnallisena ilmiönä nämä tavoitteet on luontevaa nähdä rationaalisina

⁴⁷⁹ Ks. Klami 1986, s. 46–47.

yhteiskunnallisina tarkoituksena. Jos todennäköinenkin käyttäytyminen on ymmärrettävissä ainoastaan normien tavoitteellisen hyväksymisen kautta, ja toisaalta myös arvojen taustalla voidaan nähdä tavoitteita itseisarvoisuuden asemasta, oikeuden voimassaolon selittäminen voidaan oleelliselta osin palauttaa oikeuden tavoitetaustaan.

Arvoperusteisella juridisella argumentaatiolla ei ole ehdottoman tarkkaa rajaa suhteessa tavoiteperusteiseen juridiseen argumentaatioon. Arvoperusteisiin vedotaan argumentaatioissa, koska niitä pidetään arvokkaina sinänsä. Tavoiteperusteeseen viittaaminen sisältää väitteen, että sen mukainen seuraus on tavoittelemisen arvoinen ja siis arvokas, jolloin tavoitteet on jollakin tavalla palautettavissa arvoihin. Pyrkimys arvon toteuttamiseen voi puolestaan olla tavoite.⁴⁸⁰ Jonkinlainen rajanveto on kuitenkin mahdollinen. Eroa voidaan pyrkiä näkemään esimerkiksi siten, että tavoiteperusteella viitataan kollektiivisiin päämääriin, jolloin tavoiteperusteella ei ole suoraa yhteyttä yksilön tai ryhmään oikeuksiin. Arvoperuste puolestaan tukee yksilön tai ryhmän oikeutta.⁴⁸¹ Arvoperiaate voi myös viitata jo edellä käsitellyllä tavalla laumavaiston kannalta fundamentaaliin itseisarvoihin. Se voi myös luontevammin viitata totalisaatiovoimaltaan laajempiin, yleistettävämpiin ja kestävämpiin normi-ideoihin.

Oikeusperiaatteen voi tehdä tarpeelliseksi se, että sillä kyetään McCormickin havainnollisesti osoittamalla tavalla yhdistämään keskeisiä yhteisöllisiä tavoitteita juridiseen argumentaatioon. Tällöin juridista argumentaatiota ei tarvitse nojata vain teleologiattomuutensa vuoksi ehkä mieltävaltaisiltakin vaikuttaviin sääntöihin, vaan avataan mahdollisuus nähdä oikeus koherenttina joukkona sääntöjä, jotka pyrkivät turvaamaan yhteisöllisiä tavoitteita.⁴⁸² Tällöin tavoitteet saavuttavat sääntöjen merkityksellisyydelle ja mielekkyydelle tärkeän normi-idean aseman. Tavoitteiden asema sellaisina normi-ideoina, joiden ylitse hyppääminen vastoin painavien tavoitteiden muodostaman optimointikäskyn vaatimuksia näyttäytyisi laumavaiston ilmentämän elämänmuodon valossa helposti perusteettomalta torjunnalta (ilvehtijän hypyltä), perustuu tällöin juuri siihen, että oikeuden taustatavoitteet mahdollistavat lainsäätäjän valtavan puhetulvan⁴⁸³ näkemi-

⁴⁸⁰ Arvoperiaatteiden ja tavoitteiden korvaamisesta toisillaan ks. Tolonen, Oikeustiede 1989, s. 341.

⁴⁸¹ Ks. Jonka 1991, s. 158.

⁴⁸² Ks. McCormick 1978, s. 156–157.

⁴⁸³ Lainsäätäjän valtavasta puhetulvasta ks. Tuori, LM 1998, s. 1006.

sen järjellisesti hallittavana, merkityksellisenä ja mielekkäänä. Tällöin voidaan puhua tavoiterationaalisuuden toteuttamisesta.⁴⁸⁴ Pelkkä tavoiterationaalisuus ei kuitenkaan riitä oikeudellisen statuksen syntymiseen,⁴⁸⁵ vaan tarvitaan institutionaalista tukea, joka synnyttää normatiivisen merkityksen.

⁴⁸⁴ Tavoiterationaalisuudesta ja sen suhteesta normirationaalisuuteen ks. Klami, JFT 1980, 308–320.

⁴⁸⁵ Ks. Siltala 1998, s. 57.

6 Sidonnaisuus auktoritatiivisiin teksteihin

6.1 PERUSNÄKÖKULMIA TEKSTISIDONNAISUUTEEN

Atomaaristen auktoritatiivisten tekstien asemaa oikeuden voimassaolon kannalta voidaan lähestyä eri näkökulmista. Ensinnäkin niille ei välttämättä anneta minkäänlaista itsenäistä asemaa oikeuden voimassaolon kannalta, vaan ratkaisevassa asemassa ovat arvot ja tavoitteet tekstien takana. Tekstisidonnaisuus voidaan myös hahmottaa tasottelumallien sedimentaatio-suhteen kautta, jolloin oikeuden pintatasolle paikallistuva tekstisidonnaisuus voidaan nähdä merkittävänä lähtökohtana kaikelle oikeuden voimassaololle. Tässä tapauksessa voidaan kuitenkin hahmottaa erilaista jäsentävää ainesta, joka on itse teksteissä ”läsnä” korkeintaan implisiittisesti, koska pintatasoa syvemmät tasot eivät muodostu automaattisesti pintatason teksteistä, vaan rationaalisen apriorisen aineksen kautta käsiteltynä. Myös fanaattinen sitoutuminen teksteihin ja lain sanamuotoon pintatason ilmiönä ”tekstibongauksen” ja ”tekstiempirismmin” strategioihin yksipuolisesti tarttumalla on mahdollista, jolloin oikeuden voimassaolon muodostuminen sidonnaisuhteista arvoihin ja tavoitteisiin tekstien taustalla pyritään määrätietoisesti kieltämään. Samoin pintatasolla ilmeneviin auktoritatiivisiin teksteihin tiukasti ankkuroitunut lakipositivismi kieltää luonnollisesti pintatasoa syvempien tasojen merkityksen oikeuden voimassaolon kannalta. Totalisoivasti ennakolta premissellä asettavat tekstit hylätään myös dynaamiseen olemisen kohtaamiseen pyrkivissä antitotalisoivissa ideologioissa.

Erilaisia näkökulmia tekstisidonnaisuuteen voidaan hahmottaa Siltalan muotoilemia tuomarin ideologioita *soveltavasti* käyttämällä, vaikka Siltala tosin on muotoillut ne ennakkoratkaisun sitovuuden näkökulmasta pitäen silmällä formaalisuuden asteen vaihtelua. Mikään ei estä tuomaria käyttännössä soveltamasta useiden ideologioiden mukaisia strategioita. Kysymys onkin seuraavassa esityksessä *ideaalittyypeistä*.⁴⁸⁶

⁴⁸⁶ Ks. Siltala 1998, s. 114 ja väitöskirjan tiivistelmä sekä sen esittely LM 1999, s. 674–691.

1. *Ehdottoman tekstisidonnaisuuden ideologiat.* Tuomari on tiukasti sidottu pintatason teksteihin. Oikeusperiaate ei ole voimassa, jos sitä ei ole mainittu eksplisiittisesti pintatason auktoritatiivisissa teksteissä. Tämä näkökulma on lähellä kelseniläisen lakipositivismin ankarimpia sovelutuksia.

2. *Oikeudellisen eksegeesin ideologiat.* Tuomari on sidottu tekstien asettajan alkuperäisiin tarkoituksiin ja tavoitteisiin. Oikeusperiaatteen voimassaoloa voidaan perustaa silloin tekstien lisäksi tekstien taustalla oleviin arvoihin ja tavoitteisiin. Arvoja tai tavoitteita ei saa kuitenkaan irrottaa teksteistä. Helinin vaihtoehtoisen lainopin kritiikkinä esille ottama ilmiö,⁴⁸⁷ jossa oikeuteen säännön tausta-arvona pujahtanut arvo voisi vaeltaa minne tahansa, ei ole tästä näkökulmasta hyväksyttävissä. Poikkeussäännön myötä oikeuteen pujahtanut arvo ei ole voimassa yleisenä vahvana oikeusperiaatteena. Tämä näkökulma on lähellä sellaisia analyyttisen koulukunnan painotuksia, jotka korostavat lainsäätäjän tahdon tarkkaa noudattamista sitoutumalla käsiteanalyyysin tuloksiin.

3. *Systeemisidonnaisuuksien ideologiat.* Tuomari on sidottu erilaisilla rationaalisuuden strategioilla luotuihin systeemeihin, jossa tekstit saavat merkitystä erilaisten rationaalisuusstrategioiden muodostaman sidonnaisuussuhdeverkoston ja normi-ideoiden valossa. Oikeusperiaate saa voimassaolonsa osana systeemiä, johon yleensä kuuluu yhteyksiä auktoritatiivisiin teksteihin. Oikeusperiaate ei voi olla voimassa normina pelkäämään oikeuden tausta-arvona tai tavoitteena, vaan sille on osoitettava institutionaalista tukea. Toisaalta pelkkään pintatason tekstiin ei voi luottaa. Oikeuden pintatasoa syvempien tasojen kritiikkisuhteeseen nojautuen pintatason ”huuhaata” voidaan syrjäyttää. Tämä on lähellä dworkinilaista näkökulmaa.

4. *Heikon vapaan harkinnan ideologiat.* Tuomari ei ole ankarasti sidottu systeemiin dworkinilaisessa mielessä, mutta on kuitenkin sidottu yleisiin periaatteisiin, jotka tähtäävät törkeimmän miellivallan välttämiseen oikeudellisessa harkinnassa myös aukkotilanteissa. Sidonnaisuus teksteihin on vahva, mutta hartilaisittain aukkojakin on nähtävissä, koska ratkaisu ei ole tiukasti sidottu systeemiin. Tuomarilla on varsin vapaat mahdollisuudet harkita näkeekö hän tekstien tulkinnallisella alueella oikeusperiaatetyyppisen laajan normin. Tekstien tausta-arvot ja tavoitteet eivät kuitenkaan sido ehdottomasti eivätkä ainakaan voi syrjäyttää muodollisesti pätevää tekstiä.

5. *Aksiologiset ja teleologiset ideologiat.* Oikeuden voimassaolo ei perustu tekstisidonnaisuudelle, vaan arvoihin ja tavoitteisiin, jotka ovat oikeuden perustana tai sen taustalla. Äärimmäisenä vaihtoehtona on ar-

⁴⁸⁷ Ks. aiemmin analyyysin strategioiden yhteydessä.

vojen ja tavoitteiden yhteyden katkeaminen kokonaan auktoritatiivisiin teksteihin, jos ne voivat liikkua oikeuden kentällä vapaasti, kun ne ovat kerran onnistuneet esimerkiksi jonkun erityisalan sääntelyn poikkeussäännön tausta-arvoina oikeuteen pujahtamaan. Oikeusperiaatteen voimassaolo perustuu puhtaasti arvojen ja tavoitteiden painoarvolle ja paino-olottuvuudelle, jolloin auktoritatiivisiin teksteihin kohdistuvien (rationaalisten) yhteyksien asemasta voimassaolon ratkaisee oikeusperiaatteen kytkeytyneiden arvojen ja tavoitteiden merkitys koko oikeusjärjestelmän ja yhteiskunnan kannalta. Tämä vaihtoehto on lähellä sekä puhtaita luonnonoikeudellisia käsityksiä että ennalta asetettuihin yhteisöllisiin tavoitteisiin sidottuja ”sosiaalisen insinööritaidon” pyrkimyksiä.

6. *Antitotalisoivat ideologiat.* Kysymys on tuomarin irtautumisesta kaikkien auktoritatiivisten tekstien ja normi-ideoiden totalisoivasta vaikutuksesta, jolloin hän antautuu vääryyden ja oikeuden intuitiiviseen tai tapauskohtaiseen tunnistamiseen levinasilaisella olemisen kohtaamisella kasvoista kasvoihin. Samaten hän voi toteuttaa lainsäätäjän tavoin vapaasti ”sosiaalista insinööritaitoa”. Oikeusperiaate voi sisällöltään väljänä ja punnintaan velvoittavana normina jättää tilaa tilannekohtaiselle harkinnalle, vaikka se tuo toisaalta myös ennakoivan elämänhallinnan vaatimia totalisoivia piirteitä oikeudelliseen harkintaan vaatimalla joidenkin näkökohtien huomioimista oikeudellisessa päätöksenteossa ja muussa oikeudellisessa ajattelussa.

6.2 YLEISTÄ INSTITUTIONAALISEN TUEN VAATIMUKSESTA

Oikeusperiaatteen voimassaolon rakentumista pelkän aksiologisen ja teleologisen hyväksyttävyyden varaan on pidettävä niin suomalaisessa oikeustieteessä kuin kansainvälisessä oikeusteoreettisessa keskustelussakin melko vieraana ajatuksena. Oikeusperiaatteen kuuluminen oikeusjärjestelmään edellyttää, että sille voidaan edes jollakin tavalla osoittaa tukea oikeuslähteistä.⁴⁸⁸ Havainnot säännönmukaisesti noudatetusta käyttäytymisestä viranomaistoiminnassa (tehokkuus) eivät myöskään voi pätevällä tavalla syrjäyttää kokonaan varsinaisen muodollisjuridisen ja auktoritatiivisiin teksteihin nojautuvan institutionaalisen tuen tarvetta, vaikka ne voisivatkin yhdestä oikeuden voimassaolon näkökulmasta tukea väitettä voimassaolosta

⁴⁸⁸ Ks. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 40 ja 64–68.

ja lisätä painoarvoa.⁴⁸⁹

Ilman minkäänlaista sellaista institutionaalista tukea, joka toteutuu yhteyksinä auktoritatiivisiin teksteihin, on kyseenlaista puhua lainkaan juridisesta argumentaatiosta, vaan tällöin on kysymyksessä moraalifilosofisesta, yhteiskuntatieteellisestä tai jostakin muusta ulkojuridisesta argumentaatiosta, joka tosin saattaa sivuta hyvinkin läheisesti juridiikkaa ja lainoppia olematta sitä silti.⁴⁹⁰ Juridisessa argumentoinnissa ei voi olla kyse mistä tahansa arvoja ja tavoitteita koskevasta väittelystä, jossa voitaisiin hyväksyä yksilölliset eettiset ja poliittiset arvostukset.⁴⁹¹ Teleologian ja aksiologian on muututtava asianmukaisissa prosesseissa oikeudelliseksi normatiivisuudeksi, jota oikeusnormilta vaaditaan erityisen legitimitetin synnyttämiseksi.⁴⁹² Oikeudellisesta normikonstruktiosta voidaan puhua vasta, kun tässä konstruktiossa on sisäänrakennettuna tämä transformaatio. Moraaliperiaatteista tai yhteiskunnallisista tavoitteiden asetteluista ei siten voi tulla oikeusperiaatteita vain yleisen hyväksyttävyyden nojalla, vaan ne on oikeusperiaatteiksi lainsäädännöllä tai oikeuskäytännöllä transformoitava.

6.3 ENNAKOITAVUUS, YKSINKERTAISUUS JA AUKTORITEETTIARVO

Pintatason atomaaristen tekstipätkien sitovuuden horjuttaminen oikeuden voimassaolon perustana mahdollistaa pintatason ”huuhaan” hylkäämisen voimassaolevana oikeutena. Auktoritatiivisten tekstien (pintatason) alle jäävistä arvoista, tavoitteista, käsitteistä ja teoreettisista muodostelmista autuaan tietämätön kansalainen voi tämän näkökannan saadessa voiton joutua pettymään karvaasti. Hän saattaa rakentaa elämänhallinnan pyrkimyk-

⁴⁸⁹ Ks. Klami 1986, s. 44. Väestöryhmät on saatettu asettaa säännösten normiformulaatioissa selkeän eksplisiittisesti ja poikkeuksettomasti tasaveroiseen asemaan. Tuomioistuinten asettaessa tällöin esimerkiksi *säännönmukaisesti* jonkin tietyn väestöryhmän epätasa-arvoisesti rangaistuksia määrättäessä selvästi muita väestöryhmiä huonompaan asemaan ei voida väittää tämän diskriminaation olevan voimassa olevien oikeusnormien mukaista, ainakaan ilman voimakkaan kritiikin mahdollisuutta. Auktoritatiivisten tekstienkin salliessa tällaisen käytännön tai jopa edellyttäessä sellaista jää jäljelle mahdollinen arvopohjainen luonnonoikeudellinen kritiikki.

⁴⁹⁰ Ks. Peczenik 1995, s. 206.

⁴⁹¹ Ks. Jonkka 1991, s. 159.

⁴⁹² Ks. Klami 1989, s. 18.

siaän sellaisten tekstien varaan, joiden sanamuotoa vastaava sisältö ei näyttäisi vastaavan monimuotoisilla sidonnaissuhteilla voimassaolevaksi oikeudeksi ankkuroituneita oikeusperiaatteita, jotka puolestaan ilmentävät systematisoitua ja synenergisoitua oikeutta, vaikka nämä atomaariset pinta-tason tekstit muodollisen asemansa puolesta olisivat vahvoja auktoritatiivisia tekstejä.

Tekstisidonnaisuuden ja institutionaalisen tuen vaatimus perustuu yhdeltä osin ennakoitavuuden tavoitteeseen. Kansalaisella on oltava mahdollisuus luoda käsityksensä oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan suoraan auktoritatiivisiin teksteihin ja niiden sanamuotoihin nojautumalla, kun hän päättää tulevista toimistaan.⁴⁹³ Oikeus voidaan nähdä kognitiivisesti avoimena mutta normatiivisesti suljettuna järjestelmänä, jossa oikeuden taustalta havaittavissa olevat arvot ja tavoitteet tulevat juridisen argumentaation välineiksi vasta tultuaan institutionaalisen tuen kautta integroiduksi eksplisiittisesti oikeuden sisään ja käännettyksi oikeuden kielelle auktoritatiivisiksi teksteiksi.⁴⁹⁴ Tämäkin näkökulma perustuu pitkälti ajatukseen lainkäytön ja viranomaistoiminnan ennakoitavuudesta, joka saavutetaan pitämällä atomaarisia auktoritatiivisia tekstejä velvoittavina ja deonttisen statuksen omaavina.⁴⁹⁵ Vaatimus tekstisidonnaisesta institutionaalisesta tuesta voidaan perustella myös pyrkimyksillä yksinkertaistaa juridista päätöksentekoprosessia. Auktoritatiivisiin teksteihin tarttuvalla sitoutumisella voidaan pyrkiä välttämään eksplisiittisten eettisten punnintojen ulottuminen

⁴⁹³ Ks. Pekka Laaksosen kirjoitus ”Kansalaisten on voitava luottaa lain sanamuotoon” viikkolehti Nykypäivässä 15.2.2000, s. 7. Perinteistä suomalaisen oikeustieteen näkemystä maallikkojen turvautumisesta auktoritatiivisten tekstien sanamuotoihin oikeuden aksiologisen ja teleologisen taustan asemasta edustaa esimerkiksi seuraava Alasen (Alanen 1950, s. 79) näkemys: ”Kuten edellä on huomautettu, on lakimieskoulutuksen saaneen henkilön ajatus vapautuneempi, vähemmän lain kirjaimeen sidottu kuin maallikon. Maallikot liikkuvat jollakin tavoin heikommalla jäällä kuin lakimiehet ja ovat he tästä syystä varovaisempia ja kirjaimellisempia.” Voisi kuitenkin ajatella, että ainakin maallikon suunnitellussa toimintaansa sen laillisuuden kannalta merkitsee hänen sosiaalistamansa ja yleisesti hyväksytty yhteiskunnallinen arvo- ja tavoitetausta enemmän kuin auktoritatiiviset tekstit. Toisaalta myös niin monet maallikot kuin juristikin saattavat kokea nimenomaan auktoritatiivisten tekstien lukemisen (tulkitsemisen) heikoilla jäällä liikkumiseksi. Teksteillä sinänsä ei olekaan ehkä nähtävissä mitään ehdotonta ”kirjaimeen sidottua” yksiselitteistä sisältöä sen enempää nuoremman Wittgensteinin todellisuuden kuvana kuin hänen myöhemmän tuotantonsa kielipelinäkään, vaan merkityssisällöt aukeavat moneen suuntaan. Derridan ja modernin dekonstruktivismiin inspiroimasta käsityksestä laintulkinnasta heikoilla jäällä liikkumisena ks. Siltala 1998, s. 269–271.

⁴⁹⁴ Ks. Peczenik 1995, s. 155.

⁴⁹⁵ Ks. Peczenik 1995, s. 92.

kaikkean juridiseen ratkaisutoimintaan.⁴⁹⁶ Oikeus on silloin teksteihin jätettyä aksiologiaa ja teleologiaa, johon voidaan turvautua ilman tavoitteellisia ja moraalisia punnintoja jokaisen ratkaisun osalta erikseen.

Tekstisidonnaisuuden taustalla on myös ajatus lainsäätäjän auktoriteettiin vetoamisesta.⁴⁹⁷ Lainsäätäjän auktoriteetti puolestaan saa perusteensa poliittisen järjestelmän nauttimasta legitimitetistä. Demokraattiseen lainsäätämiseen sitoutuminen merkitsee sitoutumista myös tässä prosessissa tuotettuihin auktoritatiivisiin teksteihin.⁴⁹⁸ Auktoritatiiviset atomaariset pintatason tekstit saatetaan myös nähdä ”demokraattisempaan” kielenkäyttöön ja eksplikaatioon nojautuvina kuin tieteellisen käsittelyn ja muokkaamisen tuottamat systeemiä ja synergiaa ilmaisevat konstruktiot.⁴⁹⁹ Hie- man samanlainen asema, mutta lainsäätäjän auktoriteettiasemaa heikompi, voidaan nähdä myös tuomioistuimilla ja tietyillä maan tavoilla.⁵⁰⁰ Tuomioistuimen auktoriteetti voi siten tehdä sen antamista ratkaisuteksteistä auktoritatiivisia tekstejä.

6.4 TEKSTISIDONNAISUUDEN KRITIIKKI

Yleisesti omaksuttu *usko* kykyyn muodollisjuridiseen sanamuotosidonnaisuuteen turvautumalla yksinkertaistaa, selkeyttää, hallita ja ennakoida juridista ratkaisutoimintaa sekä usko tämän oikeuden voimassaolon näkökulman vahvaan auktoritatiiviseen taustaan lisää sen tosiasiallista painoarvoa. Toisaalta tätä uskoa ja muodollisjuridisen näkökulman painoarvoa heikentää usko siihen, että mitään ainoaa oikeata sanamuotoon nojautuvaa oikeuden sisältöä ei ole koskaan löydettävissä, vaan kielellisille ilmaisuille on ominaista ennemminkin niiden aukeaminen monimerkityksellisenä.⁵⁰¹

⁴⁹⁶ Ks. Raz 1979, s. 33.

⁴⁹⁷ Ks. Peczenik 1995, s. 208.

⁴⁹⁸ Ks. Peczenik 1995, s. 63–71.

⁴⁹⁹ Ks. Kivivuori 1978 (1971), s. 99.

⁵⁰⁰ Ks. Peczenik 1995, s. 208–209.

⁵⁰¹ Ks. Siltala 1998, s. 19–35 ja 257–271. Siltala tuo esille tekstisidonnaisen juridisen ajattelutavan periaatteellisia ongelmia niin teksteihin nojautuvan konstruktivisen kuin dekonstruktivisenkin ajattelun kannalta. Tämän perusteella tulee mahdolliseksi avoimen lukemisen strategiat (s. 25–26), jotka väistämättä heikentävät pintatason tekstien sellaista yksiselitteistä merkitystä, joka olisi välittömästi helposti ”bongattavissa”.

Uskoa tekstisidonnaiseen muodollisjuridiseen näkökulmaan ainoana oikeana oikeuden voimassaolon näkökulmana horjuttaa myös oikeuden näkeminen tiiviisti sen arvo- ja tavoitetaustaan sidottuna, jolloin oikeutta ei voi hallita mielekkäänä ainoastaan sanamuotoja ”bongaamalla”. Samaan suuntaan puhuvat myös yksittäisten tekstipätkien ristiriitaisuudet. Perinteiset etusijaperiaatteet tosin näitä ristiriitaisuuksia saattavat ratkoa. Näitä ovat hierarkiaetusija (lex superior), diakroninen etusija (lex posterior) ja analyttisen tarkkuuden etusija (lex specialis). Ristiriitaisuuksien poistaminen voi näyttää binaarisen syrjäyttämisen ja torjunnan strategiana vaikealta, hankalalta ja epätarkoituksenmukaiselta, vaikka meillä olisi nämä periaatteet käytössämme.

Ehdotonta rajanvetoa institutionaaliseen tukeen nojautuvaan muodollisjuridiseen näkökulmaan ja oikeuden teleologista ja aksiologista taustaa korostaviin painotuksiin ei voida tehdä. Oikeudellisessa tiedonhallinnassa on erityisesti dworkinilaisen näkökulman mukaan kysymys *kokonaisuudesta*. Tässä kokonaisuudessa oikeuden voimassaolon erilaisten näkökulmien tulee muodostaa sellainen vakuuttava koherentti kokonaisuus, joka mahdollistaa oikeusperiaatteen liittämisen osaksi oikeusjärjestelmää. Institutionaalisen tuen osoittaminen yhteytenä auktoritatiivisiin teksteihin lisää kyläkin vahvan lähtökohtaisesti oikeusperiaatteen painoarvoa.⁵⁰²

Tekstit voidaan nähdä pelkästään välineinä tuomassa esiin niitä tavoitteita ja arvoja, jotka lainsäätäjällä on tekstien välityksellä ilmaissut. Tällöin oikeus palautetaan kokonaisuudessaan arvoihin ja tavoitteisiin, jotka lainsäätäjällä on ”jäädäyttänyt” oikeudeksi. Auktoritatiiviset tekstit eivät ole silloin sellaisenaan oikeuden voimassaolon perusteita. Lainkäyttäjällä ei ole sidottu teksteihin (ainakaan pintatasolla), vaan niiden taustalla oleviin arvoihin ja tavoitteisiin sekä mahdollisesti myös monimuotoisilla sidonnaissuhteilla voimassaolevaksi oikeudeksi nähtyihin konstruktioihin, jotka ovat rationaalisia normi-ideoita.⁵⁰³ Oikeuden voimassaolo ei silloin perustu teksti-

⁵⁰² Ks. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 40, 68, 126.

⁵⁰³ Erilaiset syvätason konstruktioit voidaan nähdä myös puhtaasti teksteihin perustuvana, jos oikeus halutaan välttämättä nähdä irrallaan arvoista ja tavoitteista. Tällöin nämä konstruktioit eroavat kuitenkin pintatason teksteistä siten, että niiden taustalla olevat kielen hallintaan ja erityisesti semantiikkaan liittyvät sidonnaissuhteet eivät ole pelkästään kielenkäyttöön ja tulkintaan liittyviä sidonnaissuhteita (sääntöjä periaatteita ja teorioita), vaan niiden taustalla on erilaisten tekstien keskinäisten suhteiden hallintaan liittyviä sidonnaissuhteita. Itse lukisin oikeuden arvo- ja tavoitetaustaan liittyvät sidonnaissuhteet ainakin *PRIMA FACIE* oikeusperiaatteiden ja muiden oikeudellisten syvätason konstruktioiden voimassaolon perusteisiin.

sidonnaisuudelle, vaan arvoihin, tavoitteisiin ja tekstisidonnaisuudesta irrottujen syvätasojen rationaaliin konstruktioihin oikeuden perustavina normi-ideoina. Kysymys on edellä laajasti eri yhteyksissä käsitellyn platonilais-kantilaisen normi-idealismien viemisestä äärimmilleen.

Tekstit voivat olla sanamuodoltaan semanttisesti epäonnistuneita, jolloin lainsäätäjällä ei ole onnistunut vangitsemaan ja jäädyttämään tekstien sanamuotoon tarkoittamiaan arvo- ja tavoitevalintoja. Auktoritatiivisten tekstien takana voi olla myös epäonnistunutta harkintaa. Tekstit voivat implikoida sanamuodossaan epäonnistunutta syntytaustaan. Epäonnistuminen ja ajasta jälkeen jääminen (muumioituminen) puolestaan voi luontevasti ilmetä jyrkässä ristiriidassa ja epäkoherenssissa koko oikeusjärjestelmän tausta-arvojen, -tavoitteiden sekä systematisoitua ja synenergisoitua oikeutta edustavien muidenkin normi-ideoiden kanssa.⁵⁰⁴ Epäonnistuneen lainsäädännön takana voi olla myös puute resursseista. Suomessa on Kemppisen mukaan ollut yleisesti puutetta sekä taloudellisista että henkilöresursseista.⁵⁰⁵ Tekstisidonnaisuuden kritiikissä ei kuitenkaan ole kysymys vain tekstien valmistajan (lainsäätäjän) epäonnistumisesta. Kemppinen valottaa väitöskirjassaan lain historiallisuuden vaikeaa ongelmaa seuraavasti:

”Lain historiallisuus on vaikea teoreettinen ongelma. Vaikka otaksuttaisiin, että asianmukaisesti valmistellun, kansanedustuslaitoksen säätämän lain sisältö vastaisi kansan ”tahtoa” antamisensa aikana, miten käy, kun olot muuttuvat mutta laki ei? Oikeudenkäymiskaari, maakaari ja kauppa-kaari, kaikki alkujaan vuodelta 1734, konkurssisääntö (1869) ja osake-yhtiölaki (1895) myönnettiin jo ennen toista maailmansotaa vanhentuneiksi ja asunto-osakeyhtiölaki (1926) sotien jälkeen muuttuneita oloja täysin vastaamattomaksi. Kauppalaki puuttui tykkäänään ja irtaimen kaupan konflikteja ratkaistessaan tutkijat suosittivat Ruotsin vuoden 1906 kauppalaain säätelyä ja se omaksuttiin oikeuskäytännössä sangen pitkälle eräin poikkeuksin.”⁵⁰⁶

Tiukan tekstisidonnaisuuden ongelmana, Kemppisen käsityksiin nojautuen, on huomattava myös se, että lakien muuttamista ovat ehkä ajaneet yksittäiset intressipiirit, kuten luotonantajat ja velkakaupan harjoittajat, osakkeen-

⁵⁰⁴ Lain positiivisoikeudellisten tekstien ja oikean oikeuden mahdollisten eroavaisuuksien pohtiminen on klassinen ja suuri oikeusfilosofian kysymys. Mm. Hegel on pohtinut lakiin tulleita omapäisyyden ja muiden erityisyyksien aikaansaamia sattumia Ks. Hegel, Oikeusfilosofia, 212 § huomautuksineen.

⁵⁰⁵ Ks. Kemppinen 1992, s. 26.

⁵⁰⁶ Kemppinen 1992, s. 25–26.

omistajat yms. ”kansan tahdon” asemasta. Lakitekstin pakottaa valmiiksi ”poliittinen tahto”, joka puolestaan riippuu eturyhmien painostuksesta eli lobbaamisesta, julkisuuden paineesta ja käytettävissä olevista resursseista. Äänekkään väestönosan mentaliteetti, poliittiset ilmiöt ja uudet ajatusrakennelmat voivat olla lakitekstin takana.⁵⁰⁷ Tarkasteltaessa oikeuden voimassaoloa pinnallista tekstisidonnaisuutta laajempänä elämänhallinnan ilmiönä – kansalaisten laajamittaisena sitoutumisena oikeuden tausta-arvoihin ja tavoitteisiin – suppeiden eturyhmien ajaman tai hetkellisiin muoti-ilmiöihin perustuvan lainsäädännön voimassaoloa voidaan vakavasti myös horjuttaa. Horjuttaminen edellyttää ristiriitaa vahvojen normi-ideoiden kanssa, jotka vaikuttavat oikeusperiaatteiden muodossa. Oikeusperiaatteen suurta painoarvoa abstraktinkin voimassaolon näkökulmasta lähtökohtaisesti osoittaa, jos oikeusperiaate kykenee tällaiseen horjuttamiseen.

6.5 HEIKKO TEKSTISIDONNAISUUS JA INSTITUTIONAALINEN TUKI

Monille oikeusperiaatteille on selkeää institutionaalista tukea tarjolla. Voimassaolevassa oikeudessamme nimittäin on lukuisia säännöksiä oikeuden eri osa-alueilla sekä valtiosopimusten määräyksiä, joissa eri tavoin edellytetään tai sallitaan periaateiksi kutsuttujen entiteettien soveltaminen taikka joissa on ainakin varauduttu periaatteiden olemassaoloon.⁵⁰⁸ Tällöin yhteys auktoritatiivisiin teksteihin on olemassa ja havaittavissa selkeästi.

Oikeusperiaatteen institutionaalisen tuen perustana voi olla diskurssi ja koherenssi ilman suoraa ja selkeää institutionaalista tukea. Oikeusperiaatteen institutionaalisen tuen rakentaminen oikeudellisen diskurssin ja koherenssin varaan merkitsee mahdollisuutta katsoa oikeusperiaatteen voimassaolon ulottuvan laajemmalle alueelle kuin säädösten auktoritatiiviset tekstit välittömän ”tekstibongauksen” näkökulmasta antaisivat aihetta.⁵⁰⁹

Oikeudellisia periaatteita on pidetty jo perinteisesti suomalaisessa oikeustieteessä tehokkaina oikeusnormeina ilman nimenomaista tukeutumista

⁵⁰⁷ Ks. Kempinen 1992, s. 25–26.

⁵⁰⁸ Ks. Tähti 1995, s. 153–154.

⁵⁰⁹ Juuri näin on menetelty esimerkiksi oikeusasiamiehen ja oikeuskanslerin argumentaatiossa: OAK 1969, s. 152; OAK 1972, s. 101; OAK 1976, s. 93–94; OKK 1976, s. 53; OKK 1982, s. 23; OKK 1986, s. 110.

mihinkään tiettyyn säännökseen. Tällainen päätelmä on nähdäkseni johdettavissa esimerkiksi sellaisista suomalaisen oikeustieteen klassikoista kuin eräistä Ståhlbergin väitöskirjassa esitetyistä ajatuksista,⁵¹⁰ Merikosken lausumasta sotasyylisyysoikeudenkäynnin yhteydessä suoritetusta sotasyylisyysoikeuden jäsenen ja varajäsenen valintaa koskevassa lausunnossa⁵¹¹ sekä eräistä muista Tähden esittelemistä esimerkeistä.⁵¹² Tällaista ajattelua ei ole kuitenkaan nähdäkseni eksplisiittisesti analysoitu niiden esittäjien toimesta, jotta voitaisiin selvittää tällaisten voimassaoloväitteiden perusta kovinkaan tarkasti. Tällaisten väitteiden taustalla voi olla puhtaasti luonnonoikeudellista ajattelua, mutta toisaalta kysymys voi olla jonkinlaisesta positiivisoikeudellisesta koherenssi- tai sedimentoitumisajattelusta, jossa oikeudella nähdään olevan pintaa syvempiä tasoja. Luontevinta olisi varmaankin nähdä, että nämä molemmat näkökulmat ovat olleet ajattelussa taustalla, jolloin kaiken yläpuolella on kuitenkin nähtävissä länsimaisen oikeudellisen ajattelun platonilaiseen perintöön nojaava ihanne pyrkiä eri tavoilla niin ihmisen kuin luonnonkin lakien ennakoitavuuteen ja hallittavuuteen mielivallan ja sattuman diktatuuria vastaan. Yleisenä argumentaation strategiana on silloin systeemiin turvautuminen, jossa atomaarisina strategioina ovat erilaiset totalisoivat strategiat. Tämä länsimaisen oikeudellisen ajattelun tausta korostuu selvästi erityisesti sotasyylisyysoikeudenkäynnin tapahtumien valossa, jossa systeemiä ja sen periaatteita (ideoiden abstraktia todellisuutta) koeteltiin partikulaarilla tavoitteilla (partikularismin varjotodellisuudella), jotka olivat nousseet esille silloisesta poliittisesta erityistilanteesta.

Jonkan ja Tähden tavoin institutionaalinen tuki voidaan nähdä myös eräänlaisena institutionaalisenä hyväksyttävyytenä. Tällöin kysymys on muodollisjuridisen tekstisidonnaisuuteen nojaavan näkökulman näkemisestä erittäin laajana, jolloin myös heikosti velvoittavissa tai pelkästään sallituissa oikeuslähteissä ilmenevä implisiittinenkin oikeusperiaatteen hyväksyminen voi riittää institutionaalisen tuen muodostamiseen.⁵¹³ Myös Frände hyväksyy kauaksi tiukas-

⁵¹⁰ Ks. Ståhlberg 1893, s. 137–138.

⁵¹¹ Ks. Merikosken lausunto, joka on Helsingin yliopiston lainopillisen tiedekunnan 14.9. 1945 pidetyn kokouksen pöytäkirjan 19 §:n liitteenä (Helsingin Yliopiston arkisto, oikeustieteellisen tiedekunnan arkisto, tiedekunnan pöytäkirjat).

⁵¹² Ks. Tähti 1995, s. 183–187.

⁵¹³ Ks. Jonkka 1991, s. 165. Ks. myös Tähti 1995, s. 152. ”Jotta periaate voisi tulla osaksi voimassaolevaa oikeusjärjestystä, periaate on oikeustieteessä, hallintolainkäyttö- tai hallintokäytännössä, kontrollitoiminnassa taikka säädöksissä hyväksyttävä periaatteiden kategoriaan. Tyypillistä on, että kerran tapahtunut hyväksyminen kohottaa periaatteen sellaiseen asemaan, että siihen voidaan myöhemminkin nojautua.” Toisaalta Tähden mukaan yleiseksi nimetyn periaatteen säännöksistä riippumattoman voimassaolon ei koeta tarvitsevan perusteluja. Tätä tilannetta Tähti pitää ongelmallisena. (Ks. Tähti 1995, s. 164–168)

ta tekstisidonnaisesta näkökulmasta ajautuvan oikeudellista diskurssia ja koherenssia institutionaalisena tukena painottavan näkökulmaan.⁵¹⁴

Institutionaalisen tuen syntyminen ei olisi Aarnion mukaan pelkästään kiinni mahdollisuudesta nojata auktoritatiivisiin teksteihin. Oikeudellisen diskurssin seurauksena ei-oikeudellinen arvoperiaate voi tulla sisään oikeuteen, kun jokin ei-oikeudellinen arvoperiaate ensimmäisen kerran vahvistetaan oikeudelliseksi ylimmässä oikeusasteessa. Tällöin se saa institutionaalisen tuensa asianmukaisesti kontrolloituvassa juridisessa harkinnassa, vaikka sillä ei ennen tuota harkintaa ollutkaan institutionaalista tukea itse oikeusjärjestyksessä. Institutionaalisen tuen syntymisen kannalta on avainasemassa harkinnan tuloksen koherenssi eli se, miten hyvin niukasti juridinen peruste on sopusoinnussa kaiken käytettävissä olevan oikeudellisen materiaalin kanssa. Tällöin oikeudelliseen⁵¹⁵ harkintaan tyyppillisesti liittyvä sitoutuminen yleistettävyyteen, korkeaan abstraktiotasoon ja diskurssisääntöihin yhdessä tässä harkinnassa syntyneen koherenssin kanssa luo perustaa periaatteen hyväksymiselle oikeusperiaatteeksi.⁵¹⁶

Frände esittää väitöskirjassaan näkemyksen oikeusjärjestyksen sisäisestä koherenssista, joka on jollakin tavalla ennalta määrätty. Frände nimittäin viittaa (dworkilaiseen) käsitykseen, jonka mukaan tuomari ei luo oikeusperiaatteita, vaan tunnistaa ne. Frände esittää samalla erittäin laajan käsityksen oikeuslähteistä. Hän asettaa tässä oikeuslähteeksi tavallaan koko oikeuskulttuurin.⁵¹⁷ Fränden näkemyksiin esitti kritiikkiä virallisen vastaättäjän roolissa Eriksson. Hän mm. valittaa, että Frände jättää avoimeksi, minkä kriteerien mukaisesti valinta oikeus- ja moraaliperiaatteiden välillä konkreettisissa ratkaisutilanteissa tulee tehdä. Tämä epäselvyys mahdollistaa tällöin oikeusperiaatteiden ("tumregler") tunnistamisessa mahdollisuuden ajautua epärationaalsiin lopputuloksiin ("och han lämnar därmed dörren öppen för irrationella tumreglerväl").⁵¹⁸

⁵¹⁴ Ks. Frände 1989, s. 60.

⁵¹⁵ Oikeudelliselle harkinnalle verrattuna "vapaaseen" hallinnolliseen ja poliittiseen harkintaan.

⁵¹⁶ Aarnio, Oikeus 1989, s. 120–121.

⁵¹⁷ Ks. Frände 1989, s. 60. Tässä Frände toteaa: "Jag hävdar m.a.o. att domaren inte skapar tumregler utan identifierar dem på ett berättigat sätt samt konstruerar en sakregel genom tumregelavvägningen. Vid identifikationen av relevanta tumregler har domaren hela sin juridiska sakkänedom att tillgå. Viktiga faktorer utgör här rättsystemet som helhet, rättvetenskaplig litteratur, rätthistorisk och rättskomparativ kunskap samt moralregler. Man kunde eventuellt hävda att alla dessa faktor borde kallas rättskallor."

⁵¹⁸ Ks. Eriksson, Oikeus 1989, s. 66.

Sekä Fränden että Aarnion edellä selostetuissa näkemyksissä voidaan nähdä voimakas tukeutuminen siihen ajatukseen, että oikeudellisen kulttuurin sisälle rakentuneet pyrkimykset nojautua korkeaan yleistettävyyteen ja abstraktiotasoon sekä vaatimukset pitäytyä muutoinkin rationaalisen diskurssin säännöissä voivat olla keskeisessä asemassa institutionalisoitaessa oikeusperiaatteita oikeusjärjestykseen. Rationaalinen diskurssi ja koherenssin muodostaminen voivat Aarnion ja Fränden tässä esitettyjen näkemyksen mukaan olla perustana sille, että oikeudellisen ratkaisun vähimmäisvaatimukset korkean abstraktiotason ja kohtuullisen ennakoitavuuden suhteen täytyvät, jolloin oikeusperiaatteen voimassaoloa ei rakenneta ainaakaan sellaisille perusteille, jotka ovat AD HOC tai AD HOMINEM. Erikssonin lausunnon takana puolestaan lieene huoli siitä, että juuri mielivaltaiset ainekset, jotka todellakin ovat länsimaisessa oikeustajunnassa kaikkein inhoituinta ja ”likaisinta” ainesta, pääsisivät sisälle oikeuteen oikeusperiaatteiden epämääräisten ja väljien tunnistuskriteerien myötä.

Dworkinin mukaan oikeudellisen harkinnan ja argumentaation ei tule olla taidetta vaan kritiikkiä.⁵¹⁹ Oikeusperiaatteen voimassaolo perustuu mielestäni operoimiseen sellaisilla premiseillä, joita ei voi taiteilijan vapaudella käsitellä ja valita miten tahansa. Toisaalta hyväksyttävän argumentaation muodostaminen oikeusperiaatteen voimassaolon perusteeksi sallii myös intuitiivista valintaa, joka voi mentaalisenä prosessina olla lähellä taidetta. Oikeusperiaatteen abstraktista voimassaolosta puhuttaessa on keskeisintä mielestäni normi-idean vahvuus, joka perustuu ensisijaisesti voimassaolon perustelujen rationaalisuuteen. Erikssonin esittämän kaltaiset kriittiset näkemykset ovat erittäin terveitä oikeusperiaatteiden tunnistamista koskevassa keskustelussa, sillä ne pakottavat huomioimaan vaatimuksen korkeasta koherenssin asteesta, diskurssisääntöjen noudattamisesta ja yleensäkin argumentaation riittävän korkeasta rationaalisuuden tasosta, jossa ennustettavuus ja yleistettävyyt ovat keskeisiä ideaaleja. Näiden ideaalien hyppääminen ylitse olisi ilvehtimistä länsimaisen oikeuskulttuurin vaatiman tyylitajun valossa. Ennakoitavuuden ideaaliin nojautuen on kohtuullista vaatia jonkinlaisen rationaalisen yhteyden rakentamista oikeusperiaatteen ja pintatason auktoritatiivisten tekstien välille, jotta voitaisiin puhua voimassaolevasta oikeudesta. Tässä tasottelumallien perusajatukset voivat tarjota yhden vaihtoehdon.⁵²⁰

⁵¹⁹ Ks. Dworkin 1985, s. 146.

⁵²⁰ Ks. tutkimuksen tasottelumalli (1.1).

Institutionaalista tukea oikeusperiaatteille ei vielä anna, tekstisidonnaisuutta vahvasti painottavasta näkökulmasta asiaa katsoen, niiden esiintymisen säännönmukaisesti oikeustieteellisesti keskustelussa ilman auktoritatiivisten tekstien minkäänlaista tukea. Käsitys institutionaalisesta tuesta – ilman tekstisidonnaisuuteen palauttamista – on toki vaarassa helposti syntyä, sillä periaateargumentoinnilla on tapana kumuloitua. Tällaisissa tilanteissa institutionaalinen tuki saatetaan helposti mieltää laajemmaksi ja periaate painoarvonsa puolesta institutionaalisesti painavammaksi kuin olisi todella perusteltua aihetta väittää. Oikeusperiaatteita saatetaan nimittäin käyttää laajasti oikeudellisessa argumentaatiossa, vaikka oikeusperiaatteen suhde auktoritatiivisiin teksteihin olisi kaikissa keskustelun vaiheissa jäänyt niukaksi tai jopa kokonaan käsittelemättä ja perustelematta.⁵²¹ Toisaalta voidaan myös todeta, että säädöksessä tai valtiosopimuksessa periaatteeksi karakterisoitu kokonaisuus on periaate ankarana tekstisidonnaisen lakipositivismin näkökulmasta, vaikka tämä käsitys ei saisi oikeustieteellisistä diskursseista tukea. Tällöin periaate on säädösvaltaa käyttäen auktoritatiivisesti saatettu voimassaolevan oikeuden osaksi.⁵²²

Oikeusperiaatteiden voimassaolon osalta on luontevaa pyrkiä yhdistelmiin ja kompromisseihin tiukasti pintatason teksteihin ankkuroituneen lakipositivistisen näkemysten ja toisaalta arvoihin, tavoitteisiin ja rationaalisuusyhteyksiin perustuvien näkemysten välillä. Oikeusperiaatteen voimassaolo perustuu silloin sidonnaissuhteiden muodostamaan kokonaisuuteen, jossa turvaudutaan sekä arvoihin, tavoitteisiin ja rationaalisuusyhteyksiin palautuviin sidonnaissuhteisiin että myös atomaarisiin auktoritatiivisiin teksteihin nojautuviin sidonnaissuhteisiin.

6.6 TEKSTISIDONNAISUUS JA LINEAARISEN JOHTAMISEN PERUSTA

Institutionaalinen tuki on saatava perinteistä kelseniläistä näkemystä mukaillen muodollisen voimassaolon hierarkkiseen järjestelmään kuuluvista auktoritatiivisista teksteistä.⁵²³ Makkonen kiteyttää tämän kelseniläisen

⁵²¹ Ks. Tähti 1995, s. 163.

⁵²² Ks. Tähti 1995, s. 160.

⁵²³ Ks. Kelsen, Puhdas oikeusoppi, s. 207–251.

näkemyksen siten, että normi on voimassa, jos se on syntynyt sen normijärjestelmän edellyttämällä tavalla, johon se kuuluu ja pysyy voimassa niin kauan kunnes se oikeusjärjestyksen edellyttämällä tavalla muutetaan tai korvataan toisella normilla tai lakkaa olemasta desuetudon taikka sen vuoksi, että koko oikeusjärjestys menettää tehokkuutensa.⁵²⁴

Tekstien ilmaisemien normien on kuuluttava sellaiseen normihierarkiaan, jonka kärjessä on asianomaisen valtion perustuslaki. Järjestelmän viimekätisenä lukkona on kuitenkin perustuslain noudattamiseen velvoittava perusnormi.⁵²⁵ Oikeuden velvoittavuuden viimekätiseksi perusteeksi on esitetty muitakin konstruktioita kuin Kelsenin perusnormi. Näistä voidaan mainita tunnistamissääntö (Hart), oikeudellisen justifikaation perimmäinen taso (Wroblewski), tuomari-ideologia (Ross), viimekätinen oikeuslähde (Peczenik), perustavanlaatuiset perusteet (MacCormick) sekä yhteiskunnallisen kaaoksen välttäminen (Aarnio, Peczenik).⁵²⁶ Kuitenkin Kelsenin perusnormia ja siihen liittyvää tiukkaa linearismia voidaan pitää *selkeästi puhdasoppisimpana* normativistisena, muodollisjuridisena ja positivistisena oikeuden voimassaoloa selittävänä mallina.

Kysymys perusnormista on teoreettisesti mielenkiintoinen, sillä juuri perusnormi antaa yhden näkökulman viimekätiseksi perustaksi koko normijärjestelmän velvoittavuudelle. Tällöin on kyse koko oikeusjärjestelmän velvoittavuudesta. Jos oikeusjärjestelmä joutuu poikkeuksellisesti humanin tradition kannalta kriisitilaan, esimerkiksi perusihmis-oikeuksia törkeästi polkevan diktatuurihallinnon vuoksi, heräävät vaikeat kysymykset. Riittääkö puhtaasti (väki)valtaan perustuvan diktatuurihallinnon perusnormi syrjäyttämään keskeisiä ihmis-oikeuksia ilmaisevia oikeusperiaatteita? Tästä aukeaa luonnonoikeudellinen kritiikki tiukkaa perusnormiin ja muodollisjuridiseen näkökulmaan nojaavaa käsitystä vastaan.⁵²⁷

Radikaaleimmat oikeuspositivismin muodot eivät pidä lainkaan välttämättömänä esimerkiksi oikeusperiaatteen *minkäänlaista* eettistä tai tavoitteellista hyväksyttävyyttä, vaan voimassaolo voi olla puhtaan muodollisjuridista.⁵²⁸ Radikaalin oikeuspositivismin mukaan oikeuden voimassaolo

⁵²⁴ Ks. Makkonen 1981, s. 81–82.

⁵²⁵ Ks. Aarnio 1989, s. 84–85. Ks. myös Klami, 1989 s. 19.

⁵²⁶ Ks. Siltala 1998, s. 269.

⁵²⁷ Ks. Peczenik 1995, s. 194

⁵²⁸ Ks. Peczenik 1995, s. 200–201. Peczenik itse ei kuitenkaan asetu tällaisen muodollisjuridisen näkökulman kannalle.

voi perustua yksinomaan muodollisiin perusteisiin, jolloin voimassaolo ei ole riippuvainen oikeuden arvo- tai tavoitepohjaisesta hyväksyttävyydestä. Tällöin oikeusperiaatteen voimassaolon kannalta merkittävää siis on *vain* muodollinen voimassaolo.⁵²⁹

Radikaalia oikeuspositivistista ja normativistista muodollisjuridista näkemystä voidaan arvostella Klamin tavoin siitä, että se ei ota huomioon oikeusjärjestystä myös sosiaalisena järjestyksenä. Oikeusnormien soveltaminen on nimittäin inhimillistä käyttäytymistä laajemmin heijastava ilmiö.⁵³⁰ Sääteleyinformaatiosta ei ole välttämättä poimittavissa yksiselitteisesti ymmärrettävää teleologiaa, joka on onnistuttu jähmettämään auktoritatiivisen tekstin sanamuotoon. Normativistisen positivismin muodollisjuridista näkökulmaa voidaan horjuttaa myös katsomalla oikeuden viimekätiset premissit radikaalilla tavalla määrittelemättömiksi, jolloin perusnormin tai tunnistamissäännön kaltaista oikeuden *viimekätistä* velvoittavuuden premissiä ei voi pitää mielekkäänä.⁵³¹

6.7 TEKSTISIDONNAISUUS JA NORMIHIERARKKINEN NÄKÖKULMA

Ylimpänä kelseniläisessä hierarkiassa on oikeastaan perustuslaki.⁵³² Jonkinlainen teoreettinen perustuslain noudattamiseen velvoittava perusnormi on kuitenkin perustuslain yläpuolellekin konstituoituva, jotta normihierarkia saisi lopullisen *ehdottomasti* velvoittavan luonteen ja deonttisen statuksen.⁵³³ Perustuslain alapuolella on laki ja muodollisella tahdonaktilla institutionalisoitu tapa,⁵³⁴ ja niiden alapuolella puolestaan asetus.⁵³⁵ Alimpana hierarkiasa on yksityinen tahdonilmaisu,⁵³⁶ sillä oikeustoimilla voidaan asettaa osapuolia sitova normi. Asetuksen ja yksityisen tahdonilmaisun väliin jäävät mm. valtioneuvoston päätökset, ministeriöiden ohjeet ja osakeyhtiön yhtiöjärjes-

⁵²⁹ Ks. Peczenik 1995, s. 101 ja 113–114.

⁵³⁰ Ks. Klami 1989, s. 18.

⁵³¹ Ks. Siltala 1998, s. 25–26 ja 241–271.

⁵³² Ks. Kelsen, Puhdas oikeusoppi, s. 239–242.

⁵³³ Ks. Kelsen, Puhdas oikeusoppi, s. 207–237. Ks. myös Peczenik, 1995 s. 184.

⁵³⁴ Ks. Kelsen, Puhdas oikeusoppi, s. 243.

⁵³⁵ Ks. Kelsen, Puhdas oikeusoppi, s. 247–250. Ks. myös Aarnio 1989 (oppikirja), s. 85.

⁵³⁶ Ks. Kelsen, Puhdas oikeusoppi, s. 273.

tyksen normien kaltaiset yksityisoikeudelliset yhteisönormit.⁵³⁷ Ankarimman muodollisjuridisen näkökulman mukaan prejudikaatit, lausumat lainvalmistelussa tai lausumat oikeustieteessä eivät ole oikeusnormeja tai edes varsinaisia normiformulaatioita, vaikka niille myönnettäisiin jonkinlainen asema juridisessa argumentaatiossa. Institutionaalista tukea voidaan kuitenkin hakea näistä oikeuslähteistä ankarankin muodollisjuridisen näkökulman puitteissa, jos niiden välityksellä saadaan tukea varsinaisen normihierarkian entiteeteistä, kuten esimerkiksi laista, johon hallituksen esitys viittaa.⁵³⁸

Muodollisjuridisen näkökulman rajaamista pelkästään eduskunnan luomaan positiiviseen oikeuteen voidaan pitää esimerkiksi Kemppisen kantaan yhtyen liian suppeana. Eduskunnan lisäksi positiivista oikeutta luovat tietoisesti tuomioistuimet ja tiedemiehet. Tarkoittamattaan sitä luovat myös monet yhteisöt vakiinnuttamalla kauppa- ja muita menettelytapoja.⁵³⁹ Toisaalta myös tiukkaan lineaariseen järjestelmään nojaava näkökulma on kovin suppea käsitys oikeudesta. Oikeusperiaatteen voimassaolo on kuitenkin todettavissa muodollisesta näkökulmasta vahvaksi, jos oikeusperiaate voidaan palauttaa sellaiseen normiformulaatioon, joka on osana kelseniläistä hierarkkista ja lineaarista järjestystä. Kaikkein vahvimaksi oikeusperiaatteen voimassaolo muodostuisi kelseniläisestä muodollisjuridisesta näkökulmasta, jos se on suoraan tällaisesta atomaarisesta normiformulaatiosta ”bongattavissa”.

6.8 TEKSTISIDONNAISUUS JA HERMENEUTTINEN TULKINTA

Tekstisidonnaisen voimassaolonäkemyksen kannalta on keskeistä ymmärtäen tulkita oikeuslähteiden tekstien sisältöä. Jos halutaan pitäytyä muodollisjuridisessa näkökulmassa ja itse oikeuslähteen tekstissä tiukasti kiinni, joudutaan turvautumaan lingvistiseen tulkintaan. Jos lainoppi nähdään nimenomaan normiformulaatioita tulkitsevana ilmiönä, joka on teksteihin voimakkaasti ankkuroitunut, se on myös luontevaa nähdä Aarnion tavoin hermeneuttisena tieteenä. Sen sukulaiset löytyvät silloin muiden tulkintatieteiden eivätkä empiiristen tieteiden piiristä.⁵⁴⁰ Oikeusperiaatteen konstru-

⁵³⁷ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 85.

⁵³⁸ Ks. Peczenik 1995, s. 184.

⁵³⁹ Ks. Kemppinen 1990, s. 50.

⁵⁴⁰ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 143.

oimisen tulos joudutaan ilmaisemaan tekstin muodossa, jolloin kaikki aines on luontevaa suhteuttaa konstruoituun oikeusperiaateformulaatioon tekstihermeneuttisilla suhteilla.⁵⁴¹

Hermeneutiikka alkuperäisessä merkityksessään on tarkoittanut Raamatun tekstien ja antiikin klassisten tekstien tulkintateoriaa, joihin kuuluivat myös roomalaiset lakitekstit. Hermeneutiikka vakiintui kuitenkin metodisen tulkinnan nimitykseksi vasta 1600-luvulla. Modernin hermeneutiikan klassikkoina voidaan pitää Friedrich Schleiermacheria (1768–1834), Wilhelm Diltheyä (1833–1911) ja Hans-Georg Gadameria (s. 1900).⁵⁴² Modernin hermeneutiikan syntymisen *mahdollistajina* ainakin Foucault pitää Nietzscheä, Freudia ja Marxia.⁵⁴³

Kysymys on tulkinnan kohteen eläytyvästä ymmärtämisestä. Ymmärtäminen on sen ajatusmaailman uudelleen kokemista, jonka ilmauksena tulkittava teksti oli syntynyt. Ymmärtäminen siis viittaa itse tekstien ulkopuolelle, jolloin oikeuslähteen tekstiä voidaan tulkita esimerkiksi eläytymällä ymmärtäen tekstin laatijan tavoitteisiin. Kyseessä on sekä tekstin että siihen liittyvien ilmiöiden ymmärtämisestä. Ymmärtäminen voidaan nähdä myös dialogina. Tällöin ymmärtäminen sekä edeltää dialogia että samalla myös toteutuu dialogissa. Hermeneutiikkaa on tarjottu metodiksi ihmistieteille (hengentieteille). Luonnontietieteissä etsitään ilmiöille kausaalisia selityksiä, hengentieteet tulkitsevat todellisuutta nimenomaan kulttuurisena ja sosiaalisena todellisuutena pyrkien ymmärtämään sitä merkityksiä etsien. Tämä todellisuus voidaan nähdä myös kielellisen muodon saaneina elämänilmauksina.⁵⁴⁴

Hermeneuttinen ymmärtäminen fokusoituu osan ja kokonaisuuden suhteen ymmärtämiseksi. Osaa ei voi koskaan ymmärtää irrotettuna siitä laajemmasta yhteydestä, johon se kuuluu. Teksti tulee siten saattaa tekstiyhteyteen toisten tekstien joukkoon. Tämä suhde on kuitenkin ongelmallinen, sillä kokonaisuus ei ole kerralla valmiiksi annettu kiinteä malli, johon osaa voisi verrata. Ei ole myöskään absoluuttisen ensimmäistä, jota tulkittaisiin. Pohjimmiltaan kaikki on jo tulkintaa. Mikään merkki ei itsessään ole silloin tulkinnalle tarjoutuva asia vaan tulkintaa toisista merkeistä. Kehämäisyys on silloin tekstitulkinalle sekä luontevaa että välttämätöntä.⁵⁴⁵

⁵⁴¹ Ks. Minkkinen 1998 (Correct Law), s. 181–185.

⁵⁴² Ks. Saarinen 1995, s. 257–260.

⁵⁴³ Ks. Foucault (Nietzsche, Freud, Marx), s. 45.

⁵⁴⁴ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 142–143.

⁵⁴⁵ Ks. Foucault (Nietzsche, Freud, Marx), s. 53–54 ja 58.

Oikeusperiaatteen ilmaiseva normiformulaatio ja sille tukea antavat auktoritatiiviset tekstit saavat tässä tilanteessa mahdollisimman kokonaisvaltaista näkemystä tavoittelevassa kehämäisessä päättelyssä vallantahdon vietin kannalta uskottavan merkityssisällön suhteessa toisiinsa.

Samalla kun osa identifioidaan kokonaisuuden avulla, myös kokonaisuutta rakennetaan osien tuntemuksen perusteella. Tällöin malli muuntuu ymmärtämisprosessin aikana syntyneessä kehässä. Tässä osaa ei voida hahmottaa ilman kokonaisuutta, joka puolestaan riippuu osien hahmotuksesta. Lähtökohtaista mielikuvaa kokonaisuudesta voidaan nimittää esiymmärrykseksi. Esiymmärtämisessä on kysymys siitä, että mikään tulkittamisprosessi ei voi alkaa tyhjästä, vaan meillä on aina takanamme jokin kulttuuritraditioihin sidottu ymmärtämisen tausta. Traditio on olemassa meistä riippumatta. Tällöin kaiken ymmärtämisen pohjana on jo ymmärretty. Tulkinnan kuluessa esiymmärrystä pyritään korjaamaan ja ymmärtämään kohdetta paremmin kuin ennen. Tällöin esiymmärrystä pyritään korjaamaan syvemmällä tulkinnalla. Siten olisikin Aarnion tavoin täsmällisempää puhua spiraalista kuin kehästä. Jokainen uusi konstruoitu osa/kokonaisuussuhde ylittää entisen ja avaa uuden spiraalin kierroksen.⁵⁴⁶ Tässä mielessä tekstihermeneuttinen vallantahdon strategia edustaa myös eräänlaista itsensävoittamisen ja -ylittämisen (yli-ihmisyyden) prosessia. Itseensä kietoutuneen kehämäisen hermeneutiikan mahdollistaneeksi klassikoksi voidaankin nostaa Foucaultin tavoin ylitse kaikkien muiden Nietzsche.⁵⁴⁷

Juridinen hermeneutiikka on luonnostaan nimenomaan tekstihermeneutiikkaa. Se käsittelee oikeudellisten tekstien tulkintaa ja (oikeata) ymmärtämistä. Juridista hermeneutiikkaa koskevat siten samat ongelmat kuin hermeneutiikkaa yleensä. Oikeudellisessa ajattelussa hermeneutiikka voidaan mieltää metodiopiksi. Tällöin hermeneutiikka katsotaan itsenäiseksi menetelmäksi loogis-deduktiivisen, induktiota käyttävän yleistämisen ym. metodien rinnalla. Hermeneutiikka voidaan tosin mieltää myös ainoastaan täydentäväksi metodiksi tai pelkäksi tulkintataidoksi. Aarnion mukaan on luontevinta ymmärtää hermeneutiikka ymmärtämisen filosofiaksi, jolloin on kysymys itse ymmärtämisprosessin selvittämisestä. Hermeneutiikka antaa aineksia tutkijan itseymmärrykselle. Se auttaa ymmärtämään tulkinnan kehämäistä luonnetta ja sen eräänlaista päättymättömyyttä.⁵⁴⁸

⁵⁴⁶ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 143–144.

⁵⁴⁷ Ks. Foucault (Nietzsche, Freud, Marx), s. 59.

⁵⁴⁸ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 143.

7 Optimointikäsky ja (Aarnion) oikeuslähdeoppi

7.1 ESIKYSYMYKSET

Oikeusnormin voimassaolon kannalta voidaan pitää oleellisena, että tuomari on sidottu noudattamaan sellaista normia, jonka väitetään olevan voimassa. Rossin käsitystä tuomarin ideologiasta voimassaolon edellytyksenä muokailleen⁵⁴⁹ oikeusnormin voimassaolo voidaan nähdä tuomarin sidonnaisuudessa normin noudattamiseen. Normatiivisten premissien voimassaolo on siis riippuvainen siitä, että tuomarit ne sellaiseksi mieltävät ja päätöksenteossaan niitä todella sellaisena pitävät. Oikeusperiaatteen osalta kysymystä on lähestyttävä tuomarin sidonnaisuutena oikeusperiaatteen nimenomaan optimointikäskynä. Tuomarin sidonnaisuutta lähestytään tässä aarniolaisen oikeuslähdeopin näkökulmasta, joka tuo esille myös tuomariin kohdistuvan ulkopuolisen sanktion näkökulman. Se on virkavirhettä seuraavan sanktion näkökulma. Oikeuslähdeoppia voidaan tosin soveltaa oikeusperiaatteisiin optimointikäskynä kuitenkin vasta sen jälkeen, kun tämän normityypin deonttinen rakenteellinen luonne on analysoitu. On siis tiedettävä, miten oikeusperiaate voi sitoa ja velvoittaa nimenomaan optimointikäskynä.

7.2 OPTIMOINTIKÄSKYN DEONTTINEN RAKENNE

Oikeusperiaatteen voidaan nähdä muodostavan vain heikon imputaatio-suhteen faktojen ja oikeudellisten seuraamusten välille. Tämä normatiivinen suhde on heikko ainakin silloin, kun tarkastellaan imputaatio-suhdetta suhteessa sellaiseen pitämiseen, joka koskee yleistä kansalaiskäyttäytymistä. Oikeusperiaatetta voidaan kuitenkin imputaatio-suhteiden osalta tarkastella lakia soveltaviin viranomaisiin kohdistuvana optimointikäskynä. Kysymys

⁵⁴⁹ Tässä on painotettu tuomarin ideologian sisäisen näkökulman mukaista puolta – ei siis Rossin ajatuksia kokonaisuudessaan sellaisena, kuin esimerkiksi Helin (1988, s. 139–176) on niitä selostanut.

on tällöin pitämisestä, joka kohdistuu tuomarin velvollisuuteen ottaa päätöksessään tiettyjä seikkoja (normi-ideoita) huomioon punninnan ja optimoinnin prosessiin sen sijaan, että hän voisi hypätä kylmästi niiden ylitse.

Oikeusperiaatetta sovellettaessa yhtä fakta-asiaintilaa (p) kohden on *mahdollista* nähdä muodostuvan ainakin kolme erilaista pitämisen tyyppiä, joista kaksi ensimmäistä kohdistuu normin soveltajaan. Kolmas puolestaan merkitsee yleisessä kansalaiskäyttäytymisessä miellettyä sääntömäistä velvoitetta.

1. Velvollisuus huomioida *oikeudellisen* harkinnan muodostavat normi-ideat (SqA)
2. Velvollisuus huomioida muut *asiassa relevantit* normi-ideat (SqB)
3. Sääntömainen velvollisuus tiettyyn yleiseen kansalaiskäyttäytymiseen (SqC)

p → (SqA & SqB & SqC)

1. *p → SqA*

Tällöin SqA tarkoittaa velvoitetta ryhtyä *edes jonkinlaisiin* teleologisiin ja aksiologisiin punnintoihin ja optimointeihin, joissa noudatetaan *oikeudellisen* harkinnan rationaalisuuteen, formaalisuuteen ja ennakoitavuuteen tähtääviä kriteereitä pelkän tavoite- ja arvorationaalisuuteen tyhjentyvän poliittisen tai moraalisen harkinnan asemasta. Kyseessä on yleinen velvoite pitäytyä oikeudellisen harkinnan vallitsevaan elämänmuotoon ja tyyliin. Tämä on lainsoveltajaan kohdistuva velvoite.

Oikeusperiaate voidaan nähdä velvoitteena tiettyjen faktojen täyttyessä toimia *oikeudellisten* harkintakriteerien mukaisesti. Tällöin on kyseessä velvoite välttää sellaista argumentaatiota, joka on AD HOC tai AD HOMINEM, huomattavasti tiukemmalla tavalla kuin ei-juridisen ("vapaan") hallinnollisen ja poliittisen harkinnan yhteydessä. Harkinnassa, argumentaatiossa ja justifikaatiossa on silloin pyrittävä turvautumaan *ennalta* tapahtuneeseen *sitoutumiseen* oikeusnormeihin, oikeusnormeja implikoiviin ja eksplikoiviin auktoritatiivisiin oikeudellisiin teksteihin sekä lisäksi näiden taustalla olevaan arvomaailmaan ja tavoitteenasetteluun. Kysymys on sellaisten oikeuden syvärakenteen tasolle paikallistuvien normi-ideoiden huomioimisesta, jota tarvitaan tekemään harkinnasta nimenomaan oikeudellista – poliittisen, moraalifilosofisen tai vastaavan ulkojuridisen harkinnan asemasta.

Kaikelle juridiselle argumentaatiolle on ehdottomana vähimmäisvaatimuksena asetettava velvoite, että jollakin rationaalisia asiayhteyksiä ja normatiivisuuden liikettä osoittavalla strategialla sille kyetään johtamaan edes jonkinlainen formaalinen status tai merkitys. Jos tähän ei kyetä,

olla Siltalan esittämällä esioikeudellisella alueella. Jos minkäänlaista formaalista statusta ei kyetä osoittamaan, kyse ei ole oikeudellisesta harkinnasta, vaan ennemminkin moraalifilosofisesta tai poliittisesta argumentaatiosta.⁵⁵⁰

Tällä aivan ensimmäisellä tuomarin oikeuteen sitoutumisen asteella, joka ilmenee implisiittisesti jokaista oikeudellista optimointikäskyä sovellettaessa, on nähtävissä myös binaarinen (joko–tai) sitoutumisen luonne: tuomari voi joko noudattaa oikeudellisen harkinnan kriteerejä tai jättää niitä noudattamatta. Punnintaan ja optimointiin oikeudellisiin harkintakriteereihin nojautumalla joko ryhdytään (SqA) tai sitten siihen ei ryhdytä (–SqA). Tästä näkökulmasta katsoen oikeusperiaatteeseen liittyvä sitoutuminen voidaan nähdä vahvana. Oikeusperiaatetta soveltavaan tuomariin on vaikea kohdistaa moitetta, jos hän ei ole päättynyt tietynlaiseen ratkaisuun. Jos tuomari sen sijaan ei ole noudattanut sitoutumista oikeudellisen harkinnan keskeisiin perusteisiin, vaan on tehnyt ratkaisunsa esimerkiksi puhtaasti omien poliittisten tai muiden henkilökohtaisten mielipiteidensä perusteella, moite ja väite tuomarin tekemästä ilvehtijän hypystä hänen fundamentaalisten velvoitteidensa ylitse on helpommin esitettävissä häntä kohtaan.

2. $p \rightarrow SqB$

Tällöin SqB tarkoittaa velvoitetta turvautua punninnoissa ja optimoinneissa *tietynlaisiin kyseisessä asiassa relevantteihin* oikeuden normi-ideoihin oikeudellisessa harkinnassa.

Optimointikäsky velvoittaa punnintaan ja optimointeihin, mutta itse velvollisuudessa optimoida ottamalla huomioon joitakin *tiettyjä ja ennalta määrättyjä normi-ideoita* ei tarvitse olla kysymys optimoinnista, vaan sääntöluonteisesta velvoitteesta, jota joko noudatetaan tai ei noudateta. Oikeusperiaate voidaan nähdä yleisenä ilmauksena siitä, että kysymys on oikeudellisen harkinnan piiriin kuuluvasta harkinnasta, jossa oikeusperiaate voi velvoittaa ottamaan tietyn suuntaisia kysymyksiä huomioon luotaessa ja esittäessä perusteltua oikeussääntöä ja sen nojalla annettavaa ratkaisua.⁵⁵¹

Esimerkiksi legaliteettiperiaate voi velvoittaa huomioimaan syytetyn oikeusturvan kannalta *tiettyjä* keskeisiä *kysymyksenasetteluja* velvoittamatta kuitenkaan mihinkään tiettyyn ratkaisuun. Jos rikoslain soveltamis-

⁵⁵⁰ Ks. Siltala 1998, s. 57. Tämän sivun (s. 57) kaavion oikean alanurkan mukaisesti oikeuden ulkopuolella on kyse formaalisen rationaalisuuden asemasta arvorationaalisuudesta tai tavoiterationaalisuudesta.

⁵⁵¹ Klamin tavoin voidaan avata myös erilaisia atomaarisia näkökulmia oikeusperiaatteiden deontiseen rakenteeseen. Tältä pohjalta on mahdollista hahmottaa erilaisia tilanteita, joissa vaatimus punnintaan aktualisoituu. Ks. Klami 1989, s. 75.

prosessiin johtavien faktojen (p) täyttymisen katsotaan tapahtuneen, tuomarille on asetettu tällöin optimointikäsky (SqA & SqB), jossa legaliteettiperiaatteen ylitse hyppääminen siihen sisältyviä normi-ideoita mitenkään huomioimatta olisi ilvehtijän hyppy, vaikka näillä normi-ideoilla juuri sovellettavassa tapauksessa ei olisi vaikutusta lopputulokseen. Tällöin on kuitenkin olemassa selkeät totalisoivat normatiiviset premissit (optimointikäsky), jotka velvoittavat lainsoveltajan noudattamaan oikeudellista harkintaa ja ottamaan tässä harkinnassa ja punninnassa huomioon oikeusperiaatteen ilmaisemia arvo- ja tavoitepremissesjä ja mahdollisia muita normi-ideoita. Tuomari ei voi moitteetta esimerkiksi hypätä kokonaan legaliteettiperiaatteen ilmaisemia syytetyn oikeusturvaan liittyviä seikkoja ylitse, vaikka legaliteettiperiaate ei velvoittaisi mihinkään tiettyyn ratkaisuun. Ilvehtijän hyppy tosin paljastuu usein vasta silloin, jos on perusteltua syytä väittää, että legaliteettiperiaatteen normi-ideat olisivat vaikuttaneet lopputulokseen, jos ne olisi huomioitu hyppäämättä ilvehtijän lailla niiden ylitse. Oikeusperiaatteella asetetut normatiiviset premissit velvoittavat jo ennakolta⁵⁵² selkeästi määrättyjen suuntaviivojen huomioimiseen punninnassa, vaikka oikeusperiaate ei voi selkeitä premissesjä punninnan lopputuloksen kannalta asettaa. Kysymys on tässäkin lainsoveltajaan kohdistuvasta velvoitteesta.

3. p → SqC

Tällöin SqC tarkoittaa yleistä sääntöluontoista – selkeää ja käytännöllisesti katsoen yksiselitteistä – velvoitetta *tietynlaiseen käyttäytymiseen (selvää sääntöä)*, *johon punninnan ja optimointien lopputuloksena päästään optimointikäskyä sovellettaessa*.

Oikeusperiaate optimointikäskynä ei aseta säännön tavoin suljetulla tavalla itsessään kaikkia niitä premissesjä, joiden varassa lopullinen sääntötyyppinen käyttäytymisvelvoite voisi syntyä. Se viittaa punninta- ja optimointikäskynä myös sen itsensä ulkopuolelta haettavaan premissesihin.⁵⁵³ Itse punninnan lopputuloksen näkökulmasta joudutaan siten maksamaan turvautumisesta ATC-harkintaan ja kokonaiskontekstisidonnaisuuteen hintana heikot normatiiviset sidonnaissuhteet. Oikeusperiaatteen totalisoiva vaikutus on tässä suhteessa heikko; se on heikosti totalisoiva normi lopullisten sääntöjen ja ratkaisujen ennakoitavuutta ajatellen. Tässä suhteessa Siltalan esitys oikeusperiaatteen luonteesta heikon deonttisen statuksen ja implikaatiosuhteen sekä alhaisen formaalisuuden omaavana normityyppinä on mielestäni oikeaan osunut.⁵⁵⁴ Optimointikäskyn vel-

⁵⁵² Ei siis ainoastaan levinasilaisessa kasvojen kohtaamisessa kontekstisidonnaisesti.

⁵⁵³ Oikeusperiaate ei voi säännön tavoin tarjota ratkaisijalle sitä sitä, mitä Dworkin kutsuu termillä "an exact measurement". Ks. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 26.

⁵⁵⁴ Ks. Siltala 1998, s. 37–59.

voittavuus optimointiin ei silti ole välttämättä nähtävissä yhtä heikkona. Lainsoveltajaan voi kohdistua vahvasti totalisoiva velvoite. Tässä velvoitteessa (velvoite punnintaan ja optimointiin) normatiivisten premisien muodostus ei ole välttämättä samalla tavalla avoin normin itsensä ulkopuolelle, sillä velvoite huomioida optimointikäskyn esittämiä normi-ideoita voi olla ehdoton. Ne on huomioitu silloinkin, kun ne tietoisesti vastasyihin nojautuen syrjäytetään. Vasta (ilvehtijän) hyppy niiden ylitse merkitsee, että niitä ei mitenkään huomioitu.

7.3 OIKEUSLÄHTEIDEN TYYPIT JA VELVOITTAVUUS

Oikeuslähteille voidaan asettaa painoarvoja niiden velvoittavuuden mukaan. Voidaan nähdä vahvasti velvoittavat, heikosti velvoittavat ja sallitut oikeuslähteet. Aarnio on esittänyt, että tällä jaottelulla on lähinnä merkitystä vain tuomarin ja hallinnollisen lainkäyttöelimen käytännön toiminnan kannalta. Kysymys on pohjimmiltaan siitä, millaisten oikeuslähteiden nojalla yhtäältä vältetään virkavirhe ja toisaalta turvataan päätöksen pysyvyys. Tällä käytännössä ratkaistaan lainkäyttäjien sidottuus tiettyihin oikeuslähteisiin. Aarnio määrittelee oikeuslähteiden velvoittavuuden seuraavalla tavalla:⁵⁵⁵

Velvoittavuudella vahvassa mielessä tarkoitetaan sitä, että vahvasti velvoittavan oikeuslähteen sivuuttamisesta seuraa lainsoveltajalle rangaistus virkavirheestä, jolloin tällaisen oikeuslähteen käyttö on pakollista. Tähän ryhmään Suomessa kuuluu kaksi oikeuslähdetä: laki ja maan tapa. Painavilla perusteilla tästä vaatimuksesta voidaan poiketa *contra legem*-tilanteessa.

Heikosti velvoittavan oikeuslähteen syrjäyttämisestä ei seuraa virkavirhesanktiota. Hyvä ja todennäköisesti ylemmissä oikeusasteissa pysyvä ratkaisu sekä hyvä päätöspäätelmä edellyttävät vetoamista myös heikkoihin oikeuslähteisiin, joihin kuuluu lainsäätäjän tarkoitus ja tuomioistuinratkaisut.

Sallitut oikeuslähteet vahvistavat argumentaatiota, mutta niiden sivuuttamisesta ei ole ennustettavia seurauksia. Sallittuihin oikeuslähteisiin kuuluvat mm. oikeusvertailevat argumentit, oikeustiede, arvot ja arvoasetelmat sekä teleologiset argumentit.

⁵⁵⁵ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 220–222.

7.4 OIKEUSLÄHTEIDEN VELVOITTAVUUDEN KOHDENTUMINEN

Oikeusperiaate voidaan nähdä ensisijaisesti lainsoveltajaan kohdistuvana vahvankin deonttisen statuksen omaavana optimointikäskynä (SqA & SqB), vaikka sillä olisi vain heikot normatiiviset sidonnaisuussuhteet ja deonttinen status suhteessa sen velvoittamaan yleiseen kansalaiskäyttäytymiseen (SqC). Lainsoveltajaan ei voida siten ainakaan lähtökohtaisesti kohdistaa ankaraa moitetta, mikäli hän ei ole oikeusperiaatetta soveltaessaan päätenyt johonkin tiettyyn sääntöön ja ratkaisuun.

Optimointikäskyn sidonnaisuus oikeuslähteisiin määrittää sen velvoittavuutta. Vahvasti velvoittaviin oikeuslähteisiin nojautuva optimointikäsky velvoittaa vahvasti. Heikommin velvoittaviin oikeuslähteisiin nojautuvat oikeusperiaatteet puolestaan velvoittavat heikommin. Itse optimointikäskylle voi olla luontevaa esimerkiksi vahva sidonnaisuus muodollisiin oikeuslähteisiin, vaikka tämän käskyn toteuttamisen sisällön oleellinen osa kuuluisikin tavoite- ja arvopunnintojen piiriin. Oikeusperiaate voi olla eksplisiittisesti tai selkeän implisiittisesti ilmaistuna vahvoissa oikeuslähteissä, jolloin näistä varsin riidattomasti ja selkeästi on johdettavissa institutionaalista tukea oikeusperiaatelle myös muodollisjuridisesta ”tekstiempiristisestä” näkökulmasta. Selkeimmillään tällainen ”tekstiempiristinen” tilanne on silloin, kun oikeusperiaate on mainittu suoraan lakitekstissä ja on sieltä siten suoraan ”bongattavissa”.

Jos oikeusperiaate on johdettavissa selkeästi ankarasti velvoittavista oikeuslähteissä (laki tai maantapa), oikeusperiaatteen jättäminen *kokonaan huomiotta* ($\neg$ SqA) $\vee$ ($\neg$ SqA & $\neg$ SqB) $\vee$ (SqA & $\neg$ SqB) voisi merkitä ankarain moitteen tulemistä kysymykseen, vaikka oikeusperiaate ei mihinkään tiettyyn ratkaisuun (SqC) voi tuomaria sitoa. Tämä tarkoittaa jopa mahdollista rangaistusta virkavirheestä.⁵⁵⁶ Velvoite *jonkinlaisiin* optimointipyrkimyksiin *oikeudellisena* harkintana voi olla ehdoton, vaikka näiden pyrkimysten varsinaista sisältöä ei olisi määritetty kuin erittäin väljällä tavalla. Myös selkeimpien punnintaa ja optimointia koskevien *suuntavii-*

⁵⁵⁶ Vrt. Kempinen 1990, s. 36–37. Tuomarin virkasyytekyynns ainakin empiirisestä näkökulmasta tarkasteltuna olisi varmasti tällaisille tapauksille melko korkea. Ajatus virkavirheestä oikeusperiaatteen ylitse hyppäämisen vuoksi ei ole kuitenkaan täysin vieras oikeuskäytännön valossakaan. Ks. esim. KKO 1973 II 73: Kahdelle rikoskumppanille tuomitut ratkaisut olivat ilmeisessä epäsuhteessa keskenään. Rangaistusten mittaaminen, joka siten loukkasi yhdenvertaisuusperiaatetta, katsottiin virkavirheeksi.

vojen noudattamisen totaalisen laiminlyömissen tulisi voida johtaa ankariin moitteisiin, jos nämä velvoitteet ovat selkeällä tavalla ankarasti velvoittavista oikeuslähteistä johdettavissa (esim. ”bongattavissa” selvästi lain sanamuodosta).

Velvoittavuuden optimointikäskyn noudattamiseen nimenomaan optimointikäskynä ei tarvitse heikentyä lainkaan, vaikka optimointikäskyn huomioimaan vaatimat normi-ideat eivät itsessään voi antaa kaikkia lopullisia normatiivisia premissejä ratkaisua varten. Ankarasti velvoittaviin oikeuslähteisiin nojautuvan optimointikäskyn ylitse hyppäävä tuomari on ansainnut ankarat moitteet. Rangaistuksen langettajaksi merkittävän optimointikäskyn ylitse hyppäävälle ilvehtijätuomarille tosin sopii parhaiten optimointikäskyn noudattamisen laiminlyönyt tuomari itse psykologisilla itserankaisun prosesseilla. Näitä prosesseja voidaan myös voimistaa kohdehenkilön ulkopuolelta niillä menetelmillä, jolla pintatietoisuuden ulkopuolisiin mielen ilmiöihin yleensäkin voidaan vaikuttaa. Mainittu rangaistus, seuraamus tai sanktio tulee kuitenkin nimenomaan lainsoveltajan oman mielen prosesseista luvussa 9 selostettavalla tavalla.

8 Tehokas oikeusperiaate

8.1 VOIMASSAOLO TEHOKKUUTENA

Oikeusperiaatteen voimassaolo tehokkuutena merkitsee sitä, että tukea väitteille oikeusperiaatteen voimassaolosta ja velvoittavuudesta kyetään löytämään siten, että osoitetaan oikeusperiaatteiden tosiasiallinen tehokkuus. On siis osoitettava, että oikeusperiaatteita viranomaiset ja normialamaiset ovat todella noudattaneet (ja perustellulla todennäköisyydellä tulevat siten niitä jatkossakin noudattamaan). Normi siis voidaan katsoa tehokkaaksi silloin ja vain silloin, kun kansalaiset noudattavat sitä säännönmukaisesti. He valitsevat normi-ideaaleja mukailevan käyttäytymisen joko itsekkäistä tai epäitsekkäistä syistä. Tällöin normin noudattamisen säännönmukaisuus tarkoittaa sitä, että jos joku tekee käyttäytymistä koskevan valinnan, on todennäköistä, että hän valitsee normin tarkoittaman käyttäytymiskaavan. Toisaalta tehokkaaksi voidaan katsoa normi, jota viranomaiset noudattavat toiminnassaan. Tällöin taustalla on ajatus siitä, että vain sellainen oikeusnormi, jonka taakse pakkovaltaa käyttävä viranomaiskoneisto panee arvovaltansa, on voimassaolevana velvoittavaa oikeutta.⁵⁵⁷

Lainsäätäjän antama normi realisoituu vasta, kun sitä sovelletaan käytäntöön.⁵⁵⁸ Toisaalta pitkäaikaisen käyttämättä jäämisen perusteella oikeusnormi lakkaa olemasta voimassa. Suomessa vallitsevan käsityksen mukaan tällaisen desuetudon tulisi tosin olla todella pitkäaikainen ja yksiselitteinen. Jos jotakin pykälää vastaan on sangen usein rikottu, ei tämä sen voimassaoloa vielä välttämättä lakkautaa. Oikeusnormit ovat myös hyvin erilaisia siinä suhteessa, miten laajalti niitä noudatetaan. Jotkut normit on voitu alunperinkin tarkoittaa sovellettaviksi vain äärimmäisen poikkeuksellisissa olosuhteissa.⁵⁵⁹

Voimassaolo tehokkuutena liittyy erilaisiin tosiasiamailman tapahtumiin. Tällaisia tosiasioita ovat normien vaikutus yhteiskunnassa, tuomioistuinten tosiasiallinen käyttäytyminen, oikeusyhteisön jäsenten käyttäy-

⁵⁵⁷ Voimassaolosta tehokkuutena ks. Aarnio, 1989 (oppikirja), s. 91–93.

⁵⁵⁸ Aarnio 1989 (oppikirja), s. 19.

⁵⁵⁹ Ks. Klami 1986, s. 47.

tyminen, kansalaisten käyttäytyminen sekä oikeussäännön historiallinen alkuperä ja kehitys.⁵⁶⁰ Näitä tosiasioita puolestaan pyritään havaitsemaan ja näitä havaintoja käsittelemään siten, että niiden arvo tiedonintressin kannalta olisi tieto-opillisesti mahdollisimman korkea. Monet erittäin keskeisellä tavalla oikeudelliseen argumentaatioon vaikuttavat periaatteet saattavat olla kokonaan sitovien auktoritatiivisten tekstien välittömästi havaittavien sanamuotojen ulkopuolella: ne eivät ole helposti ”bongattavissa”. Siten nämä periaatteet ovat pintatason auktoritatiivisiin teksteihin tiukasti sitoutuneesta näkökulmasta ”vain” osa juridista paradigmaa, jolloin ne ovat perinteisin muodollisjuridisin metodein vaikeasti todennettavissa tai jopa mahdottomia todeta. Sama koskee lainsäätäjän tietoisesti säätämättä jättämiä keskeisiä aihepiirejä, joiden on arveltu olevan riittävän selviä sen vuoksi, että oikeusjärjestyksemme on katsottu sisältyvän tietynlainen säätämätön periaate.⁵⁶¹ Tällöin voimassaolon toteamiseen voidaan pyrkiä luontevasti myös empiirispohjaisiin metodein ja argumentein oikeudellisesti relevanttia käyttäytymistä tutkimalla, jolloin voimassaolo vahvistettaisiin verifiikaatiolla havaittuihin käyttäytymisen säännönmukaisuuksiin vetoamalla. Ovatko esimerkiksi oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen ilmiöinä kuvattavat entiteetit, joita pinnallinen ”bongaus” atomaarisista auktoritatiivisista teksteistä ei tavoita, todettavissa tuomarien käyttäytymisestä tehdyistä havainnoista?

Ensimmäiseksi ongelmaksi empiirisen lähestymistavan tieteellisen luonteen varmistamisessa on todettavissa kysymys siitä, mistä löytyy normipropositiolle korrespondentti todellisuus, johon voimme normipropositiota verrata. Tässä on kysymys myös normiproposition redusoinnista ekstension omaavaan entiteettiin empiirisesti tavoitettavien tosiasioiden maailmassa.⁵⁶² Yhden vaihtoehdon on tarjonnut Ilkka Niiniluoto.

Niiniluodon tarjoamassa vaihtoehdossa normihypoteesin tulee olla korrespondenssissa sellaisten normeiksi katsottavien sosiaalisten faktojen kanssa, joista on olemassa konsensus⁵⁶³ oikeusyhteisössä, jotta voitaisiin puhua todesta normipropositiosta (= voimassaolevaksi todetusta oikeudesta). Jos korrespondessi voidaan todeta, on normin todettu ole-

⁵⁶⁰ Ks. Tolonen 1996, s. 19.

⁵⁶¹ Ks. Tähti 1995, s. 162.

⁵⁶² Ks. Kultalahti 1990, s. 84.

⁵⁶³ Konsensuksen ei kuitenkaan tarvitse olla välittömästi todettavissa, vaan se voi olla myös loogisin perustein johdettavissa muusta hyväksymisestä. Ks. Niiniluoto 1981, s. 177.

van voimassa. Normipropositiot ovat toteamuksia yhteiskunnallisista asiantiloista. Sen vuoksi normipropositio on tosi, jos ja vain jos se ilmaisee todellisen yhteiskunnallisen tilanteen. Merkitykset ja totuuden ehdot kyllä voidaan luoda yhteisöllisesti konsensusena, mutta väite oikeuden voimassaolosta on aina kielen ja todellisuuden vastaavuutta eli korrespondenssia.⁵⁶⁴ Niiniluodon teoriaa oikeuden voimassaolosta ei ole kuitenkaan sidottu muodollisjuridiseen atomaaristen auktoritatiivisten tekstien ”tekstibongaamiseen” ja ”tekstiempiriaan”, joten sen perusteella voisi etsiä perusteita ”säättämättömien” oikeusperiaatteiden voimassaololle. Oikeusperiaate voi saavuttaa yhteisöllisen konsensuksen, vaikka sitä ei olisi suoraan oikeuden pintatason auktoritatiivissa teksteissä mainittu. Niiniluodon ajattelua mukaillen konsensusta ilmaisevat faktat olisivat myös mahdollisesti todettavissa korrespondenteiksi suhteessa normihypoteesiin voimassaolevasta oikeusperiaatteesta. Jos tällainen korrespondenssi todella havaitaan, oikeusperiaate olisi voimassa todeksi verifioidun normiproposition nojalla.

8.2 OPTIMOINTIKÄSKYN TEHOKKUUS

Dworkin on esittänyt, että säännöillä ja periaatteilla on eroavuus niiden soveltamisessa.⁵⁶⁵ Kotimaisessa oikeustieteessä tätä dworkinilaista käsitystä on sovellettu siten, että periaatetta saatetaan olla soveltamatta tai se saattaa syrjäytyä ilman, että se lakkaisi olemasta voimassa. Esimerkiksi jos painoarvoltaan tärkeämmäksi katsottu periaate sivuuttaa vähempimerkityksellisenä pidetyn periaatteen, ei viimeksi mainittu oikeusperiaate silti lakkaa olemasta voimassa. Se vain antaa kokonaan tai osaksi tilaa painoarvoltaan tärkeämmälle periaatteelle. Tämän mahdollistaa oikeusperiaatteen luonne optimointikäskynä.⁵⁶⁶ Miten tämä sitten vaikuttaa oikeusperiaatteen tarkasteluun tehokkuusvoimassaolon näkökulmasta? Onko tällainen näkökulma mielekäs, koska oikeusperiaatteen voimassaolo ei lakkaa, vaikka se syrjäytyisi punninnassa ja optimoinnissa. Optimointikäskynä oikeusperiaatetta pitäisi tässäkin käsitellä, jolloin optimointikäsky on erotettava punninnan ja optimoinnin lopputuloksesta. Oikeusperiaatteen tehok-

⁵⁶⁴ Ks. Niiniluoto 1981, s. 173–177. Ks. myös Kunnas 1999, s. 25 ja Aarnio 1989 (oppikirja), s. 94–98.

⁵⁶⁵ Ks. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 41.

⁵⁶⁶ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 80 ja Aarnio 1997 (*Reason and Authority*) s. 174–176. Ks. myös Tolonen, *Oikeustiede* 1989, s. 343.

kuusvoimassaolon tarkastelu tulisi ulottaa nimenomaan optimointikäskyn tehokkuuden tarkasteluun.

Optimointikäsky viittaa itsensä ulkopuolisiin premisseihin soveltamistilanteen lopullisen säännön ja ratkaisun kannalta. Voi olla mahdollista, että johonkin oikeusperiaatteeseen sisältyvät arvo- ja tavoitepremissit (normi-ideat) jossakin yksittäisessä punnintatilanteessa syrjäytyvät totaalisesti, jolloin ne eivät tule varsinaisesti osittainkaan lopullisen säännön ja ratkaisun premissiksi tässä yksittäisessä tapauksessa. Vaikka johonkin oikeusperiaatteeseen sisältyvät normi-ideat syrjäytyvät jossakin yksittäisessä tapauksessa, niitä saatetaan uudestaan optimoida jossakin toisessa punninta- ja optimointitilanteessa, jolloin ne puolestaan ehkä tulevat lopullisen ratkaisun ja säännön premisseiksi. Tällöin oikeusperiaatteiden tehokkuusvoimassaoloa ei ole mielekästä tarkastella ainakaan yksinomaan lopullisen ratkaisun näkökulmasta. Itse optimointikäskyn soveltamisen kannalta tilanne on kuitenkin toinen; pelkkä tosiasiallinen huomioiminen punninnassa ja optimoinnissa aina silloin, kun se kyetään empiirisesti havaitsemaan, osoittaa jonkinlaista voimassaoloa tehokkuutena. Jos oikeusperiaatteisiin kytketyt arvo- ja tavoitepremissit *punninnassa ja optimoinnissa* syrjäytyvät tuomarin ratkaisutoiminnassa, tämä nimenomaan osoittaa, että meillä on tehokkaana voimassaoleva optimointikäsky, vaikka johonkin oikeusperiaatteeseen sitoutuneet arvo- ja tavoitepremissit säännönmukaisesti syrjäytyisivät. Onhan tässä tilanteessa optimointikäskyä noudatettu. Tietysti tällaisessa tilanteessa oikeusperiaatteen (normi-ideoiden) painoarvon voi sanoa olevan heikko punninnan kattamalla alueella tehokkuuden näkökulmasta, mutta oikeusperiaate on kuitenkin ainakin heikkona voimassa, koska optimointikäsky on kuitenkin huomioitu. Optimointikäskyn ylitse ei ole siis hypätty tässä tapauksessa, vaikka sen optimoitavaksi ja punnittavaksi vaatimien normi-ideoiden painoarvo on osoittanut joissakin yksittäistapauksissa vastasyitä heikommaksi.

Jos on optimointia ja punnintaa, on optimointikäskyn tehokkuusvoimassaoloa. Tilanne on silloin toinen, jos tuomarit eivät oikeuskäytännössä lainkaan ole ottaneet punninnassa ja optimoinnissa huomioon johonkin oikeusperiaatteeseen kytkeytyneitä normi-ideoita, vaan jättävät ne kokonaan huomioimatta kiistämällä niiden sitovuuden tai hyppäämällä niiden ylitse jostakin syystä. Tällöin oikeusperiaate ei ole *tehokkuuden*⁵⁶⁷ *näkökulmasta* voimassa, vaikka se olisi mainittu vahvasti velvoittavassa lakitek-

⁵⁶⁷ Painottuneena tässä tapauksessa amerikkalais-rossilaiseen tuomioistuinrealismiin.

teissäkin. Käytännössä voi tietysti olla vaikea ratkaisujen tekstien perusteella selvittää, mistä on kysymys, jos mahdollisesti tapahtuneesta punninnasta ja optimoinnista ei ole mahdollisuuksia saada edes implisiittisesti selvää. Syrjäytyivätkö jotkut oikeusperiaatteet punninnassa ja optimoinnissa syrjäytymisen vuoksi vai jätettiinkö ne todellisuudessa kokonaan huomioimatta? Tämä hankala kysymys joudutaan esittämään, jos oikeusperiaatteen suuntaisista painotuksista ei näy ratkaisusäännössä ja lopputuloksessa jälkeäkään. Jos meillä on niukkojen eksplisiittisten perustelujen kulttuuri, voi tietysti olla vaikea havaiten todentaa ilvehtijän hypyn ja perustellun syrjäyttämisen eroa yksittäisissä ratkaisuissa. Syvyyspsykologiasta ja psykonealyysistä käsin, jotka ovat jo yli sata vuotta jatkaneet Nietzschen aloittamaa työtä⁵⁶⁸, tosin saadaan lääkkeitä tähän ongelmaan, mutta niitä ei ole mahdollista tässä enempää käsitellä.

Tässä yhteydessä on syytä muistaa myös dworkinilaisen ja alexylaisen oikeusperiaateajattelun nuoruus oikeustieteenme paradigmassa, vaikka se onkin lyönyt itsensä vahvasti lävitse tieteessä ja erityisesti väitöskirjatutkimuksessa. Tasotteluajattelun ja oikeusperiaateajattelun yhteensovittamisen eksplisiittinen läpilyöminen puolestaan on vielä tulevaisuutta, vaikka väitän tämänkin näkökulman olevan läsnä jo nyt oikeustieteen paradigmassa implisiittisesti, vahvana potentiana. Vasta 1990-luvulla oikeustieteellisiä tutkintoja suorittaneet juristit ovat suoraan tai epäsuorasti erittäin suurella todennäköisyydellä omaksuneet alexylaisen ja dworkinilaisen oikeusperiaateajattelun pääperiaatteet. Tuomarikunnasta suurin osa ei ole opintojensa yhteydessä⁵⁶⁹ tutustunut tähän oikeusperiaatekeskusteluun. Tieteelliseen paradigmaan kuuluvan alexylais-dworkinilaisen oikeusperiaateajattelun läpilyöminen onkin riippuvainen siitä, miten hyvin tuomarit oikeudellisen ajattelun kehitystä seuraavat ja ovat kykeneviä ja halukkaita pysymään kehityksessä mukana. Ei olisi varmaankaan kohtuutonta odottaa, että hyvin suuri osa tuomareista on nykyisen oikeusperiaateajattelun ulkopuolella. Jos tuomari ei tunne koko ajatusta optimointikäskystä, on todennäköisesti turha odottaa, että hän jättäisi eksplisiittisiä tai edes implisiittisiä viitteitä optimointikäskyn noudattamisesta, optimointikäskyn velvoittavuuden kieltämisestä tai hypystä sellaisen ylitse. Voihan hän tietysti yrittää myös kätkeä ratkaisunsa perusteita ja siihen liittyvää ajattelua ulkopuoliselta kontrollilta – ehkä jopa itseltäänkin.

⁵⁶⁸ ”– Mikä riemu sille, jolla on korvat vielä korvienkin takana, – minulle, vanhalle psykologille ja rotanpyydystäjälle, jolle juuri sen, mikä haluaisi pysyä vaiti, on pakko käydä äänekkääksi.” Ote Epäjumalten hämärän esipuheesta.

⁵⁶⁹ Tutkintoa (OTK, OTL tai OTT) suorittaessaan.

8.3 RATKAISUT SUORAAN OIKEUSPERIAATTEEN NOJALLA

Juristin selvittäessä oikeusperiaatteen voimassaoloa tehokkuuden näkökulmasta ensimmäinen kysymys on luontevasti normin mahdollinen soveltaminen tuomioistuimissa. Erityisesti tarkastelun kohteeksi joutuvat korkeimpien oikeuksien ratkaisut. Suomalaisessa oikeustieteessä on jo perinteisesti nähty ylimmälle oikeusasteelle mahdolliseksi myös kiteyttää oikeusperiaatteita ja siinä mielessä luoda niitä,⁵⁷⁰ jolloin oikeusperiaatteen voimassaolo voi perustua sellaiseen ennakkotapaukseen, jossa KKO on kiteyttänyt oikeusperiaatteen. Tuomioistuinrealismin näkökulmasta voidaan esittää, että normiväite voimassaolosta on tosi, jos tuomioistuimissa toimitaan normiväitteen mukaisesti. Tästä näkökulmasta oikeusperiaatteen eksplisiittinen soveltaminen on voimakasta tukea oikeusperiaatteen abstraktiakin voimassaoloa koskeville väitteille.

Kysymys tapausten ratkaisemisesta suoraan oikeusperiaatteen nojalla on sikäli ongelmallinen, että oikeusperiaate normityyppinä soveltuu huonosti tai ei ollenkaan välittömäksi ratkaisun perustaksi. Oikeusperiaatteelle on ominaista pikemminkin se, että se antaa suuntaa sellaisen säännön hakemisessa, joka sitten on ratkaisun lopullisena perustana. Sellaisia tapauksia, joissa oikeusperiaatetta sovelletaan suoraan konkreettiseen tapaukseen loogisesti kuin sääntöä (”logically as a rule”⁵⁷¹), on mahdollista havaita. Tällöin on ilmaistu, että ratkaisussa on sovellettu oikeusperiaatetta.⁵⁷² Ratkaisusääntö voi lisäksi olla niin ilmeisellä tavalla oikeusperiaatteesta johdettavissa, että voidaan nähdä ratkaisun tapahtuneen faktisesti oikeusperiaatteen nojalla, vaikka ankarasti ottaen ratkaisu on tehty sellaisen säännön nojalla, johon periaatteen ottaminen huomioon säännön etsimisessä on ilmiselvästi johtanut.

⁵⁷⁰ Ks. Brusiin 1938, s. 162–166. Esimerkkinä oikeusperiaatteen kiteyttämisestä voidaan esittää jo aiemmin käsittelemäni KKO:n ratkaisu 2000:18, jossa itse toimin avustajasiämiehen roolissa.

⁵⁷¹ Ks. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 27–28.

⁵⁷² Ks. Nuotio, LM 1995, s. 958–962.

8.4 EMPIRISMIN HAASTEISTA JA MAHDOLLISUUKSISTA

Realistisen ja sosiologisen tarkastelun keskeisenä lähtökohtana on empiirispohjainen tarkastelu, jossa kaiken perustana on tosiasioista tehty havainnot. Lähtökohtaisesti normien empiiristä tutkimusta voidaan puoltaa vastaamaan siihen haasteeseen, jossa normativismia arvostellaan oikeuden eristämisestä tosiasioista ja siitä, että oikeudelle ei voida hakea selitystä siitä itsestään. Puhtaat normatiiviset käsitykset jäävät arvostelijoiden mukaan leijumaan ilmaan vailla reaalista merkitystä.⁵⁷³ Korrespondenssiteoriaan nojaavat empiirispohjaiset näkemykset voivatkin syventää käsitystä oikeuden voimassaolosta. Jos oikeus nähdään ontologiselta statukseltaan sääntöjen ja käyttäytymisen dialektiseksi suhteeksi, normien voimassaolosta ei ole perimmiltään mahdollista puhua pelkästään puhtaan normativistisesta näkökulmasta.⁵⁷⁴ Tällöin olisi perusteetonta erottaa toisistaan oikeusdogmatiikka oikeussääntöjen sisältöä selvittävänä oikeustieteen osa-alueena täysin oikeussosiologiasta oikeudellisiin ilmiöihin liittyvän käyttäytymisen säännönmukaisuuksien tutkimuksena.

Toisaalta normien tosiasiatutkimus kohtaa myös periaatteellisia vaikeuksia. Normithan ovat käyttäytymisen vaatimuksia, eivätkä tosiasiallista käyttäytymistä. Havaintoja tulkittaessa tarvitaan myös esitietoa, käsitystä niistä normeista, joita käyttäytymisessä voidaan ajatella seurattavan. Käyttäytymisen selittäminen normeiksi edellyttää hyväksyttävää käsitystä normien voimassaolevasta asemasta käyttäytymisen tulkinnassa. Empiiristen havaintojen merkitys normien ymmärtämisen kannalta riippuu siis siitä, millaiseen normatiiviseen järjestelmään havainnot kytketään. Atomaariset havainnot käyttäytymisestä on kytkettävä laajempiin kokonaisuuksiin erilaisilla rationaalisuuden strategioilla.

Tilannetta voidaan tarkastella myös tuomarin näkökulmasta. Oikeusturvaodotuksemme lähtee siitä, että tuomari selvittää itselleen oikeusjärjestyksen oikean sisällön. Tuomarin kannalta ei ole tärkeätä saada informaatiota siitä, miten tuomari (siis myös hän itse) tulee toimimaan. Päätöksentekijällä on jo ennen ratkaisua oltava tietoa siitä, mikä sitoo häntä ja mikä ei. Oikeuden voimassaoloa ei voida tämä tuomarin näkökulma huomioon ottaen määritellä pelkäksi tehokkuudeksi, koska tällöin määritelmä muodostuu

⁵⁷³ Ks. H. Tolonen 1996, s. 68.

⁵⁷⁴ Ks. Klami 1989, s. 21.

epäjohdonmukaiseksi ja vain osan tilanteista kattavaksi. Tuomari tulisi tällöin olemaan mitta sille, mitä hän joutuu itse pitämään sitovana. Kuitenkin yksi oikeustieteen perustehtävistä on ollut seurata oikeuskäytäntöä ja kehittää sillä tavalla oikeutta. Lainopillinen tutkimuskäytäntö ei ole ollut eikä se voi olla pelkkää ratkaisujen esittelyä. Kritiikki ei ole kuitenkaan mahdollinen, jos ei tunnusteta, että on mahdollista konstruoida tuomioistuin-käytännöstä riippumattomia mittapuita sille, mikä on voimassaolevaa oikeutta.⁵⁷⁵

Länsimaisessa filosofiassa empiirisiä havaintoja koskeviin kysymyksenasetteluihin on keskeisellä tavalla liittynyt tietoaineksen jäsentämisen ongelma, joka on liitetty havaitsevan subjektin ja havaittavan objektin suhteiden käsittelyyn. Kysymys tiedon jäsentymisestä koskee sekä yksittäisen havainnon kohteen jäsentämistä että myös useiden havaintojen jäsentämistä sellaiseen muotoon, jolla on jotakin tiedollista arvoa. Immanuel Kantista alkaen on puhuttu yksittäisen havainnon kohdalla havaitsijan omaamista kategorioista, joiden avulla hän muodottomasta ja jäsentymättömästä havaintoaineuksesta kykenee jäsentämään tiedollisesti mielekkään havainnon. Rationaalisuustason työkaluja siis tarvitaan yksittäisten käyttäytymishavaintojen jäsentämiseen mielekkääksi ja hallittavaksi kokonaisuudeksi. Tietysti yksittäisen havainnonkin muodostaminen mielekkääksi vaati jäsenystä, kuten sanamuodonmukaisen tekstisisällön muodostaminen pelkän painomusteesta ja paperista tehdyn havainnon asemasta. Havainto myös muuttuu, jos havainnon mielekkään jäsentämisen ja hallinnan edellyttämät kategoriat voivat kehittyä, vaikka havainnon kohde sinänsä pysyisi samana. Tällöin empiiriset tieteelliset tulokset heijastavat tuloksissaan rationaalisuustason työkaluja yhtä hyvin kuin tutkimuskohdettaan.

Suuren filosofisen väittelyn kohteena on ollut, missä määrin kategoriat ovat pysyviä, objektiivisia tai ainakin intersubjektiivisia sekä mahdollisen säännönmukaisen ja lainalaisen kehityksen alaisia, tai toisaalta missä määrin ne ovat kaikenlaisen muutoksen ja subjektiivisten tekijöiden vallassa, siis perspektiivioptiikkaa, jolloin kaikki totuus havaintojen osalta on siellä missä kauneudenkin sanotaan olevan: katsojan silmässä. Empiiriset havainnot voivat yleensä saavuttaa tiedollista arvoa ainoastaan, jos ne kyetään yhdistämään laajempiin yhteyksiin. Tällöin joudutaan turvautumaan erilaisiin arvostuksiin. Ei ole olemassa sellaisia päteviä puhtaasti kognitiivisia empiirispohjaisia oikeudellisia lauseita, jotka olisivat vapaita kai-

⁵⁷⁵ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 92–93.

kesta evaluatiivisesta aineksesta. Evaluatiivisen ja kognitiivisen aineiston on katsottava edellyttävän toisiaan.⁵⁷⁶ Yksittäisistä havainnoista muodostuvaa havaintojen joukkoa siis joudutaan jäsentelemään esimerkiksi induktiiviseksi päätelmäksi tai monimutkaisempaa jäsentelyä edellyttäväksi teorioiksi ja malleiksi, joihin vaikuttavat erilaiset paradigmaattiset jäsennessäännöt ja näkökulmat, jotka puolestaan voidaan nähdä myös normatiivisluonteisina. Institutionaalisiin tosiasioihin⁵⁷⁷ kohdistuvien havaintojen osalta jo itse havainnon kohde on yleensä evaluatiivisten näkökulmien käsitteellistämää ”faktaa”.

Vallitsevan oikeusteoreettisen ajattelun voidaan katsoa pitkälti hyväksyneen naturalistisen virhepäätelmän ja Humen lain non-kognitivistiset näkemykset moraali- ja yhteiskuntafilosofisina periaatteina, jolloin normeista ei voida myöskään sanoa, että ne olisivat tosia tai epätosia korrespondenssin näkökulmasta luonnontieteellisten faktojen tavoin. Tämä johtaa myös empiirisen oikeustieteen väitteiden osalta erillisen normatiivisen oikeuttamisen vaatimukseen, jos sen tuloksista halutaan johtaa pitämislauseita.⁵⁷⁸ Brittifilosofi David Humesta alkaen induktiivista päätelmää ei ole enää voitu pitää täydellisen sitovana tulevaisuuden tapahtumia ennakoitaessa: tulevaisuus ei ole välttämättä menneen kaltainen.⁵⁷⁹ Oikeudellisen induktion erityisenä ongelmana on inhimillisen käyttäytymisen (siis lainsäätäjänkin käyttäytymisen) mahdollinen oikuttelevuus. Jo tämänkin vuoksi on olemassa *jatkuva muutoksen mahdollisuus* aiempaan käyttäytymiseen verrattuna. Oikeusperiaatteen merkityksestä soveltamiskäytännön valossa saattaa syntyä myös silloin väärä kuva, jos ei oteta huomioon mahdollisia muutoksia oikeudellisen ratkaisutoiminnan kannalta ensisijaisissa ja vahvasti velvoittavissa lähteissä. Jos erityisesti lakiteksteissä on tapahtunut muutoksia, oikeusperiaatteisiin turvautumisesta ja niiden hyväksymisestä oikeusyhteisöissä kertovat tiedot saattavat olla vanhentuneita.⁵⁸⁰

Empiirispohjaisessa tarkastelussa joudutaan turvautumaan inhimillistä käyttäytymistä jäsentäviin malleihin, joiden kautta empiirisiä käyttäytymistä koskevia havaintoja voidaan suodattaa, jäsentää ja liittää niitä koko-

⁵⁷⁶ Ks. Klami 1989, s. 9–10.

⁵⁷⁷ Ks. Peczenik 1995, s. 163–164.

⁵⁷⁸ Ks. Niemi 1996, s. 273.

⁵⁷⁹ Humen lain edelleen kehittälyä ja kommentointia esim. Popper, Arvauksia ja kumoa-misia, s. 41–46.

⁵⁸⁰ Aarnion aiemmin käsitellyssä oikeuslähdeopissa lakiteksteillä on selvä etusija prejudiikaatteihin nähden. Tässä valossa lain tekstien muutoksia tulisi seurata tarkasti.

naisuuksiin. Osana mallien jäsentämässä kokonaisuudessa havainnot saavat enemmän selitysvoimaa kuin mitä ne irrallisina saavuttaisivat. Argumentatiivinen synergie toimii tässäkin tapauksessa. Näissä malleissa voidaan pyrkiä toteuttamaan erittäin kattavia periaatteita, jotka halutaan nähdä muuttumattomina lainalaisuuksina alkuperäisessä Platonin ideaopissa esitetyllä tavoin. Malleissa voidaan tosin tyytyä myös vähemmän kunnianhimoisesti osoittamaan, että tietyt asiantilat, taipumukset ja vastaavat entiteetit liittyvät rajallisen ajan toisiinsa ja ovat tässä rajoitetussa merkityksessä selitettävissä kausaalisen mallin avulla, jossa premissit ovat empiirisiä havaintoja. Näitä ihmisen käyttäytymisen perustavia selitysmalleja on haettu eri suunnilta erilaisista malleista, ihmisen moraalis-rationaalisesta, biologisesta, ekologisesta ja yhteiskunnallisesta olemuksesta.⁵⁸¹ Tämäkin merkitsee osaltaan, että empiirispohjaiseen tarkasteluun liittyy väistämättä arvottavia valintoja, jossa myös relativismi ja perspektiivioptiikka syrjäyttää ehdottoman objektivismin. Empiirispohjaisista näkökulmistakaan ei voida siten tarjota ainoita oikeita oikeudellisia ratkaisuja ei-empiiristen näkökulmien tarjoamia vaihtoehtoja paremmin.⁵⁸²

Voitaneen todeta, että empiirispohjainen tarkastelu ei tarjoa sellaista perustaa, joka olisi tiedon intersubjektivisuuden, muuttumattomuuden ja yleensäkin luotettavuuden suhteen ainakaan oleellisesti vankemmalla pohjalla kuin tarkasteltaessa oikeusnormin voimassaoloa normatiivisesti painottuneesta tarkastelunäkökulmasta; etsien oikeusperiaatteille institutionaalista tukea auktoritatiivisista teksteistä, tai sitten tarkasteltaessa tätä kysymystä aksiologisesta arvoihin nojautuvasta luonnonoikeudellistyyppisestä näkökulmasta oikeusperiaatteen voimassaolon hyväksyttävyytenä tarkastellen. Empiirisen tieteen näkökulma voidaan nähdä myös ihmistieteen tarpeisiin nähden liian rajoitettuna.⁵⁸³ Erilaisten perusteltujen näkökantojen mahdollisuus ei silti estä pääsemästä korrespondenssiin nojautuvilla empiiris-realistisilla strategioilla suhteellisen hyviin tuloksiin etsittäessä perusteluja väitteelle oikeusperiaatteen voimassaolosta. Oikeusperiaate voi ilmentää toisaalta pyrkimyksissä yksittäisten käyttäytymishavaintojen jäsentämiseen ja hallitsemiseen mielekkäänä kaivattuja rationaalisuustason työkaluja. Tämä asetelma vahvistaa omalta osaltaan oikeusperiaatteen velvoittavaa asemaa sekä olemisen että pitämisen maailmaa koskettavana oikeutena.

⁵⁸¹ Ks. Klami 1983, s. 5–7.

⁵⁸² Vrt. Federley 1978 (1965), s. 34.

⁵⁸³ Ks. Kemppinen, 1990 s. 53. Ks myös Aarnio 1986, s. 98–102.

9 Normi-ideoista mielen mekanismeissa

9.1 NORMI-IDEAT OIKEUSALAMAISTEN ELÄMÄNHALLINNASSA

Käytännössä oikeusperiaate voi optimointikäskynä saada tosiasiallisen velvoittavuutensa vetoamalla lainsoveltajan vastuuntuntoon, hänen kunniaansa juristina sekä hänen tietoisuuteensa länsimaisen ihmisen syvästä oikeudenälästä, jota perusteellisella heuristiikalla ja justifikaatiolla oikeudellisen harkinnan formaalisuuspyrkimyksiin ja korkean abstraktiotason vaatimuksiin nojautuen voidaan onnistua menestyksekkäästi tyydyttämään. Tähän pyrkimykseen kuuluu valmius vedota sellaisiinkin sitoutumisen ja ennakoitavuuden kriteereihin, jotka ulottuvat pinnallisimman muodollisjuridisen tekstiempirian edustaman normatiivisen sidonnaisuuden ulkopuolelle. Näitä sidonnaisuuden muotoja voi osuvasti kuvata ajatus sitoutumisesta pinta-tasoa syvempiin oikeuden tasoihin, joiden vaikutusta toteutetaan näiden tasojen normi-ideoiden huomioimiseen velvoittavilla optimointikäskyillä. Kestävätkö normi-ideat ja optimointikäskyt totalisoivina entiteetteinä kuitenkaan antitotalisoivia haasteita?

Antitotalisoivan oikeudellisen ajattelun suunnalta korostetaan voimakkaasti sitä, että totalisoiviin normi-ideoihin nojautuvilla strategioilla ei voida saavuttaa sellaista oikeudenmukaisuutta, jota tuomioistuimien toiminnalta olisi oikeutettua odottaa. Kun laintulkinnan nähdään olevan perimmiltään aina kognitiivisesti epävarmalla pohjalla, tulisi tulkitsijan ottaa entistä herkemällä otteella huomioon oikeuden eteen tulleet ihmiset, käännyttävä avoimesti heidän toiseutensa, erityisyytensä ja erilaisuutensa puoleen ja yritettävä puhua heidän kieltään ratkaisuihin ja niiden perusteluissa. Jokainen oikeustapa voidaan nähdä myös fundamentaalisesti ainutlaatuisena. Antitotalisoivan ajattelun vaatimuksia voidaan puolustaa myös sillä länsimaissa yleisellä kehityssuuntauksella, että erilaiset sovintomenettelyt tuomioistuimien vaihtoehtoina kasvattavat nopeasti suosiotaan. Tämän muutoksen taustalla voidaan nähdä kasvava tyytymättömyys moderniin valtiokeskeiseen oikeusjärjestelmään ja sen toimintaan; se sivuutetaan yhä useammin pragmaattisen ja osapuolille

sopivan ratkaisun tieltä.⁵⁸⁴ Entä sitten modernin järjestelmän antitotalisoi-vaa ajattelua vastaan käyttämä ennakoitavuuden vaatimus? Tontin vas-taus tähän kysymykseen on käytännöllisiin tarpeisiin kantaa ottavana mielenkiintoinen:

”– kansalaiset eivät tunne lakia. Kuinka he voisivatkaan, kun juristikin voi hallita vain pienen osan ja oman erikoisalueensa alati paisuvasta oikeudellisesta materiaalista. Oikeudellisten ratkaisujen ennakoitavuus ei siis kansalaisten kannalta ole koskaan ollut kovin keskeinen arvo, koska he eivät juuri mitään ole ennakoineet, ainakaan siinä merkityksessä kuin tieteisopissa ko. periaatetta on kehitetty. Oikeuden eteen tullaan juuri siksi että oikeuden sisällöstä ja toteuttamisesta on epävarmuutta ja kiistaa. Mihinkäs sitä juristeja muuten tarvittaisiin? Oikeudellisten ratkaisujen ennakoitavuus ei mielestäni ole myöskään kaikki muut näkökohdat ylittävä ehdoton maksimi, jonka eteen tulee kaikki uhrata, päin-vastoin. Oman tuomioistuinkokemukseni perusteella sanoisin, että val-taosalle ihmisistä on tärkeintä, että heidän tuomioistuimissa otetaan va-kavasti, että heitä kuunnellaan ja heidän tulkintansa kiistanalaisesta ky-symyksestä otetaan ratkaisussa huomioon.”⁵⁸⁵

Tuomioistuimen eteen saapuvilla kansalaisilla voi olla perusteltuja odo-tuksia. Todennäköistä on, että sellaisia todellakin on. Tuskin oikeuden eteen riita-asioissa muuten tultaisikaan. Myös rikosasioissa voi kohdistua pe-rusteltuja odotuksia tuomioistuimen ratkaisuihin. Myös oma kokemukse-ni tuomioistuimissa asioivien osapuolten *ensisijaisista* odotuksista tuomiois-tuimen toiminnasta on samantapainen kuin Tontilla. **Ihmiset odottavat ensisijaisesti, että heidän asiassaan ei tehdä tuomioistuimissa ilvehtijän hyppyjä.**⁵⁸⁶ Jos heidän kantansa perustellussa punninnassa ja optimoinnissa ”voitetaan” ja syrjäytetään vastasyillä, lopputulosta saatetaan arvostella. Oikeudenkäynnissä hävinneeltä ei ole kohtuullista odottaa tyytyväisyyttä. Mutta tällainen ratkaisu on silti mahdollista sietää, ja ajan kuluessa se saa-tetaan jopa hyväksyä. Jos kuitenkin hävinneiden osapuolten relevanttien argumenttien ylitse kokonaan hypätään, he kokevat perustellusti itsensä ja

⁵⁸⁴ Ks. Tontti, Oikeus 1999, s. 302.

⁵⁸⁵ Tontti, Oikeus 1999, s. 301–302.

⁵⁸⁶ Juristilauman keskivertoyksilölle ilvehtijätuomari on terminä sen verran vastenmie-linen, että sitä on vaikea purematta niellä: liian alatyylinen! liian provokatiivinen! liian nietzscheläinen! Se ei ole tässä kontekstissa edes lainausmerkeissä, kuten ”bongaus”, tämä toinen heikosti sulava. Jokainen juristi tietää erilaisten termien välittömän vaiku-tuksen omassa tietoisessa mielessään. Vain harvat juristit ymmärtävät alkeitakaan siitä, mitä huonosti sulava (mutta tarttuva) kielellinen aines voi vaikuttaa tiedostamattoman mielen mekanismeissa. Kielellä on erilaiset vaikutukset mielen eri tasoilla.

oikeuksiensa tulleen pilkatuksi. Sellainen on menettelyn kohteelle (uhrille) luontevasti katkeruuden lähde elämän loppuun saakka.

”On monta erilaista voittamisen tietä ja tapaa... Mutta vain ilveilijä ajattelee: voidaan myös hypätä ihmisen yli.”⁵⁸⁷

Tuomioistuimen eteen saapuvilla kansalaisilla on myös ennakoitavuuteen liittyviä tarpeita. Ne eivät kuitenkaan välttämättä kohdistu suoraan ratkaisun lopputulokseen, vaan siihen, että on ratkaisun lopputulokseen tai ainakin sitä hakevaan prosessiin nähden *totalisoivasti* vaikuttavia seikkoja, joiden oletetaan tulevan huomioiduksi, vaikka ne eivät vastasyistä johtuen riittäisi määräämään lopullista ratkaisua ja sääntöä.⁵⁸⁸ Odotukset kohdistuvat vahvimmin sellaisiin normi-ideoihin, jotka ilmentävät yhteisön moraalialia ja elämänmuodon fundamentaalisimpia perusteita laajemminkin:

”Vaikka periaatteena on, että kaikkien oikeusalamaisien on tunnettava kaikki toimintaansa koskevat säännöt, eli tietämättömyys ei vapauta velvollisuudesta noudattaa niitä, (*ignorantia juris neminem excusat*), hyvin harva tavallisista kansalaisista on esimerkiksi lukenut lakikirjaa tai lainopillisia teoksia. Lain tuntemus on pääasiassa yleisen yhteisön moraalilain ja tavanomaisten käytäntöjen kautta tapahtuvaa yhteisön normien tiedostamista... Lain kannalta kaikkein tärkeimmän tahon, oikeusalamaisen ’lain’ tuntemus onkin pikemminkin moraalilain tuntemista.”⁵⁸⁹

Oikeusperiaate voi tavallisen kansalaisen tai yrityksen subjektiivisten oikeusturvaodotusten näkökulmasta olla ilmoitus ja jonkinlainen lupaus siitä, että lainsäädäntö periaatteessa tukee ja vaatii sellaista käyttäytymistä, joka on vähintäänkin väljästi sidoksissa yhteiskunnan toimivuuden ja yhteisöllisyyden säilymisen kannalta keskeisiksi miellettyihin yhteiskunnallisiin arvoihin ja tavoitteisiin. Länsimaisen ihmisen ennakoitavuuden ja hallittavuuden tarpeeseen voidaan vastata varsinaisen muodollisjuridisen normatiivisen sitoutumisen lisäksi myös sitoutumisella normien taustalla oleviin arvoihin ja tavoitteisiin, jotka ilmentävät keskeisiä piirteitä vallit-

⁵⁸⁷ Nietzsche, Zarathustra, s. 278.

⁵⁸⁸ Esimerkkinä monipuolisesta näkökantojen huomioimisesta voin mainita jo aiemmin käsitellyn Vaasan HO:n tuomion (23.12.1998, nro 1501, S 98/42). Tässä HO ratkaisi vastoin sen aiemmassa tuoreessa ratkaisussa muotoilemaa sääntöä sille esittämäni taustateologiaan ja -aksiologiaan nojautuen. Vastapuolen perustellusta turvautumisesta HO:n aiempaan ratkaisuun hänelle hyvitetiin katsomalla oikeudenkäyntikulut molempien osapuolten omaksi vahingoksi. (Päämiehilläni oli osittainen maksuton oikeudenkäynti).

⁵⁸⁹ Ks. Niemi 1996, s. 324. Kursivointi lähteessä.

sevasta elämänmuodosta, siis vahvimpiin normi-ideoihin. Näihin arvoihin ja tavoitteisiin sidottuja yksityisiä elämänhallintapyrkimyksiä oikeusperiaateajattelun ja -argumentaation tulee suojata tulkitsemalla auktoritatiivisia oikeuslähdetekstejä ainakin yhteiskunnan keskeisimpiä arvoja ja tavoitteita edustavien normi-ideoiden valossa. Erityisen välttämätöntä tämä on silloin, jos keskeiset odotukset ja niitä vastaavat normi-ideat kietoutuvat perusoikeuksiin, joiden ainakin pitäisi edustaa oikeusjärjestelmän keskeisimpiä arvoja ja tavoitteita. Perusoikeuksiin kytkeytyvien normi-ideoiden ylitse hyppääminen on erityisen halveksuttavaa.

Käytännössä ei ole myöskään välttämättä epävarmuutta aiheuttava ja ennakoitavuutta heikentävä tekijä ratkaisun lopputuloksenkaan kannalta, että optimointikäskyn normi-ideoihin liittyy heikot (muodollis-lineaariset) normatiiviset sidonnaisuussuhteet. Keskeinen arvo- ja tavoitetausta saattaa puhua aivan selkeästi tietynlaisen ratkaisun puolesta, jolloin varsinainen punninta ja optimointi myös jää vähäiseksi säännön ja ratkaisun ollessa ilmeinen. Suurin epävarmuus onkin usein sellaisissa tilanteissa, jossa lainkäyttäjän jyrkkä pinnallinen positivistinen vakaumus ja mahdollisesti puutteet rohkeuden ja taitojen suhteen ehkä estävät oikeusperiaateargumentaation avulla tapahtuvan oikeuden tausta-arvoihin ja -tavoitteisiin (syväta-soihin) turvautumisen pintatasoon ”huuhaan” syrjäyttämiseksi tai enemmänkin sen muotoilemiseksi vastaamaan tulkinnalliselta merkitykseltään pinta-tasoa syvempien tasojen ilmentämää kokonaisuutta.

Tuomari tai muu lainsoveltaja voi haluta irtautua oikeusperiaatteiden ilmaistemien totalisoivien normi-ideoiden vaikutuksesta myös selvästi ”likaisista” syistä. Ne nimittäin asettavat enemmän vaatimuksia kuin vapaa harkinta, mikä ei välttämättä laiskureita ja mielivaltaiseen vallankäyttöön tuomarin virassa rakastuneita miellytä. Ilvehtijän hyppy vahvankin normi-idean ylitse voi olla laiskurille optimointia ja punnintaa luontevampi vaihtoehto. Normi-ideoiden totalisoiva vaikutus, varsinkin dworkinilaisia ihanteita tavoittelevasta näkökulmasta, ei saa kannatusta myöskään sellaisilta likaisilta tuomareilta, jotka atomaaristen tekstipätkien ”bongausstrategian” mahdollistaman laajan tulkinnan alueen puitteissa haluavat käyttää omia henkilökohtaisia mielipiteitään ja mahdollisia ennakoasenteitaan ja -luulojaan.

Vahva sidonnaisuus keskeisiin normi-ideoihin on kuitenkin luontevaa lainkäyttäjänkin elämänhallinnan näkökulmasta. Miten sitten tuomarin ja muun lainsoveltajan sidonnaisuus oikeuden pintatasoa syvempiin tasoihin ja niiden vaikutuksia toteuttaviin optimointikäskyihin voi syntyä nimenomaan psykologisesta näkökulmasta?

9.2 KATSO IHMISTÄ! KATSO LAINKÄYTTÄJÄÄ!

Tuorin tasotteluajattelu voi olla sellainen perusta, jonka perusideoiden varaan voidaan luoda yhtenäistävää kuvaa oikeustieteen oleellisista sidonnaisuhteista ja hallinnan edellytyksistä. Tällä en tarkoita orjallista ja dogmaattista mallin noudattamista siihen tyyliin kuin naapurissa, ja joidenkin piirien osalta meilläkin, noudatettiin lähihistoriassa ”Lenin-sedän” löytämiä ’totuuksia’.⁵⁹⁰ Tällä tarkoitan lähinnä sitä, että ajatus oikeuden tasoista ja niiden sidonnaisuhteista on hyvä lähtökohta oikeusteoreettiselle keskustelulle, koska sillä on selkeät kytkennät oleelliseen *ytimeen* oikeustieteen perinteessä ja länsimaisen ajattelun valtavirrassa. Vaikka tasotteluajattelu näyttää etenevän voimalla kotimaisessa tutkimuksessa, se ei ole kokonaan säästynyt ankaralta kritiikiltäkään. Kivivuori esittää kritiikkiä Tuorin tasotteluajattelua koskevasta kirjoituksesta Minun metodini -teoksessa:

”Tuorin kirjoitus etenee kuin olisi olemassa vain tasoja ja tasottelua (onneton sanavalinta, joka viittaa seinään ja tai asfalttipinnan korjaamiseen), mutta ei eläviä ihmisiä, joiden toiminnasta ollaan kiinnostuneina.”⁵⁹¹

Kivivuori esittää kritiikkiä myös Wilhelmssonin kohtaan, joka esittää Minun metodini -teoksessa oikeusperiaatteiden ja käsitteiden rakentamista perusrakenteeltaan Tuorin esitystä muistuttavalla ajatusrakennelmalla.

”Olennaista on havaita, että Wilhelmsson ei puhu mitään käsitteiden ja oikeusperiaatteiden subjektista. Niillä on kuitenkin aina subjektinsa, joko käsitettä käyttävä tai oikeusperiaatteen ilmaiseva henkilö itse tai sitten joku muu (vaikkapa lainsäätävä)”⁵⁹²

Kivivuoren mukaan edelliset eksymiset oleellisista vaatimuksista liittyvät laajempaankin ongelmaan suomalaisessa oikeustieteessä:

”Suomalainen oikeustiede ei tunnista tutkimustyönsä kohteeksi ihmisen toimintaa ja käyttäytymistä.”⁵⁹³

Olen valmis jossain määrin hyväksyen mukailemaan Kivivuoren ajatusta

⁵⁹⁰ Sirola-opistolla ollut kyltti, jossa todettiin, että siellä ei etsitä totuutta, koska Lenin oli sen jo löytänyt.

⁵⁹¹ Kivivuori, Oikeus 1998, s. 316–317. Tasottelumallin nimityksenä saattaisi olla myös pidempi termi: tasoajattelumalli. En kuitenkaan näe mitään estettä sille, että nykyinen ytimekäs ja kuvaava nimitys voisi ongelmitta vakiintua. Miksi tasottelu oikeustieteen ja oikeuden *kontekstissa* sekoitettaisiin asfalttipintojen yms. tasoitteluun?

⁵⁹² Kivivuori, Oikeus 1998, s. 317.

⁵⁹³ Kivivuori, Oikeus 1998, s. 315.

siitä, että suomalaisen oikeustieteen puutteena voi hyvinkin olla se, että käsitteitä käyttävän ja oikeusperiaatteita ilmaisevan subjektin huomioiminen on jäänyt liiaksi taka-alalle tai unohtunut kokonaan. Kivivuoren tavoin olisin valmis yhtymään siihen näkemykseen, että oikeus *ei* voi olla ”pelkäästään tasoja ja tasottelua, mutta ei eläviä ihmisiä, joiden toiminnasta ollaan kiinnostuneita”. Kivivuoren osuvalta näyttävä havainto elävien ihmisten unohtumisesta Tuorin tasotteluajattelussa ei välttämättä kuitenkaan merkitse sitä, etteikö se voisi implisiittisesti sisältää ajatuksen subjektista, jolloin tällainen ajatus saattaisi olla siihen myös eksplikoitavissa.

Oikeustiede ei saa olla ihmisen unohtava käsitetaivaiden valtakunta, jossa käsitteet ja muut ilmaisut normi-ideoista elävät omaa elämäänsä, ja niitä käyttävät subjektit unohdetaan. Iskulauseeksi uudistumiseen sopisi varmaankin Nietzschen omaksi elämäkerrakseen laatiman teoksen otsikko: **KATSO IHMISTÄ!** (Ecce homo). Subjektia etsittäessä voidaan lähteä mielestäni liikkeelle tiivistelmästä, jonka Urpo Kangas on esittänyt oikeustieteen luonteesta: oikeustiede on mielen ja kielen tiede.⁵⁹⁴ Tosin tässä iskulauseelle antamani merkitys on ilmeisesti psykologisempi kuin se on Kankaan esittämässä kontekstissa.

Mistä sitten lähemme etsimään ihmistä oikeuden maailman käsitteiden valtakuntaan? Kuka on käsitteiden subjekti? Itse suuntaisin subjektin etsimisessä katseen rossilaisen tuomarinideologian hengessä lainsoveltajaan. Lainsäätäjäkonstruktion taakse ulottuvat lukuisat elävät ihmiset erilaisilta aikakausilta ja heidän lainsäädäntötuotteensa suodattuvat tekstin käsittelemisen välityksellä lainsoveltajan lävitse. Teksti ja käsitteet eivät vaikuta suoraan. Oikeusperiaatteen ratkaisussaan (mahdollisesti) ilmaiseva lainsoveltaja on ihminen, johon katse on kohdistettava.

Millaisena sitten näemme tämän ihmisen ja subjektin? Poliittisen oikeustieteen julistuksessa Kivivuori sitoo, selittää ja totalisoi subjektit, marxilaisia painotuksia muistuttavalla tavalla, yhteiskuntaluokkien jäsenenä ja eri yhteiskuntaluokkien etuja tavoittelevina ihmisinä.⁵⁹⁵ Aiempaan esitykseeni nojautuen itse sidon kuitenkin subjektin fundamentaalisiiin pyrkimyksiin elämäntalouteen, johon kuuluu myös laumavaistona ilmenevä vaikutus niistä yhteisöistä, joihin yksilö mieltää itsensä kuuluvaksi. Yhteiskunnassa voi tietysti olla niin syvä pirstaloituminen ja kaaokseen johtava luokkajako, että mitään yhtenäisiä elämänmuotoja ja niihin liittyviä arvoja ei olemassa, vaik-

⁵⁹⁴ Kangas, Minun Metodini, s. 91.

⁵⁹⁵ Ks. Kivivuori 1978 (1969), s. 97.

ka vääristynyt tietoisuus voisi luoda harhakuvan esimerkiksi yli yhteiskuntaluokkien ulottuvasta kansallisesta elämänmuodosta. Näinhän väittivät monet radikaalimarxilaiset. En kuitenkaan voi nähdä nykyisessä Suomessa niin fundamentaalisia luokkaeroja, jotka jakaisivat radikaalisti ainaakaan suuria väestöryhmiä. Vähintäänkin uuden perustuslain perusoikeuksia voisi pitää (ainakin lähes) koko yhteisön elämänmuodon keskeisten normi-ideoiden lähteenä, joihin (lähes) kaikki kansalaiset elämänhallinnassaan nojaavat. Periaatteessa fundamentaalisten arvoperusteiden vastaisia partikulaarisia elämänmuotoja voi kuitenkin muodostua. Esimerkiksi ihmisen fyysistä koskemattomuutta painottavia arvoja vastaan suuntautuva elämänmuoto (esim. naisten ympärileikkauksen hyväksyminen tai jopa suosiminen) voi merkitä täysin sovittamatonta ristiriitaa yksilön koskemattomuutta arvostavan elämänmuodon kanssa. Perustuslaistamme luettavaa elämänmuotoamme joihinkin muihin kulttuureihin verrattaessa saatetetaan todeta:

”Paljon siitä, mikä tältä kansalta sai nimen hyvä, oli toiselle pilkkaa ja häpeää... Paljon minä havaitsin täällä pahana pidetyksi ja tuolla purppuraisella kunnialla koristetuksi... Hyvyyksien taulu riippuu jokaisen kansan yllä. Katso, se on kansan voittojen taulu; katso, se puhuu sen vallantahdosta.”⁵⁹⁶

9.3 NORMI-IDEAT HALLITTAVAN OIKEUDEN EDELLYTYKSINÄ

Oikeudellisten ajattelutapojen vaihtelua ja muutosta voi kutsua konstruktivismiin ja dekonstruktivismiin heiluriliikkeeksi. Tätä ilmiötä on kuvannut osuvasti Kemppinen (1990, s. 17):

”Armeijassa pioneerit joutuvat kahdenlaisiin tehtäviin: rakentamaan ja tuhoamaan. He joutuvat rakentamaan kapulateitä ja ponttoonisiltoja ja repimään rautateitä ja räjäyttämään voimalaitoksia.

Kokoonpanopuolen miehillä on ollut näkyvä sija periaatekeskustelussa. Miinoittajat, ansoittajat ja hävittäjät, kuten Kierkegaard, Nietzsche ja Foucault ovat tehneet yhtä arvokasta työtä, vaikka sen työn jälki on surullista katsella.

Toiset konstruoivat käsitteitä, toiset dekonstruktioivat niitä. Juridiikassa yksi kirjoittaa väitöskirjan selvittäen, miten hän on löytänyt uuden menetelmän, kuten tavan systematisoida tai analysoida oikeudellista mate-

⁵⁹⁶ Nietzsche, Zarathustra, s. 74–75.

riaalia. Toinen väitöskirjan tekijä osoittaa ensimmäiseen erehdykset.

Tämä heiluriliike, luomisen ja hävittämisen, luovuuden ja kritiikin värähtely voi herättää optimismia, jota usein ilmennetään hämärin viittauksin dialektiikkaan. Väitetään, että – toisin kuin luonnontieteessä – virheellinen selitys tai malli ei välttämättä ole tarpeeton. Toinen suhtautumistapa on epäily. Monet se on johtanut epätoivoon ja nihilismiin, jotkut narun jatkoksi.”

Vaikka oikeudellinen ajattelu on heiluriliikettä konstruktion ja dekonstruktion välillä, oikeuden *tiedollinen hallinta* voi perustua ainoastaan systematisoituun, syntetisoituun ja synenergisoituun oikeuteen, joka on konstruktioiden oikeutta. Erityisyydet otetaan konstruktioilla mielekkään tiedollisen hallinnan piiriin.⁵⁹⁷ Konstruoitua oikeutta edustavat normi-ideat (arvot, tavoitteet, käsitteet yms.), joita optimointikäskyt vaativat huomioimaan yksittäistä sääntöä ja ratkaisua etsittäessä, muokattaessa ja perusteltaessa. Oikeudellisen tiedon hallinta vaatii siis erilaisia jäsennyksiä, merkityksiä ja rationaalisia yhteyksiä. Ilman näitä oikeudellisten ilmiöiden alueella hallinta ei ole mahdollista. Dekonstruktio ei voi perustaa hallinnan edellytyksiä, mutta se voi perustella vanhojen konstruktioiden räjäyttämistä pois sellaisten uusien konstruktioiden tieltä, jotka paremmin tyydyttävät oikeuden hallintaan pyrkivää vallantahdon viettiä. Tässä mielessä Tuorin esittämä konstituutiosuhde, joka näkee pintatason ilmiöt sitä syvemmistä tasoista riippuvaisina, saa huomattavan merkityksen. Konstituutiosuhteessahan on kysymys sen filosofisen perusidean osalta siitä, että pintatason ilmiöiden hallinta edellyttää syvempiä tasoja: oikeuskulttuuria ja syvärakennetta. Ne sisältävät mielekkään tiedollisen hallinnan työkaluja. Platonilaisesta näkökulmasta voimme siis sanoa, että pintatason (näennäinen) varjomaailma edellyttää ideoiden tason tosi maailmaa. Tällaiseen tulokseen tuli myös Nietzsche Platonin luolavertauksen kommentaarissaan:

”Tosi maailma – idea, joka ei enää kelpaa mihinkään, ei enää edes velvoita, – hyödytön kapistus, turhaksi käynyt idea, siispä torjuttu idea: heittäkäämme se pois.

Olemme syrjäyttäneet toden maailman: mikä maailma on jäänyt jäljelle? Ehkä näennäinen... Ei sittenkään! *Toden maailman mukana olemme hävittäneet näennäisenkin!*”⁵⁹⁸

⁵⁹⁷ Levinasin mukaan ”tiedon olemus on olemista suhteessa johonkin sellaiseen, jonka kanssa ollaan yhtäläisiä ja joka sisällytetään itseen, johonkin, jonka toiseus poistetaan ja josta tulee immanenttia, koska sen on minun mittaistani minun tasollani”. Ks. Levinas, *Etiikka ja äärettömyys*, s. 60.

⁵⁹⁸ Nietzsche, *Epäjumalten hämähä, s. 30. Kursivointi lähteessä.*

Nietzsche kuitenkin nimenomaan ylisti tätä dekonstruktivistista täydellisen räjäyttämisen voittoa kaikissa keskeisissä teoksissaan, sillä se avaa mahdollisuudet täydelliselle yli-ihmisyyden hetkelle, ajattelun vapauden hui-pentumalle, jossa ilman mitään menneisyyden painolastina tulevaa totali-sointia voidaan rakentaa elämänhallintaa uusille perusteille (konstruktioille ja ideoille). Edellisessä lainauksessa Kemppiseltä hän mainitsi optimismista, jota luovuuden ja kritiikin värähtely herättää. Nietzschen koko ajattelun ehkä keskeisin piirre oli luovuuden ja kritiikin värähtelyn herättämä optimisismi (iloinen tiede). Dekonstruktio avaa mahdollisuudet uuteen konstruktioon. Se voi tuoda uutta ja parempaa hallintaa kohti pyrkivää hyvää nälkää ja ja-noa tieteenkin pitopöytiin. Kysymys on jatkuvasta vallantahdon ruokahalun ja tyydytyksen kierrosta, joka luo elämälle kukoistusta. Sen sijaan Nietzsche hyökkää voimakkaasti sellaista nihilististä dekonstruktivismia vastaan, joka tuhoaa mahdollisuudet uusilta konstruktioilta ja uudelta hallinnalta:

”Sellaiset istuvat pöytään eivätkä tuo mitään mukanaan, eivät edes hyvää nälkää: – ja sitten he herjaavat: ’kaikki on turhaa!’

Mutta syödä ja juoda hyvin, oi minun veljeni, se ei totisesti ole mikään turha taito! Särkekää, särkekää nuo aina ilottomien taulut.”⁵⁹⁹

Yli-ihmisyyden hetki on tosin nähtävissä myös hallinnan menetyksen ja kaaoksen hetkeksi, jos tarjolla ei ole uusiin ideoiden tason entiteetteihin nojautuvaa strategiaa hallinnan saavuttamiseksi, vaikka se samalla voi olla vallantahdon hyvän nälän ja janon hetki. Negatiivisessa mielessä se voi olla katastrofi elämänhallinnan kannalta. Oikeuden rationaalisuustason hävi-tessä pintatason ilmiöiden merkitys muuttuu aikaisemmasta tai häviää ko-konaan. Jos otamme tosissaan Tuorin väitteen konstituutiosuhteen kaltaisen ilmiön merkityksestä, normi-ideoiden syrjäyttäminen voi merkitä lain-tulkitsijalle katastrofaalista tiedollisen hallinnan menetystä. Oikeus avau-tuu hänelle kaoottisena ja skitsofreenisena ilmiönä, josta ei ole saavutetta-vissa rationaalista hallintaa. Tässä mielessä on luontevaa, että tuomarit sito-vat oikeudellista tiedonhallintaansa normi-ideoihin. Niemen havaintojen valossa nimenomaan *moraalin* piiriin lukeutuvilla normi-ideoilla (tai ideaa-leilla) on erityisen suuri merkitys oikeudellisessa hallinnan pyrkimyksessä varsinkin tuomioistuinten ratkaisutoiminnassa – aivan kuten edellä tode-tun mukaan oikeusalamaisilla heidän elämänhallinnassaan. Moraaliin pa-lautuvat normi-ideat voivat luoda jäsenys- ja mielekkyyssyhteyksiä (argu-

⁵⁹⁹ Nietzsche, Zarathustra, s. 285.

mentatiivista synenergiaa) hallitsemattomiin singulaarisuuksiin ja alistaa näitä pirstaleita hallittaviksi syntetisoitujen kokonaisuuksien osana:

”...myöskään tuomioistuimet eivät tosiasiallisesti harkitse niin kuin lakitekstiä ja lainopillista kirjallisuutta lukemalla voisi suoraan päätellä, vaan ennemminkin ”terveen maalaisjärjen mukaisesti”, eli toisin sanoen reflektoiden suoraan yhteisön moraalista traditiota. Ratkaisua tehtäessä säännösten teonkuvaukset muokataan konkreettisten tapausten ja yleisten moraalikäsitysten mukaisiksi eikä päinvastoin.”⁶⁰⁰

Konstituutiosuhteen kaltaisen ilmiön psyykkistä välttämättömyyttä (tai ainakin suurta voimaa ja luontevuutta) perustelee myös se, että systeemin ja sen ilmentämien normi-ideoiden hylkääminen voidaan nähdä oikeudellisen hallinnan muodostamisen kannalta tuhoisana synkronian, integriteetin ja muiden systemaattisten ja synenergisten yhteyksien ja kokonaisuuksien menetyksenä. Tämä tilanne muistuttaa läheisesti psykiatrian tieteenteorian piirissä esitettyä käsitystä (Fodorin mallia) skitsofrenian prosessista, jossa järjeställisen hallinnan kannalta oleellinen synkronia, integriteetti, konsistenssi ja muut systemaattiset sidonnaisuudet mielen atomaaristen entiteettien hallitsemiseen menetetään. Tällöin mieli myös menettää kyvyn mielekkyyseriaatteiden mukaiseen toimintaan:

”Mielen oletetaan koostuvan useista funktionaalisista modulaarisista prosesseista ja niitä yhdistävästä sentraalisesta systeemistä. Normaalisissa tilassa suuri joukko tiedostamattomia prosessoreita toimii yhteisessä työavaruudessa integroidusti, jolloin niiden sisäisesti konsistentti toiminta koetetaan tietoisena. Voisi kuvitella, että skitsofreniassa tiedostamattomat prosessit eivät enää toimi toistensa suhteen integroidusti, jolloin myös niiden heijastuminen tietoisuuteen on synkronoimatonta.”⁶⁰¹

Kuinka osuvasti edellistä lainausta voitaisiinkin käyttää kuvaamaan hajaantuneen mielen lisäksi myös systematisoimatonta ja synenergisoimatonta oikeutta, jossa normi-ideat *eivät* ole murskaamassa atomaarisuutta ja skitsofreniaa!⁶⁰² Jos lainsoveltaja hyppää systemaattisesti ylitse systeemiä ilmentävien normi-ideoiden, jotka tuovat ratkaisut ja niiden pohjana olevat säännöt atomaarisen pirstoutuneisuuden asemasta laajempaan kokonaisuuteen

⁶⁰⁰ Ks. Niemi 1996, s. 324.

⁶⁰¹ Salokangas, Mielen malleja 1994, s. 12. Myös Alanen kuvaa skitsofreniaa psyykkisten toimintojen yhtenäisyyden ja todellisuudentajun menetyksenä. Ks. Alanen 1993, s. 201.

⁶⁰² Tämä kuvaa pirstaloitumista ja atomarisoitumista, jossa rationaalinen maailmasuhde menetetään. Fyysiset syyt tämän ilmiön syntymiselle ovat eri asia.

mielekkyyksien, merkitysten ja mielekkyys- ja merkitysyhteyksien piiriin, hän joutuu kohtaamaan oikeuden skitsofreenisena irrallisten atomaarisuuksien ilmiönä.⁶⁰³ Hän saattaa menettää ne kognitiiviset psyykkiset skeemat, joita mielekäs tiedollinen hallinta edellyttää.

Dekonstruktiivisen räjäyttämisen mielekkyys on vain siinä, että raivataan tilaa paremmalle systemaattiselle hallinnalle tai hallintaa lisäävälle argumentatiiviselle synenergialle, joilla skitsofreenista irrallisten atomaarisuuksien oikeutta saataisiin paremmin hallintaan. Vanhan systeemin väistyminen paremman hallinnan antavan systeemin tieltä ei merkitse hallinnan kadottamista, jos on tarjota tilalle vankemman ja vahvemman hallinnan turvaavaa systematiikkaa tai argumentatiivista synenergiaa. Dworkinin esittämä yhden systeemin integriteetti kuitenkin merkitsee äärimmäisen voimakasta sitoutumista menneisyyden totalisoivaan vaikutukseen ja yhden modernin kertomuksen tavoitteluun. Dworkinin vaihtoehto ei ole kuitenkaan ainoa vaihtoehto, jos täydellisen hallinnan asemasta riittää *pyrkimys osavoittoja hallitsemattomuuteen tuova argumentatiivinen synenergia*. Myös postmodernista pienempien kertomusten strategiasta voidaan ammentaa argumentatiivisella synenergialla normi-ideoita osavoittoiin oikeuden kaaoksesta, vaikka emme voisiakaan välttää aidosti ristiriitaan ajautuvien periaatteiden punnintaa ja optimointia. Systeemeihin tai ainakin synenergiaan ja niitä tulkinnessa toteuttaviin oikeusperiaatteisiin (normi-ideoihin) turvautuminen on kuitenkin välttämätöntä vallantahdolle (elämänhallinnalle) kiusallisen skitsofreenisen atomarismien nujertamiseen jäsennyksillä ja rationaalisilla mielekkyyksillä, vaikka täydellistä tyydytystä tämä vallantahto ei saisikaan.

Nietzschen mukaan ihmisen sitoutuminen vallantahtoon tekee yksipuoliseen dekonstruktivismiin turvautumisen psyykkisesti äärimmäisen vaikeaksi tai jopa mahdottomaksi. Hän oli kuitenkin viimeiseksi jääneenä luomisvuotenaan päättänyt suunnittelemassaan suurteoksessa ”Kaikkien arvojen uudelleenarvioinnista” räjäyttää kaikki⁶⁰⁴ länsimaisen kulttuurin ideaalit ja muut perustavat ideat tarjoamatta itse mitään hallinnan perusteeksi kelpaavia ideoita tai ideaaleja tilalle. Tietenkin hän tarjosi vallantahdon ajatusta niille, jotka näille raunioille rakentaisivat – ennennäkemättömällä ruokahalulla ja janolla – uutta hallintaa uusilla ideaaleilla ja muilla ideoilla.⁶⁰⁵ Tämä (Nietzschen panoksen osalta) yksipuolisen dekonstrukti-

⁶⁰³ Ks. Dworkin 1986, s. 271.

⁶⁰⁴ Siis binaarioppositioiden molemmat vastakkaiset puolet.

⁶⁰⁵ Ks. Nietzsche, *Ecce homo*, 1152–1159.

vismän suurhanke olisi mahdollista vain muuttamalla psyykettä sellaiseksi, joka mahdollistaisi poikkeamisen vallantahdon ihmiselle asettamista rajoista: pyrkimyksestä takertua ideoihin ja muihin ideaaleihin. Hän kokikin onnistuneensa oman psyykensä muokkaamisessa:

”Ich bin kein Mensch, ich bin Dynamit.”⁶⁰⁶

”Ich bin der erste Immoralist”⁶⁰⁷

Länsimaisen kulttuurin kaikkien perusteiden suunniteltu räjäyttäminen jäi kuitenkin Nietzscheä tekemättä. Sen sijaan muutamia viikkoja edellä lainattujen lausumien kirjoittamisesta totaaliseksi dekonstruktiviseksi dynamiitiksi itseänsä muuttanut Nietzsche onnistui kaikkien aikojen tuotteliaimassa ja vahvimmassa luomisvireessään räjäyttämään oman mielensä. Joka tapauksessa hänen mielensä pirstoutui yhdessä hetkessä, jonka jälkeen hän eli vielä kymmenen vuotta melisairaana kykenemättä luomaan mitään tai edes keskustelemaan tuotannostaan.⁶⁰⁸ Kemppinen totesi edellisessä lainauksessa dekonstruktivismiin vaikutuksista ihmisen mieleen sen herättämän optimismin lisäksi, että monet se on ajanut epätoivoon ja nihilismiin, jotkut narun jatkoksi. Renton mukaan puolestaan vain (omiin) moraalisiin ja eettisiin sitoumuksiin rakennettu elämä on parempi kuin kuolema.⁶⁰⁹ Moraalia ilmentäviin ideoihin (tai ideaaleihin) sitoutuminen on siten elämänhallinnan kannalta oleellista. Kemppisen havaintojen valossa tämän ovat ainakin jotkut radikaalidekonstruktivistit mahdollisesti omakohtaisesti kokeneet. Airaksinen kuvaa yksipuoliseen dekonstruktivismiin sitoutunutta postmodernismia ilmiönä, joka sallii persoonan hajota.⁶¹⁰ Ihmisen psyyke ei välttämättä kestä loppuun asti vietyä radikaalia postmodernia dekonstruk-

⁶⁰⁶ Nietzsche, *Ecce homo*, s. 1152.

⁶⁰⁷ Nietzsche, *Ecce homo*, s. 1153. Tässä yhteydessä on luontevaa muistuttaa myös Renton tutkimusten näkökohdista, joiden mukaan ihminen (lainsoveltaja) on fundamentaalaisella tavalla sitoutunut moraalisiin, vaikka Renton tutkimusten tarkempaan käsittelyyn ei ole tässä yhteydessä mahdollisuuksia.

⁶⁰⁸ Ks. Kinnunen 1960, s. 214–220. Moderni psykiatria pitää skitsofreniaa perusteiltaan fyysisenä ilmiönä, jota voidaan verrata tässä suhteessa esimerkiksi sydäntauteihin. Kuitenkin psyykkisten elämänhallinnan edellytysten järkkäminen voi edistää taudin puhkeamista, jos siihen on perinnölliset taipumukset. Tätä voidaan verrata stressin (fyysisiä) sydänsairauksia edistäviin vaikutuksiin. Ks. Y. Alanen 1993, 7. luku eli s. 167–202. Toisaalta on muistettava, että me emme voi olla mitenkään varmoja siitä, että nykyisen lääketieteellisen paradigman mukaiset teoriat olisivat missään suhteessa lopullisia ikuisia totuuksia.

⁶⁰⁹ Ks. Rentto 1995 (Toissijainen valtio), alkusanat.

⁶¹⁰ Ks. Airaksinen 1994, s. 40–44

tivismia, jolla on myös nihilistinen luonne. Eheänä hallitun maailmasuhteen hakeminen on siten ihmiselle luontevampi vaihtoehto kuin *itsetarkoitussellinen ja yksipuolinen* dekonstruktivismi. Eheää maailmasuhdetta oikeuden maailmassa näyttäisi olevan vaikea tai jopa mahdoton muodostaa ilman sitoutumisia normi-ideoihin. Oikeusperiaatteet voivat siten normi-ideoiden ilmaisuina saada velvoittavuutta psyyken pyrkimyksestä eheään ja hallittuun maailmasuhteeseen oikeudellisessa ajattelussa.

9.4 IMPLISIITTISEN SITOUTUMISEN PROSESSISTA

Aarnio katsoo, että MacCormickin perustavanlaatuiset perusteet (underpinning reasons) ovat sellaisia kaikkea viime kädessä tukevia perusteita, joihin sitoutuminen estää kaaoksen yhteiskunnassa. Kysymys on elämänmuodossamme sellaisista normi-ideoista, jotka ovat viimesijaisia premissenä länsimaisen oikeusihanteen varassa toimivalle oikeusjärjestykselle.⁶¹¹ MacCormick itse toteaa sitoutumisesta näihin fundamentaalsiin perustaviin normi-ideoihin seuraavaa:

”There is a certain understanding of normativity that presupposes what Kant called the ‘autonomy’ of the moral agent, indeed of any being endowed with rationality and free will. Such a being may come under pressure or even coercion or be directed by the wills (or even the expectations) of others, but is truly bound by acts of her or his legislative will. If we are creatures of that sort, then indeed the normativity of law, or of metric measurement or any other social practice, will depend not only sufficiently upon its being an established and ongoing social practice, but upon the will of the participants to participate in it as self-regulating, self commanding agents. But such a will is not formed blindly or without reflection. If we join in willingly, we do so for reasons, and these reasons are then for us the ‘underpinning reasons’ of the practice we engage in and endorse. The belief that others likewise participate in the exercise of their free will then strengthens the grounds of mutual belief.”⁶¹²

Sitoutumisessa keskeisiin normi-ideoihin ei tarvitse kuitenkaan olla kysymys ainoastaan Aarnion painottaman yhteiskunnallisen kaaoksen välttämisestä. Kysymys voi olla lisäksi kaaoksen välttämisestä lainsoveltajan

⁶¹¹ Ks. Aarnio 1989 (oppikirja), s. 89.

⁶¹² MacCormick, Oikeus 1998, s. 431–432.

omassa päässä oikeudellisten ilmiöiden hallinnan näkökulmasta, kuten edellä todettiin, kun perustavanlaatuisilla perusteilla on jäsennyistä luova merkitys, jolla on puolestaan atomaarisuuden aiheuttamaa kaaosta ja skitsofreniaa heikentävä vaikutus. Vastoin omia sitoumuksia toimiminen merkitsee myös sisäistä ristiriitaa, vaikka sitoutumiset olisivat luonteeltaan ai-noastaan implisiittisiä. Myös normi-ideoiden implisiittinen noudattami-nen voidaan nähdä sitoutumisena niihin. Tällöin normi-ideoiden hylkäämi-nen joissakin tilanteissa merkitsee kiusallista ristiriitaa suhteessa omiin sitoumuksiin. Pyrkimykset välttää tätä ristiriitaa voivat keskeisellä tavalla olla varmistamassa sitä, että lainsoveltajan on vaikea hypätä keskeisten normi-ideoiden ylitse vaarantamatta oikeuden ilmiöiden hallitsemisen edel-lytyksenä olevaa ehyttä suhtautumista niihin.

9.5 SUPEREGO FUNDAMENTAALISTEN SITOUMUSTEN SUOJANA

”Oman lakinsa tuomariksi ja kostajaksi ja uhriksi sen täytyy tulla. Kuinka tämä tapahtuukaan! näin minä kysyin itseltäni. Mikä suostuttaa elä-vän, niin että se on kuuliainen ja käskee ja käskevänäkin vielä harjoittaa kuuliaisuutta?”⁶¹³

Freud toteaa nimenomaan Nietzschen ajattelun johdattamana havainneen-sa piilotajunnallisia mekanismeja, joissa ali- tai piilotajunnassa⁶¹⁴ vaikut-taa voimia. Näillä voimilla on puolestaan sitoumusten hierarkiaa ylläpitä-vä asema. Freud keskittyy mielen mekanismeja käsitellessään tilanteisiin, jossa alitajunta puolustaa ihmistä vaikeuttamalla tuskallisten kokemusten nostamista tietoisien ajattelun ja muistamisen tasolle.⁶¹⁵ Näissä pohdinnoissa hän lausuu seuraavaa:

”Tätä puolustautumispyrkimyksen olettamusta vastaan alkoon väitettävä, että meistä on hyvin usein mahdotonta päästä eroon tuskallisista muis-toista, jotka meitä vainoavat, tai karkottaa tuskallisia affekteja kuten ka-

⁶¹³ Nietzsche, Zarathustra, s. 154.

⁶¹⁴ Alitajunnalla viitataan Freudilaisessa perinteessä yleensä *torjuttuun* tiedostamattomaan mielen ilmiökentässä. Piilotajuinen taas viittaa kaikkii mielen niihin alueisiin, jotka ovat tietoisuuden ulkopuolella. Ks. tästä esim. Koivunen 1996, s. 44. Tässä en kuiten-kaan tee jyrkkää eroa alitajunnan ja piilotajunnan välille.

⁶¹⁵ Ks. Freud, Arkielämämme psykopatologiaa, s. 125–126.

tumusta ja omantunnontuskia. Eihän ole tarkoitukseen vaatia, että tämä torjuntapyrkimys kykenisi kaikkialla tunkeutumaan läpi, ettei se psyykkisten voimien pyörteissä voisi kohdata tekijöitä, jotka muista syistä pyrkivät vastakkaiseen suuntaan ja siten vastustavat sitä. *Sielunelämän rakenneperiaatteeksi voidaan otaksua hierarkkisten asteiden rakennelma* ja on hyvin mahdollista, että tämä puolustautumispyrkimys kuuluu johonkin alempaan psyykkiseen kerrokseen, mutta sen estää jokin korkeampi kerros.”⁶¹⁶

Nimenomaan vahvimmat elämänhallinnalliset sitoutumiset saavat tukea piilotajunnaisista mekanismeista⁶¹⁷ Freudin havaitsemalla tavalla omatunto-
na tai ”omatuntona”. Fundamentaalisten sitoumusten voi katsoa muodostavan sellaista laintulkitsijan omaatuntoa, jota freudilaisessa perinteessä kutsutaan yliminäksi tai superegoksi. Superego vaikuttaa kaikilla mielen tasoilla.⁶¹⁸ Superegon minäihannetta puolustavat mielen mekanismit pyrkivät myös rajaamaan asioiden mieltämisen mahdollisuuksia. Koivusen mukaan torjunnan mekanismit, samantapaisesti kuin kielipelit ja elämänmuodot, rajaavat mahdollisuuksia mieltää asioita täysin luovalla ja antitotalisoivalla tavalla.⁶¹⁹

Fundamentaalisten sitoumuksien rikkomiseen liittyviä negatiivisia muistoja alitajuntaiset mekanismit eivät pyrikään hävittämään näkyvistä samalla tavalla tehokkaasti kuin esimerkiksi puhtaaseen onnettomuuteen liittyviä ikäviä muistoja. Mielen mekanismit, jotka ovat torjunnalle vastakkaisia, päinvastoin muistuttavat niistä; näinhän edellisessä lainauksessa Freudilta todettiin. Torjunnan ja sille vastakkaisten mekanismien toimiessa samanaikaisesti syntyy mieleen ristiriitaisuutta ja epäheyyttä. Elämänhallinnan edellytykset heikkenevät ja mieli on suuremmassa vaarassa myös sairastua.⁶²⁰ Elämänhallinnan edellytyksien heikkeneminen voi ilmetä myös ns. freudilaisten lipsauksien laadullisen ja määrällisen lisääntymisen muodossa. Näitä ilmiöitä Freud on tutkinut virhesuoritusten nimikkeellä.⁶²¹ Fundamentaalisten sitoumustensa ylitse hypännyt tuomari saattaakin joutua varautumaan oman mielensä luomiin vaikeuksiin.

⁶¹⁶ Freud, *Arkielämämme psykopatologiaa*, s. 125. Kursivointi lähteessä.

⁶¹⁷ Näihin luen sekä palauttavat että torjuvat mekanismit.

⁶¹⁸ Ks. Vilkkö-Riihelä 1999, s. 530–532.

⁶¹⁹ Ks. Koivunen 1996, s. 53–54.

⁶²⁰ Ks. Koivunen 1996, s. 55.

⁶²¹ Ks. Freud, *Johdatus psykoanalyysiin*, s. 20–68. Koivusen ja Sandemosen näkemysten mukaan tämä voi jo merkitä sielullista epäterveyttä. Ks. Koivunen 1996, s. 58.

9.6 MIELEN MEKANISMIT ELÄMÄNHALLINNAN SUOJANA

Johdatuksessa psykoanalyysiin Freud katsoo piilotajuisten mekanismien selityksen palautuvan ihmisen elämän keskeisten edellytysten suojaamiseen. Esimerkiksi uneen liittyvät piilotajuntaiset ilmiöt suojaavat ihmiselle välttämätöntä unta. Seuraavaan johtopäätökseen Freud tulee huomattuaan lukuisten esimerkkiensä kautta piilotajunnan mekanismien muuttavan unia häiritseviä tekijöitä osaksi unta nukkumisen jatkamisen mahdollistavalla tavalla:

”Jos uni kerran on psyykkisen ärsykkeen synnyttämä reaktio, sen täytyy jotenkin poistaa tuon ärsykkeen vaikutus niin, että nukkuminen voi jatkua. Vielä emme tiedä millainen tämä tapahtumain kulku on, mutta jo nyt havaitsemme, *ettei uni suinkaan häiritse nukkumista*, vaikka sitä siitä soimataan, *vaan päinvastoin varjelee sitä ja estää sitä häiriytymästä*. Meistä tosin tuntuu, että olisimme nukkuneet paremmin, ellei unia olisi ollut, mutta se on harhaluuloa: ellei unia olisi ollut, emme itse asiassa olisi nukkuneet lainkaan. Unien ansiota on, että nukumme niin hyvin kuin nukumme. Kokonaan ne eivät voi välttyä häiritsemästä meitä sen enempää kuin yövartija muutenkaan voi välttää melua karkottaakseen nukkumista häiritseviä metelöijä.”⁶²²

Tästä voidaan palata aiemmin selvitettyihin Nietzscheen käsityksiin elämänhallinnan perusedellytyksistä. Elämän oleellisiin edellytyksiin kuuluu kyky luoda jäsennystä, merkityksiä, mielekkyyksiä ja rationaalisia yhteyksiä toisuuden nujertamiseksi. Ilman valtauksia toisuudelta elämällä ei ole edellytyksiä. Fysiologisten perustarpeidemme tai niiden kohteiden tunnistaminen vaatii valtausta toisuudelta. Myös keskeisiä tiedonhallinnallisia edellytyksiä piilotajunnallisten mekanismien voi odottaa suojelevan, koska niiden varassa on eheä maailmasuhde ja elämänhallinnan mahdollisuus. Nämä mekanismit suojelevat silloin sellaisia normi-ideoita, joilla on paras kyky tuottaa merkityksiä, mielekkyyksiä ja erilaisia rationaalisia yhteyksiä. Tässä mielessä on oikeutettua odottaa, että piilotajuiset mekanismit toimivat tuomarin tai muun lainsoveltajan oleellisia oikeudellisen maailman elämänhallinnan lähtökohtia suojellen. Tuomarin piilotajunnan mekanismien voisi olettaa suojelevan niitä fundamentalisia lähtökohtia, jotka ovat edellytyksenä kaikelle oikeudelliselle tiedonhallinnalle.

Mistä sitten tulisi etsiä niitä fundamentaalisia sitoumuksia, joita piilota-

⁶²² Freud, Johdatus psykoanalyysiin, s. 109–110. Kursivointi lähteessä.

juisten mielen mekanismien voisi olettaa suojelevan suhteessa vähemmän fundamentaaliin sitoumuksiin? Vastauksia on jo tutkimuksessani paljon annettu. Fundamentaaliset laumavaiston ja tiedontahdon vaatimukset voivat olla sellaisia. Mielen mekanismien voi odottaa suojelevan myös omien sitoumusten johdonmukaisuutta ja tiedonhallinnan fundamentaalisia perusteita yleisestikin.

9.7 LAUMAVAISTON PSYKOLOGINEN PAINE

Edellisessä lainauksessa MacCormickilta hän viittasi implisiittisen sitoutumisen lisäksi myös sosiaaliseen paineeseen sitovaa normatiivisuutta synnyttävänä tekijänä. Tämän näkökulman osalta voimme palata laumavaiston fundamentaaliin psykologiseen merkitykseen. Tätä painetta ja pelkoa yksilössä Nietzsche on kuvannut osuvasti:

”Kalseaa katsetta, ivallista ilmettä niiden taholta, joiden joukossa ja joi-ta varten on kasvatettu, pelkää vielä kaikkein voimakkainkin. Mitä siinä oikeastaan pelätään? Yksinäistymistä! sinä argumenttina, joka kumooa parhaimmatkin jotakin henkilöä tai asiaa puoltavat argumentit – niin puhuu meissä laumavaisto”⁶²³

Laumavaistoa ja sen merkitystä oikeudellisen elämänhallinnan kannalta on käsitelty jo monessa yhteydessä aiemminkin. Yhteisöllisyyden säilyminen on edellytyksenä yksilöllisen elämänhallinnan pyrkimyksille. Siten laumavaisto on vallantahdon (elämänhallinnan) fundamentaalisen vietin yksi ilmentymä. Oikeusperiaatteiden kautta laumavaisto ilmenee selvästi esimerkiksi Dworkinin esittämässä näkemyksessä, jossa yhteisöllisyydelle välttämättömiä oikeuksia ilmentävät periaatteet voivat vahvempina syrjäyttää utilitaristisesta ja oikeustaloustieteellisestä näkökulmista laskettavan hyödyn ristiriitatilanteessa, koska nimenomaan oikeuksia ilmaisevat periaatteet turvaavat yhteisöllisyyden säilymistä.⁶²⁴ Laumavaisto luo tällaisille periaatteille niin huomattavan painoarvon, että niiden ylitse hyppääminen näyttäytyisi halveksuttavana ilvehtimisenä.

⁶²³ Nietzsche, *Iloinen tiede*, § 50.

⁶²⁴ Erityisesti luku 8. Dworkinin teoksessa *Law's Empire* (1986), mutta yhteisöllisyyden säilyttämisen oikeuksia kunnioittamalla on avainkysymyksiä nähdäkseni koko Dworkinin tuotannossa.

Aiemmin esitetyn lisäksi on kuitenkin todettava, että laumavaistolla voi olla merkitystä ja mielekkyyttä luova funktio, joka liittyy myös oikeudellisen tiedon hallintaan varsinaisessa episteemisessä mielessä. Oikeuteen liittyvät arvot ja tavoitteet voivat saada jäsennetyn merkityksen sen perusteella, miten ne toteuttavat yhteisöllisyyden säilymistä. Ne eivät siten ole keskenään yhteismitattomia atomaarisia premissejä, vaan niille on mahdollista määrittää painoarvoja, jos laumavaisto toimii metatasona. Arvot ja tavoitteet puolestaan voivat jäsentää sekä luoda merkityksiä ja mielekkyyksiä oikeuden pintatason entiteeteille, jolloin ne toimivat kaaosta ja skitsofreniaa vastaan. *Eettiset ja moraaliset arvot ovat myös arvostuksia, jolla luodaan jäsennettyä maailmasuhdetta.*

”Arvioinnista vasta sukeutuu arvo: ja ilman arviointia olisi olemassaolon pähkinä tyhjä.”⁶²⁵

Erityisen jäsentävässä roolissa arvostukset ovat silloin, kun ne systematisoidun oikeuden arvoina ilmentävät normi-ideoina oikeuden atomaarisuutta ja skitsofreniaa nujertanutta systematisoitua oikeutta. Moraaliin palautuvat normi-ideat voivat luoda jäsenitys- ja mielekkyyssyhteyksiä toisuuteen ja hallitsemattomuuteen. Laumavaisto ei toimi silloin ainoastaan hajaanusta ja kaaosta vastaan yhteiskunnan näkökulmasta. Sillä on myös episteemisestä näkökulmasta avautuva vaikutus kaaoksen ja skitsofreenisen atomarian välttämiseen pyrkivän tuomarin tai muun lainsoveltajan omassa ja yksilöllisessä tiedonhallinnan tarpeessa. Siten puhtaasta tiedonhallinnallisestakin näkökulmasta laumavaistolle aukeaa psykologinen tilaus vaikuttaa.

9.8 KILPAILEVAT SITOUMUKSET HOUKUTTIMENA ILVEHTIJÄN HYPPYYN

Tuomarilla saattaa olla erilaisia laumasitoumuksia. Sosiaalipsykologian kannalta ilmiö nähdään sosiaalisen jäsentymisen monikerroksellisuutena.⁶²⁶ Tuomarit saattavat sosiaalistua yhdessä poliisien ja syyttäjien kanssa partikulaariseksi virkamieslaumaksi, jolloin sitoutuminen esimerkiksi Tuorin esityksen syvärakenteeseen kuuluviin perustaviin oikeuskategorioihin, pe-

⁶²⁵ Nietzsche, Zarathustra, s. 76.

⁶²⁶ Ks. Lahikainen & Pirttilä-Backman 1998, s. 22–26.

rustaviin fundamentaalsiin periaatteisiin ja rationaalisuustyyppeihin, mikä merkitsee nähdäkseni sitoutumista *koko oikeusyhteisön* laumavaistoon, voi saada jonkinlaisen kilpailijan sitoutumisesta partikulaaristen laumojen piirissä eläviin erillisiin intresseihin.⁶²⁷ Syyttäjien ja käräjätuomarien keskinäinen läheinen yhteistyö alioikeuksissa voi edistää tällaista psyykkistä laumamuodostusta. Syyttäjien ja poliisin läheisen yhteistoiminnan myötä muodostuu perheyhtäläinen⁶²⁸ lauma, jossa syyttäjien ja poliisien keskinäinen laumamuodostus saattaa olla välittävänä linkkinä tämän virkamieslauman muodostumisessa. Rikosasioiden vastaajien avustajatkin saattavat samaistua jossain määrin edellä mainittuun tuomioistuinten virkamieslaumaan. Virkamiesura ja auskultointi voi helpottaa tätä psyykkistä samaistumista, jolloin myös oikeusturvan takeeksi ajateltu osapuolijako voi muuttua tosiasiaassa enemmän tai vähemmän pelkäsi kulissiksi ja teatteriksi, jota syytetty ei huomaa. Tosin partikulaarisen lauman vaikutusta partikulaaristen intressien puolesta ei välttämättä huomaa itsessään moni lauman jäsenkään. Fundamentaaliset sitoumukset länsimaiseen oikeusvaltioon saatetaan kokea *täysin horjumattomiksi* omalta osalta, koska partikulaarisen virkamieslauman jäsenten mielletään sitoutuneen niihin erittäin voimakkaasti. Kansalaisten oikeusturvan ja ihmisoikeuksien tosiasiasiallista väheksymistä merkitsevien tekojen ja käytänteiden puolustamista saatetaan pitää valtion ja koko yhteiskunnan intressien puolustamisena, vaikka kysymys on vain partikulaarisen virkamieslauman intressien huomioimisesta. Tätä uskoa kyseenalaistaviin näkökulmiin saattaa silloin kohdistua voimakkaita psykologisen torjunnan pyrkimyksiä.

Oikeusvaltion perusteita uhkaava tuomarien keskinäistä suojelua väärinkäytöksissä (ei korppi korpin silmää noki) synnyttävät laumamuodosteet ovat myös mahdollisia. Tuomarikunnan oma partikulaarinen laumahenki voi toimia myös siten, että se siunaa lainsäätäjän asettamien ja kansalaisten odottamien – oikeusturvan ja oikeusvaltion kannalta fundamentaalisten – normi-ideoiden merkityksen kaventamisen tai niiden ylitse hyppäämisen tuomioistuinten tosiasiasiallisen käytännön toteuttamisessa. Tuomarilauman partikulaarinen laumahenki voi saada vetoamisen normiformulaatioiden selvästä sanamuodosta johdettuihin oikeuksiin näyttämään torjuttavalta nau-

⁶²⁷ Tuomarin kuitenkin perustellusti odotetaan sitoutuvan nimenomaisesti koko oikeusyhteisöön partikulaaristen sitoumusten asemasta. Ks. Tuori 2000, s. 129.

⁶²⁸ Perheyhtäläinen lauma voi olla myös luontevasti epätäydellinen. Epätäydellisestä koalitiosta ks. Rainio 1969, s. 54.

rettavalta tyyliittömyydeltä, jos ne ovat vastoin tuomarilaumassa vakiintunutta käytäntöä (laumatapaa), vaikka torjutut näkemykset olisivat lisäksi myös fundamentaaliin yhteisöllisiin ja tiedonhallinnallisiin perusteisiin sidotuilla normi-ideoilla tuettavissa. Laumatavan perusteiden tiukka vaatiminen tällaisessa tilanteessa puolestaan saattaa herättää levottomuutta tai ärtymystä tai sitten molempia, kuten joskus psykoanalyytikon potilaalla torjuttua esille kaivettaessa.⁶²⁹ Kysymys on lähtökohtaisesti silloin tuomarien partikulaarisen laumahengen synnyttämästä tuomioistuinrealismiin nojaavasta oikeudesta, joka syrjäyttää tuomarin sitoutumisia koko yhteisön tarpeista nouseviin fundamentaaliin normi-ideoihin.

Tuomari saattaa myös alistua sellaisiin kollektiivisina ilmiöinä laumavaistoa muistuttaviin psykologisiin mekanismeihin, jotka todellisuudessa uhkaavat koko oikeusvaltion ja kestäväen yhteisöllisyyden säilymisen kannalta keskeisiä periaatteita. Joukkopsykoosi on sellainen puolihypnoottisten suggestioiden joukkoon laskettava ilmiö, joka voi vaikuttaa tiedostamista *kaventavaan* suuntaan edistämällä myös lainsoveltajan osalta fundamentaalisten sitoumusten hylkäämistä. Kysymyksessä voidaan nähdä olevan myös tässä tutkimuksessa tarkoitettulle moraalia muokkaavalle laumavaistolle tavallaan vastakkaisesta yksilön ja kollektiivin psykologisesta suhteesta. Joukkopsykoosin *deindividuaation mekanismeissa* häviää omaa moraalista identiteettiä, jota edellä on freudilaisittain kutsuttu myös *super-egoksi*.⁶³⁰ Tämän ilmiön edustajaksi voidaan lukea ainakin tiedotusvälineiden *yksipuolisella* uutisoinnilla luoma yleinen mielipide jonkin ratkaisun lopputuloksen oikeellisuudesta. Tätä ilmiötä voi kutsua kansanomaisesti lynkkaushengeksi. Tällöin yleisen lynkkaushengen edellyttämä ratkaisu vaatisi tuomarilta hyppäämistä (ilvehtijän lailla) sensaatiohakuiseen median lailla joidenkin keskeisten seikkojen⁶³¹ ylitse, jotka saattavat olla koko harinnan asianmukaisuuden ytimen kannalta oleellisia.

⁶²⁹ Ks. Freud, *Arkielämämme psykopatologiaa*, s. 124–130. Meidän tapauksessamme on siis torjuttu koko oikeusyhteisön vaatimuksia partikulaarisen lauman vaatimusten tieltä.

⁶³⁰ Ks. Lahikainen & Pirttilä-Backman 1998, s. 133–134. Joukkohysteria tai -psykoosi on moraalia hävittävistä *deindividuaation* mekanismeista voimakkain. Lievempiä yksilön moraalia ja henkilökohtaisia sitoumuksia hävittäviä prosesseja on käsitelty ainakin Rentto *subsidiariteettiperiaatetta* koskevassa kirjassaan (Rentto 1995, Toissijainen valtio). Ks. tästä aiheesta myös Rentto-Klami-keskustelu LM 1995: (Rentto) s. 717–741 ja (Klami) s. 1109–1114.

⁶³¹ Normeja tai faktoja koskevien. Usein näyttävimmät ilvehtijän hypyt kohdistuvat sellaisten näytöllisten normien ylittämiseen, joita tulee noudattaa, jotta oikeudenkäynnin alkeellisimmat asianmukaisuusvaatimukset täyttyvät.

Kansainvälisesti tunnetuimpia tapauksia tiedotusvälineiden ilvehtijöiden hypyillä luomasta lynkkaushengestä lienee kotimaisissakin tiedotusvälineissä tunnettu lapsimissin murhatapaus USA:ssa, jossa tiedotusvälineet määrätietoisesti olivat päättäneet tehdä murhatun lapsen vanhemmista syyllisiä. Perusteluja rakennettiin nimenomaan lukuisiin ilvehtijän hyppyihin nojautuneeseen argumentaatioon. Väitettiin esimerkiksi vanhempien murhanneen varmuudella tyttärensä, koska ketään ei ollut päässyt taloon ulkopuolelta. Tämä perusteltiin sillä, että pihaa ympäröivässä lumessa ei ollut jälkiä. Ilvehtijän hyppy kohdistui siihen, että lunta oli vain paikoitellen pihan ympärillä. Vastaavia piirteitä tosin on tarkalle havainnoitsijalle nähtävissä Ulf Sundqvistiin kohdistuneissa vainoissa kotimaassa (tapaus Sundqvist I, keskeneräinen Sundqvist II on eri asia).⁶³²

Deindividuaation voittokulku luonnollisesti vaarantaa koko oikeusvaltion perusteita. Tätä innokkaimmat lynkkaushengen lietsojatkään ja muut yksisilmäisyyden hetken hulluuden vangit eivät yleensä toivo, jos he olisivat tiedotusvälineistä saadun kapean kuvan asemasta muodostaneet käsityksensä sellaisessa diskurssissa, jossa pyritään noudattamaan aiemmin käsiteltyjä diskurssisääntöjä.⁶³³ Yleisen lynkkaushengen altistama likainen tuomari on likainen tuomari todennäköisesti nopeasti myös lynkkausvaatimusten esittäjien silmissä, jos kokonaisuus myöhemmin paljastuu diskurssin monipuolistuessa. Tiedotusvälineiden kapealla sensaatiohakuisella informaatiolla luotua yleistä mielipidettä myötäilevä (esimerkiksi ilvehtijän lailla joidenkin relevanttien faktojen ja normien ylitse hyppäämisellä) tuomari saa varautua pitkällä tähtäimellä itseensä kohdistuvaan halveksuntaan ja luottamuksen menettämiseen hänen toimintaansa kohtaan. Diskurssisääntöjä räikeästi rikkomalla luotu laumahysteriaan perustuva vaatimus ei edusta siten koko yhteisön laumavaiston ja sen ilmentämien elämänmuotojen *kestäviä* vaatimuksia.

Tuomarilla saattaa olla myös sitoutumisia poliittisiin puolueisiin tai muihin partikulaariin laumoihin, esimerkiksi vapaamuurarilaumoihin. Lisäksi tuomarilla voi olla syystä tai toisesta sellaisia käsityksiä, jotka ovat vastoin oikeusvaltion perusteita tai muita oikeuden pintatason rationaalisuuden mahdollistavia normi-ideoita. Voiko sitten vähemmän fundamentaalisia sitoumuksia käyttää *kestävällä tavalla* perusteina fundamentaalisimpien oi-

⁶³² Helsingin KO tuomio 23.6.1999 Nro:3835 (R 98/6681). Jutun asiakirjoista selviää kuinka vaatimukset kyvystä ennustaa taloudellista kehitystä perustuivat yleisen joukkohysteriaan, mitä tosin median taholla on ollut vaikea myöntää. Käräjätuomari Maija Nyyssösen johtama kokoonpano perusteli ratkaisunsa kiitettävän yksityiskohtaisesti. Asiassa todella aktiivisesti pyrittiin välttämään niitä ilvehtijän hyppyä, joihin syyte yleistä hysteriaa myötäilevänä rakentui. Valtionsyyttäjä ei valittanut.

⁶³³ Rationaalisuusstrategiota koskevassa luvussa 4.17.

keusvaltiollisten sitoumusten hylkäämiseen? Fundamentaalisilla oikeusvaltiollisilla ja tiedonhallinnallisilla sitoumuksilla tarkoitán tässä yhteydessä sitoutumista niihin oikeudellisiin entiteetteihin, joita vahvimmat normi-ideat ja niihin kytkeytyneet kansalaisten odotukset edustavat.

Tietysti voisi ajatella, että virkamieslauman, poliittisen lauman, vapaa-muurarilauman tai jonkun muun koko yhteiskunnan kannalta partikulaarisen lauman partikulaarisista intresseistä nousevat vaatimukset olisivat niitä sitoumuksia, jotka Freudin edellä mainitussa sitoumusten hierarkiassa syrjäyttävät oikeusvaltion säilymiseen liittyvät koko yhteisön fundamentaaliset laumavaiston vaatimukset tuomarin mielessä ja hänen elämänhallinnan strategioissaan. Myös henkilökohtaiset syvärakenteen vastaiset sitoutumiset voitaisiin ajatella vahvemmiksi kuin sitoutuminen oikeusvaltion perusteisiin ja fundamentaaliin tiedonhallinnallisiin edellytyksiin. Tällainen mielensä pohjimmaisiiin sopukoihin asti – koko oikeusyhteisön laumavaiston näkökulmasta – likainen tuomari on periaatteessa mahdollinen. Tällainen likainen tuomari syrjäyttää hyvällä omallatunnolla oikeuden syvärakenteeseen kuuluvia sitoumuksia ja vahvoja normi-ideoita. Hän ehkä jopa tuntee ennemminkin huonoa omaatuntoa, jos hän jonkin partikulaaristen lauman (koko oikeusyhteisön vastaisen) sitoumuksen syrjäyttäen toimii syvärakenteeseen kuuluvien sitoumusten ja vahvojen normi-ideoiden mukaisesti. Jos kuitenkin pidämme kiinni siitä, että on todella olemassa Tuorin konstituutiosuhteeksi nimeämä ilmiö, tällaiselle tuomarille oikeuden hallitseminen todennäköisesti oleellisesti vaikeutuu, jos hän todellakin toiminnassaan hyppää syvärakenteeseen sijoittuvien normi-ideoiden ylitse. Hänelle oikeuden pintataso näyttäytyy todennäköisesti hallittavan systeemin asemasta erityisen kaoottisena ja skitsofreenisena ilmiönä. Hän myös tekee todennäköisesti virkavirheen rajoilla olevia tai jopa tämän rajan ylittäviä karkeita tiedonhallinnallisia virheitä, jotka paljastavat uskottavaan ja mielekkääseen tiedonhallintaan tarvittavien skeemojen puutetta ja kieroutuneisuutta suhteessa koko yhteisön fundamentaaliin arvoihin. Käytännössä todennäköisin hyvällä omallatunnolla toimivan likaisen tuomarin tapaus koskee enemmän tai vähemmän *osittaista ja poikkeuksellista* syvärakenteen, kulttuuritason ja niihin liittyvien normi-ideoiden syrjäyttämistä, jolloin myös ristiriidan syntyminen hyvän ja huonon omantunnon menettelynä on todennäköinen. Sitoumusten hylkääminen voi perustua myös jonkinlaiseen *tilapäiseen* mielenhäiriöön.⁶³⁴

⁶³⁴ Esimerkiksi em. joukkohysterian vähän aikaa näkökulmaa kaventavaan vaikutukseen.

9.9 TORJUNNASTA TRAUMAATTISEEN OIKEUSTAPAUKSEEN

Pidän oikeuden syvärakenteeseen, oikeuskulttuuriin⁶³⁵ ja niitä ilmaiseviin sekä niiden velvoittavuutta toteuttaviin keskeisiin normi-ideoihin sitoutumista niin voimakkaana,⁶³⁶ että ilvehtijän lailla keskeisten normi-ideoiden ylitse hypännyt tuomari toimii vastoin fundamentaalisia sitoumuksiaan. Jos hän ei myönnä syyllistyneensä itsehalveksunnan oikeuttavaan ilvehtijän hyppyyn, hän pyrkii tekoaan selittelemään itselleen ja ulkopuolisille todennäköisesti alemman tasoisiin sitoumuksiin vedoten. Terve mieli kuitenkin suojelee hallinnan edellytyksiä ja fundamentaalista sitoumuksista muodostunutta minäkuva (superegoa). Vain hulluus⁶³⁷ ja kuolema⁶³⁸ voi näistä mielen prosesseista vasta täysin vapauttaa.

Mielen mekanismit suojelevat edellä esitetyllä tavalla fundamentaalisia sitoumuksia fundamentaalsiin normi-ideoihin, joihin on oikeusyhteisössä sitouduttu voimakkaasti koko oikeusyhteisön elämänmuodon ja sen takana vaikuttavan laumavaiston näkökulmasta. Näiden normi-ideoiden hyppäämistä ylitse niitä mitenkään huomioimatta saatetaan tietysti selitellä vähemmän fundamentaalsiin sitoumuksiin nojautuen. Tiedostamattoman mielen mekanismit toimivat kuitenkin toisella tavalla kuin tietoisien tason mekanismit, joten tällainen selittelijä saattaa joutua psyykkistä terveyttäkin jossakin määrin horjuttavaan noidankehään, jota voisi kutsua mielen matojen kalvamiseksikin. Saloniemi toteaa Matte-Blancon Freudin ajattelua kehittäneiden näkemysten perusteella seuraavaa:

”Tavanomainen ajattelu noudattaa asymmetrian logiikkaa, mutta tiedostamaton symmetristä logiikkaa. Asymmetrisessä ajattelussa vastakohtat voidaan erottaa selkeästi toisistaan, kun taas symmetrisessä ajattelussa vastakohtat voivat korvata toisensa. Ihmismieli koostuu lukuisista toistensa päälle rakentuvista kerrostumista. Alimmissa kerroksissa vallitsee täydellinen kä-

⁶³⁵ Ne ovat rationaalisuustason ilmiöitä. Ks. tutkimuksen liite 1.

⁶³⁶ Näiden subjektiivinen aineellinen sisältö ei ole välttämättä kaikille täysin sama, vaikka laumavaisto luokin tarpeita mieltää ja tuntea asioita kulttuurillisesti yhtenäisellä tavalla. Tämä esitys koskee syvärakennetta, oikeuskulttuuria ja normi-ideoita maailmasuhdetta muodostavina oikeudellisen elämänhallinnan välineinä, jolloin näiden aineelliset entiteettien sisällöt voivat vaihdella.

⁶³⁷ Tähän luen myös vahvan deindividuaation luoman psyykkisen tilan.

⁶³⁸ Ehkä myös jotkut sellaiset psyyken ilmiöt, joita Freud tavoittelee pohdinnoillaan kuolemanvietistä. Ks. Freud, Ahdistava oikeusturimme, s. 76–80. Kuolemanvietti voi tietysti muokata myös minäkuva eli superegoa.

sitteiden symmetria, joka ylempiin tultaessa muuttuu asymmetriseksi.”⁶³⁹

Tiedostamattoman mielen tasoilla ei siis päde ristiriidan laki: – (p & –p). Yritykset selittää fundamentaalisten sitoumusten rikkomista eivät johda selittelijän toivomaan tulokseen. Tiedostamattoman mielen tasoilla tällaiset selittelyt saattavat kuittaautua muistutuksina fundamentaalisten sitoumusten rikkomisesta.⁶⁴⁰ Tämän jälkeen tarve selittää lisää kasvaa, jolloin syntyy mielen kalvavaa matoa kasvattava kehä. Tässä kehässä kalvava mato ja itseran-kaisun tarve vain kasvavat (huonojen) selittelyjen myötä. Äärimmillään seuraus on sama kuin Kemppisen kuvaamalla elämänhallinnan edellytykset menettäneellä dekonstruktivistilla: köyden sovittaminen omaan kaulaan. Lievimmillään voi kysymys olla lievestä ahdistuksen ja mielen hajaantumisen ilmiöistä, jota voi ilmentää esimerkiksi virhesuoritusten määrän ja laadun huomattava kasvu.⁶⁴¹ Rippituolin metodi ja muu vastaava osaava terapeutti-tilanteen oivaltaminen on siksi tuhoisalle tielle vievää selittelyä paljon parempi vaihtoehto nimenomaan ilvehtijätuomarin itsensä kannalta.

Voidaanko sitten sitoutumista – erityisesti oikeusvaltion perusteiden näkökulmasta – keskeisten normi-ideoiden huomioimiseen velvoittaviin optimointikäskyihin mitenkään vahvistaa? Tässä on mielestäni kohdistettava katse psyykkisiin menetelmiin, joilla fundamentaalisia sitoumuksia vahvistetaan suhteessa hierarkkisesti vähemmän merkitseviin sitoumuksiin. Tätä metodologiaa on käytetty menestyksellä vahvistamalla tupakka- ja alkoholiriippuvaisuutta vastaan toimivia fundamentaalisia elämää suojelevia mekanismeja.⁶⁴² Tässä on kysymys lähinnä hypnoosihoidosta, mutta mikään ei nähdäkseni estä pyrkimästä argumentaatiolla vastaavanlaisiin tuloksiin, vaikka argumentaatiolla ei metodina päästäisikään yhtä tehokkaaseen kontaktiin objektihenkilön alitajuntaisten prosessien kanssa. Tulosten saavuttaminen edellyttää, että on olemassa sitoumusten hierarkia, jossa sitoutuminen oikeuden syvärakenteeseen on fundamentaalisessa asemassa. Jos henkilöltä puuttuu tavoiteltavan tuloksen kannalta oikea suggestioalttius, on haluttuun tavoitteeseen äärimmäisen vaikea tai jopa mahdoton päästä.⁶⁴³ Jos esimerkiksi

⁶³⁹ Salokangas 1994, s. 13.

⁶⁴⁰ Freudin mukaan mikään sielullinen muodoste ei voi kokonaan hävitä, vaan jokainen niistä tavalla tai toisella jää olemaan ja tulee myös esille sille suotuisten edellytysten vallitessa. Ks. Freud, Ahdistava kulttuurimme, s. 11.

⁶⁴¹ Ks. virhesuorituksista Freud, Johdatus psykoanalyyysiin, s. 11–68.

⁶⁴² Ks. Aukee & Rahkonen 1984, s. 101–117.

⁶⁴³ Ks. Koivunen 1996, s. 148. Ks. myös Aukee & Rahkonen 1984, s. 111.

tupakoitsija todella uskoo tupakan terveellisyyteen, ei ole olemassa sellaista suggestioalttiutta kuin henkensä kaupalla tupakoivaksi itsensä mieltävällä on. Tuomarilla siis pitää olla fundamentaalinen sidonnaisuus keskeisiin oikeusperiaatteisiin (tai niiden ilmentämiin normi-ideoihin), jotta ilvehtijä-tuomarin hyppäyksiä keskeisten optimointikäskyjen ylitse voidaan tuomarin alitajunnan mekanismeihin vaikuttamalla estää ja vaikeuttaa⁶⁴⁴ käyttämällä suggestiotyyppeistä argumentaatiota. Jos tuomari kuitenkin kieltäytyy toimimasta fundamentaalisimpien sitoumustensa mukaisesti, voi syntyä alitajuntainen itserankaisun prosessi. Edellytyksenä tälle on, että tuomari ei ole fundamentaalisesti yhteisön elämänmuodon ulkopuolella. Lau-mavaistoon ja tiedontahtoon liittyvät vahvat sitoumukset ovat kuitenkin sellaisessa asemassa, että *fundamentaalin* ulkopuolisuus on epätodennäköistä.

Ainakin ammattituomarilla voi olettaa olevan lähtökohtaisesti oikeat psyykkiset sidonnaisuudet, jotta painoarvoltaan keskeisten normi-ideoiden huomioiminen (tai itserankaisun prosessi vaihtoehtoisesti) voidaan oikealla suggestiotyyppisellä argumentaatiolla varmistaa.⁶⁴⁵ Lautamiesten sitoutuminen fundamentaalsiin normi-ideoihin voi sen sijaan olla erilaista ja heikompa, koska harrastelijalta ei voi edellyttää samaa psyyken muokautumista ja rakenteistumista jatkuvilla implisiittisillä sitoutumisilla ja tiedonhallinnallisilla ajatuksellisilla operaatioilla kuin ammattilaiselta, jonka vastuun suuremmasta määrästä *sosiaalisessa käytännössä* ei liene myöskään suuria erimielisyyksiä. Vastuu nimittäin voi osittain lisätä tehokkaiden tiedonhallinnallisten strategioiden tarvetta normi-ideoiden välttämättömyyttä painottavalla tavalla, jolloin keskeisille normi-ideoille muodostuu tiedostamattomaan mieleen vahva asema. Vahva psykologinen riippuvuus normi-ideoista syntyy jo aiemmin todetuilla tavoilla monesta eri suunnasta tulevien vaatimusten ja paineiden seurauksena.

⁶⁴⁴ Synnyttämällä itserankaisun prosessi kaikesta huolimatta ilvehtijän ylihyppyjä suorittavan tuomarin tiedostamattomaan mieleen.

⁶⁴⁵ Mahdollisia suggestiotyyppisen argumentaation tekniikoita ei ole mahdollista tässä tarkasti käsitellä. Koivusen (Ks. Koivunen 1996, s. 103–107) ja Murphyn (Ks. Murphy 1994, s. 40–49) käsityksiä mukailemalla *perusviesti* on kuitenkin seuraavan tyyppinen: *Noudattaessasi tätä sitoumustasi tunnet yhä enemmän ja enemmän olemassaolosi mielekkääksi sekä olosi päivä päivältä varmemmaksi, levollisemmaksi, terveeseen itsetuntoiseksi ja yleisesti terveemmäksi ja paremmaksi. Hypätyäsi tämän sitoumuksesi ylitse tunnet olemassaolosi yhä enemmän ja enemmän epämieliseksi sekä olosi päivä päivältä epävarmemmaksi, levottomammaksi, ahdistuneemmaksi, syyllisemmäksi, likaisemmaksi ja yleisesti sairaammaksi ja huonommaksi.*

Puhuminen tuomariin kohdistuvasta puolihypnoottisesta argumentaatiosta voi kuulostaa arveluttavalta vaikuttamiselta. Tässä mielessä on syytä korostaa seuraavaa. Kysymys ei ole näköaloja kaventavasta retoriikasta, vaan näköaloja laajentavasta jo valmiiden sitoumusten syventämisestä: lainkäyttäjän omien fundamentalisimpien sitoumusten painoarvon kasvattamisesta suhteessa vähemmän fundamentaalsiin. Nämä sitoumukset voidaan käytännössä toteuttaa noudattamalla optimointikäskyjä, joissa oikeuden pintatasoa syvempien tasojen normi-ideat tulevat vaikuttamaan säännön ja ratkaisun muodostumiseen. Kysymys on siis lähtökohtaisesti sen edistämistä, mitä tuomari pohjimmiltaan haluaa omien fundamentaalisimpien sitoumustensa nojalla tehdä.

Oikeustieteen harjoittamisen piirissä sen sijaan on perusteltua täysi mahdollisuus kaiken arvioimiseen täydellisesti uudelleen (täydellinen nietzscheläinen yli-ihmispyrkimys) *kokonaan uudenlaisen* hallinnan ja tätä hallintaa toteuttavien fundamentaalisella tavalla uudenlaisten normi-ideoiden muodostamiseksi. Tälläkin on silti omat rajansa. Aarnion korostamaa wittgensteiniläistä käsitystä⁶⁴⁶ siitä, että kaikkea ei voi kuitenkaan epäillä samanaikaisesti, voisi mukailla näkemällä kaikista totalisoivista ideoista luopumisen samanaikaisesti vaikeaksi sellaiselle mielelle, joka ei ole jo pirstoutunut skitsofrenian atomariaan.

Ristiriitaisia tunteita voi herättää ajatus tuomarin alitajuntaisesta itserankaisuprosessista. Joissakin tapauksissa saatetaan piinan määrän osalta puhua enemmän ”helvetistä” kuin ”ehtoollisesta”. *Tietoisuuden tasolla* pinnallisiin sitoumuksiin perustuvilla selityksillä ilvehtijän lailla keskeisten optimointikäskyjen ja normi-ideoiden ylitse hyppäävä tuomari voi onnistua torjumaan kohtuullisen hyvin piilotajuisille mekanismeille rakentuvaa itserankaisun prosessia. Kun tiedostamattoman mielen mekanismit tietoisuuden pintatason sammuaessa unitilassa voivat vaikuttaa vapaammin, ne saattavat herättää ilvehtijätuomarin joskus keskiyöllä sydämen rytmihäiriöihin, hengen ahdistumiseen ja pahoinvointiin. Samalla todennäköisesti palautuu mieleen myös muistikuvat optimointikäskyistä ja normi-ideoista, joiden ylitse on ilvehtijän lailla hypäty. Jos Freudiin on luottamista, mikään ei lopullisesti unohdu.⁶⁴⁷ Mielen mekanismit jäävät jollakin tavalla käsittelemään elämänhallinnan kannalta fundamentaalisimpia sitoumuksia, vaikka niiden ylitse olisi tehty torjunta ilvehtijän hyppynä. Vahvan

⁶⁴⁶ Ks. Aarnio (Why Coherence), 1998, s. 38.

⁶⁴⁷ Ks. Freud, Ahdistava kulttuurimme, s. 11.

oikeusperiaatteen ylitse hyppäämisestä ilvehtijän hyppynä voi muodostua traumaattinen mielen kalvava mato, joka tuhoaa oikeudellisen tiedon vahvalle hallinnalle välttämättömiä psyyken tiedonhallinnallisia skeemoja sekä tunnetta oikeudellisen tiedon hallinnasta mielekkäällä tavalla. Sellainen ilvehtijän hyppy myös myrkyttää yhteiskuntaa ja lainsoveltajaa itseään. Erityisesti juuri siksi oikeusperiaatekin velvoittaa.

10 Loppuhuomautuksia

Oikeusperiaate optimointikäskynä vastaa normityyppinä luontevasti tarpeeseen tavoitella niin justifikaatiotarpeiden kuin heuristisen prosessinkin näkökulmista korkeampia abstraktiotasoja ja laajempia asiayhteyksiä kuin olisi yleensä mahdollista pitäydyttäessä pelkkiin sääntöihin. Se on luonteva silta yleisen ja yksittäisen välille. Oikeusperiaate ei ole kuitenkaan väline, jolla yleisempi ja abstraktimpi ehdottomasti jollakin käsitteellis-deduktiivisella tavalla määrittäisi alemman abstraktiotason entiteettinä nähtävän oikeussäännön ja toimintaohjeen. Oikeusperiaate ei siis ole lopullinen ratkaisuperuste, vaan se ymmärretään esimerkiksi lopulliseen ratkaisusääntöön vaikuttavaksi eräänlaiseksi metanormityyppiseksi optimointikäskyksi⁶⁴⁸, peukalosäännöksi⁶⁴⁹ tai sitten sellaiseksi pääsäännöksi, josta voi olla olemassa poikkeuksia joko ennalta annetun normin perusteella tai siten, että konkreettisesti tapauksessa käytetään argumentaatiota myös periaatetta vastaan.⁶⁵⁰

Oikeusperiaatteen tarve ja sen voimassaolon oikeutus voi siis perustua siihen, että se nähdään välttämättömänä osana systeemiä tai ainakin argumentatiivisen synenergian ilmaisijana. Se voi olla keskeinen väline rationaalisen totalisaation kannalta. Toisaalta sen tarve ja voimassaolon oikeutus voi perustua tavallaan vastakkaisen kaltaisiin tarpeisiin. Se voi toimia dynaamisen optimointikäskyn muodossa sellaisena normatiivisena ajatusrakennel-

⁶⁴⁸ Ks. Alexy 1985, s. 75–85.

⁶⁴⁹ Ks. Frände 1989, s. 50–51.

⁶⁵⁰ Ks. Klami 1983, s. 239. Vrt. Tähti 1995, s. 114–115, jossa hallinto-oikeudellista lainalaisuuden periaatetta esimerkkinä käyttäen Tähti toteaa, että ominaisuus pääsääntönä tai ominaisuus eri tilanteissa eri voimakkuudella noudatettavana normina eivät ole yhteinen tunnuspiirre oikeusperiaatteiksi kutsutuille entiteeteille. Viranomaiselle ei voi olla sallittua toimia pääsääntöisesti tai enemmän tai vähemmän oikeusjärjestyksen vaatimalla tavalla. Sitä Tähti ei kuitenkaan ymmärtääkseni kiistä, että lainalaisuuden periaate on sellainen peukalosääntö, joka vasta punninnan (ATC) jälkeen voi olla perusteena niille säännöille, joista puolestaan vasta voidaan *konkreettisesti todeta*, milloin viranomainen on tai ei ole toiminut oikeusjärjestyksen edellyttämällä tavalla.

mana, joka vapauttaa sääntöjen, käsitteiden ja määräävien tasojen *ehdotto-man* totalisoivasta määräysvallasta kytkiessään oikeudellista harkintaa muutoksen, kokonaiskontekstin, merkitys- ja mielekkyyssyhteyksien ja singulaaristen vääryyksien tunnistamiseen, koska itse punninta- ja optimointiprosessi voi mahdollistaa levinäsiläistä kontekstisidonnaista hallintaa (kasvojen kohtaamista). Oikeusperiaate voi toimia siten normatiivisena ajatusrakennelmana sellaisten sääntöjen löytämiseksi, joista vahva ja monipuolinen perustelu tekee vahvoja – legimoituina ja rationaalisina – sekä normi-ideaalien että partikulaaristen vaatimusten näkökulmista.

Oikeusperiaate voi monipuolisesti vastata sellaisen laumavaiston vaatimukseen, joka odottaa yhteisöllisyyden ja siihen kuuluvien käytäntöjen aitoa elinvoimaa ennustettavuutena ja hyväksyttävyytenä. Elinvoiman edellytyksenä oikeuden pitää pystyä täyttämään sekä platonilais-kantilaista päämäärien valtakunnan ideaalia että myös levinäsiläisiä kasvojen kohtaamiseen kuuluvia antitotalisoivia tarpeita. Oikeusperiaate pystyy optimointikäskynä asettamaan pitämisen maailmaan totalisoituja normi-ideoita (tai päämäärien valtakuntaa) alistamaan olemisen maailmaa omaksi kuvaksen tai heijastukseksi tyydyttäen siten ennakoivan hallitsemisen tarvetta. Toisaalta optimointikäsky merkitsee kontekstisidonnaista punninta- ja optimointiprosessia ennen lopullisen säännön asettamista. Tämä puolestaan jättää tilaa antitotalisoivalle tilanteen hallitsemiselle, jossa totalisoiviin strategioihin nojaavat normi-ideat eivät voi ainakaan kokonaan syrjäyttää levinäsiläisen kontekstisidonnaisen hallinnan (kasvojen kohtaamisen) aiheuttamia partikulaarisia vaatimuksia vääryyden ja oikeuden tunnistamisessa. Tämä kokonaisuus voi vastata monipuolisesti oikeudellisen hallinnan vaatimaan ajatuksen liikkeen tarpeeseen.⁶⁵¹

Niemi asettaa oikeudellisen tiedon lähtökohdan päättelyyn itseensä, ajatuksen liikkeeseen.⁶⁵² Nimenomaan ajatuksen liikkeen vaatimukseen oikeusperiaate voi erinomaisen hyvin vastata. Sen voimassaolo perustuu silloin viimekätisesti paljolti siihen, että se kykenee vastaamaan ajatuksen liikkeen tarpeeseen. Ajatuksen liike vastaa fundamentaaliseen tarpeeseen ot-

⁶⁵¹ Oikeusperiaateajattelu kokonaisuutena voi siis toteuttaa ”kultaisena keskitienä” Derridan esittämää paradoksaalista vaatimusta oikeudellisesta ajattelusta ratkaisutoiminnassa sekä säännönmukaisuuden että säännöttömyyden ajatteluna. Ks. Derrida, *Lain voima*, s. 17. Tämä tutkimus ei ole kuitenkaan ulottunut juuri lainkaan oikeusperiaatteiden soveltamisen, jossa antitotalisoivat piirteet mielestäni voivat vasta saada todella huomattavaa merkitystä osana oikeusperiaateajattelua.

⁶⁵² Ks. Niemi 1996, s. 352.

taa oikeuden ilmiömaailma hallinnan piiriin. Oikeudellisissa yhteyksissä tavoiteltava elämänhallinta puolestaan on kykyä *selittää, justifioida ja ennakoida* oikeuden ilmiömaailman aktuaalisia ja potentiaalisia tapahtumia. Hallinta tässä tarkoitettussa laajassa (nietzscheläisessä) merkityksessä ei siis palaudu yksin ennakoitavuuteen, vaan toisuutta nujertaviin merkityksiin, mielekkyyksiin ja näihin liittyviin yhteyksiin. Oikeus onkin perusluonteeltaan jatkuvaa taistelua hallinnasta. Tässä taistelussa hallitsematon pyritään nujertamaan erilaisilla aseilla. Oikeusperiaatteeseen luontevasti liittyvät ajattelutavat tarjoavat kiitettävällä tavalla näitä aseita ja niiden käytösmahdollisuuksia monenlaista oikeudellista ajattelua varten.

Tietenkään ei voi kieltää tutkijaa toimimasta politiikan tai yksittäisten arvojen asianajajana sen asemasta, että hän pyrkisi esittämään aidosti parhaita mahdollisuuksia oikeudellisen tiedon kokonaisuuksien hallitsemiseen ylimpänä arvona ja ihanteena, joka on kaiken muun hyvän ja pahan tuolla puolen. Kokonaisuuksien hallitsemisen kannalta ei ole kuitenkaan mikään todellinen vaihtoehto, jos ilvehtijän lailla syntetisointi- ja systematisointityössä hypätään järjestelmällisesti ylitse sellaisten pintatason tekstien, joita yhdistää tutkijan oman poliittisen vakaumuksen tai arvo- ja arvostelmasitoumusten valossa tarkasteltuna epämieluisalta vaikuttava normi-idea. Tällainenkin vaihtoehtoinen lainoppi kyllä tarjoaa vaihtoehdon: ilvehtijän vaihtoehdon. Tutkijan juristisankaruutta on kyetä nauramaan sellainen ilvehtiminen kuoliaaksi. Erityinen *tarkkailu* tässä mielessä on paikallaan ainakin naisoikeuden, sosiaalisen siviilioikeuden ja oikeustaloustieteen kaltaisilla alueilla. Näillä alueilla naisnäkökulmaa (naisoikeus), vahvaa sosiaalivaltiota (sosiaalinen siviilioikeus) tai taloudellisiin arvoihin rakentunutta maailmankuvaa (oikeustaloustiede) vastaan puhuvat oikeuden piirteet ovat vaarassa joutua ilvehtijän hyppyjen kohteeksi. Tällaisilla alueilla tuotettujen oikeusperiaatteiden ja muiden konstruktoiden osalta erityinen kriittinen analyysi on perusteltua. On myös syytä tutkia, onko tällaisten suuntausten operointialueilla joitakin periaatteita jäänyt pintatason valossa kohtuuttoman heikon argumentatiivisen synenergian varaan tai kokonaan huomioimatta ja syntymättä.

Jos traditioon ja elämänmuotoon vahvasti kietoutuneet normi-ideat eivät kelpaa dekonstruktivistiselle tutkijalle, olisi kohtuullista odottaa, että esitetään sitten sellaisia vaihtoehtoisia normi-ideoita, joilla *kokonaisuudet* paremmin ja uskottavammin saadaan hallittaviksi kuin on ollut mahdollista dekonstruktiviivisen totaalisen tuhohyökkäyksen kohteeksi joutuneiden normi-ideoiden avulla. Nämä tuhohyökkäykset on tietysti erotettava voi-

massaoloa testaavasta analyysistä. Oikeuden osoittaminen ristiriitaiseksi ei nimittäin ole suuri saavutus. Lainsäätäjähän muistuttaa erehdyttävästi skitsofreenikkoo. Se puhuu lainsoveltajalle monella suulla samanaikaisesti ja puhuupa vielä valtavan paljon. Kaiken lisäksi se puhuu samanaikaisesti monesta eri aikakaudesta lainsoveltajan nykyisyyden hetkellä. Ristiriitaisen vaikutelman puuttuminen olisi enemminkin yllätys. Todellista tutkijan juristisankaruutta onkin hallinnan edellytysten luominen näissä olosuhteissa Dworkinin Herkuleksen ihannetta seuraten. Yhden systeemin sijaan tosin voi olla perusteltua tyytyä mahdollisimman vahvan argumentatiivisen synenergian etsimiseen. Tiedontahtoon ja laumavaiston tarpeisiin palautuvan oikeudellisen elämänhallinnan lisääntyminen on hyvää ja tavoittelemisen arvoista. Sen väheneminen on pahaa ja vältettäväksi soveltuva. Vanhojen normi-ideoiden ja paradigmojen murhaaminen voi olla kuitenkin suurin hyve, jos sillä todella raivataan tilaa vahvemmalle oikeudellisiin ilmiöihin kohdistuvalle elämänhallinnalle. Tässä on dekonstruktion suurin oikeutus kukoistavan oikeustieteen elämään kuuluvassa hallinnan nälän ja tyydytyksen kiertokulussa.

Kysymyksiin tämän tutkimuksen psykofilosofisen tason sisällön tarkastusta selvittämisestä ja psykofilosofisen tason suhteesta tämän tutkimuksen rationaalisuustasoon tulen palaamaan syvällisemmin väitöskirjassani, jota tällä hetkellä teen työnimellä **TARPEIDENMUKAINEN OIKEUSPERIAATEAJATTELU**. Arvostan erityisesti kaikkia julkisia ja yksityisiä kommentteja, jotka liittyvät tähän asetelmaan. Olen erityisen kiitollinen sellaisista vihjeistä käytännön oikeudellisesta elämästä, jotka koskevat tämän asetelman kannalta mielenkiintoisia tapahtumia. Pyrin tekemään teoriaa käytännön oikeudellisessa elämässä ilmeneviä tarpeita varten. Yhteystietoni ovat:

OSOITE: Lakiasiat Petter Kavonius, Juhonkatu 1 B 9, 08200 Lohja
PUHELIN: 019-386 154
FAX: 019-355035
SÄHKÖPOSTI: osoite annetaan vain erillisestä pyynnöstä.

Lähteet

- Aarnio, Aulis: Lain ja kohtuuden tähden. Juva 1986.*
- Aarnio, Aulis: Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. Juva 1989.*
- Aarnio, Aulis: Mitä seuraavaksi? LM 1998, s. 983–991.*
- Aarnio, Aulis: Oikeusfilosofi kevätiällä. Oikeus 1999, s. 75–77.*
- Aarnio, Aulis: Oikeussäännösten systematisointi ja tulkinta. Teoksessa: Minun metodini, s. 35–56. Toim. Juha Häyhä. Porvoo 1997.*
- Aarnio, Aulis: On Rules and Principles. Juhlakirja Kaarlo Tuori 50 vuotta, s. 83–96. Helsinki 1998.*
- Aarnio, Aulis: Ottakaamme oikeussäännöt vakavasti. Oikeus 1989, s. 112–122.*
- Aarnio, Aulis: Reason and Authority. Cambridge 1997.*
- Aarnio, Aulis: Sivistyspresidentti on kansakunnan selkäranka. Haastattelu viikkolehdessä Nykypäivä 30.11.1999, s. 18.*
- Aarnio, Aulis: Suomalaisesta oikeusteoriasta 1900-luvulla. Teoksessa: Suomalaista oikeusteoriaa osa I, s. 1–39. Toim. Juha Pöyhönen. Helsinki 1977.*
- Aarnio, Aulis: The Rational as Reasonable. Dordrecht 1987.*
- Aarnio, Aulis: Virallisen vastaväittäjän lausunto Matti Ilmari Niemen väitöskirjasta. LM 1997, s. 703–712.*
- Aarnio, Aulis: Why Coherence – A Philosophical Point of View. Teoksessa: On Coherence Theory of Law. Lund 1998.*
- Airaksinen, Timo: Arvojen yhteiskunta. Juva 1994.*
- Airaksinen, Timo: Moraalifilosofia. Juva 1987.*
- Alanen, Aatos: Naturrätten och sakens natur. JFT 1961, s. 77–85.*
- Alanen, Aatos: Oikeus ja yhteiskunta. Riihimäki 1950.*
- Alanen, Aatos: Yleinen oikeustiede ja kansainvälinen yksityisoikeus. Toinen uusittu painos saman tekijän teoksesta Yleinen oikeustiede. Porvoo 1965.*
- Alanen, Yrjö O.: Skitsofrenia – syyt ja tarpeenmukainen hoito. Juva 1993.*
- Alexy, Robert: Begriff und Geltung des Rechts. Freiburg 1992.*
- Alexy, Robert: Coherence and Argumentation or the Genuine Twin Criterialess Super Criterion. Teoksessa: On Coherence Theory of Law. Lund 1998.*
- Alexy, Robert: Oikeusjärjestelmä, oikeusperiaate ja käytännöllinen järki. Suomentaneet Anja Van Aerchot ja Aulis Aarnio. LM 1989, s. 618–633.*
- Alexy, Robert: Theorie der Grundrechte. Baden-Baden 1985.*
- Alexy, Robert: A Theory of Legal Argumentation. Englanniksi kääntäneet Ruth Adler ja Neil MacCormic. Oxford 1989.*
- Alvesalo, Anne: Critical Legal Studies. Teoksessa: Pääsykoekirja 4/1996, s. 143–170. Turku 1996.*
- Aristoteles: Metafysiikka. Aristoteles, teokset VI. Suomentaneet Tuija Jatakari, Kati Nääsaari ja Petri Pohjanlehto. Helsinki 1990.*

- Aristoteles*: Nikomakhoksen etiikka, teokset VII. Suomentanut Simo Knuuttila. Helsinki 1989.
- Aristoteles*: Tulkinnasta. Teoksessa *Aristoteles I Kategoriat, Tulkinnasta, Ensimmäinen analytiikka, Toinen analytiikka*. Suomentanut Lauri Carlson. Jyväskylä 1994.
- Aukee*, Risto – *Rahkonen*, Riitta: Hypnoosilääkärin potilaana. Juva 1984.
- Brusiin*, Otto: Oikeusfilosofia ja käytäntö. Teoksessa: *Suomalaista oikeusteoriaa osa II*, s. 135–148. Toim. Juha Pöyhönen. Helsinki 1978. (Alkuperäisjulkaisu 1934)
- Brusiin*, Otto: Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Vammala 1938.
- Derrida*, Jacques: Lain voima osa I. Suomentanut Susanna Lindberg. Nuori Voima 2/00, s. 11–26
- Dworkin*, Ronald: *Law's Empire*. London 1986.
- Dworkin*, Ronald: *A Matter of Principle*. Cambridge 1985.
- Dworkin*, Ronald: *Taking Rights Seriously*. New Impression With a Reply to Critics. Third impression. London 1981.
- Eriksson*, Lars D.: Dan Frändes legalitetsregler – och opponentens bekymmer. Virallisen vastaväittäjän lausunto Dan Fränden väitöskirjasta. Oikeus 1989, s. 63–71.
- Eriksson*, Lars D.: Marxilaisen lainopin lähtökohtia. Kääntänyt Leena Auvinen. Tiede ja edistys 2/1980, s. 16–26.
- Eriksson*, Lars D.: Mina metoder. Teoksessa: *Minun metodini*, s. 57–73. Toim. Juha Häyhä. Porvoo 1997.
- Federley*, Martti: Laintulkinnasta deskriptiivisenä tulkintaoppina. Teoksessa: *Suomalaisista oikeusteoriaa osa II*, s. 33–39. Toim. Juha Pöyhönen. Helsinki 1978. (alkuperäisjulkaisu 1965)
- Foucault*, Michel: Nietzsche, Freud, Marx. Tutkijaliiton julkaisu 89 Paradeigma-sarjassa, s. 41–59. Suomentanut Turo-Kimmo Lehtonen.
- Foucault*, Michel: Tiedontahto. Teoksessa: *Seksuaalisuuden historia*, s. 11–96. Suomentanut Kaisa Sivenius. Tampere 1998.
- Freud*, Sigmund: Ahdistava kulttuurimme. Suomentanut Erkki Puranen. Jyväskylä 1982.
- Freud*, Sigmund: Arkielämämme psykopatologiaa. Suomentaneet Martti Takala ja Marjatta Santala. Toinen painos. Helsinki 1954.
- Freud*, Sigmund: Johdatus psykoanalyysiin. Suomentanut Erkki Puranen. Jyväskylä 1964.
- Frände*, Dan: Den straffrättsliga legalitetsprincipen. Ekenäs 1989.
- Gadamer*, Hans-Georg: Wahrheit und Methode. 4. Auflage Tybingen 1975.
- Habermas*, Jürgen: Järki ja kommunikaatio. Valinnut ja suomentanut Jussi Kotkavirta. 2. uudistettu painos. Tampere 1994.
- Hart*, H. L. A.: *The Concept of Law*. Oxford 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 1994.
- Hegel*, Georg Wilhelm Friedrich: *Hegels Logic: Being Part of One of the Encyclopedia of the Philosophical Sciences*. Englanniksi kääntänyt William Wallace. Oxford 1975.
- Hegel*, Georg Wilhelm Friedrich: Oikeusfilosofia. Oikeusfilosofian pääpiirteet eli luonnon-oikeuden ja valtiotieteen perusteet. Suomentanut Markus Wahlberg. Oulu 1994.
- Hegel*, Georg Wilhelm Friedrich: *Phänomenologie des Geistes*. Werke 3. Frankfurt am Main 1970.
- Hegel*, Georg Wilhelm Friedrich: *Wissenschaft der Logik*, I, II und III Leipzig 1963.

- Helin, Markku:* Kieli oikeustodellisuuden rakentajana. LM 1998, s. 1027–1036.
- Helin, Markku:* Lainoppi ja metafysiikka. Vammala 1988.
- Helin, Markku:* Monet on metodit. Oikeus 1998, s. 310–314.
- Hintikka, Jaakko – Hintikka, Merill B.:* Investigating Wittgenstein. Oxford 1986.
- Hirvonen, Ari:* Oikeuden käynti. Helsinki 2000.
- Hobbes, Thomas:* Leviathan. Edited by Richard Tuck. Cambridge 1991.
- Holmes, Oliver Wendell Jr:* The Path of the Law. 10 Harvard Law Review (1897), s. 457–478.
- Jonkka, Jaakko:* Syytekyynys. Vammala 1991.
- Järnefelt, Richard:* Intuitiot – unohtettu voimavaramme. Espoo 1996.
- Jääskeläinen, Petri:* Syyttäjä tuomarina. Helsinki 1997.
- Kangas, Urpo:* Minun metodini. Teoksessa: Minun metodini, s. 90–109. Toim. Juha Häyhä. Porvoo 1997.
- Kangas, Urpo:* Oikeustiede Suomessa 1900–2000. Juva 1998.
- Kant, Immanuel:* Grundlegung zur metaphysik der Sitten. Sarjassa: Kant Gessammelte Schriften. Osa 4. Berlin 1902–42.
- Kartio, Leena:* Esineoikeuden esine tutkimuspöydällä. Teoksessa: Minun metodini, s. 110–130. Toim. Juha Häyhä. Porvoo 1997.
- Karvonen, Erkki:* Elämää mielikuvayhteiskunnassa. Tampere 1999.
- Kelsen, Hans:* Puhdas oikeusoppi. Suomentanut Olli Nikkola. Porvoo 1968.
- Kemppinen, Jukka:* Oikeus kulttuuri-ilmiönä. Helsinki 1990.
- Kemppinen, Jukka:* Tätä kaikki asianomaiset noudattakoot. Helsinki 1992.
- Kinnunen, Aarne:* Nietzsche. Helsinki 1960.
- Kivivuori, Antti:* Eksyneitä. Oikeus 1998, s. 315–319.
- Kivivuori, Antti:* Oikeustieteen ongelma – käyttäytymisen selittäminen. Teoksessa: Suomalaista oikeusteoriaa osa II, s. 82–93. Toim. Juha Pöyhönen. Helsinki 1978. (Alkuperäisjulkaisu 1969)
- Kivivuori, Antti:* Poliittinen oikeustiede. Teoksessa: Suomalaista oikeusteoriaa osa II, s. 93–99. Toim. Juha Pöyhönen. Helsinki 1978. (alkuperäisjulkaisu 1971)
- Klami, Hannu Tapani:* Alas Paradigma! Teoksessa: Juhlajulkaisu Simo Zitting 1915 – 14/2 – 1985, s. 160–173. Vammala 1985.
- Klami, Hannu Tapani:* Finalistinen oikeusteoria. 2. painos. Turku 1980.
- Klami, Hannu Tapani:* Föreläsningar över juridikens metodlära. Andra upplagan. Uppsala 1989.
- Klami, Hannu Tapani:* Ihmisen säännöt. Turku 1983.
- Klami, Hannu Tapani:* Johdatus oikeusteoriaan. Finalistisen oikeusteorian perusongelmia. 4. painos. Helsinki 1986.
- Klami, Hannu Tapani:* Johdatus oikeustieteelliseen analyysiin. Turku 1973
- Klami, Hannu Tapani:* Kasvu vastuuseen ja subsidiariteetti. LM 1995, s. 1109–1114.
- Klami, Hannu Tapani:* Lainanalogiaprobleemasta. Teoksessa: Suomalaista oikeusteoriaa osa II, s. 47–57. Toim. Juha Pöyhönen. Helsinki 1978. (Alkuperäisjulkaisu 1975)
- Klami, Hannu Tapani:* Länsimaisen oikeusfilosofian historia. 2. painos. Turku 1978.
- Klami, Hannu Tapani:* Norm-Rationality versus Goal-Rationality. JFT 1980, s. 308–320.
- Klami, Hannu Tapani:* A Note on Heuristics, Justification and Argument. Teoksessa: Justice, Morality and Society. A Tribute to Alexander Peczenik on the Occasion of his 60th Birthday 16 November 1997. Lund 1997.

- Klami, Hannu Tapani*: On the So-Called Metanorms in Criminal Law. Teoksessa: *Historia & Theoria Iuris*, s. 188–201. Helsinki 1997. (Alkuperäisjulkaisu 1979)
- Klami, Hannu Tapani*: Päättösteoria juridisen argumentaation punninnassa. Teoksessa: *Minun metodini*, s. 151–172. Toim. Juha Häyhä. Porvoo 1997.
- Klami, Hannu Tapani*: Strömningar och problem inom modern rättfilosofi. Uppsala 1990.
- Klami, Hannu Tapani*: Tietenteorian luentoja. Helsinki 1997.
- Koivunen, Pasi*: Ylitä itsesi. Jyväskylä 1996.
- Korkman, Petter & Yrjönsuuri, Mikko*: Filosofian historian kehityslinjoja. Helsinki 1998.
- Koskenniemi, Martti*: From Apology to Utopia. Jyväskylä 1989.
- Koskenniemi, Martti*: Tyyli metodina. Teoksessa: *Minun metodini*, s. 173–188. Toim. Juha Häyhä. Porvoo 1997.
- Kosko, Bart*: Sumea logiikka. Suomentanut Kimmo Pietiläinen. Jyväskylä 1996.
- Kulla, Heikki*: Hallintomenettelyn perusteet. 3. uudistettu painos. Jyväskylä 1991.
- Kulla, Heikki*: Virantäyttö. Tampere 1991.
- Kultalahti, Jukka*: Omaisuudensuoja ympäristönsuojelussa. Jyväskylä 1990.
- Kuhn, Thomas S.*: Tieteellisten vallankumousten rakenne. Suomentanut Kimmo Pietiläinen. Juva 1994.
- Kummas, Matti*: Ilkka Niiniluodon realismin soveltuvuus oikeustieteessä. Helsinki 1999.
- Kuusiniemi, Kari*: Ympäristönsuoja ja immisioajattelu. Jyväskylä 1992.
- Laakso, Seppo*: Oikeudellisesta sääntelystä ja päätöksenteosta, erityisesti julkisoikeuden alalla. Helsinki 1990.
- Laaksonen, Pekka*: Kansalaisten on voitava luottaa lain sanamuotoon. Kirjoitus viikko-lehti Nykypäivässä 15.2.2000.
- Lahikainen, Anja Riitta – Pirttilä-Bacman, Anna-Maija*: Sosiaalipsykologian perusteet. Keuruu 1998.
- Lahtinen, Osvi*: Zum Aufbau der rechtlichen Grundlagen. Helsinki 1951.
- Lappi-Seppälä, Tapio*: Rangaistuksen määräämisestä I. Vammala 1987.
- Lehtinen, J. N.*: Mitä oikeus on? Vammala 1949.
- Leppänen, Tatu*: Riita-asian valmistelu todistusaineiston osalta. Helsinki 1998.
- Levinas, Emmanuel*: Etiikka ja äärettömyys. Suomentaneet Antti Pönni ja Outi Pasanen. Helsinki 1996.
- Locke, John*: Two Treatises of Government. Edited Peter Laslet. Cambridge 1991.
- MacCormick, Neil*: Legal Reasoning and Legal Theory. Oxford 1978
- MacCormick, Neil*: The Quest for the Ultimate Premises of Law. Oikeus 1998, s. 420–432.
- Makkonen, Kaarle*: Kunnallinen säädösvälta. Vammala 1968.
- Makkonen, Kaarle*: Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Vammala 1981.
- Merikoski, V.*: Lausunto, joka on Helsingin yliopiston lainopillisen tiedekunnan 14.9.1945 pidetyn kokouksen pöytäkirjan 19 §:n liitteenä (Helsingin yliopiston arkisto, oikeus-tieteellisen tiedekunnan arkisto, tiedekunnan pöytäkirjat).
- Minkinen, Panu*: Correct Law. Helsinki 1998.
- Minkinen, Panu*: Erik Wolf ja tulevan oikeusfilosofia. Juhlakirja Kaarlo Tuori 50 vuotta, s. 143–155. Helsinki 1998.
- Murphy, Joseph*: Alitajuntasi voima. Suomentanut Pirkko Pelkonen. Vantaa 1994.
- Mutahhari, Morteza*: Rättvetenskap och dess principer. Svensk översättning Elisabet Peterzen. Lidingö 1984.

- Mähönen, Jukka:* Oikeustaloustieteestä todellisuuden ja talouden kohtaamispisteenä. Teoksessa: Pääsykoekirja 4/1996, s. 171–191. Turku 1996.
- Määttä, Tapio:* Maanomistusoikeus. Jyväskylä 1999.
- Niemi, Matti Ilmari:* Ajattelun kouluista ja kouluja ajatuksista. Oikeustiede – Jurisprudentia XXXIII:2000.
- Niemi, Matti Ilmari:* Holismi ja konventionalismi. LM 1998, s. 521–538.
- Niemi, Matti Ilmari:* Päämäärien valtakunta. Helsinki 1996.
- Nieminen, Liisa:* Perusoikeuksien emansipatoriset mahdollisuudet? Jyväskylä 1990.
- Nietzsche, Friedrich:* Antikristus. Suomentanut Aarni Kouta. 2. painos. Hämeenlinna 1995.
- Nietzsche, Friedrich:* Ecce homo. Werke in drei Bänden, s. 1063–1160. München 1960.
- Nietzsche, Friedrich:* Hyvän ja pahan tuolla puolen. Suomentanut J.A. Hollo. Keuruu 1984.
- Nietzsche, Friedrich:* Iloinen tiede. Suomentanut J. A. Hollo. Helsinki 1963.
- Nietzsche, Friedrich:* Moraalin alkuperästä. Suomentanut J. A. Hollo. Helsinki 1969.
- Nietzsche, Friedrich:* Näin puhui Zarathustra. Suomentanut J. A. Hollo. Keuruu 1995.
- Niiniluoto, Ilkka:* Johdatus tieteenfilosofiaan. Käsitteen- ja teorianmuodostus. Keuruu 1980.
- Niiniluoto, Ilkka:* On the Truth of Norm Propositions. Rechtstheorie, Beihaft 3. Zum Fortschritt von Theorie und Technik in Recht und Ethik. Herausgegeben von Ilmar Tammelo und Aulis Aarnio. Berlin 1981, s. 171–180.
- Nousiainen, Kevät:* Metodini? Esitys? Teoksessa: Minun metodini, s. 219–243. Toim. Juha Häyhä. Porvoo 1997.
- Nuotio, Kimmo:* Taloudellisen rikollisuuden arviointi yleisten oppien kannalta. LM 1995, s. 950–985.
- Nuotio, Kimmo:* Teko, vaara, seuraus. Vammala 1998.
- Nuutila, Ari-Matti:* Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Jyväskylä 1996.
- Paaso, Ilpo:* Vahingonkorvausvastuun normiperusta lääkärintoimissa. Vammala 1992.
- Palmer, Richard E.:* Hermeneutics. Evanston 1969.
- Peczenik, Aleksander:* Vad är rätt? Göteborg 1995.
- Platon:* Apologia. Teoksessa: Platon teokset I. Suomentanut Marianna Tyni. Keuruu 1999.
- Platon:* Faidon. Teoksessa: Platon teokset III. Suomentanut Maija Itkonen-Kaila. Keuruu 1979.
- Platon:* Kriton. Teoksessa: Platon teokset I. Suomentanut Marianna Tyni. Keuruu 1999.
- Pohjonen, Soile:* Parisuhde yksityisoikeudellisessa ajattelussa. Vammala 1998.
- Pokka, Hannele:* Rakennettujen vesistöjen jälkivalvontajärjestelmät. Vammala 1991.
- Popper, Karl R.:* Arvauksia ja kumoamisia. Suomentanut Eero Eerola. Tampere 1995.
- Pöyhönen, Juha:* Filosofia – minun metodini? Teoksessa: Minun metodini, s. 245–260. Toim. Juha Häyhä. Porvoo 1997.
- Pöyhönen, Juha:* Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Vammala 1988.
- Rainio, Kullervo:* Käytännön psykologiaa I. Porvoo 1975.
- Rainio, Kullervo:* Valta ja vallan käyttö. Porvoo 1965.
- Rainio, Kullervo:* Vastaa minulle, maailma! Helsinki 1993.
- Rawls, John:* Oikeudenmukaisuusteoria. Suomentanut Terho Pursiainen. Juva 1988.
- Raz, Joseph:* The Authority of Law. Oxford 1979.
- Rentto, Juha-Pekka:* Esivallan rajat. LM 1995, s. 717–741.

- Rentto, Juha-Pekka:* Toissijainen valtio. Turku 1995.
- Repo, Matti V.:* Oikeudesta uittaa puutavaraa. Vammala 1990.
- Ross, Alf:* Om ret og retfaerdighet. Köbenhavn 1953.
- Rousseau, Jean-Jacques:* Yhteiskuntasopimuksesta. Suomentanut J. V. Lehtonen. Hämeenlinna 1988.
- Russell, Bertrand:* Länsimaisen filosofian historia. Suomentanut J. A. Hollo. Seitsemäs painos. Juva 1996.
- Saarinen, Esa:* Filosofia. Porvoo 1995.
- Saarinen, Esa:* Länsimaisen filosofian historia huipulta huipulle Sokrateesta Marxiin. Viides painos. Juva 1985.
- Saloheimo, Jorma:* Hallintopakosta työsuojelun valvonnassa. Vammala 1987.
- Salokangas, Raimo K. R.:* Teoksessa: Mielen malleja, s. 6–17. Toim. Hasse Karlsson. Helsinki 1994.
- Schauer, Frederick:* Playing by the Rules. Clarendon Press. Oxford 1991.
- Scheinin, Martin:* Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa. Jyväskylä 1991.
- Searle, John R.:* Speech Acts. Cambridge 1977.
- Siltala, Raimo:* Kymmenen teesiä oikeustieteen metodipista ja oikeustieteellisestä tutkimuksesta. Oikeus 1999 osa I, s. 265–285 ja osa II s. 385–409.
- Siltala, Raimo:* Prejudikaateista ja tuomarin prejudikaatti-ideologiasta. LM 1999, s. 674–691. Eripainos numerosta 5/99.
- Siltala, Raimo:* A Theory of Precedent. Helsinki 1998.
- Strömholm, Stig:* Länsimaisen oikeusajattelun historia. Suomentanut Raimo Siltala. Helsinki 1989.
- Ståhlberg, K. J.:* Irtolaisuus Suomen lain mukaan. Helsinki 1893.
- Tarukannel, Veijo:* Terveystenhoidollinen sijoituslupa. Tampere 1990.
- Tolonen, Hannu:* Korko, raha ja sopimus. Helsinki 1992.
- Tolonen, Hannu:* Oikeus ja ajatus: oikeudelliset ajattelutraditiot ja nykyiset muodot. Teoksessa: pääsykoekirja 4/1996, s. 1–109. Turku 1996.
- Tolonen, Hannu:* Oikeus ja sen tulkinnat. Teoksessa: Minun metodini, s. 279–297. Toim. Juha Häyhä. Porvoo 1997.
- Tolonen, Hannu:* Säännöt, periaatteet ja tavoitteet: Oikeuden moraalin ja politiikan suhteesta. Oikeustiede-Jurisprudentia XXII: 1989, s. 333–384.
- Tolonen, Juha:* Oikeustoimen käsitteestä perinnäisen oikeusjärjestelmän puitteissa. Teoksessa: Suomalaista oikeusteoriaa osa II, s. 47–57. Toim. Juha Pöyhönen. Helsinki 1978. (alkuperäisjulkaisu 1973)
- Tontti, Jarkko:* Euroopan yhteinen oikeus – ius commune ennen ja nyt. Oikeus 1999, s. 296–302.
- Tuomisto, Jarmo:* Omistuksenpidätys ja leasing. Vammala 1988.
- Tuori, Kaarlo:* Ideologiateoriasta kriittiseen positivismiin. Teoksessa: Minun metodini, s. 311–329. Toim. Juha Häyhä. Porvoo 1997.
- Tuori, Kaarlo:* Kriittinen oikeuspositivismi. Vantaa 2000.
- Tuori, Kaarlo:* Oikeustiede 2000. LM 1998, s. 1002–1013.
- Tuori, Kaarlo:* Oikeustieteen ajattomuus. LM 1997, s. 399–408.
- Tuori, Kaarlo:* Oikeus, valta, demokratia. Mänttä 1990.
- Tuori, Kaarlo:* Towards a Multi-Layered View of Modern Law. Teoksessa: Justice, Morality

- and Society A Tribute to Alexander Peczenik on the Occasion of his 60th Birthday 16 November 1997, s. 427–442. Lund 1997.
- Tähti, Aarre*: Periaatteet Suomen hallinto-oikeudessa. Helsinki 1995.
- Vapaavuori, Ahti*: Suomeen suuntautuvien portfoliosijoitusten verokohtelu. Helsinki 1991.
- Vilkko-Riihelä, Anneli*: Psykyke – psykologian käsikirja. Porvoo 1999.
- de Waal, Frans*: Hyväluontoinen – Oikean ja väärän alkuperä ihmisissä ja muissa eläimissä. Suomentanut Kimmo Pietiläinen. Helsinki 1998.
- Wihuri, Antti-Juhani*: Subsumptio, transformaatio ja punninta. Helsinki 1992.
- Wilhelmsson, Thomas*: Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat. Teoksessa: Minun metodini, s. 339–358. Toim. Juha Häyhä. Porvoo 1997.
- Wilhelmsson, Thomas*: Vieteriukkoteoria EY-oikeudesta. Juhlajulkaisu Aulis Aarnio 1937 14/5 1997, s. 357–374. Vammala 1997.
- Wittgenstein, Ludwig*: Huomautuksia psykologian filosofiasta. Suomentanut Heikki Nyman. Juva 1988.
- Wittgenstein, Ludwig*: Tractatus Logico-Philosophicus eli Loogis-filosofinen tutkielma. Suomentanut Heikki Nyman. Juva 1984.
- von Wright, Georg, Henrik*: Explanation and Understanding. London 1971
- von Wright, Georg, Henrik*: Logiikka, filosofia ja kieli. Suomentanut Jaakko Hintikka ja Tauno Nyberg. Keuruu 1982.
- Ämmälä, Tuula*: Sopimuksen pätemättömyyden korjaantumisesta. Jyväskylä 1993.

Oikeusperiaatteen velvoittavuus ja voimassaolo kytketään tutkimuksessa psyyken mielekkyysoikeuteeseen ja elämänhallintaan oikeudellisissa yhteyksissä yleisestikin, joita puolestaan toteutetaan tulkinnan työkaluilla. Oikeusperiaate voi olla tällainen työkalu ja samalla velvoite tällaisten työkalujen käyttöön. Oikeusperiaatetta ja sen velvoittavuutta optimointikäskynä kuvaakin hyvin Nietzschen Zarathustrasta mukailtu toteamus: On monta tietä ja tapaa oikeusperiaatteen vaikutuksen vähentämiseen, mutta vain ilvehtijä ajattelee: oikeusperiaatteen ylitse voidaan myös kokonaan hypätä. Tällainen ”ilvehtijän hyppy” yli asiassa relevantin oikeusperiaatteen voi rinnastua psykoanalyysistä tuttuun torjunnan prosessiin. Asiassa relevantin oikeusperiaatteen jättäminen kokonaan käsittelemättä (ilvehtijän hyppy) voi johtaa traumaattiseen oikeustapaukseen, joka on eräänlainen ennakoimaton, omituinen ja kritiikille erityisen altis ilvehtijähahmo – kuin pilailukaupan laatikosta yllättäen pomppaava irtokas vieteriukko.



Suomalainen Lakimiesyhdistys
Kasarmikatu 23 A 17
00130 Helsinki
P. (09) 603 567, f. (09) 604 668
Sähköposti: sly@lakimies.org
www.lakimies.org

ISSN 1458-0446
ISBN 951-855-185-5

