
J a r k k o T o n t t i j a K a i s a M ä k e l ä
(toim.)

Filosofien oikeus II

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 Nationalen luvalla)

Kannen suunnittelu: Heikki Kalliomaa

© 2001 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

ISSN 1458-0446

ISBN 951-855-189-8

Gummerus Kirjapaino Oy, Saarijärvi 2001

Sisällys

Esipuhe	7
1 Martin Heidegger – oleminen ja oikeus	9
<i>Ari Hirvonen</i>	
2 Oikeuden fenomenologia Adolf Reinachin mukaan	71
<i>Juha Pöyhönen</i>	
3 Carl Schmitt: päätöksestä <i>nomokseen</i>	89
<i>Mika Ojakangas</i>	
4 H. L. A. Hart oikeusfilosofina	131
<i>Raimo Siltala</i>	
5 Hannah Arendt ja oikeuden poliittinen perusta	147
<i>Susanna Snell</i>	
6 Rakkaus ja panttivankeus Emmanuel Levinas oikeudenmukaisuuden perustasta	161
<i>Marke Europaeus</i>	
7 John Rawls ja yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus reiluna pelinä	183
<i>Sirkku Hellsten</i>	
8 Martha Nussbaum – hyvän elämän filosofi	205
<i>Marjaana Kopperi</i>	
9 Hans-Georg Gadamer – oikeus, traditio ja tulkinta	219
<i>Jarkko Tontti</i>	
10 Paul Ricœur ja oikeuden kehät	239
<i>Jussi Kotkavirta</i>	
11 Michel Foucault ja tuottavan vallan järjestys	257
<i>Markku Koivusalo</i>	
12 Ronald Dworkin	295
<i>Eerik Lagerspetz</i>	
13 Laki käytännöllisen järjen instituutiona Uudet aristoteelikot ja ”uusi luonnonoikeuskoulu”	315
<i>Juha-Pekka Rentto</i>	
14 Jürgen Habermas – oikeuden kommunikatiivinen rationaalisuus	339
<i>Kaarlo Tuori</i>	
15 Gianni Vattimo – filosofinen perustelu postmodernille oikeudelle? ...	361
<i>Jussi Vähämäki</i>	
16 Derrida ja oikeus	393
<i>Jari Kauppinen</i>	
Kirjoittajat	415

14 Jürgen Habermas – oikeuden kommunikatiivinen rationaalisuus

Elämä ja teokset

Jürgen Habermas (s. Düsseldorf 18.6.1929) on saksalainen filosofi ja yhteiskuntateoreetikko, joka on niin sanotun Frankfurtin koulukunnan tai kriittisen teorian johtava nykyedustaja. Hän on jatkanut tämän koulukunnan ensimmäisen vaiheen tutkijoiden kuten Theodor W. Adornon ja Max Horkheimerin työtä. Samalla hän on yrittänyt pelastaa kriittisen teorian siitä umpikujasta, johon se hänen mielestään oli ajautunut mm. yksipuolisen rationaalisuuskäsitteensä ja normatiivisen perustansa epämääräisyyden vuoksi.

Habermasin tuotantoa on ohjannut pyrkimys perustella ja kehittää kriittistä teoriaa modernista yhteiskunnasta. Tutkimustyönsä ohella hän on myös osallistunut yhteiskunnallisista ja poliittista kysymyksistä Saksan liittotasavallassa käytyyn julkiseen keskusteluun. Hänellä on ollut tärkeä asema mm. 1960- ja 1970-lukujen vaihteen opiskelijaliikkeen yhtenä taustavaikuttajana samoin kuin 1980- ja 1990-lukujen keskusteluissa kansalaistottelemattomuudesta, Saksan lähihistorian tulkinnasta (ns. *Historikerstreit*), Saksan yhdistymisen valtiosääntöisistä muodoista ja Euroopan yhdentymisen demokratiateoreettisista puolista.

Habermas vietti lapsuutensa pienessä Gummersbachin kaupungissa, jossa hänen isänsä toimi teollisuus- ja kauppakamarin johtajana. Vuosina 1949–1954 hän opiskeli Göttingenin, Zürichin ja Bonnin yliopistoissa ja väitteli vuonna 1954 Friedrich von Schellingiä käsitelleellä tutkimuksella *Das Absolute und die Geschichte*. Vuonna 1955 hän siirtyi Frankfurt am Mainiin Adornon assistentiksi. Toimittuaan muutaman vuoden Heidelbergissa filosofian professorina hänet nimitettiin Frankfurtin yliopistoon filosofian ja sosiologian professoriksi oppituoliin, joka oli vapautunut Horkheimerilta. Vuosina 1971–1983 hän johti Starnbergissa Max Planck -tutkimuslaitosta,

joka tutki ”tieteellisteknisen maailman elinolosuhteita”. Vuonna 1983 hän palasi filosofian professoriksi Frankfurtiin, josta hän jäi eläkkeelle 1990-luvun puolivälissä.

Habermasin ensimmäinen laajaa huomiota herättänyt työ oli hänen vuonna 1962 ilmestynyt habilitaatioväitöskirjansa *Strukturwandel der Öffentlichkeit*. Teoksen keskeisenä teemana oli *julkisuuden* idea. Habermasin mukaan moderni porvarillinen yhteiskunta synnyttää idean julkisuudesta, joka perustuu yksityishenkilöiden vapaaseen ja argumentoivaan keskusteluun ja joka välittää kansalaisyhteiskunnan ja valtion suhteita. Porvarillinen yhteiskunta pystyy kuitenkin toteuttamaan tuon oman ideansa vain puutteellisissa muodoissa.

Aatehistoriallisen artikkelikokoelman *Theorie und Praxis* (1963) jälkeen Habermas julkaisi vuonna 1968 epistemologisiin ongelmiin keskittyneen teoksen *Erkenntnis und Interesse*. Teos oli yhtäältä positivistisen tieteen-teorian kritiikki ja toisaalta kriittisen yhteiskuntateorian mahdollisuuden ja metodologian perustelu. Habermas pyrki osoittamaan, että tietyt inhimilliseen sosiaaliseen ja kulttuuriseen yhteiselämään juurtuneet perustavat intressit ohjaavat tieteellisen tiedostuksen käsitteenmuodostusta, metodologiaa ja tavoitteita. Habermas luonnehti näitä intressejä kvasitranssendentaalisiksi, koska ne ovat hänen mukaansa tieteellisen tiedostuksen samanaikaisesti sekä välttämättömiä että historiallisesti muotoutuneita ja kehittyviä ehtoja. Empiiris-analyttiset tieteet perustuvat *tekniseen tiedonintressiin*, joka tavoittelee inhimillisen toiminnan kohteiden instrumentaalista hallintaa; hermeneuttiset tieteet kuten historiatiede *praktiseen tiedonintressiin*, joka suuntautuu ihmisten keskinäisen vuorovaikutuksen ja kommunikaation ehtojen takaamiseen; ja kriittiset tieteet kuten psykoanalyysi puolestaan *emansipatoriseen tiedonintressiin*, joka tähtää ihmisten vapautumiseen näennäisen luonnonvoimaisista sisäisistä ja ulkoisista pakoista.

Habermasin tuotannon keskeisenä teemana on 1960- ja 1970-lukujen vaihteesta lähtien ollut *rationaalisuus*. Rationaalisuuskäsitteen avulla hän on pyrkinyt perustelemaan kriittisen yhteiskuntateorian normatiivisen perustan ja samalla hahmottelemaan konkreettista historiallista ja sosiologista tutkimusta suuntaavaa tutkimusohjelmaa. Jo 1970-luvun alussa julkaisemissaan artikkeleissa hän eritteli rationaalisuuskäsitteen ulottuvuuksia sellaisen *universaalipragmaattisen* tutkimusohjelman avulla, joka selvittää kielellisen kommunikaation välttämättömiä ehtoja. Rationaalisuuden ideaali ja ulottuvuudet ovat hänen mukaansa annettuina kaikessa inhimillisessä kielenkäytössä, joka tähtää puhujan ja kuulijan yhteisymmärrykseen. Kie-

lenkäytön ehdoissa piilevät mahdollisuudet kuitenkin toteutuvat vain vähittäin historian kehityksessä. Rationaalisuuden historiallisen kehkeytymisen suuntaa ja vaiheita voidaan Habermasin mukaan jäsentää evoluutioteoriassa, jota hän luonnosteli vuonna 1976 ilmestyneessä teoksessa *Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus*.

Habermasin (yhteiskunta)filosofisena päätyönä voidaan pitää vuonna 1981 ilmestynyttä kaksiosaista teosta *Theorie des kommunikativen Handelns*. Tässä teoksessa hän paitsi jatkoi rationaalisuuskäsitteen kehittelyä myös eritteli sitä yhteiskunnallista rationaalistumiskehitystä, joka on johtanut moderniin, kapitalistiseen yhteiskuntaan. Lisäksi hän perusteli sellaista yhteiskuntakäsitettä, joka yhdistää rationaalisuuden eri ulottuvuuksia vastaavat systeemiteorian ja toimintateorian näkökulmat. Tällaisen yhteiskuntakäsitteen avulla voidaan hänen mukaansa tutkia modernin yhteiskunnan hyvinvointivaltiovaiheen ongelmien taustaa ja ratkaisumahdollisuuksia.

1980-luvulla Habermas suuntautui moraaliteorian ongelmiin. Hän kehitti yhdessä Karl-Otto Apelin kanssa *diskurssietikan* teoriaa, jonka perusta on niin ikään universaalipragmatiikkaan pohjautuvissa rationaalisuuden ja kommunikatiivisen toiminnan käsitteissä. Moraaliteoriaa käsittelee mm. vuonna 1983 ilmestynyt teos *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*. Keskustelussaan ranskalaisten jälkistrukturalistien ja postmodernin teoreetikkojen kanssa Habermas puolusti universaalista rationaalisuuskäsitettä kehittelevää systemaattista ajattelua samoin kuin niitä vielä toteutumattomia rationaalisuuden, vapauden ja tasa-arvon tavoitteita, joita hän kutsuu valistuksen tai *modernin projektiksi* (esim. *Der philosophische Diskurs der Moderne* 1985).

Habermasin moraaliteoreettiset pohdinnat johdattelivat hänet oikeusfilosofiin teemoihin. Hän johti 1980- ja 1990-lukujen vaihteessa Frankfurt am Mainissa erityistä oikeusfilosofian tutkimusryhmää, johon hänen lisäkseen kuuluivat mm. Ingeborg Maus ja Klaus Günther. Hänen 1990-luvun tärkein teoksensa *Faktizität und Geltung* kokoaa hänen oikeusfilosofiset näkemyksensä.

Habermasin filosofista kehitystä voi kuvata vähittäisenä siirtymisenä Hegelistä Kantin suuntaan. Hegeliin Habermas turvautui esimerkiksi *Erkenntnis und Interesse* -teokseen sisältyneessä Kantin tietoteorian kritiikissä, ja Hegel myös tarjosi vastavuoroisten ”tunnustamissuhteiden” erittelyllään aseet marxilaisen ”produktivismin” arvostelulle. Habermasin ”lingvististä käännettä” seuranneessa tuotannossa Kantin vaikutteita voidaan puolestaan

havaita esimerkiksi tavassa, jolla hän on Kantin kolmea kritiikkiä vastaa-
vasti erottanut kielitekoihin liittyvät kolmentyyppiset pätevyysvaateet ja
näitä vaatimuksia vastaavat, modernissa yhteiskunnassa eriytyvät *Lebens-
weltin* toiminta-alueet (tiede, moraali ja oikeus sekä taide). Myös diskurssi-
etiikan teoria on seurannut Kantin moraalifilosofiaa deontologisuudessaan,
formaalisuudessaan ja universaalisuudessaan, vaikka se toisaalta onkin hy-
lännyt Kantin kahden valtakunnan opin ja tämän monologisen lähesty-
mistavan moraalisiin ongelmiin.

Habermas on luonnehtinut filosofista ja yhteiskuntateoreettista ohjel-
maansa *rationaaliseksi rekonstruktioksi*.¹ Hän on koettanut jäljittää inhi-
millisen kielenkäytön, kanssakäymisen ja toiminnan kätkeytyksiä edellytyk-
siä. Hänen rationaalisuuskäsitteensä ja kommunikatiivisen toiminnan teo-
riansa lähtökohtana on puhujan ja kuulijan välisen puhetilanteen erittely.
Hänen mukaansa jokaiseen yhteisymmärrykseen pyrkivään kielitekoon kyt-
keytyy kolme pätevyysvaatimusta: kieliteon propositionaalista ainesosaa
koskeva *totuusvaatimus*, kieliteon oikeutusta koskeva *normatiivinen oikeelli-
suusvaatimus* ja puhujan vilpittömyyttä koskeva *vilpittömyysvaatimus*. Ar-
kikommunikaatiossa puhujan ja kuulijan välisen yhteisymmärryksen saavut-
tamista helpottaa heidän jakamansa yhteinen kulttuurinen tausta. Mutta jos
kuulija kiistää kielitekoon liittyvän pätevyysvaatimuksen, puhujan on esi-
tettävä vaatimukselle perusteluja, jotka voidaan edelleen kiistää vastaperus-
teluilla. Arkielämän kielenkäyttötilanteet viittaavatkin Habermasin mukaan
erikoistuneisiin kommunikaatiomuotoihin, *diskursseihin*, joissa totuuden
ja normatiivisen oikeellisuuden pätevyysvaatimuksia testataan argumenteilla
ja vasta-argumenteilla. *Teoreettisten* diskurssien kohteina ovat totuus-
vaatimukset ja *praktisten* diskurssien kohteina puolestaan normien ja
normatiivisten lausumien oikeellisuusvaatimukset. Diskurssien ainoana
motiivina on määrä olla pyrkimys rationaalisesti perusteltuun, yksinomaan
paremman argumentin voimaan perustuvaan yhteisymmärrykseen. Niitä
diskurssiin liittyviä muodollisia ehtoja, joita rationaalisesti motivoituneen yh-
teisymmärryksen mahdollisuus edellyttää, Habermas täsmentää ideaalisen
puhetilanteen käsitteen avulla. Ideaalisen puhetilanteen vallitessa kaikilla
asianosaisilla on yhtäläinen oikeus osallistua diskurssiin ja puhetilanteesta
on suljettu pois vapaata ja tasa-arvoista argumentaatiota rajoittavat ulkoiset
ja sisäiset pakot.

¹ Ks. erit. Habermas, Jürgen: *Moralbewusstseins und kommunikatives Handeln*, Suhr-
kamp, Frankfurt am Main 1983, s. 29 ss.

Kaikessa yhteisymmärrykseen pyrkivässä inhimillisessä kommunikaatiossa ennakoidaan Habermasin mukaan ideaalista puhetilannetta. Arkipäivän kommunikatiivisen toiminnan välttämättömiä ehtoja erittelemällä voidaan myös kehittää sellainen moniulotteinen rationaalisuuskäsitys, joka ei typistä rationaalisuutta pelkästään tekniseen, inhimillisen toiminnan kohteiden instrumentaalista hallintaa korostavaan ulottuvuuteen. Tällainen rationaalisuuskäsitys antaa mahdollisuuden kuvata vivahteikkaammin sitä moderniin yhteiskuntaan johtanutta rationaalistumiskehitystä, jota Adorno ja Horkheimer – Max Weberiä seuraten – tarkastelivat instrumentaalisen rationaalisuuden voittokulkuna.

Habermas perustaa myös modernin yhteiskunnan sosiologisen erittelyn moniulotteiseen rationaalisuuskäsitteeseensä. Hänen mukaansa modernissa yhteiskunnassa talous ja julkinen hallinto muodostavat erityisen *Systemin* alueen. Sille on ominaista instrumentaaliseen rationaalisuuteen perustuva toiminta. Se on itsenäistynyt yhteiskunnan jäsenten arkipäivän välittömästä sosiaalisesta elämänpäästä (*Lebenswelt*), joka puolestaan edellyttää kielenkäytön avulla saavutettuun yhteisymmärrykseen perustuvaa kommunikatiivista toimintaa. Hyvinvointivaltion kehitysvaiheessa perustavat yhteiskunnalliset ongelmat johtuvat Habermasin tulkinnan mukaan siitä, että systeemi – siis talouden ja julkisen hallinnon osajärjestelmät – tunkeutuu arkipäivän sosiaaliseen elämänpääriin ja uhkaa murentaa sen kommunikatiivista toimintaa edellyttäviä rakenteita. Tämä diagnoosi on tullut tunnetuksi *Lebensweltin kolonisaatio*-teesinä. Juristilukijoiden kiinnostuksen diagnoosi herätti siksi, että se kytkeytyi oikeustutkimuksessa jo aiemmin käynnistyneeseen keskusteluun oikeudellistumisesta ja sen haittavaikutuksista. Habermasin mukaan *Lebensweltin* monetarisoituminen ja erityisesti sen byrokratisoituminen näet eteni paljolti juuri oikeuden välityksellä.

Habermasin oikeusfilosofian tausta

Habermas on törmännyt oikeuden ongelmaan sekä diskurssietiikan teoriaa kehittäessään moraalifilosofiassaan että yhteiskuntateoriassaan ja siihen perustuvassa modernin yhteiskunnan analyysissään. Oikeutta koskevan kiinnostuksen taustalla voi lisäksi nähdä Habermasin edustaman Frankfurtin koulukunnan kriittisen teorian perusintention, modernia yhteiskuntaa arvioivan mittapuun kehittelyn, perustelemisen ja soveltamisen. Kriittisen

teorian näkökulmasta *Faktizität und Geltung* -teos² merkitsee paluuta niihin teemoihin, jotka olivat Habermasin habilitaatio-väitöskirjan *Strukturwandel der Öffentlichkeit* aiheena. Habermasin 1960- ja 1970-lukujen vaihteeseen ajoittuva ”lingvistinen käänne” oli johtanut yhteiskuntakritiikin normatiivisen mittapuun universaalistamiseen, sen irrottamiseen modernin yhteiskunnan rakenteista. Habermas perääntyi kuitenkin varsin pian sellaisista lausumistaan, jotka saattoi tulkita siten, että ideaali puhetilanne määritteli emansipaation tavoitteena olevan elämänmuodon. Habermas oppi kiistakumppaniltaan Niklas Luhmannilta käsityksen yhteiskunnan systeemisen kompleksisuuden jatkuvasta, evoluution omaisesta kasvusta. Sellainen läpinäkyvyys, jota ideaali puhetilanne yhteiskunnan kaiken kattavaksi organisaatioperiaatteeksi tulkittuna edellytti, ei siten toiminut kriittisen teorian normatiivisena perustana. *Faktizität und Geltung* -teoksessa Habermas hakee vastausta modernin yhteiskunnan normatiivisen kritiikin ongelmaan modernin oikeuden ja oikeusvaltion peruseriaatteiden rekonstruktiosta ja niiden yhteiskuntateoreettisesta välityksestä.

Moraalifilosofiassa oikeuden ongelma on yleensä asetettu oikeuteen liittyvän pakotuksen justifioitavuuden ongelmana. Tämä oli esimerkiksi uuden ajan alun luonnonoikeusteorian näkökulma. Habermas sen sijaan kohtasi diskurssietiikan teoriassaan oikeuden moraalin sisältä käsin. *Postkonventionaalinen moraal*i, jonka pätevyyskriteerit ovat luonteeltaan menetteilyllisiä, näytti edellyttävän täydennykseksen positiivista oikeutta. Tämän intuition kehittäminen on yksi *Faktizität und Geltung* -teoksen pääteemoja.

Oikeuden asema siinä *Lebensweltin* ja Systeemin erottelussa, jonka Habermas oli omaksunut *Theorie des kommunikativen Handelns* -teoksessaan, oli omalaatuisella tavalla ambivalentti. Oikeus oli, paitsi Systeemin käyttämä ohjausväline ja sen imperialististen valloituspyrkimysten ase, myös *Lebensweltin* asukas. Oikeus ankkuroi Habermasin mukaan taloudellisen ja hallinnollisen järjestelmän *Lebensweltin* normatiivisiin rakenteisiin yksityis- ja julkisoikeuden peruseriaatteiden välityksellä. Lisäksi erällä sääntelyalueillaan – esimerkiksi rikos- ja perheoikeuden ydinalueilla – oikeus vain vahvisti *Lebensweltissä* vaikuttavia moraaliperiaatteita. Näissä yhteyksissä Habermas puhui oikeudesta instituutioon (*Recht als Institution*) erotukseksi oikeudesta Systeemin käyttämänä ohjausvälineenä (*Recht als Medium*).³

² Habermas, Jürgen: *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1992.

³ Ks. tästä erottelusta Habermas, Jürgen: *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 2, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1981, s. 529 ss.

Miten *Lebenswelt* sitten kykenisi suojautumaan Systeemin imperialismia vastaan, miten kolonisaation vaara pystyttäisiin torjumaan? *Theorie des kommunikativen Handelns* -teoksen vastaus jäi puolitiehen. Habermas kyllä ilmaisi luottamuksensa kommunikatiivisessa toiminnassa uusiintuvien *Lebensweltin* rakenteiden vastustuskykyyn ja viittasi optimisminsa tueksi mm. uusien yhteiskunnallisten liikkeiden ilmentämään vastarintapotentiaaliin. Avoimeksi jäi, miten tämä potentiaali kyettäisiin kanavoimaan Systeemin vastavallaksi. *Faktizität und Geltung* -teoksessa oikeus saa tehtäväkseen pitää Systeemiä kurissa: hallinnollisen vallan imperialismiin ongelman ratkaisu on oikeusvaltiossa. Samalla oikeuden kokonaisuhteiskunnallinen asema täsmentyy. Oikeus toimii edelleenkin myös hallinnollisen vallan käyttämänä ohjausvälineenä, mutta sen juuret ovat aiempaa selvemmin *Lebensweltin* rakenteissa.

Faktizität und Geltung on samanaikaisesti sekä oikeusfilosofinen että yhteiskuntateoreettinen teos. Oikeus on sekä normien kokonaisuus, johon liittyy legitimiisyyden vaatimus (*Geltung!*), että yhteiskunnallinen toimintajärjestelmä, joka voi tukeutua pakotukseen, viime kädessä fyysiseen väkivaltaan (*Faktizität!*). Habermasin erottaa useimmista muista oikeuden erikoislaatuista kaksinaisuusluonteesta huomauttaneista teoreetikoista hänen pyrkimyksensä yhdistää tai välittää keskenään normatiivinen ja yhteiskuntateoreettinen tarkastelu. Yhtäältä oikeuden filosofis-normatiivinen rekonstruktio on hänen mukaansa kiinnostava yhteiskuntaan. Toisaalta politiikan ja poliittisen järjestelmän yhteiskuntateoreettinen ja sosiologinen tutkimus jää vajavaiseksi, jos se sivuuttaa politiikan ja oikeuden yhteyteen kytkeytyvän normatiivisen ulottuvuuden. Tämän ulottuvuuden Habermas pyrkii avaamaan oikeusvaltion periaatteiden rekonstruktioillaan.

Faktizität und Geltung -teos seuraa rationaalisen rekonstruktion ohjelmaa: sen tavoitteena on ”modernin normatiivisen itseymmärryksen” rekonstruktio. Aineiston tähän rekonstruktioon Habermasille tarjoavat länsimaiden parin viime vuosisadan valtiosääntöhistoria sekä poliittinen ja oikeusfilosofia Rousseasta ja Kantista Rawlsiin ja tämän ”kommunitaristiin” kritiikoihin.

Faktizität und Geltung on ehkä Habermasin kantilaisin teos. Jo tapa, jolla Habermas määrittelee (positiivisen) oikeuden, pohjaa Kantin omaksumaan moraalin ja legaliteetin erotteluun, ja Kantin oikeusperiaate ⁴ on kes-

⁴ Ks. Kant, Immanuel: *Die Metaphysik der Sitten*. Teoksessa Weischeld, Wilhelm (hg.): Immanuel Kant Werkausgabe, Band VIII, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1982 (1797), s. 337.

keisiä lähtökohtia ”modernin normatiivisen itseymmärryksen” rekonstruktiossa. Habermas ei tosin säästä Kantia kritiikiltäkään. Niinpä Habermas ei Kantin tavoin alista oikeutta moraalille. Oikeus ja moraalit ovat Habermasille pikemminkin rinnasteisia, toisiaan edellyttäviä ja täydentäviä yhteiskunnan sääntelyn muotoja. Ja Habermasille ominainen pyrkimys yhdistää oikeusfilosofinen ja yhteiskuntateoreettinen lähestymistapa on tietysti jo sinänsä mahdollisimman epäkantilainen hanke.

Siinä uskantilaisessa oikeusteoriassa, jonka tärkein edustaja on Hans Kelsen, Kant on ollut epistemologisen kysymyksen asettava puhtaan järjen kritiikin Kant. Habermasia sen sijaan kiinnostaa käytännöllisen järjen kritiikin Kant, josta Kelsenin kantilaisuudessa ei ole häivääkään jäljellä. Habermasin keskittymisessä Kantin käytännölliseen filosofiaan voi ehkä nähdä myös hänen rekonstruktiivisen ohjelmansa puutteen. Modernin oikeuden syvärakenteeseen näet sisältyy normatiivisten periaatteiden ohella myös oikeudellisen ajattelun ja argumentaation kenttää rajaavia ja jäsentäviä käsitteellisiä aineksia, joiden paikantamisessa vaikkapa foucaultlaisittain historiallistettu puhtaan järjen kritiikin Kant saattaa olla avuksi.⁵

Miksi oikeus?

Moderni oikeus on Habermasille olennaisesti *positiivista oikeutta*. Samanaikaisesti kun oikeudesta tulee positiivista oikeutta, moraalit ja moraalitajunta, jotka aiemmin ovat ankkuroituneet perinnäisiin yhteisöllisiin arvoihin, saavat Habermasin mukaan *postkonventionaalisen* luonteen. Moraalinormit menettävät näistä arvoista saamansa itsestään selvän pätevyys. Nyt niiden pätevyys, legitimiisyys, vaatii viime kädessä niiden perusteiden rationaalista hyväksyttävyyttä asianosaisten välisessä vapaassa ja tasa-arvoisessa diskurssissa. Hyväksyttävät moraalinormit ovat luonteeltaan yhä yleisempiä ja abstraktimpia, ja näin moraalisten ongelmien painopiste siirtyy abstraktien normien soveltamisen suuntaan. Moraalinormeilla ei myöskään enää ole sitä motivoivaa voimaa, jonka niille oli antanut konventionaalisen moraalit yhteys perittyihin yhteisöllisiin arvoihin.

Postkonventionaalinen moraalit synnyttää sosiaalisen integraation ongelman: Miten sosiaalinen integraatio on mahdollinen, kun sitä välittävät moraalinormit ovat jatkuvasti kyseenalaistettavissa, kun ne muuttuvat luonteel-

⁵ Ks. Tuori, Kaarlo: *Kriittinen oikeuspositivismi*, WSLT, Helsinki 2000, s. 206 ss.

taan yhä yleisemmiksi ja abstraktimmiksi ja kun niiltä näyttää puuttuvan riittävä yhteiskunnan jäsenten käyttäytymistä motivoiva voima? Näihin sosiaalisen integraation ongelmiin vastaa Habermasin mukaan positiivinen oikeus, jota postkonventionaalinen moraalii vaatii täydennyksekseen. Tällaiset oikeusnormit ja niiden sovellukset yksittäistapauksissa korvaavat postkonventionaalisen moraalii sisällöllistä epämääräisyyttä. Mahdollisuus toteuttaa oikeusnormit myös pakolla puolestaan paikkaa moraalii puuttuvaa motivaatiovoimaa.

Habermas ei siis aseta kysymystä oikeuden ja moraalii välisestä suhteesta ensisijaisesti oikeuden (siihen liittyvän pakotuksen) justifioitavuuden moraalifilosofisesta, vaan sosiaalisen integraation yhteiskuntateoreettisesta perspektiivistä. Oikeus on tosin yhteydessä moraalii myös oikeusnormien justifioitavuuden ulottuvuudessa, mutta Habermasille tämä ulottuvuus ei typisty pelkästään moraaliseen puoleensa. Justifioitavuuden näkökulmasta positiivisen oikeuden ja postkonventionaalisen moraalii yhteys on syvemmällä, *diskurssiperiaatteessa*, joka modernissa yhteiskunnassa määrittää yhtä hyvin moraalii- kuin oikeusnormienkin hyväksyttävyyttä ja joka eriytyy moraalii- ja demokratiaperiaatteiksi.

Oikeuksien järjestelmä

Sinänsä ei ole kovin yllättävää tai omaperäistä väittää, että perus- tai ihmis-oikeudet – Habermasin termin ”oikeuksien järjestelmä” – ovat modernin oikeuden normatiivisen syvärakenteen keskeinen ainesosa. Uutta on sen sijaan tapa, jolla Habermas yrittää luovia perusoikeuksien johtamisessa, niiden ”loogisen genesiksen” esittämisessä, luonnonoikeuden ja oikeuspositivismin karikoiden välistä.

Habermas johtaa perusoikeudet vastauksina seuraavaan kysymykseen: mitä oikeuksia yhteiskunnan jäsenten on tunnustettava toinen toisilleen, jos he ylipäättään haluavat säännellä yhteistä elämäänsä legitimiti positiivisen oikeuden avulla?

Kysymyksen muotoilusta ilmenee ensinnäkin Habermasin käsitys (subjektiivisten) oikeuksien *intersubjektiivisesta* luonteesta. Oikeuksien subjekteina eivät ole – kuten uuden ajan alun luonnonoikeudessa Hobbesista alkaen – atomistiset yksilöt, vaan sosiaalisten suhteiden osapuolet. Toiseksi Habermas näkee perusoikeuksien ensisijaisen vaikutusalueen yhteiskunnan jäsenten keskinäisissä, *horisontaalisissa* suhteissa eikä heidän ja julki-

sen vallan välisissä *vertikaalisissa* suhteissa. Yhteiskunnan jäsenten keskinäisissä suhteissa toteutuva vaikutus, se, mistä meilläkin toisinaan käytetään saksalaisperäistä ilmausta *Drittwirkung*, ei oikeuksien loogisen genesiksen kannalta olekaan mitään johdannaista tai toissijaista, vaan pikemminkin julkiseen valtaan kohdistuvan suojavaikutuksen edellytys. Yhteiskunnan jäsenten on tunnustettava perusoikeudet ensin toinen toisilleen, ennen kuin ne voidaan tulkita julkista valtaa rajoittaviksi esteiksi.

Samaan tapaan kuin Kant oikeusperiaatteensa kehittäelyssä ja justifiointissa myös Habermas sulkeistaa perusoikeuksien rekonstruktiossaan keskitetyn valtiokoneiston käyttämän pakkovallan. Tämän pakkovallan, johon oikeusmuoto jo sinänsä kyllä viittaa, Habermas tematisoi vasta rekonstruktionsa toisessa vaiheessa, oikeusvaltion yhteydessä.

Habermasin muotoilu paljastaa edelleen, että perusoikeuksien loogisessa genesiksessä on hänen mukaansa kysymys oikeuden *legitiimisyyden vaatimusten* ja *positiivisen oikeuden tunnusmerkkien* välisestä vuorovaikutuksesta. *Faktizität und Geltung* -teoksessa Habermas perustelee erityistä *diskurssiperiaatetta*, joka muotoilee kaikkien modernin yhteiskunnan toimintanormien perustavan pätevyys- tai legitiimisyysvaateen. Diskurssiperiaate kuuluu seuraavasti: *päteviä ovat sellaiset toimintanormit, jotka kaikki mahdolliset asianomaiset voisivat hyväksyä rationaalisen diskurssin osanottajina.*

Modernin yhteiskunnan toimintanormit haarautuvat moraali- ja oikeusnormeiksi. Vastaavasti diskurssiperiaate eriytyy moraali- ja demokratiaperiaatteeksi. *Moraaliperiaate* täsmentää diskurssiperiaatteen sellaisia toimintanormeja silmällä pitäen, joiden rationaalinen hyväksyttävyyden edellyttää kaikkien asianosaisten intressien yhtäläistä huomioon ottamista ja heidän yhteisen intressinsä mahdollisuutta. Oikeusnormien yhteydessä diskurssiperiaate puolestaan määrittää *demokratiaperiaatteeksi*, joka samalla tarjoaa mittapuun oikeusnormien legitiimisyydelle. Voitaneen sanoa, että oikeuden legitiimisyyden näkökulmasta ”modernin normatiivisen itseymmärryksen” rekonstruktio seuraa diskurssiperiaatteen muuntumista demokratiaperiaatteeksi.

Miksi diskurssiperiaate sitten on eriytettävä (postkonventionaalisten) moraalinormien legitiimisyyttä mittaavaksi moraali-periaatteeksi ja (positiivisen) oikeuden legitiimisyyttä mittaavaksi demokratiaperiaatteeksi? Syynä on yksinkertaisesti se, että oikeus ei ole pelkästään moraalin vaan myös politiikan funktionaalinen täydennys. *Sisäinen yhteys politiikkaan* tuo oikeuteen ja oikeuden asettamiseen sellaisia *teleologisia aineksia*, joiden diskursiivinen käsittely edellyttää moraalista diskursseista poikkeavia

kommunikaatio- ja argumentaatioehtoja. Lisäksi oikeuteen sovellettavan demokratiaperiaatteen täytyy antaa sijaa myös sellaisille intressikompromisseihin tähtääville neuvotteluille, joilla ei ole vastinetta moraalisten kysymysten rationaalisessa käsittelyssä.

Oikeuksien järjestelmän on Habermasin mukaan mahdollistettava ensinnäkin itse oikeusväline, positiivinen oikeus, yhteiskunnan jäsenten välisten suhteiden sääntelyn muotona ja toiseksi tämän sääntelyn legitiimisyys. Legitiimisyyden mittapuuna on täsmentynyt demokratiaperiaatteen. Jälkimmäinen tehtävä voidaankin muotoilla myös seuraavasti: perusoikeuksien avulla diskurssiperiaate on institutionalisoitava demokratiaperiaatteena.

Habermasin ryhmittelyssä kolmeen ensimmäiseen perusoikeuksien ryhmään kuuluvat oikeudet, joita ilman positiivinen oikeus ei hänen mukaansa ole ylipäättään mahdollinen. *Ensimmäisen ryhmän* oikeuksia tulkitsevat ja konkretisoivat sellaiset länsimaisten valtiosääntöjen sisältämät vapausoikeuksien luonteiset perusoikeudet kuin oikeus elämään, henkilökohtaiseen vapauteen ja koskemattomuuteen, omaisuuteen, vapaaseen liikkumiseen, kotirauhaan jne. Nämä oikeudet vahvistavat sen strategiseen toimintaan vapautettujen oikeussubjektien aseman, jota positiivinen oikeus edellyttää. Diskurssiperiaate vaatii, että tämä asema myönnetään yhtäläisenä kaikille oikeusyhteisön jäsenille. Ensimmäisen ryhmän oikeudet, jotka takaavat oikeusyhteisön jäsenille suurimman mahdollisen määrän yhtäläisiä toimintavapauksia, ovat Habermasin vastine Kantin oikeusperiaatteelle tai John Rawlsin ensimmäiselle oikeudenmukaisuusperiaatteelle.⁶

Postkonventionaalisista moraalinormeista poiketen positiivisen oikeuden normit kohdistuvat vain maantieteellisesti ja sosiaalisesti rajattuun oikeusyhteisöön. Positiivisen oikeuden mahdollisuus edellyttää siksi myös oikeuksia, jotka sääntelevät tähän oikeusyhteisöön kuulumista. Näitä *toiseen ryhmään* kuuluvia perusoikeuksia ilmentävät positiivisissa valtiosäännöissä esimerkiksi kansalaisuutta, rikoksentekijöiden luovuttamista tai turvapaikkaa koskevat oikeudet.

Positiivinen oikeus nojaa ulkoisen pakotuksen mahdollisuuteen, ja siksi oikeusyhteisön jäsenille on suotava keinot, joiden avulla he voivat tarvittaessa pakolla toteuttaa oikeutensa. Tätä tarkoittavaa perusoikeuksien *kolmatta ryhmää* konkretisoivat eri valtioiden perustuslaeissa tuomioistuinkäsittelyä koskevat oikeudet samoin kuin tuomioistuinten institutionaalisen ja henkilöllisen riippumattomuuden takeet.

⁶ Ks. Rawls, John: *A Theory of Justice*, Clarendon, Oxford 1980 (1971), s. 60.

Kolmen ensimmäisen ryhmän oikeuksien tehtävänä on siis mahdollistaa itse oikeusväline, positiivinen oikeus, vaikkakin myös niiden itsensä on oltava diskursiivisesti hyväksyttävissä. Näiden oikeuksien yhteydessä oikeusyhteisön jäsenet esiintyvät ensisijaisesti oikeuden kohteina; niissä on kyse heidän *yksityisestä autonomiastaan*. Neljännen ryhmän perusoikeudet sen sijaan kuuluvat oikeusyhteisön jäsenille oikeuden tuottajina; nyt kysymys on heidän *julkisesta autonomiastaan*. Tämän ryhmän perusoikeudet takaavat yhtäläiset mahdollisuudet osallistua niihin lakien säätämiseen sisältyviin mielipiteen- ja tahdonmuodostusprosesseihin, joiden avulla diskurssiperiaate institutionalisoidaan demokratiaperiaatteena. Perustuslaeissa nämä oikeudet täsmentyvät esimerkiksi ääni- ja vaalioikeuksiksi sekä sanan-, yhdistymis- ja kokoontumisvapauksiksi.

Viidennen ryhmän perusoikeuksilla puolestaan pyritään turvaamaan ne elinehdot, jotka luovat yhtäläiset tosiasialliset mahdollisuudet käyttää muita perusoikeuksia. Positivoidun ilmauksensa nämä perusoikeudet saavat perustuslakien taloudellisissa, sosiaalisissa ja sivistyksellisissä oikeuksissa.

Habermasin esittämä perusoikeuksien looginen genesis sisältää kannanoton vanhaan kiistakysymykseen perusoikeuksien ja kansansuvereniteetin (demokratiaperiaatteen) suhteesta. Liberalistinen tulkinta on pitänyt perusoikeuksia kansansuvereniteetin ehdottomina rajoituksina. Yhteisölliseksi kutsuttava katsantokanta on taas nähnyt niiden välisen alistussuhteen päinvastaisena: perusoikeudet ovat voimassa vain siellä ja silloin, missä ja milloin konkreettinen oikeusyhteisö haluaa pitää ne voimassa. Habermasin mukaan perusoikeudet eivät voi olla demokratiaperiaatteen eikä demokratiaperiaate perusoikeuksien rajoitus, koska ne edellyttävät toinen toistaan, mahdollistavat toinen toisensa; mahdollistaminen on eri asia kuin rajoittaminen. Kansansuvereniteetti voidaan institutionalisoida demokratiaperiaatteena ainoastaan oikeusvälineen avulla. Siksi se ei edellytä vain neljännen ryhmän osallistumisoikeuksia, vaan myös niitä kolmen ensimmäisen ryhmän oikeuksia, joita ilman positiivinen oikeus ei ylipäättään olisi mahdollinen. Nämä oikeudet on puolestaan aina täsmennettävä demokratiaperiaatetta noudattaen.

Toisaalta on tärkeätä havaita, että Habermas ei perustele perusoikeuksia pelkästään demokratian edellytyksinä. Perusoikeuksien tehtävänä ei hänen mukaansa ole taata vain julkista autonomiaa, vaan samanaikaisesti sekä yksityinen että julkinen itsemäärääminen.

Habermasin oikeusfilosofisessa rekonstruktiossa perusoikeudet ovat ikään kuin vielä ”tyydyttämättömiä” periaatteita, jotka on – demokratiaperiaatetta

noudattaen – konkretisoitava aina uudestaan kunkin maan valtiosääntötradition taustaa vasten ja kulloinenkin yhteiskunnallinen tilanne huomioon ottaen. Perusoikeuksien toteuttaminen on tässä mielessä päättymätön projekti, oikeusyhteisölle aina uudelleen asettava tehtävä. Toisaalta – näin Habermas väittää – tällaisina ”tydyttämättöminä” periaatteina perusoikeudet eivät ole luonnonoikeudellisten periaatteiden tavoin jotain positiivista oikeutta edeltävää ja sitä rajoittavaa. Perusoikeudet ovat Habermasin oikeusfilosofiassa positiivisen oikeuden normatiivinen ydin, jotain, mitä positiivinen oikeus legitimiinä oikeutena itse välttämättä edellyttää.

Voisi ounastella, että kaikkien mielestä Habermasin luoviminen luonnonoikeuden ja positivismin välistä ei onnistu, että jotkut kriitikot väittävät hänen perusoikeuksien rekonstruktionsa ajautuvan luonnonoikeuden karikoon. Kriitikot saattavat kiinnittää epäilyksensä jo Habermasin kielifilosofiin ja toimintateoreettisiin lähtökohtiin. Ovatko kommunikatiivisen rationaalisuuden ja kommunikatiivisen toiminnan sisältämät vapauden ja tasa-arvon ideat, jotka kertautuvat Habermasin diskurssiperiaatteessa, todella tulosta inhimillisen kielenkäytön ja kanssakäymisen välttämättömien ehtojen rationaalisesta rekonstruktiosta? Vai onko Habermas salakuljettanut ne rekonstruktiionsa ikään kuin ulkoa käsin?

Demokratiaperiaatteen kulttuurisidonnaisuuden korostaminen saattaa vaikuttaa kovin helpolta kiertotieltä näiden kiperien kysymysten ohitse. Mutta tarvitseeko demokratiaperiaate todella universalistisen justifikaation, joka tukeutuu pragmaattiseen kielifilosofiaan ja kehityspsykologiaan nojautuvaan evoluutioteoriaan? Ja onko kulttuurisista sidonnaisuuksista vapautunut universalistinen justifikaatio ylipäättään mahdollinen?

Oikeusvaltion ongelma: valta ja oikeus

Positiivinen oikeus edellyttää valtiovaltaa sekä asettamisessaan että toteuttamisessaan. Habermasille oikeusvaltion ongelmana on, miten tuo positiivisen oikeuden itsensä edellyttämä, viime kädessä fyysiseen pakotukseen tukeutuva valta voidaan kesyttää. Miten voidaan asettaa pidäkkeitä hallinnollisen pakkovallan käyttämiselle? Ongelmana on myös se välineellistämisen mahdollisuus, joka seuraa oikeuden positivoitumisesta. Miten voidaan estää oikeuden instrumentalisointi *Lebenswelt*istä irronneen hallinnon systeemiin tarpeisiin? Habermas jakaa saman huolenaiheen, joka voidaan nähdä myös esimerkiksi Ronald Dworkinin periaatteiden ja politiikkojen

erottelun taustalla.⁷

Oikeusvaltioteorioiden yhteinen vastaus pakkovaltan kesyttämisen pulmaan on seuraava: pakkovalta saatetaan kuriin oikeuden avulla, pakkovaltaa on lupa harjoittaa yksinomaan oikeuden nojalla ja muodoissa (vrt. hallinnon lainalaisuus) sekä sen asettamisissa rajoissa (vrt. perusoikeudet). Mutta tämä vastaus ei vielä sinänsä tyydytä. Miten valtiovaltaa voi rajoittaa oikeus, joka positiivisena oikeutena on sen itsensä asettama? Eikö oikeusvaltion idea johda kehässä kulkemiseen?

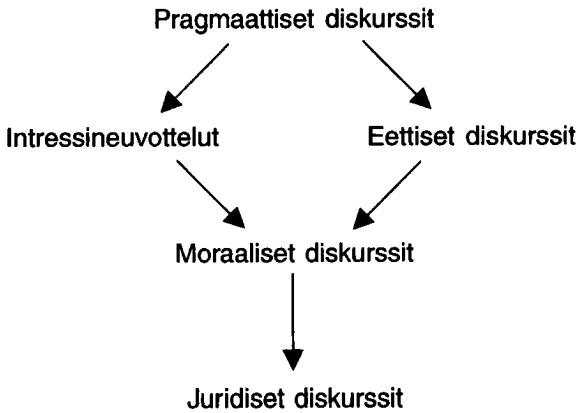
Habermasin mukaan oikeusvaltioidean kehän murtaa positiivisen oikeuden legitiimisyysvaatimus. Ainoastaan legitiimi, demokraattisesti asetettu oikeus voi ratkaista oikeusvaltion ongelman. Oikeusvaltio on mahdollinen vain *demokraattisena oikeusvaltiona*.

Habermas muotoilee ratkaisunsa sekä valta- että diskurssiteoreettisin käsittein. Hänen mukaansa poliittista valtaa käytetään sekä hallinnollisena että kommunikatiivisena valtana. Valta, jota hallintojärjestelmä käyttää ohjausvälineenään ja joka myös turvaa positiivisen oikeuden noudattamisen, on *hallinnollista valtaa*. Tämä valta nojautuu viime kädessä pakotuksen mahdollisuuteen. *Kommunikatiivinen valta* sen sijaan on eräänlaista kansalaisten yhteisten vakaumusten valtaa, jolla on juurensa julkisuuden ja kansalaisyhteiskunnan mielipiteenmuodostuksessa. Oikeusvaltion ideana on – valtateoreettisin käsittein ilmaistuna – alistaa hallinnollinen valta kommunikatiiviselle vallalle. Demokraattinen lainsäätämismenettely ei tuota pelkästään oikeutta. Se synnyttää myös legitiimissä oikeudessa kiteytyvää kommunikatiivista valtaa. Hallinnon lainalaisuuden, samoin kuin oikeudenkäytön sidonnaisuuden voimassa olevaan oikeuteen, on määrää taata hallinnollisen vallan alisteisuus kommunikatiiviselle vallalle. Oikeusvaltion idean mukaan hallinnollista valtaa saadaan käyttää ainoastaan sen valtakirjan nojalla, jonka kommunikatiivinen valta on sille legitiimin oikeuden muodossa myöntänyt.

Diskurssiteoreettisesta näkökulmasta olennaisessa asemassa on demokraattisen lainsäädäntömenettelyn ehtojen erittely: millainen lainsäädäntömenettely voi tuottaa legitiimiä oikeutta ja siinä kiteytyvää kommunikatiivista valtaa, jolle demokraattinen oikeusvaltio alistaa hallinnollisen vallan? Habermas koettaa valaista demokratiaperiaatetta, toisin sanoen legitiimin oikeuden tuottamisen edellyttämiä menettelyjä, ideaalisella prosessimallilla, joka koostuu toisiaan seuraavista erilaisista diskursseista ja neuvotteluista.

⁷ Ks. erit. Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London 1978.

HABERMASIN DEMOKRAATTISEN LAINSÄÄTÄMISEN IDEAALIMALLI



Prosessi alkaa *pragmaattisista diskursseista*, joissa pohditaan annettujen tavoitteiden ja preferenssien pohjalta soveliaita keinoja tavoitteiden toteuttamiseksi. Sikäli kuin itse tavoitteet ovat problemaattisia, niitä on punnittava annettujen arvojen valossa. Sen sijaan itse arvoja tai ristiriitaisten preferenssien perustana olevia intressejä ei tässä vaiheessa vielä problematisoida. Tarvittaessa pragmaattiset diskurssit tuottavat vaihtoehtoisia hypoteettisia ohjelmia, joiden hyväksyttävyyden riippuu tavoitteiden perustana olevien arvojen ja intressien hyväksyttävyydestä; tätä testataan vasta prosessin myöhemmissä vaiheissa. Pragmaattisten diskurssien vaiheen voi rinnastaa siihen lainvalmisteluun, josta meillä huolehtivat virkakoneisto ja komitealaitos.

Mikäli arvot, joihin pragmaattisten diskurssien tuottamat ohjelmat perustuvat, osoittautuvat ongelmallisiksi, lainsäätämisen prosessia on jatkettava *eettisillä diskursseilla*. Nämä diskurssit tähtäävät yhteisön kollektiivisen itseymmärryksen syventämiseen, niiden arvojen selventämiseen, joille poliittisen yhteisön kollektiivinen identiteetti rakentuu. Tämä vaatii keskustelua yhteisön historiasta ja siitä yhteisestä elämänmuodosta, jonka yhteisön jäsenet yhteisen historiansa seurauksena jakavat. Eettisissä diskursseissa me suomalaiset keskustelemme siitä, keitä me olemme ja keitä me todella haluamme olla, siitä, minkälaisiin arvoihin kansallinen identiteettimme nojautuu ja minkälaisiin arvoihin me todella haluamme sen nojautuvan. Eettistä keskustelua käymme, kun esimerkiksi pohdimme suhdettamme Euroopan yhdentymiseen, hyvinvointivaltiomme kohtaloa tai ympäristöme suojelua.

Yhteisiä arvoja koskeva epätietoisuus ei kuitenkaan ole ainoa mahdollinen syy pragmaattisten diskurssien tuottamien suositusten pulmallisuuteen. Syynä saattaa olla myös se, että suositukset koskettavat sellaisia intressiritiriitoja, joita ei voida lainkaan ratkoa diskursiivisesti eli kaikkien mahdollisten asianosaisten hyväksymillä rationaalisilla perusteilla. Habermasin ideaaliprosessissa demokraattinen lainsäätämismenettely jatkuu tällaisissa tilanteissa *neuvotteluilla*, joissa intressiritiriidat pyritään ratkaisemaan kompromissien avulla.

Pragmaattisten ja eettisten diskurssien sekä intressineuvottelujen tulokset on Habermasin mallissa vielä alistettava *moraalisten diskurssien* testiin. Moraalisten diskurssien on määrä varmistaa, että poliittisen yhteisön lainsäädännöllään tavoittelemat tavoitteet, yhteisön me-näkökulmaan rajoituneiden eettisten diskurssien tulokset samoin kuin intressikompromissitkin ovat sopusoinnussa postkonventionaalisen moraalin universalististen vaatimusten kanssa. Lopulta *juridisissa diskursseissa* oikeudelliset asiantuntijat pyrkivät varmistamaan oikeuden yhtenäisyyden, lakien muotoon puettujen ohjelmien sisäisen ristiriidattomuuden.

Aloitetaan ideaalimallin arvioinnin sen diskurssiteoreettisesta perustasta. Diskurssit ovat Habermasille eräänlaisia arkielämän kommunikatiivisen toiminnan refleksiivisen metatason jatkeita. Vielä *Theorie des kommunikativen Handelns* -teoksessaan Habermas eritteli diskursseja teoreettisten ja moraalis-praktisten diskurssien kahtiajaon pohjalta. Tämä kahtiajako puolestaan perustui kielitekojen ja niiden nostamien pätevyysvaatimusten rekonstruktion: teoreettisissa diskursseissa tematisoidaan totuusvaatimuksia ja moraalis-praktisissa diskursseissa puolestaan normatiivisia oikeellisuusvaatimuksia.⁸

Habermas on sittemmin omaksunut aiempaa laajemman praktisten diskurssien käsitteen, jonka avulla hän *Faktizität und Geltung* -teoksessa myös täsmentää demokratiaperiaatetta. Praktisiin diskursseihin kuuluvat moraalisten diskurssien ohella myös pragmaattiset ja eettiset diskurssit. Lisäksi demokraattiseen lainsäätämismenettelyyn tai ”järkevään kollektiiviseen tahdonmuodostukseen” sisältyy myös intressikompromisseihin tähtääviä neuvotteluja, joiden menettelyehdot poikkeavat diskurssien edellytyksistä.

Praktisten diskurssien käsitteen laajentaminen näyttäisi viittaavan siihen, että Habermasin diskurssiteoria – tai laajemmin: järkevän kollektiivisen tahdonmuodostuksen teoria – irtautuu aiemmasta yhteydestään pragmaat-

⁸ Ks. Habermas, Jürgen: *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 1, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1981, s. 37–45.

tiseen kielifilosofiaan. Kun aikaisempi teoreettisten ja praktisten diskurssien kahtiajako nojasi suoraan kielitekojen nostamien pätevyysvaatimusten erotteluun, Habermasin praktisten diskurssien sisällä tekemillä jaotteluilla ei näyttä olevan samanlaista välitöntä kytkentää kielitekojen teoriaan.

Habermas tosin varmaankin väittäisi, että myös demokratiaperiaatetta toteuttavien diskurssien perustelu on viime kädessä kielitekoihin liittyvissä oikeellisuusvaatimuksissa. Demokratiaperiaatteen erittelyssä olisi kyse ainoastaan oikeellisuusvaatimuksen soveltamisesta erääseen modernin yhteiskunnan toimintanormien luokkaan, positiiviseen oikeuteen. Näinkin ajatellen matka pragmaattisesta kielifilosofiasta niiden kommunikaatiomuotojen erittelyyn, jotka kuuluvat demokraattiseen lainsäätämismenettelyyn, vaatii poikkeamista yhteiskuntateoreettisille syrjäpoluille. Matkan varrella diskurssiteorian perustelu muuttuu tai ainakin täydentyy: teoria ei enää nojaa yksinomaan kielellisen kanssakäymisen ehtojen ja implikaatioiden formaalis-pragmaattiseen rekonstruktioon.

Demokratiaperiaatteeseen liittyvä diskurssianalyysi pohjautuu näet myös Habermasin yhteiskuntateoreettisiin tulkintoihin oikeuden funktioista sekä oikeuden sisäisestä yhteydestä moraaliin ja politiikkaan. Hänen lähtökohtanaan ovat ongelmat, joita oikeuden avulla ratkotaan, ja kysymyksenasettelut, joita oikeuden asettamisessa kohdataan. Positiivinen oikeus ei ole Habermasille pelkästään postkonventionaalisen moraalin täydennys, joka takaa modernin yhteiskunnan hauraan sosiaalisen integraation. Se on myös politiikan väline, joka auttaa politiikkaa toteuttamaan kollektiivisia tavoitteita ja näin ratkaisemaan yhteiskunnan koordinaatio-ongelmia. Juuri oikeuden ja politiikan yhteydestä seuraa Habermasin mukaan, että yksin moraaliset diskurssit eivät voi toteuttaa demokratiaperiaatetta. Poliitiikan tavoitteellinen ulottuvuus tuo oikeuteen ja oikeuden asettamiseen kysymyksenasetteluja, jotka vaativat pragmaattisia ja eettisiä diskursseja sekä intressikompromisseja.

Diskurssien ja neuvottelujen erolla on keskeinen merkitys Habermasin rationaalisen kollektiivisen tahdonmuodostuksen teoriassa. Tämä ero palautuu viime kädessä kommunikatiivisen ja strategisen toiminnan erotteluun. Kommunikatiivisessa toiminnassa toimijat pyrkivät koordinoimaan toimintasuunnitelmansa kielellisen kommunikaation, kielellisesti välitetyn yhteisymmärryksen, pohjalta. Sen sijaan strategisessa toiminnassa toimijat pyrkivät vaikuttamaan kausaalisesti muiden toimijoiden toimintapäätöksiin.⁹ Diskursseista poiketen neuvottelut eivät ole luonnehdittavissa arkipäivän

⁹ Ks. alav. 8 mainittu teos, s. 384–386.

kommunikatiivisen toiminnan jatkamiseksi refleksiivisellä tasolla. Neuvottelujen osapuolet eivät pyri yhteisymmärrykseen kaikkien hyväksymillä rationaalisilla perusteilla, vaan tähtäävät strategisella toiminnallaan omien erityisintressiensä tyydyttämiseen.

Myös neuvottelujen lopputuloksen tulee olla kaikkien osapuolten hyväksyttävissä, muutoinhan kompromissia ei synny. Mutta kun diskurssin lopputuloksen hyväksyttävyys perustuu kaikkien osapuolten kannalta samoihin rationaalsiin perusteisiin, neuvotteluissa kukin osapuoli arvioi tuloksen hyväksyttävyyttä oman intressinsä puolueellisesta näkökulmasta. Ja kun diskurssissa periaatteessa pätee vain paremman argumentin voima, neuvottelujen strategiset toimijat vaikuttavat toisiinsa sosiaalisilla valtaresursseilla sekä niihin tukeutuvilla lupauksilla ja uhkauksilla. Työmarkkina-neuvottelut lakko- tai työsulku-uhkauksineen ovat malliesimerkki tämän kaltaisesta kompromissinmuodostuksesta, joka noudattaa strategisen toiminnan logiikkaa.

Intressineuvottelujen asema demokraattisen lainsäätämismenettelyn ideaalimallissa näyttää ajavan Habermasin rekonstruktiiivisen ohjelman vaikeuksiin. Eivätkö tällaiset neuvottelut ole ristiriidassa diskurssiperiaatteen kanssa, joka hänen mukaansa mittaa toimintanormien legitiimisyyttä modernissa yhteiskunnassa? Jos legitiimin oikeuden asettamiseen voi sisältyä myös neuvotteluja, jotka irtautuvat diskurssien argumentatiivisesta logiikasta, onko demokratiaperiaate enää tulkittavissa diskurssiperiaatteen täsmennykseksi?

Habermas yrittää pelastautua näistä vaikeuksista sitomalla neuvottelujen kompromissinmuodostuksen menettelyehtoihin, jotka voidaan oikeuttaa vain moraalisisissa diskursseissa. Moraalisesti hyväksyttäviä ovat ainoastaan *reilut kompromissit*. Kompromissien reiluuden takaaminen puolestaan edellyttää neuvotteluilta menettelyehtoja, jotka suovat kaikille merkityksellisille intresseille mahdollisuuden ottaa neuvotteluihin osaa ja jotka varmistavat näiden intressien välisen valtatasapainon Tässä mielessä neuvottelut ovat riippuvaisia edeltävistä moraalisisista diskursseista. Lisäksi Habermas sitoo neuvottelut moraalisiin diskursseihin toisellakin solmulla. Diskurssiperiaate kieltää ottamasta neuvottelujen kohteeksi muita kuin sellaisia erityisintressejä, joita ei voida yleistää siten kuin moraaliperiaate vaatii. Se, ovatko intressit yleistettäviä vai ei, voidaan puolestaan todeta ainoastaan moraalisisissa diskursseissa. Myös neuvottelujen tulokset on vielä saatettava testattaviksi moraalisisissa diskursseissa.

Habermasin moraaliteorian kiistellyimpiä lähtökohtia on ollut arvoja tai

”hyvää elämää” koskevien *eettisten* kysymysten tiukka erottaminen *oikeudenmukaisuuden* ongelmista, joihin tämä teoria rajoittaa moraalin kohdealueen. Lisäksi Kantin deontologisen moraalikäsitteen kannattajat – Habermasin ja Apelin ohella esimerkiksi Rawls – asettavat moraalin (oikeudenmukaisuuden) etiikan (hyvän) rajaksi. Moraalisesti hyväksyttäviä ovat tämän mukaan vain sellaiset arvot, hyvää elämää koskevat käsitykset, jotka eivät loukkaa oikeudenmukaisuuden vaatimusta kaikkien mahdollisten asianosaisten intressien yhtäläisestä huomioon ottamisesta. Vastaavasti Habermas erottaa myös demokraattisen lainsäätämisen ideaalimallissaan eettiset ja moraaliset diskurssit sekä edellyttää arvopohdintojen testaamista moraalisten diskurssien puolueettomasta näkökulmasta.

Moraalifilosofian piirissä erityisesti Aristoteleen ja Hegelin pohjalta ponnistavat kriitikot ovat arvostelleet kantilaista etiikan ja moraalin erottelua sekä eettisten arvokysymysten alistamista moraalille oikeudenmukaisuuskysymyksille. Nämä kriitikot ovat korostaneet moraalin sidonnaisuutta yhteisöön ja kulttuuriin ja näin tavallaan kääntäneet kantilaisen tulkinnan yhteisöllisten arvojen ja moraalin välisestä suhteesta.¹⁰

Habermasin ideaalimallissa eettisten arvodiskurssien ja intressineuvottelujen tulokset on määrää alistaa moraalisten diskurssien testille, joka karsii yleistettävyyssperiaatteen kanssa ristiriitaiset ratkaisut. Eettisten diskurssien välttämättömyys rationaalisessa kollektiivisessä tahdonmuodostuksessa seuraa kuitenkin Habermasin mukaan siitä, että vahvoja arvoja tai ristiriitaisen erityisintressien suhdetta ei voida rationaalisti pohtia yleistettävyyssperiaatteen vaatimasta universaalista, puolueettomasta näkökulmasta. Mutta jos näin on, miten on mahdollista, että eettisten diskurssien ja neuvottelujen tulokset voitaisiin vielä alistaa juuri tällaista näkökulmaa edellyttävien moraalisten diskurssien testiin?

Habermas voisi vastata korostamalla, että demokraattisen lainsäätämisen menettelyn malli pätee vain liberaalin poliittisen kulttuurin leimaamassa modernissa yhteiskunnassa. Tällaisen yhteiskunnan vahvoin arvoihin puolestaan kuuluu kunnioitus sellaisia normatiivisten kiistojen ratkaisutapoja kohtaan, joihin diskurssiperiaate sekä sitä täsmäntävät moraal- ja demokraatiaperiaate viittaavat. Tällainen vastaus kuitenkin myöntäisi diskurssiperiaatteen – tai oikeuden yhteydessä demokraatiaperiaatteen – sidonnaisuuden

¹⁰ Ks. esim. MacIntyre, Alasdair: *After Virtue*, University of Notre Dame Press, Notre Dame Ind. 1981, ja Sandel, Michael J.: *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge 1982.

kulttuuriin ja yhteisöön ja näyttäisi samalla edellyttävän kantilaisten kiistan Aristoteleeseen ja Hegeliin tukeutuvien ”kommunitaristien” kanssa universalistisen moraalien ja kulttuuriin sidonnaisen etiikan ensisijaisuudesta ratkaisemista ainakin tässä kohdin ratkeavan jälkimmäisten hyväksi.

Oikeusparadigmat perusoikeuksien ja oikeusvaltion tulkintoina

Habermasin rekonstruktion mukaan modernin oikeuden normatiivisena syvärakenteena ovat (perus)oikeuksien järjestelmä ja oikeusvaltion periaatteet, joihin kuuluu demokratiaperiaatteen ohella myös vallanjako diskurssitai valtateoreettisesti perusteltuna kuuluu. Perusoikeudet *syvärakenteen normatiivisina ideoina* on pidettävä erillään *positiivisoikeudellisista ilmauksistaan* eri valtioiden perustuslaeissa. Vastaavasti myös demokratiaperiaatteen ja vallanjaon yhteydessä on erotettava toisistaan yhtäältä syvärakenteen taso sekä toisaalta positiivisoikeudelliset lainsäätämismenettelyä ja vallanjakoa koskevat sääntelyt.

Yhteiskunnan kehitys muuttaa oikeuden syvärakenteen normatiivisten ideoiden toteuttamiseksi ja -ympäristöä. Nämä ideat eivät Habermasin mukaan siirrykään suoraan positiivisoikeudellisiksi sääntelyiksi tai yksittäisiksi tuomioistuinratkaisuuksi. Habermasin oikeuskäsityksessä syvärakennetta sekä ”pintatason” sääntelyitä ja ratkaisuja välittävät *oikeusparadigmat*. Nämä ovat yhteiskuntateoreettisesti välittyneitä tulkintoja siitä, miten ihmis-oikeus- ja oikeusvaltioperiaatteet periaatteet tulisi vallitsevissa yhteiskunnallisissa oloissa toteuttaa. Paradigmat eivät eroa toisistaan vain siinä, miten ne määrittelevät normatiivisten periaatteiden sisältöä ja keskinäisiä suhteita, vaan myös siinä, miten ne tulkitsevat yhteiskuntaa ja yhteiskunnan jäsenten asemaa.

Liberaalin oikeusparadigman ”kätkeyssä” yhteiskuntateoriassa yhteiskunta samastetaan markkinatalousjärjestelmään ja yhteiskunnan jäsenet autonomisiin markkinatoimijoihin. Markkinamekanismien on myös määrä huolehtia vapausoikeuksiksi tulkittujen perusoikeuksien toteutumisen tosiasiallisista edellytyksistä. Hyvinvointivaltion oikeusparadigmassa valtion tehtäväksi nähdään korjata markkinamekanismien puutteita ja samalla taata yhtäläisten toimintavapauksien käyttämisen tosiasialliset edellytykset. Yhteiskunnan jäseniä ei tässä paradigmatissa hahmoteta niinkään autonomisiksi markkinatoimijoiksi kuin hyvinvointivaltion asiakkaiksi. Habermasin ehdottaman

proseduraalisen oikeusparadigman käsitys yhteiskunnasta pohjautuu kommunikatiiviseen yhteiskuntateoriaan. Yhteiskunnan jäseniä ei enää tarkastella ensisijaisesti autonomisina markkinatoimijoina tai hyvinvointivaltion asiakkaina kuin julkisiin keskusteluihin, diskursseihin osallistuvina kansalaisina, jotka julkista autonomiaa käyttämällä täsmentävät myös yksityistä autonomiaansa suojaavia oikeuksia ja niiden toteuttamisedellytyksiä.

Lähteet

- Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London 1978.
- Habermas, Jürgen: *Faktizität und Geltung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1992.
- Habermas, Jürgen: *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1983.
- Habermas, Jürgen: *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 1, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1981.
- Habermas, Jürgen: *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 2, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1981.
- Kant, Immanuel: *Die Metaphysik der Sitten*. Teoksessa Weischeld, Wilhelm (hg.): Immanuel Kant Werkausgabe, Band VIII, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1982 (1797).
- MacIntyre, Alasdair: *After Virtue*, University of Notre Dame Press, Notre Dame Ind. 1981.
- Rawls, John: *A Theory of Justice*, Clarendon, Oxford 1980 (1971).
- Sandel, Michael J.: *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge 1982.

Kirjallisuutta

Habermasilta on suomennettu vain artikkeleita (*Järki ja kommunikaatio*, Gaudeamus 1994). Kaikki hänen pääteoksensa ovat kuitenkin saatavissa paitsi saksankielisinä alkuperäislaitoksina myös englanninkielisinä käännöksinä.

Paras englanninkielinen johdatus Habermasin ajatteluun on edelleenkin Thomas MacCarthy'n *The Critical Theory of Jürgen Habermas* (Polity 1984). Siinä ei kuitenkaan vielä käsitellä esimerkiksi Habermasin oikeusfilosofista pääteosta *Faktizität und Geltung*. Hyvän perustan Habermasin tuotantoon perehtymiselle antaa myös Peter Dewsin toimittama *Jürgen Habermas. Autonomy and Solidarity* (Verso 1986). Myöhemmistä Habermasin tuotannon kommentaareista on syytä suositella kokoomateosta *The Cambridge Companion to Jürgen Habermas* (Cambridge University Press 1998). Suomenkielisenä johdatuksena on mainittava Risto Kankaan *Jürgen Habermasin kommunikatiivisen toiminnan teoria* (Tutkijaliitto 1987).

Habermasin oikeusajattelua olen eritellyt teoksissani *Oikeuden rationaalisuus* (Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitos 1988) ja *Kriittinen oikeuspositivismi* (WSLT 2000).