
Jarkko Tontti, Kaisa Mäkelä ja
Heta Gylling (toim.)

Filosofien oikeus I

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: La Justice, B 5 rés., Bd II, fol. 20.

(julkaistu Bibliothèque Nationalel luvalla)

Kannen suunnittelu: Heikki Kalliomaa

© 2001 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

ISSN 1458-0446

ISBN 951-855-188-X

Gummerus Kirjapaino Oy, Saarijärvi 2001

Sisällys

Esipuhe	7
1 Platon ja oikeudenmukaisuus vailla takeita	11
<i>Mikko Lahtinen</i>	
2 Laki vapauden osatekijänä. Aristoteleen onnellinen kansalaisvaltio ja laki	35
<i>Juha-Pekka Rentto</i>	
3 Stoalainen oikeus- ja yhteiskuntafilosofia	55
<i>Juha Sihvola</i>	
4 Laki hyveen toteuttajana. Tuomas Akvinolaisen oppi ihmisluonnosta ja laki ...	69
<i>Juha-Pekka Rentto</i>	
5 Valtio ja sen lait modernissa luonnonoikeusperinteessä	87
<i>Petter Korkman</i>	
6 Thomas Hobbes tämän päivän näkökulmasta	109
<i>Juha Tolonen</i>	
7 John Locke ja yksityinen omaisuus	123
<i>Matti Häyry</i>	
8 G. W. Leibnizin oikeusfilosofia	133
<i>Markku Roinila</i>	
9 Montesquieu: miksi lakeja ja mitä lakien takana	153
<i>Antero Jyränki</i>	
10 Immanuel Kant ja oikeuden moraaliset perusteet	169
<i>Jussi Kotkavirta</i>	
11 Jean-Jacques Rousseau yhteisöllisyyden korostajana	187
<i>Heta Gylling ja Marianna Raulo</i>	
12 Jeremy Bentham ja klassinen utilitarismi	203
<i>Matti Häyry</i>	
13 John Stuart Mill, vapaamielisyys ja yksilön autonomia	215
<i>Heta Gylling</i>	
14 Liberaalisia ja konservatiivisia piirteitä Hegelin oikeusfilosofiassa	225
<i>Markus Wahlberg</i>	
15 F. C. von Savigny ja ”historiallinen koulu”	249
<i>Kevät Nousiainen</i>	
16 Karl Marx’ kritiska rättssteori	273
<i>Lars D. Eriksson</i>	
17 Rudolf von Jhering – oikeus yhteiskunnan elinehtoja suojaamassa	285
<i>Kimmo Nuotio</i>	
18 Hans Kelsen – kriittinen esittely	313
<i>Hannu Tapani Klami</i>	
Kirjoittajat	325

18 Hans Kelsen – kriittinen esittely

Hans Kelsen (1881–1973) syntyi Prahassa, mutta suoritti opintonsa Wienissä. Siellä hän sai dosentin pätevyyden 1911 (pätevyyden näyttönä *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1910), ylimääräisen professuurin 1917 ja varsinaisen professuurin 1919. Hän oli alkujaan lähinnä valtio-oikeuden edustaja; tuolloinhan Itävalta-Unkarissa (johon niin myöhempi Tšekkoslovakia, Unkari kuin Itävaltakin kuuluivat) ei ollut erillisiä oppituoletta oikeusteoriaa tai -filosofiaa varten. Saksassa oikeusteoria on vieläkin liitettyä yleensä rikosoikeuteen – historiallisista syistä.

Kelsen osallistui myös politiikkaan edustaen sosiaaliliberaalista katsantokantaa. Hän oli juutalaista syntyperää, mikä esti – uskonnollisen skeptisyyden ohella – häntä osallistumasta Itävallan kristillis-demokraattien toimintaan, vaikka hän kääntyi muodollisesti kristinuskoon. Poliitikassa hän oli kuitenkin lähinnä vain vaikutusvaltainen taustahahmo. Hän osallistui asiantuntijana oikeusministeriön palveluksessa Itävallan vuoden 1920 valtiosääntön laadintaan, vaikuttaen siihen merkittävästi. Hänen ajatuksiaan lienee ollut erityisen valtiosääntötuomioistuimen perustaminen tutkimaan lakien perustuslainmukaisuutta, ja hänestä tulikin tuon tuomioistuimen ensimmäisen kokoonpanon jäsen aina vuoteen 1930 asti, jolloin oikeistotuulien alkaessa puhaltaa hän joutui väistymään. Ehkä tästä katkeroituneena hän otti viran Saksassa, Kölnissä samana vuonna, mutta ilo ei kestänyt kauan, sillä Hitler tuli demokraattista tietä valtaan, ja pian alkoi juutalaisten vainoaminen myös ja ehkä eritoten akateemisessa maailmassa. Kelsen joutuikin jo 1933 jättämään virkansa. Seurasi muutamia maanpakolaisuuden vuosia, jolloin Kelsen opetti Genevessä ja lyhyen aikaa myös Prahan saksalaisessa yliopistossa, mutta 1940 hän siirtyi Euroopassa leviävän natsismin tieltä Yhdysvaltoihin, Kalifornian Berkeleyyn, jossa hän opetti ja omistautui tieteelle ja myös kuoli.

On kuvaavaa, että Kelsenin oppilas Rudolf Métall kirjoitti Kelsenistä elämäkerran *HK: Leben und Werk* jo Kelsenin eläessä, vaikka tärkeä käännekohta tieteellisessä suhteessa vielä oli vasta tulossa. Yhtä harhaanjohtava on Walterin elämäkertakirjan otsikko *HK: Ein Leben im Dienste der Wissen-*

schaft. Sillä Kelsenä ei voi täysin ymmärtää ilman hänen poliittista osallistumistaan, ja toisaalta myös tieteenharjoittajana Kelsen esiintyi jyrkkänä kommunismin vastustajana, millä oli hänen mainettaan lisäävä merkitys Yhdysvalloissa, jossa MacCarthyn vainoharhaiset kommunismin ja Neuvostoliiton vastaiset ideat 1940-1950-luvun taitteessa johtivat puhdistuksiin ja vainoihin – samaan tapaan kuin Natsi-Saksassa ja Neuvostoliitossa, joskin vähäisemmässä määrin.

Kuten jo sanottu, Kelsenille suotiin pitkä ja hyvin tuottelias elämä; tosin hänen laajassa tuotannossaan on päällekkäisyyksiä ja täsmennyksiä, joiden arviointi on vaikeata. *Allgemeine Theorie der Normen* ansaitsee oman tarinansa. Kirjoittaessaan sitä 90-vuotiaana Kelsen huomasi muistinsa alkavan pettää mm. nootteja laadittaessa. Siitä Kelsen päätteli, että hänen järkensäkin saattoi olla taantumassa, ja lopetti tieteellisen työskentelynsä. Hän ”testamenttasi” käsikirjoituksensa mahdollista julkaisemista varten pääoppilaalleen R. A. Métallille, joka kuitenkin kuoli äkillisesti ennen kuin oli ehtinyt saada työn valmiiksi. Julkaiseminen tapahtui siis muiden toimesta. Vielä 1985 ilmestyi postuumi kokoelma Kelsenin kirjoituksia (lähinnä Platonin) oikeudenmukaisuudesta, jota hän koko elämänsä ajan kriittisesti pohti olleen lähinnä sillä kannalla, että useimmat oikeudenmukaisuusteoriat ovat omiaan luomaan oikeudenmukaisuuden illuusion.

Aluksi

Mikä oli Hans Kelsenin oikeusteoria? Puhtaan oikeusopin luoja Kelsenä pidetään yleisesti juuri päättäneen vuosisadan tärkeimpänä oikeusteoreetikkona, ehkä oikeustieteen harjoittajana yleensä. Mutta pitkän elämänsä aikana hän muutti monia keskeisiä ajatuksiaan, eikä vain elämänsä aikana, vaan myös sen päätyttyä. Nimittäin postuumina ilmestyneessä kirjassaan *Allgemeine Theorie der Normen* (1979) Kelsen otti takaisin eräitä aikaisempia keskeis-ajatuksiaan, ennen muuta sen, että oikeusjärjestys on välttämättä sisäisesti ristiriidaton ristiriitojen ratkaisusääntöjen sisältyessä siihen. Tässä teoksessaan Kelsen myönsi ristiriitojen mahdollisuuden ja tarkisti muitakin ajatuksiaan.

Kelsenin tieteellinen työ kesti yli 60 vuotta ja sisälsi paljon oikeustieteen, sosiologian ja politiikan aloilta. Tällaisessa katsauksessa ei ole mahdollista kuin viitata kriittisesti eräisiin Kelsenin keskeisajatuksiin ja kehoittaa lukemaan sen, mitä Kelsen on itse kirjoittanut. Todettakoon, että Olli Nikkolan 1968 ilmestynyt *Puhtaan oikeusopin* 2. painoksen suomennos ei ole onnistunut; joka haluaa Kelsenin ajatuksista tarkemman kuvan, joutuu

näkemään vaivaa lukiessaan joko *Reine Rechtslehren* (1960) saksaksi tai ainakin sen englanninkielisen version *Pure Theory of Law* (1989) *General Theory of Law and State* (ensi kertaa nimellä *The General Theory of the Law and the State*, 1946, uud.p.1961). Myös P. Riekkisen toimittamaan Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisemaan *Pääsykokekirjaan* 1/1995 sisältyy Kelsenin oma lyhennelmä oikeusteoriastaan, sellaisena kuin se 1930-luvun alussa oli, ja tämä suomennos on erittäin hyvä.

Tieteellinen tausta

Kelsen oli *uuskantilainen*, mutta sai myöhemmässä elämänsä vaiheessa vaikutteita *loogiselta empirismiltä*, joka sai eräässä mielessä alkunsa juuri hänen pitkäaikaisessa kotikaupungissaan: puhutaan ”Wienin piiriistä”. Näitä vaikutteita ei kuitenkaan sovi liioitella.

Kant oli erottanut toisistaan – Humen tapaan – *olemisen ja pitämisen* (*Sein* vs. *Sollen*) kahdeksi eri kategoriaksi, joiden kesken kategoriahyp-päyksiä ei voinut sallia. Tällä kannalla oli myös Kelsen niin johdonmukai-sesti kuin kykeni. Täysin hän ei tähän pystynyt, kuten jäljempänä selvitän.

Kelsen oli alkujaan valtio-oikeuden tutkija. Tässä suhteessa hän sai vai-kutteita Georg Jellinekiltä ja eräiltä muilta lähinnä saksalaisella alueella vaikuttaneilta tutkijoilta, jotka olivat halunneet häivyttää julkisoikeudesta poliittiset elementit ja tehdä eron julkisoikeusteorian ja politiikan tutki-muksen kesken; tämä heijastui myös näkemyksissä valtioon, joka julkis-oikeudessa oli *Sollen*-ilmiö, politiikassa *Sein*-ilmiö.

Sekä uuskantilaisuudelle että loogiselle empirismille oli ominaista *jyrk-kä non-kognitivismi*: arvoja koskevista asioista ei voi esittää kuin analyyseja – joilla ehkä paljastetaan niiden ristiriidat – ja mielipiteitä, jotka taas eivät ole tieteellisiä lauseita.

Huomattava on, että vaikka Kelsen suhtautuikin kriittisesti arvoihin, val-tio-oppiin ja politiikkaan, haluten sulkea empiiriset ja arvostukselliset ky-symykset oikeusteorian piiristä, tämä ei estänyt häntä liikkumasta pätevästi valtio-opin, sosiologian ja oikeudenmukaisuusteorioiden alueella, missä yhteydessä hän ei myöskään salannut omia käsityksiään, joissa analyyysi ja arvopohjainen – liberalistinen – kritiikki kietoutuivat yhteen. Olisi kuiten-kin väärin luulla, että Kelsen olisi ollut sokea ympärillään havaitsemansa amerikkalaisenkin ns. demokratian puutteilta. Demokratian ongelmia hän oli käsitellyt jo aikaisemmin, vielä Itävallan-vuosinaan, kutsuen itseään ”so-siaalidemokraatiksi”.

Puhtaan oikeusopin keskeisajatukset

Ennen kuin menen yksityiskohtiin, esitän hyvin tiivistetyssä muodossa Kelsenin *Puhtaan oikeusopin* perusajatukset. Sivukohtaisia viittauksia en esitä, koska toivon, että tekstini palvelisi lukijaa hänen itse tutustuessaan Kelsenin töihin; jo roomalaisen oikeuden ajoista lähtien kokemukset toisten tekstien ”tarkasta” ja autenttisuudesta kertovasta toisintamisesta lyhennelmien muodossa ovat huonoja. Kaltaiseni historioitsija vaatii: *Ad fontes* – lähteille! Minun päälähteenäni on ollut *Reine Rechtslehren* 1960 ilmestynyt 2. painos.

(i) Oikeusteoria on *autonominen* samaten kuin oikeustiede: sen kohteena on *oikeus*, joka niinikään muodostaa *autonomisen järjestelmän* eikä kaipa tuekseen moraalialia, uskontoa, politiikkaa tms. *Sein*-maailmaan kuuluvia seikkoja eikä myöskään sellaisia *Sollen*-maailman asioita, jotka saattavat *de facto* edeltää oikeusjärjestystä (kuten moraalii, poliittiset arvostukset, uskonto), mutta jotka sulkeutuvat pois, kun oikeus syntyy; se taas, noudatetaanko oikeutta tosiasiallisesti, on moraalinen kysymys eikä arvoasiana kuulu tieteen piiriin.

(ii) Oikeus koostuu voimassaolevista *normeista* ja vain niistä; esimerkiksi puhtaan oikeudellisessa tarkastelussa valtio on vain kimppu oikeusnormeja. Mitä muuta valtio saattaa jossakin muussa tarkastelussa merkitä, ei kuulu oikeudelliseen asiayhteyteen.

(iii) Oikeusnormit ovat *hierarkkisessa suhteessa* toisiinsa siten, että alemman normin tulee, ollakseen voimassa, perustua ylempään: tätä Kelsen kutsuu oikeuden *staattiseksi* puoleksi – voisi puhua rakenteesta. Tukeutuen Merklin ajatuksiin Kelsen esitti *Puhtaan oikeusopin* 2. painoksessa *Stufenbau*-opin, joka lyhyesti sanoen tarkoittaa eräänlaista normipyramidia: jotta tavallinen laki olisi voimassa, sen tulee nojata perustuslakiin, asetuksen lakiin jne. – kunnes tullaan tuomioistuinten tai muiden hallintoviranomaisten päätöksiin ja niiden toimeenpanoratkaisuihin (ulosotto tms.), jotka Kelsen niin ikään katsoo oikeusjärjestyksen rakenteeseen kuuluviksi.

(iv) *Dynaamisessa suhteessa* – kun kysymys on oikeusnormien luomisesta, muuttamisesta tai kumoamisesta – oikeus on staattisessa suhteessa määritellyllä tavalla syntyneen *norminantotahdon tuote* – siis ei riippuvainen mistään moraalisisista tai luonnonoikeudellisista seikoista, jotka kylläkin ovat saattaneet vaikuttaa tuohon tahdonmuodostuksen, mutta tahdon tuote tavallaan erkanee taustalla olleesta motivaatiosta (Kant ja uskantilaiset erottelivat selittämisen ja ymmärtämisen).

(v) Mikä tahansa tahdonilmaisuus ei ole oikeusnormi, vaikka ilmaisun antaja tarkoittaisikin sen faktisesti velvoittavaksi ja vaikka ilmaisun vastaanottaja sen sellaiseksi kokisikin; tällä Kelsen tarkoittaa sitä, että toisin kuin esim. rosvojoukossa johtajan tahdonilmaisuus voidaan taustalla olevan pakon johdosta kokea tosiasiallisesti hyvinkin velvoittavaksi, se on vain *subjektiivinen*: objektiiviseksi norminantotahdon ilmaisun tekee sen perustuminen toiseen, ylempään oikeusnormiin.

(vi) Perustuslain tekee objektiiviseksi perusnormi (*Grundnorm*), joka Kelsenin mukaan on *ensimmäiseen valtiosääntöön* liittyvä *transsendentaalilogiinen edellyttämys*, että perustuslakia säättävä kansalaiskokous tms. on nimenomaan asettamassa valtiosääntöä ja on myös *de facto* siihen tosiasiallisesti kykenevä; tästä seuraa perustuslain velvoittavuus normina, ja myös muuttaa perustuslakia siinä järjestyksessä kuin perustuslaki omasta muuttamisestaan määrää. Kelsenin kanta voidaan tiivistää tulkitsemalla *Grundnormin* sisältö seuraavasti: ”Noudata suurin piirtein tehokasta perustuslakia.” Kelsen oli nähnyt niin monta vallankumousta, että hän saattoi hyvin kuvitella *perusnormin* ”kaatuvan” *oikeudellisen kontinueetin* myötä. Juuri sellaisessa tilanteessahan Kelsen itse oli laatiessaan Itävallalle uutta valtiosääntöä samoihin aikoihin, kun hän kehitteli *Reine Rechtslehren* perusajatuksia. Itävalta-Unkarin monarkia oli hajonnut ja kontinueetti perustuslain osalta katkennut: oltiin säätämässä ”uuden” Itävallan ensimmäistä valtiosääntöä.

Seuraavassa käsittelen lyhyesti em. järjestyksessä Kelsenin oikeusteoriaa nimenomaan siltä kannalta, missä määrin hän pystyi pysymään uskollisena ja johdonmukaisena keskeisajatustensa läpiviemisessä. Kysymys on siis *oikeuspositivismin normativistisesta versiosta*. Se on saanut – arvokielteisyytensä suhteen – vaikutteita filosofiselta positivismilta, mutta näitä kahta asiaa ei ole sekoitettava toisiinsa. Kun positivismiin lähtökohtana on olemisen maailma ja sitä koskeva havainnointi, Kelsen liikkuu – kylläkin analogisella tavalla – pitämisen maailmassa, jossa positivismiin vaatimalle havainnoimiselle ei ole sijaa.

Oikeuden ja oikeustieteen autonomia

Yritykset puolustaa oikeuden autonomiaa ja oikeustieteellisen tarkastelun itsenäisyyttä ovat eräänlainen vastaus jo roomalaisten juristien ajoilta peräisin oleviin – muualta kuin juristitalolta tuleviin – väitteisiin oikeustie-

teen epätieteellisyydestä ja siitä, että oikeustiede tarvitsee muiden tieteiden tukea ollakseen todella tieteellinen. Kyseessä on myös eräänlainen vastaus *luonnontieteellistyyppisen positivismin Sollen-tieteille* asettamaan haasteeseen. Samalla Kelsen on myös pyrkinyt osoittamaan, että looginen empirismi ei sellaisenaan soveltunut oikeustieteeseen.

Kelsenin mukaan normissa on kysymys suhteesta

Pitää: oikeustosisiikka —> oikeusseuraus.

Tätä suhdetta Kelsen ei pidä kausaalisuhteena, toisin kuin positivismin mukaan tieteelliset suhteet asioiden välillä ovat, vaan käytti ilmaisua ”*Zurechnung*”, englanniksi ”*imputation*”. Suomentaminen yhdellä sanalla (esim. ”syyksilukeminen”, jota saksan kielessä ”*Zurechnung*” myös tarkoittaa, on suomen kielessä vain rikosoikeuden alaan kuuluva asia) voi olla vaikeaa, mutta selittäminen ei niinkään: suhde oikeustosisiikaston ja oikeusvaikutuksen välillä ei ole *Sein*-maailmaan kuuluvan kausaalilain alainen, vaan normin määrittämä pitämissuhde. Oikeustosisiikastossa reaali maailman tosiseikat ”muuntuvat” pitämismaailman kuvauksiksi. Vallitseeko tuo pitämissuhde myös tosiasioiden taholla – ts. onko oikeusnormi tässä mielessä tehokas – on toinen asia (Kelsen kirjoitti, sivumennen sanoen, myös kausaliteetista varsin hienoa tekstiä). Voisi ehkä sanoa, että kausaalisuhteeseen liittyvän ”luonnollain” sijassa on oikeudessa kyse sen kanssa *analoguesta* pitämissuhteesta.

Oikeus ei siis tarvitse tuekseen tosiasioita – paitsi tietyltä osin, nimitäin:

(a) on oikeusnormeja, jotka määrittävät, että oikeusnormi muuttuu tai kumoutuu käytännön seurauksena (*consuetudo contra legem, desuetudo*); Kelsenin normihierarkiassa tämä kysymys jää mielestäni vaille tyydyttävää vastausta, sillä perustuslakikin voi muuttua tavanomaisen oikeuden myötä

(b) ollakseen velvoittava perusnormin on oltava tiettyyn minimimäärään asti myös tosiasiallisesti tehokas.

Palaamme näihin ongelmiin jatkossa.

Oikeus koostuu vain normeista

Kelseniläisen normihierarkian kannalta ajatus on hyväksyttävissä, mutta eräitä hyvinkin keskeisiä asioita jää avoimiksi:

(a) On sangen helppoa todeta, onko tietyn lain tietty § muodollisesti voimassa, säädetty oikein vai onko se kumottu. Toinen asia on, onko voimassa teksti vaiko sen merkitys, ts. onko ”normi” tahdon kielellinen ilmaus vaiko se tapa, jolla jotkut – tuomarit, kansalaiset – sen käsittävät. Erilaiset tulkinnat voivat näet olla mahdollisia, ja oikeusjärestyksessä on erilaisia tulkintasääntöjä (metanormeja), jotka koskevat säännösten tulkintaa. Nämä *metanormit* voivat olla kirjoitettuja, mutta useimmiten ne ovat kirjoittamattomia ja epäselviäkin (analogiakielto, suppean ja laajan tulkinnan rajat jne.).

(b) Kelseniläisessä voimassaoloideassa juuri metanormien asema jää epäselväksi; myös perustuslaki on eräiden metanormien avulla tapahtuvan tulkinnan määrittämää.

(c) Myös *oikeusperiaatteiden* status – joka on korostunut viime vuosina mm. kansainvälisten tuomioistuinten praksiksessa – jää Kelsenillä liian avoimeksi. Nämä oikeusperiaatteet voidaan käsittää jopa perustuslain tasoisiksi, olipa ne kirjattu perustus- tai muihin lakeihin vai ei.

Normihierarkia

Metanormien ja oikeusperiaatteiden status staattisessa normien hierarkiasa jää siten melko avoimeksi. Vaikeuksia tuottaa myös se tosiasia, että normit voivat olla ristiriitaisia. Kelsen oli vielä *Puhtaan oikeusopin* 2. painoksessa sitä mieltä, että kaksi ristiriitaista normia ei voi olla samanaikaisesti voimassa, koska jompikumpi viimeistään oikeudellisen ratkaisun tasolla kumoaa toisen, kun oikeusjärjestykseen sisältyy lisäksi sääntöjä siitä, että ylempi normi syrjäyttää alemman, myöhempi aikaisemman ym. vastaavia metanormeja. Syynä siihen, että Kelsen joutui postuumissa yleistä normiteoriaa koskevassa laajassa teoksessa tarkistamaan kantaansa ja myöntämään ristiriitojen mahdollisuuden, lieenee se, että Kelsen ei koskaan kyennyt – tuskin siihen edes pyrki – luomaan *oikeudellisen ratkaisun* teoriaa, joka olisi tyydyttänyt hänen asettamansa johdonmukaisuusvaatimukset. Kun normativistiselta pohjalta on tällaisia teorioita yritetty kehittää (Aarnio, Alexy, Peczenik jne.), on mukaan jouduttu ottamaan tulkinnassa käytettäviä arvovalintoja tulkinta-argumenttien ja oikeusperiaatteiden kohdalla, minkä ohella on kehitetty ”heikkojen” sääntöjen idea ja erottelu *prima facie* —> *All Things Considered* -ratkaisujen kesken. Kelsen kylläkin myönsi, että oikeudelliseen ratkaisutoimintaan sisältyy monenlaisia harkinnallisia aineksia, mutta ei pyrkinyt niitä systemaattisesti kehittämään.

Dynaaminen aspekti

Tässä yhteydessä riittänee viittaus aikaisemmin sanottuun. Oikeus ei näet muutu vain *tietoisien norminantotahdon*, vaan myös yksittäistapauksellisten – kenties yleistyvien – *tulkintojen* kautta. Olkoonkin, että tuomioistuinten ja/tai muiden viranomaisten tulkinnat ovat normihierarkiaan perustuvia ja hierarkkisella tasolla alempia kuin tulkittavat normit, ei voi kiistää sitä, että etenkin ylimpien tuomioistuinten tekemät ennakkotapaukset voivat *luoda voimassaolevia tulkintoja*. Kelsenin dilemma oli nimittäin siinä, että hän ei tahtonut myöntää Ehrlichin voimassaolevasta oikeudesta erottamalle ”elävälle oikeudelle” (joka saattoi Ehrlichin mukaan olla joko juristioikeutta tai kansalaiskäytäntöä) suoraan oikeusnormin asemaa, lukuun ottamatta selkeää tavanomaista oikeutta, jonka syntymisen tai muuttumisen täsmällisiä kriteerejä ei ole juurikaan mahdollista lyödä lukkoon millään normeilla, eikä siihen kyennyt myöskään Kelsen. Melkoisessa suhteessa kelseniläinen suuri italialainen oikeusteoreetikko Norberto Bobbio hylkäsi tavanomaiselle oikeudelle yleisesti asetetun ”velvoittavuuskokemuksen” (*opinio necessitatis*)-vaatimuksen kehäpäätelmänä, ja Bobbio katsoi myös, että kirjoitettuaan lakiin sisältyvät tavanomaisen oikeuden kiellot voivat kumoutua nekin, nimittäin tavanomaisen oikeuden kautta!

Objektiivinen ja subjektiivinen norminantotahto

Kelsen kylläkin myönsi, että kun kollektiivi – esim. parlamentti – säätää lakeja, taustalla on erilaisia yksilöllisiä, subjektiivisia tahtoja. Mutta esim. äänestyksessä ne yhtyvät, *objektivoituvat*, kun *perustuslaki legitimoii* näin syntyvän tahdonilmaisun normiksi. Lainsäädäntöprosessiin osallistuvat *tietävät ja tahtovat* asettaa normin, tarkemmin sanoen juuri oikeusnormin, sillä valtuudella, jonka toiset normit heille antavat. Tässä suhteessa oikeusnormi erottuu pelkkään pakkoon nojautuvasta sosiaalisesta käskystä.

Sille kritiikille, että kollektiivinen tahdonilmaisuus ei ehkä ole kenenkään individuaalinen tahto, vaan oikeus on ”vapaa imperatiivi” (*Olivecrona*), Kelsen ei suurtakaan merkitystä antanut: kyse on *tuloksesta, ei sitä edeltävästä prosessista*, kun puhumme oikeusnormista. Realismin vastaus tähän on se, että prosessi ei suinkaan lopu normin asettamiseen, vaan jatkuu normin soveltamistoiminnassa yhteiskunnassa, eikä tällöin oikeudellisia ratkaisuja tehtäessä voi nojautua kenenkään yksilöitävissä olevan henkilön tahtoon: tämä olisi pelkkä fiktio.

Perusnormi

Kelsenin oikeusteorian haavoittuvimpana kohtana on yleisesti pidetty perusnormin käsitettä. Kelsen itsekin myönsi, että

(i) perustuslain objektiivisesti voimassaolevaksi tekevällä perusnormilla ei ole säätäjää, *eikä* se ole kenenkään henkilön tai henkilökollektiivin tahdon tuote, vaan

(ii) *transsendentaalis-looginen edellyttämys*, joka on välttämätön, jotta oikeus tulisi autonomiseksi ja perustuslain säätämistahto objektivituksi.

Mitä perusnormi sitten on? Monien vastaus on ollut, että se on pelkkä fiktio. Miten fiktio voisi erottaa toisistaan esimerkiksi kilpailevat valtiosäännöt sisällissodan alaisessa maassa? Miten fiktio voisi perustella mitään?

Kelsenin vastaukset tähän kritiikkiin jäivät pakostakin hieman epämääräisiksi. Hän viittaili mm. Vaihingerin ajatuksiin, jotka filosofisella tasolla puolsivat fiktioihin turvautumista hedelmällisenä; hän viittasi myös siihen, että esim. teologiassa Jumalan olemassaolo oli oletettava tavallaan Pyhästä Sanasta ulkopuolisena ja viime kädessä todistamattomana asiana, jotta mistään teologiasta ylipäänsä olisi ollut mahdollista puhua. No, olkoonkin, että eräät tieteen lainalaisuudet ovat ymmärrettävissä vain, jos oletetaan tiettyjä asioita irrelevanteiksi, Kelsenin vastaus jää epätydyttäväksi, ja onkin sanottu, että itse asiassa koko Kelsenin teoria olisi vietävissä lävitse täysin ilman perusnormiolettamaakin.

Minun mielestäni perusnormi on ymmärrettävissä seuraavaa taustaa vasten. Georg Jellinek esitti, että *Sollen on velvoittavuuden tunne*, joka syntyy siitä, että tietyt asiat suhteellisen pitkän ajan kuluessa toistuvat samanlaisissa tilanteissa. Kelsen halusi normativismillaan ottaa etäisyyttä tähän kantaan, joka itse asiassa pohjimmiltaan onkin oikeusrealismin kanssa melko hyvin sopusoinnussa, jos varsinkin otetaan huomioon se, että tämä Jellinekin "*Normativität des Faktischen*" saa merkittävää lisätukea normatiiviselta legitimitteiltä, joka taas pohjautuu siihen, että tosiasiallinen toistuminen perustuu säädännäiseen oikeuteen.

Toisaalta Kelsen ei voinut täysin irtautua Georg Jellinekin ajatuksista.

(a) Vielä *Reine Rechtslehren* 2. painoksen esipuheessa hän selitti, että voimassaolo on "erikoislaatuista olemassaoloa" (*spezifische Existenz*).

(b) Kelsen oli aivan liian hyvin perillä tosiasioista voidakseen rauhassa istuutua tiedemiehen norsunluutorniin ja kuvitella oikeudellisen jatkuvuuden olevan jotain ikuista ja tosiasioista riippumatonta. Onnistuneen vallankumouksen myötä perusnormi menettää velvoittavuutensa; tätä tar-

koittaa se, että velvollisuus noudattaa valtiosääntöä on voimassa vain sillä edellytyksellä, että valtiosääntö on tiettyyn vähimmäismäärään asti tosiasiallisestikin tehokas ja toimiva. Tästä näkökulmasta katsoen perusnormi ei olekaan mikään transsendentaalis-looginen edellyttämys tai fiktio, vaan yksinkertaisesti ylin normi, joka asettaa perustuslain voimassaololle tietyn *minimitehokkuuden vaatimuksen*. Vallankumouksellisessa tilanteessa tuo vaatimus saattaa jäädä täyttymättä. Tätä kautta puhtaan normativistiseen kelseniläiseen oikeusoppiin istutetaan terve realistinen taimi, jolloin ei ehkä ole kovin suurta eroa Kelsenin ja Hartin kesken: jälkimmäisen ”*rule of recognition*” on oikeusjärjestyskohtainen normi, jonka avulla tunnistetaan ne normit, jotka kuuluvat oikeusjärjestykseen legitiimillä tavalla. (Tosin paljon siitä kritiikistä, joka edellä on esitetty Kelsenin vastaan, sopii myöskin Hartin normativismiin, esim. kysymys normista ennen tai jälkeen tulokinnan, metanormiongelman jne.; myös Hartin teoria kantaisi, kuten MacCormick on huomauttanut, ilman tunnistamissääntöäkin.)

Johtopäätöksiä

Kelsen eli niin vanhaksi, että hän ei enää jaksanut todella perinpohjin uudistaa oikeusteoriaansa *Puhtaan oikeusopin* toisen painoksen jälkeen. Hän oli kansainväliseen oikeuteen nähden sillä kannalla, että valtiosisäisestä perusnormista riippui, miten kansainvälisen oikeuden säännöt mahdollisesti tulivat osaksi kansallista oikeusjärjestystä. Hän oli kansainvälisen oikeuden suhteen yleisemminkin lähinnä skeptikko: Kansainliiton epäonnistuminen ja hajoaminen sekä YK:n tehottomuus eivät olleet omiaan tätä skeptisyyttä horjuttamaan. Kelsenin päättäessä tieteellisen toimintansa kansainvälinen *integraatio* oli vielä alkuvaiheissaan, eikä hän ehtinyt ottaa huomioon sitä oikeuskehitystä, joka Euroopan Yhteisön piirissä jo oli enää nähtävänä tapahtua.

Kelsenin oppineisuus oli suunnaton, samaten kuin hänen perehtymisensä myös muihin kuin sanan varsinaisessa mielessä oikeusteoreettisiin kysymyksiin. Kuitenkin hänen laajasta tuotannostaan tiedehistoriallisessa katsannossa on jäänyt jäljelle lähinnä puhdas oikeusoppi, joka on vaikuttanut ja vastavaikuttanut erittäin moniin tutkijoihin ympäri maailman. Esimerkkinä voidaan mainita vaikkapa Alf Ross. Hän kirjoitti Kelsenin ohjauksessa väitöskirjaansa (jota ei hyväksytty Tanskassa), mutta myöhemmässä tuotannossaan hän tietoisesti pyrki yhdistämään nuoruusvuosiensa opettajan normativismin ja skandinaavisen realismin. Puhuessani vastavaikutuksesta

tarkoitin lähinnä sitä, että Kelsen on pakottanut myös epämääräisen realistisesti asennoituneet tutkijat pohtimaan lähtökohtiaan ja ennen kaikkea siihen, että asianmukaista *käsiteanalyysia* ei laiminlyödä. Tässä suhteessa Kelsen näyttäytyykin saksalaisen *Begriffsjurisprudenz*'in eräänlaisena 1900-luvun huipentumana.

On myönnettävä, että myöhempi oikeudellisen ratkaisun teoriaa pohtiva keskustelu on ohittanut Kelsenin, jolla ei ollut paljoakaan sanottavaa argumentaatioteorian kysymyksiin. Mutta teoriolla, jonka lähtökohdat olivat niin vankasti normativistiset kuin Kelsenin kohdalla oli asianlaita, ei itse asiassa voinutkaan olla paljoa sanottavaa sellaiseen argumentaatioanalyysiin, jossa on otettava myös arvot mukaan. Argumenteillahan voi olla suurempi tai pienempi paino, ja se riippuu ainakin minun mielestäni viime kädessä arvostuksellisista seikoista, joita ei voi palauttaa pelkkään sääntöjen seuraamiseen. Tälläkin rajoituksella Kelsenin teoria on edelleen ajan-kohtainen, jos tutkitaan niitä kysymyksiä, joiden vastaamiseen hän puhtaalla oikeusopillaan pyrki, ts. oikeusjärjestyksen sisäistä logiikkaa ja rakennetta.

Kirjallisuutta

Kelsen itse kirjoitti suunnattoman paljon, ja hän oli hanakka vastaamaan häntä vastaan eri suunnilta esitettyyn kritiikkiin sekä kirjoissaan että erikielisisissä artikkeleissaan. Seuraavassa on ainoastaan hyvin rajoittunut valikoima Kelsen-kirjallisuutta.

Kelsenin omia töitä: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*, Mohr, Tübingen 1910. *Reine Rechtslehre*, 1. p. 1934, 2. p. Springer, Wien 1960, jälkimmäisen suomentanut Olli Nikkola nimellä *Puhdas oikeusoppi*, WSOY, Porvoo 1968. Engl. julk. M. Knight, Peter Smith, Gloucester, Mass. 1989. *General Theory of the Law and the State*, Clarendon, Cambridge 1946 (engl. A. Wedberg), uud. p. 1961. *Sozialismus und Staat*, 2. p. Mohr, Tübingen 1923. *Allgemeine Staatslehre*, Mohr, Berlin 1925. *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, Mohr, Tübingen 1928, uusintap. Scientia, Aalen 1982. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. p. 1929. *The Law of the United Nations*, Holt, Rinehart, Winston, New York 1951. *The Communist Theory of Law*, Holt, Rinehart, Winston, New York 1955, uusintap. Scientia, Aalen 1981. *What is Justice?*, Clarendon, Cambridge, Mass. 1957. *Principles of International Law*, 2. p. Holt, Rinehart, Winston, New York 1966. *Essays in Legal and Moral Philosophy*, 1973 (valinnut O. Weinberger). *Allgemeine Theorie der Normen*, Manz, Wien 1979 (julk. A. Ringhofer & R. Walter). *Vergeltung und Kausalität*, uud. julk. ja esipuheella varustanut E. Topitsch, Böhlau, Wien 1982. *Die Illusion der Gerechtigkeit* (jäämistöstä julk. R. Walter), Manz, Wien 1985. *Aufsätze zur Ideologienkritik*, julk. A. Ringhofer & R. Walter, Scientia, Neuwied, 1964, myös engl., 1991.

Biografioita: Métall, Rudolf A.: *Hans Kelsen – Leben und Werk*, Springer, Wien 1969.
Walter, Robert: *Hans Kelsen – Ein Leben im Dienste der Wissenschaft*, Manz, Wien 1985.

Suomalaisia kommentteja: Husa, Jaakko: *Julkisoikeudellinen tutkimus*, Finnpublishers, Tampere, 1993. Jansson, Jan-Magnus: *Hans Kelsens statsteori mot bakgrunden av hans rättsfilosofiska åskådning*, Finska vetenskapssocietetet, Helsingfors 1950. Kastari, Paavo: *Eräitä Hans Kelsenin oikeusteoriaa koskevia näkökohtia*, LM 1936 s. 80 ss. Kastari, Paavo: *Hans Kelsenin valtiokäsitys*, Lakimies 1937 s. 1 ss. Klami, Hannu Tapani: *Sanningen om rätten*, Iustus, Uppsala, 1990. Laakso, Seppo: *Puhtaan oikeusopin problematiikkaa*, ilm. kirjana sekä vuosikirjassa *Oikeustiede–Jurisprudentia XIII/1980* s. 93–183 (kirjoitettu tosin ilman *Allgemeine Theorie der Normen* -kirjaa). Laakso, Seppo: *Oikeuden systeeminykseys puhtaassa oikeusopissa*, Tampereen yliopisto, Hallintotieteiden laitos, julkisoikeus 1/1980, Tampere 1980.

Tolonen, Hannu: *Oikeus ja ajatus: oikeudelliset ajattelutraditiot ja nykyiset muodot*. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan pääsykoekirja 4/1996 (Erkit. s. 42 ss.). J. Tolonen: *Stat och rätt*, Meddelanden från Stiftelsens för Åbo Akademi Forskningsinstitut nr. 111, Åbo 1980 (erit. s. 100 ss).