
Jarkko Tontti ja Kaisa Mäkelä
(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

4 H. L. A. Hart oikeusfilosofina

H. L. A. Hart eli Herbert Lionel Adolphus Hart eli vuosina 1907–1992. Häntä pidetään 1900-luvun merkittävimpana englantilaisen kielialueen analyttisen oikeusteorian edustajana. Hart valmistui Oxfordista 1929, hyväksyttiin asianajajakunnan jäseneksi 1932 ja toimi käytännön asianajotehtävissä kahdeksan vuoden ajan. Sotavuosina hän palveli brittien tiedustelupalvelussa, missä hän tutustui kahteen merkittävään oxfordilaisfilosofiin, Gilbert Ryleen¹ ja Stuart Hampshireen. Sodan jälkeen Hart toimi jonkin aikaa Oxfordin New Collegen tutkijana ja opettajana (*fellow and tutor in philosophy*). Kun Oxfordin oikeusteorian professuuri vapautui Arthur L. Goodhartin jälkeen vuonna 1952, Hart valittiin virkaan tuolloin vielä varsin vähäisistä tieteellisistä ansioistaan huolimatta. Hart toimi Oxfordin University Collegen professorina vuosina 1952–1968 sekä Oxfordin Brasenose Collegen rehtorina vuosina 1973–1978.

Hartin tutkijaprofiili

Hartin kirjoituksille on ominaista ns. Oxfordin koulun – eli luonnollisen tai arkikielen filosofian – vaikutus. Tämän suuntauksen mukaan filosofian tehtävänä on selkeyttää esimerkiksi oikeudellista kielenkäyttöä tavalla, jota itävaltalaisfilosofi Ludwig Wittgenstein oli myöhäisfilosofiassaan hahmotellut.² Hart sai vaikutteita myös kielitekojen teoriaa kehitelleeltä filosofi John L. Austinilta (jota ei tule sekoittaa 1800-luvun oikeuspositivist John Austiniin). Analyttisen koulun katsantokannan mukaan senkaltaiset filosofian perinteiset ongelmat kuin kysymys tahdonvapaudesta, yleiskäsitteiden

¹ Hartin *The Concept of Law* -teoksen otsikko sisältää ilmeisen viittauksen Rylen *The Concept of Mind* -teokseen.

² Wittgensteinin filosofian myöhäisvaiheeseen kuuluvat muun muassa teokset *Filosofia tutkimuksia* sekä *Varmuudesta*.

olemassaolosta tai oikeusoppineita kiusannut kysymys kuolinpesän tai avoimen yhtiön oikeushenkilöluonteesta osoittautuivat näennäisongelmiksi, kunhan kielenkäytöstä poistettiin ajatukselliset vinoutumat ja virheelliset kysymyksenasettelut, jotka johtivat tutkijaa harhaan. Oikeudellisessa kontekstissa ei tullut kysyä, mikä oli vaikkapa omistusoikeuden tai valtion oikea olemus. Sen sijaan tuli kysyä, mitä tarkoitettiin termillä ”omistusoikeus”, ”sopimus” tai ”valtio” lainsäätäjän, tuomioistuinten, juristien tai muiden kansalaisten tosiasiallisessa kielenkäytössä.³

Kielellä oli lisäksi useita muitakin käyttötapoja kuin todellisuutta koskevien tosiasiaväitteiden esittäminen. Wittgenstein oli puhunut kielipeleistä tarkoittaen kielen erilaisia yhteisöllisiä tehtäviä: käskemistä, varoittamista, rukoilemista, ääneen ajattelemista, arvoitusten esittämistä tai vaikkapa oikeudellisen ratkaisun julistamista tuomioistuimessa. Kielen avulla voitiin toisin sanoen ”tehdä asioita”.⁴ Papin vihkiseremonian yhteydessä lausumat sanat: ”Julistan teidät mieheksi ja vaimoksi”, laivankastamistilaisuudessa lausutut sanat: ”Olkoon nimesi C. G. E. Mannerheim” tai tuomarin oikeudenkäynnissä lausumat sanat: ”Tuomitsen syytetyn viideksi vuodeksi vankeuteen” ovat kielitekoja, joiden avulla sosiaalista todellisuutta konstituoidaan. Hartin varhainen artikkeli *The Ascription of Responsibility and Rights* (1949), joka on peräisin J. L. Austinin ja Hartin yhteisestä seminaarista,⁵ on ajatuksellisesti varsin lähellä senkaltaista kielitekojen teoriaa.

Hart kuvasi lähestymistapaansa oikeuteen *The Concept of Law* -teoksessa ehkä hieman harhaanjohtavasti ”deskriptiiviseksi sosiologiaksi”,⁶ sillä termi ”sosiologia” saa Hartilla varsin eri merkityksen kuin tutkimuskohdettaan tilastollis-empiirisesti lähestyvien yhteiskuntatutkijoiden kirjoituksissa. Hartille deskriptiivinen sosiologia tarkoitti Oxfordin koulun mukaisista lingvististä analyysiä eli filosofisten ongelmien ratkaisemista yhteisön

³ Aulis Aarnion väitöskirja *Perillisen oikeusasemasta* (Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja, B:153, Helsinki 1967) on hyvä esimerkki lingvistisen filosofian vaikutuksesta oikeudelliseen ajatteluun. Aarnio torjuu juristeja kiusanneen kysymyksen kuolinpesän oikeushenkilöllisyydestä virheellisestä kielenkäytöstä aiheutuneena näennäisongelmana, ja sen sijaan tuli tutkia, mitä määrättyjä oikeusvaikutuksia lainsäätäjä on tiettyihin oikeustositseikkoihin liittänyt. Näin voitiin määrittää perillisen oikeusasema oikeudellisesti määrittyneiden henkilörelaatioiden summana, samoin kuin sen vaihteellaiset muutokset perimystapahtumassa voimassa olevan oikeuden mukaan.

⁴ J. L. Austin, *How to Do Things with Words*.

⁵ Ks. MacCormick, H. L. A. Hart, s. 17.

⁶ Hart, *The Concept of Law*, V.

tosiasiallisen kielenkäytön tarkastelun avulla. Suhteessa Hans Kelsenin *Puhtaan oikeusopin* normativismiin Hartin oikeusteoria ja etenkin sen keskeiskäsite tunnistamissääntö (*rule of recognition*) on silti deskriptiivisempi tai ”sosiologisempi” luonteeltaan.

Virkaanastujaisluennossaan *Definition and Theory in Jurisprudence* Hart perusteli ajatuksen oikeudellisen kielen filosofisesta analyysistä vahvasti Oxfordin koulukunnan hengessä. Analyttis-lingvistinen lähestymistapa jatkui Hartin ja A. M. Honorén yhteisteoksessa *Causation in the Law* (1959), jossa kirjoittajat analysoivat oikeudellisen aiheuttamisvastuun ongelmia. Hartin tieteellinen läpimurto oli teos *The Concept of Law* (1961), jossa hän perusteli oman käsityksensä oikeudesta käyttäen lähtökohtanaan analyttisen positivismin perustajan John Austinin oikeusteoriaa. Käsittelen *The Concept of Law* -teosta yksityiskohtaisemmin alla.

Yhteiskuntamoraalin, rikosoikeudellisen vastuun ja rangaistusten oikeuttamisen filosofisiin ongelmiin Hart pureutui debatissaan Lord Devlinin sekä Barbara Woottonin kanssa, mihin aihepiiriin Hartin teokset *Law, Liberty and Morality* (1963), *The Morality of the Criminal Law* (1965) sekä *Punishment and Responsibility* (1967) liittyivät. Lord Devlin oli perustellut *The Enforcement of Morals* -teoksessaan väitteen, jonka mukaan rikoslain tehtävänä oli yhteiskuntaa ylläpitävän kansalaismoraalin ylläpitäminen. Lain-säädäntö oli ulotettava aina seksuaalimoraalin kaltaisille alueille, jotka liberalistinen yhteiskuntafilosofia jätti pääosin kansalaisten oman arvostelukyvyn varaan. Hart esitti oman liberalistiseen yhteiskuntafilosofiaan perustuvan vastineensa Devlinille *Law, Liberty and Morality* -teoksessaan. Barbara Wootton oli puolestaan perustellut kannan rikosoikeudellisen vastuun lakkauttamisesta ja rangaistusten korvaamisesta erilaisilla hoitotoimenpiteillä, mikä Hartin mukaan ei kunnioittanut kansalaisten kykyä aidosti moraalisiin valintoihin.

Hart kävi myös pitkän ja monivaiheisen väittelyn oikeuden ja moraalin välisestä suhteesta amerikkalaisen luonnonoikeusteoreetikon Lon L. Fullerin kanssa.⁷ *Positivism and the Separation of Law and Morals* -kirjoitukses-

⁷ Hart, ”Positivism and the Separation of Law and Morals”, 71 *Harvard Law Review* (1958). Fuller vastasi Hartille samassa *Harvard Law Review*’n numerossa, ”Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart”. Kiista jatkui Hartin *The Concept of Law* -teoksen tekstijatkoiissa, joissa hän kehitteli ideaa ”luonnonoikeuden vähimmäissääntöä” sekä Fullerin teoksessa *The Morality of Law*. Hart arvioi Fullerin teosta kriittisessä kirja-arvostelussaan ”Lon L. Fuller: The Morality of Law”, 78 *Harvard Law Review* (1965), mihin Fuller vastasi kirjansa toisen painoksen jälkisanoina.

saan Hart puolusti John Austiniin palautuvaa oikeuspositivistista teesiä, jonka mukaan oikeuden systeeminen voimassaolo tulee erottaa oikeuden moraalista hyväksyttävyydestä: "The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it ...", John Austin oli kirjoittanut *The Province of Jurisprudence Determined* -teokseensa.⁸ Jollei senkaltaista erottelua tehty ja voimassaolevan oikeuden määrittelmään lisättiin sisällöllis-moraalinen hyväksyttävyys, ei oikeuden ulkoinen, moraaliperustainen kritiikki ollut Hartin mukaan enää mahdollinen.

Fuller puolestaan katsoi, että lainsäätäjää ja tuomaria sitoi luonnon-oikeudellinen "oikeuden sisäinen moraal" (*internal morality of law*), jonka noudattamatta jättämisestä seurasi oikeusnormin pätemättömyys, tai vähintäänkin siinä oli kyse lainsäätäjän tai tuomarin ammatillisen etiikan loukkauksesta. Oikeuden sisäinen moraal käsitte muun muassa taannehtivan lainsäädännön kiellon, vaatimuksen lakien saattamisesta julkisesti tunnetuiksi eli ns. promulgointivaatimuksen, kiellon säätää yksittäistapauksellisia, *ad hoc* -tyyppisiä lakeja sekä idean, jonka mukaan lait eivät saa vaatia kansalaisilta objektiivisesti mahdottomia asioita. Hartin mukaan senkaltaisissa lainsäätäjälle osoitetuissa metatason säännöissä oli kyse vain oikeusjärjestyksen teknisen toimivuuden tai tehokkuuden reunaehdoista, ei aidoista moraalinormeista perinteisen luonnonoikeuden merkityksessä.

Hart julkaisi myös teokset *Essays on Bentham* (1982) ja *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983), joista jälkimmäiseen on koottu Hartin keskeiskirjoituksia muun muassa amerikkalaisesta ja mannereurooppalaisesta oikeusteoriasta. Lisäksi Hart toimitti John Austinin *The Province of Jurisprudence Determined* -teoksen vuonna 1954 sekä kirjoitti siihen esipuheen. Hän myös toimitti yhdessä J. H. Burnsinkin kanssa Benthamin teokset *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* ja *Comment on the Commentaries and Fragment on Government* sekä yksinään Benthamin *Of Laws in General* -teoksen. – Keskityn tässä Hartin merkittävimpään yksittäiseen puheenvuoroon, *The Concept of Law* -teokseen. Hartin kesken-eräiseksi jääneet jälkisanat teokseen on julkaistu sen toisen, postuumisti julkaistun laitoksen yhteydessä vuonna 1994.⁹

⁸ John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, s. 157.

⁹ Viitteet ovat Hartin *The Concept of Law* -teoksen vuoden 1961 painokseen, jollei toisin mainita.

Oikeuden käsite

Hart kritisoi *The Concept of Law* -teoksessa John Austinin klassisen oikeuspositivistista käsitystä, jonka mukaan voimassa oleva oikeus koostuu suvereenin vallanpitäjän antamista käskyistä, joita kansalaiset yleisesti noudattavat ja joiden noudattamisen takeena on rangaistusuhka (*orders backed by threats*). Suvereeni oli henkilö tai joukko henkilöitä, joka ei ottanut käskyjä vastaan muilta. Hartin mukaan Austinin käsitys yksinkertaistaa asioita liiaksi. Hän vieläpä nimesi Austinin käsityksen sarkastisesti ”pankkiryöstäjämalliksi” oikeudesta (*gunman situation writ large*). Austinin tulkinta lainsäätäjistä muistuttaa pankkiryöstäjää, joka hänkin esittää pakottavia määräyksiä tyyliin: ”Rahat tai henki!” Suvereenin rangaistushalla vahvennettu käsky kuvaa ehkä tyydyttävällä tavalla rikos- tai vero-oikeuden aineellisia normeja, mutta on useita muita oikeudellisen sääntelyn aloja, joita senkaltaisen malli ei tavoita.

Ajatellaan yksityisoikeuden sääntöjä, jotka säätelevät pätevän sopimuksen tai testamentin laatimista. Niitä on vaikea mieltää suvereenin vallanpitäjän kansalaisille osoittamiksi käskyiksi, eikä säännön noudattamatta jättämisestä seuraa mitään rangaistusta ainakaan samassa merkityksessä kuin rikosoikeudellisen sääntelyn kohdalla. Kyse on pikemminkin Georg Henrik von Wrightin termin teknisestä normista: jos tahdot tehdä pätevän testamentin, sinun tulee tehdä se laissa säädettyä määrämuotoa noudattaen. Entä valtiosäännön normit pätevästä lainsäädäntömenettelystä? Niitä on vielä testamenttinormejakin vaikeampi mieltää suvereenin antamiksi käskyiksi, koska tällöin suvereeni antaisi käskyjä itselleen. Valtiosääntönormit voi nekin tulkita lainsäätäjälle osoitetuiksi teknisiksi normeiksi: jos tahdot säätää pätevän lain, se tulee säätää perustuslaissa säädettyä menettelytapaa noudattaen. Sanotunlaisten sääntöjen rikkomisen sanktiona on vain tarkoitettun säädöksen tai oikeustoimen pätemättömyys, ei varsinainen rangaistus- tai pakkotäytäntöönpanouhka.

H. L. A. Hartin mukaan moderni oikeusjärjestys koostuu kahdenlaisista oikeussäännöistä: ensiasteen velvoitesäännöistä (*primary rules of obligation*) sekä toisen asteen muuttamis-, täytäntöönpano- ja tunnistamissäännöistä (*secondary rules of change, adjudication and recognition*).

Ensiasteen velvoitesäännöt on osoitettu yksittäisille kansalaisille. Ne määrittävät yhtäältä kansalaisten keskinäisiä velvoitteita, toisaalta näiden velvoitteita julkista valtaa kohtaan. Rikos-, vahingonkorvaus- tai vero-oikeuden pakottavat käyttäytymissäännöt ovat esimerkkejä ensiasteen velvoite-

säännöistä: rikokseen syyllistynyt tuomitaan lain määräämään rangaistukseen, toiselle vahinkoa aiheuttanut on velvollinen korvaamaan aiheuttamansa vahingon, ja maksuunpannut verot on suoritettava pakkotäytäntöönpanon uhalla.¹⁰

Toisen asteen oikeussäännöt, joita Austinin oikeusteoria siis ei tuntenut, voidaan Hartin mukaan jakaa kolmeen ryhmään: velvoitenormien muuttamista, täytäntöönpanoa ja tunnistamista koskeviin sääntöihin. Ensinnäkin valtiosääntöoikeuden lainsäädäntötoimivaltaa koskevat säännöt sekä yksityisoikeuden kompetenssisäännöt (*rules of change*) määrittävät, miten ja kenen toimesta ensiasteen velvoitenormeja voidaan pätevällä tavalla luoda, muuttaa ja kumota. Perustuslain säännöt pätevistä lainsäädäntömenettelyistä yhtä hyvin kuin pätevän testamentin, sopimuksen tai avioehdon laatimista säätelevät oikeusnormit kuuluvat tähän ryhmään. Toiseksi prosessioikeuden täytäntöönpanonormit (*rules of adjudication*) määrittävät menettelytavan, jota noudattaen ensiasteen velvoitenormit tulee panna täytäntöön tuomioistuinten ja muiden viranomaisten toimesta. Lopuksi, oikeuden viimekätinen tunnistamissääntö (*ultimate rule of recognition*) on kriteeri, jonka avulla voimassa olevat oikeussäännöt tunnistetaan päteviksi oikeussäännöiksi tuomarien, muiden viranomaisten ja yksityisten kansalaisten toimesta.

Tunnistamissääntö käsittää viittauksen oikeusjärjestyksessä hyväksyttyyn oikeuslähdeoppiin eli niihin säädöksiin, lainvalmisteluasiakirjoihin, tuomioistuinten ennakkoratkaisuihin, tavanomaisoikeudellisiin sääntöihin ja mahdolliseen muuhun lähdeaineistoon, jonka tuomarikunta on hyväksynyt itseään sitovaksi ratkaisutoiminnassaan. Hartin oma esimerkki Englannin oikeuden tunnistamissäännöstä on: "*what the Queen in Parliament enacts is (valid) law.*" Suomen oikeudessa vastaava tunnistamissääntö kuuluisi: se, mitä valtiopäiville kokoontunut eduskunta valtiosääntöä noudattaen säätää, on Suomessa voimassa olevaa oikeutta.

Hartin mukaan on kaksi välttämätöntä ja riittämätöntä ehtoa sille, että oikeusjärjestys on olemassa: ensinnäkin kansalaisten tulee yleisesti noudattaa niitä ensiasteen velvoitesääntöjä, jotka täyttävät tuossa oikeusjärjestyksessä hyväksytyt pätevyyskriteerit, ja toiseksi viranomaisten tulee tehokkaalla tavalla hyväksyä toisen asteen muuttamis-, täytäntöönpano- ja

¹⁰ Kelsenin mukaan muun muassa rikoslain säännöt on osoitettu tuomareille ja muille lakia soveltaville viranomaisille: jos joku rikkoo rikoslain säännöksiä, tuomari on tuomitettava kyseinen henkilö lain määräämään rangaistukseen.

tunnistamissäännöt oman toimintansa normatiiviseksi mittapuuksi.¹¹

Hartin mukaan vasta toisen asteen muuttamis-, täytäntöönpano- ja tunnistamissääntöjen hyväksyminen ja niitä vastaavan viranomaiskoneiston käyttöönotto merkitsee siirtymää esioikeudellisesta aidosti oikeudelliseen yhteisölliseen järjestykseen.¹² Alkukantaisten kansanheimojen oikeus koostuu Hartin mukaan pelkästään ensiasteen velvoitesäännöistä, ilman tehokkaasti toimivaa viranomaiskoneistoa tai sitä vastaavia metatason sääntöjä varsinaisten velvoitesääntöjen tunnistamiseksi, muuttamiseksi tai täytäntöönpanemiseksi. Samoin kansainvälisessä oikeudessa ainakin osa toisen asteen oikeussäännöistä puuttuu, koska ei ole tehokasta lainsäädäntö- ja tuomioiden täytäntöönpanokoneistoa. Kyse on siten Hartin termin esioikeudellisesta sääntökokonaisuudesta. Hartia on kritisoitu huomauttamalla, että primitiivisten kansanheimojen yhteydessä termi ”sääntö” merkitsee varsin eri asiaa kuin 1960-luvun Englannissa, mitä Hart käytti teoriansa ajatuksellisenä referenssinä.

Hartin sääntökeskeistä oikeuskäsitystä on kritisoitu sillä perusteella, että se rajaa vallitsevaan yhteiskuntamoraaliin ja/tai yhteiskunnallisiin tarkoituksenmukaisuusnäkökohtiin sidoksissa olevat oikeusperiaatteet voimassa olevan oikeuden ulkopuolelle. Etenkin yhdysvaltalainen Ronald Dworkin on korostanut, että tuomarit käyttävät myös senkaltaisia sisällöllisiä oikeusperiaatteita kuin *kukaan ei saa hyötyä tekemästään vääryydestä* ratkaisua tehdessään. Toisin kuin oikeussääntöjä, oikeusperiaatteita ei Dworkinin mukaan ole mahdollista tunnistaa formaalin tunnistamissäännön avulla. Dworkinin käsitys madaltaa raja-aitaa voimassa olevan oikeuden ja yhteiskuntamoraalin ja erilaisten tarkoitussidonnaisten näkökohtien välillä, kun taas Hartin teoria toteuttaa John Austinin oikeuspositivistista ohjelmaa, jonka mukaan oikeuden systeeminen voimassaolo ja oikeuden sisällöllinen hyväksyttävyys tulee pitää erillään toisistaan. Hartin oikeuskäsitystä on myös kritisoitu sen vahvasta tuomari- ja viranomaiskeskeisyydestä: vain tuomareilta ja muilta viranomaisilta edellytetään toisen asteen muuttamis-, täy-

¹¹ Hart, *The Concept of Law*, s. 113. Vaikka Hart toteaaakin teoksen alussa, ettei hän aio esittää mitään varsinaista oikeuden määritelmää, sanottu välttämättömien ja riittävien ehtojen avulla annettu luonnehdinta täyttää selvästi käsitelmääritelmän kriteerin. Vrt. Hart, mts. 16–17. Hart myös huomauttaa, että kyse ei ole oikeuden määritelmästä vaan oikeuden käsitteen selventämisestä. Kyse on toisin sanoen viime kädessä kielenkäytön ongelmasta. Hart, mts. 208.

¹² Hartin sanoin: ”a step from the pre-legal to the legal world”, Hart, *The Concept of Law*, s. 91.

täntöönpano- ja tunnistamissääntöjen hyväksymistä, kun yksittäisten kansalaisten osaksi jää vain tosiasiallinen velvoitesääntöjen noudattaminen.

Koska myös metatason muuttamis- ja täytäntöönpanonormit on voitava ennen niiden soveltamista tunnistaa, oikeuden tasoja on Hartilla itse asiassa kolme: ensiasteen velvoitesäännöt, toisen tason muuttamis- ja täytäntöönpanosäännöt, jotka tuomarit ja muut viranomaiset ovat hyväksyneet oikeudellisen ratkaisutoimintansa normatiiviseksi perustaksi, sekä kolmannen tason tunnistamissääntö, jonka avulla tuomarit tunnistavat kahden edellisen tason säännöt. Hart huomauttaa, että yksittäisessä oikeusjärjestyksessä voi olla useita tunnistamissääntöjä, joita eriasteiset viranomaiset hyödyntävät ratkaisutoiminnassaan. Esimerkiksi verovirkailija tai hallintotuomari saattaa omalla oikeudenalallaan soveltaa erilaista tunnistamissääntöä – eli erilaista oikeuslähdeoppia – kuin rikos- tai siviiliasian tuomari. Sittenkin kussakin oikeusjärjestyksessä voi Hartin mukaan olla vain yksi hierarkkisesti ylin, viimekätinen tunnistamiskriteeri, jonka avulla keskeiserottelu voimassa oleva oikeus/ei-oikeus lopulta tehdään.

Mutta onko oikeuden viimekätinen tunnistamissääntö osa ”oikeutta” vai ”ei-oikeutta”? Onko se itse velvoittava oikeusnormi vaiko vain kontingenti yhteiskunnallinen tosiasia tuomarikunnan keskuudessa vallitsevan säännönmukaisuuden merkityksessä? Entä miten oikea tunnistamissääntö voidaan tunnistaa mahdollisesti monien ehdokkaiden joukosta? Päättymätön regressi eli viittaus (n+1)-tason tunnistamissääntöön n-tason tunnistamissäännön tunnistamiseksi aina *ad infinitum*, on määritelmällisesti suljettu pois, koska nyt on kyse oikeuden viimekätisestä pätevyyskriteeristä. Onko tunnistamissääntöä siis sovellettava myös itseensä tavalla, joka olisi yhdenmukainen Niklas Luhmannin ja Gunther Teubnerin autopoieettisen ja systeemitoeettisen oikeuskäsityksen kanssa, missä systemisesti käsitetty oikeus päättää itse omista rajoistaan ja oikeudellisen velvoittavuuden kriteereistä? Vai onko vain hyväksyttävä se teoreettisessa katsannossa varsin epätydyttävä käsitys, että tuomarit arvatেনkin tietävät mitä tekevät, eikä teoreetikko voi omassa analyysissään päästä sen pidemmälle.¹³ Hart väistää vaikean kysymyksen tunnistamissäännön oikeus/ei-oikeus tai normi/fakta -luokittelusta viittaamalla kahteen mahdolliseen näkökulmaan oikeuteen.

¹³ Olen pohtinut sanottua kysymystä kirjoituksessani Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia? Lakimies 5/2000, ss. 671–689.

Kaksi näkökulmaa oikeuteen

Hart toteaa, että on kaksi näkökulmaa oikeuteen: yhtäältä tuomarin sisäinen näkökulma, toisaalta oikeussosiologin tai muun yhteiskuntatieteen tutkijan ulkoinen näkökulma oikeuteen.¹⁴

Oikeutta ulkoisesta näkökulmasta koskevat tosiasialauseet (*external statements of fact*) esittävät väitteen oikeussäännön empiirisestä tai tosiasiallisesta olemassaolosta tuomioistuin- ja viranomaiskäytännössä. Näkökulma on oikeussosiologin tai muun oikeuden ulkoisen tarkkailijan näkökulma, joka ei ole sitoutunut sanottuihin oikeussääntöihin oman ja toisten käyttäytymisen normatiivisena arviointikriteerinä. Hartin esimerkki ulkoisesta näkökulmasta oikeuteen on: ”Englannissa hyväksytään oikeudeksi ... se mitä kuningatar valtiopäiville kokoontuneessa parlamentissa säättää”.¹⁵

Sisäisestä näkökulmasta esitetyt voimassaolo- tai pätevyyslauseet (*internal statements of validity*) ovat lauseita, joissa yhteisesti hyväksyttyä sääntöjoukkoa käytetään normatiivisena mittapuuna, jonka avulla omaa ja toisten käyttäytymistä arvioidaan. Sisäistä näkökulmaa edustavat lauseet sisältävät vaateen norminmukaisesta käyttäytymisestä sekä normatiivisen moitteen tilanteessa, jossa käyttäytymisstandardeja ei asianmukaisesti noudateta. Normatiivisesti sävyttyneet termit kuten ”pitää”, ”täytyy” tai ”pitäisi”¹⁶ ovat tavallisesti osoituksena sisäisestä näkökulmasta oikeuteen. Senkaltaisen kielenkäytön on tarkoitus kiinnittää huomiota voimassa olevan oikeuden kansalaisille ja viranomaisille asettamiin käyttäytymisodotuksiin. Hartin esimerkki tuomarin, muun viranomaisen tai oikeudellisen riidan osapuoleksi joutuneen yksityisen kansalaisen sisäisestä näkökulmasta oikeuteen on: ”Voimassa olevan oikeuden mukaan on siten, että ...”.¹⁷

Niin kuin Neil MacCormick on huomauttanut, Hartin kahtiajako tuomarin sisäiseen ja sosiologin ulkoiseen näkökulmaan oikeuteen sivuuttaa oikeusteorian ja etenkin lainopin oikeudellisen tiedonintressin.¹⁸ Lainoppi tuottaa voimassa olevaa oikeutta koskevia tulkintalauseita, mutta senkaltaiset lauseet eivät sovi riidatta kumpaankaan Hartin kategorioista sisäinen tai

¹⁴ Hart, *The Concept of Law*, s. 83, 86–88, 96 ja 99.

¹⁵ ”In England they recognise as law ... whatever the Queen in Parliament enacts”, Hart, *ibid.*, s. 99.

¹⁶ Engl.: *ought*, *must* ja *should*.

¹⁷ ”It is the law that ...”, Hart, *The Concept of Law*, s. 99.

¹⁸ MacCormick, *H.L.A. Hart*, ss. 37–40, 43.

ulkoinen näkökulma. Lainopin tiedonintressiä voi kutsua MacCormickin termein hermeneuttiseksi näkökulmaksi oikeuteen, joka sijoittuu tuomarin sisäisen ja sosiologin ulkoisen näkökulman väliin.¹⁹ Lainoppi jakaa tuomarin laintulkintaintressin ilman, että se olisi sidottu tuomarin ratkaisupakkoon tai välttämättä edes samaan oikeuslähdeoppiin tai tunnistamissääntöön kuin tuomarikunta. Itse asiassa jo tuomari Oliver Wendell Holmes, Jr.:n ”pahan miehen” eli lainrikkokojan näkökulma oikeuteen, missä arvioitavana on vain se, ”mitä (esimerkiksi) Englannin tai Massachusettsin tuomioistuimet tulevat asiassa tekemään, jos toimin niin-tai-näin”, sisältää senkaltaisen hermeneuttis-tulkinnallisen elementin.

Oikeuden tulkintaoppi

Hartin tulkintaoppi perustuu kielen semanttisen avoimuuden (*open texture*) varaan. Hartin mukaan kielen käsitteillä on yhtäältä vakiintunut tai semanttisesti lukkoon lyöty merkityksen ydinvyöhyke, toisaalta semanttisesti avoin merkityksen reunavyöhyke, jolla useat tulkinnat ovat mahdollisia. Koska oikeussäännöt ilmaistaan kielen avulla, myös ne ovat vääjäämättä semanttisesti avoimia eli niiden mahdollisia merkityksiä ei voi ennalta määrittää.²⁰ Tämä tekee samalla mahdolliseksi sen, että oikeudellinen sääntely voi vastata tulevaisuudessa toteutuvien, täysin uudenlaisten yhteiskunnallisten tilanteiden haasteisiin yleisten sääntöjen muodossa.

Ajatellaan esimerkiksi sääntöä: ”Ajoneuvolla ajo puistossa on kielletty!” Mitä tarkoitetaan termillä *ajoneuvo*? Autot, moottoripyörät ja mopot ovat tässä riidattomia tapauksia eli ne sijoittuvat säännön ja sen sisältämän käsitteen merkityksen ydinvyöhykkeelle. Sitä vastoin senkaltaiset kulkuvälineet kuin moottoroitu pyörätuoli, rullasukset, potkulauta tai venäläisten avaruusinsinöörien kesällä 2000 kehittämät polttomoottorikäyttöiset hyppykengät ovat aidosti monitulkintaisia suhteessa sanottuun sääntöön eli ne sijoittuvat sen merkityksen reunavyöhykkeelle. Entä saako puistoon ajaa joukon historiallisia sotilasajoneuvoja, jotka liittyvät puistossa viikonloppuna vietettävään muistojuhlaihin?

Tilanteessa, jossa sääntö on semanttisesti monitulkintainen, tuomari to-

¹⁹ MacCormick käyttää myös termiä ”ei-äärimmäinen ulkoinen näkökulma” oikeuteen.

²⁰ Oikeuden tulkinnasta, ks. Hart, *The Concept of Law*, ss. 121–150 (luku ”Formalism and Rule-Scepticism”) ja s. 200.

teuttaa Hartin mukaan lainsäätäjän vapaata harkintaa valitessaan mielestään perustelluimman tulkintavaihtoehdon useiden ehdokkaiden joukosta. Hart myös sulkee pois kaksi toisilleen vastakkaista tulkintaideologiaa: yhtäältä saksalaisten käsitelainoppineiden esittämän idean oikeudellisen käsitesysteemin ennalta lukkoon lyödyistä merkityksistä sekä siihen liittyen yhdestä oikeasta ratkaisusta oikeudelliseen ongelmaan, toisaalta yhdysvaltalaisen oikeusrealistien ja *Critical Legal Studies* -koulun tutkijoiden esittämän teesin oikeussääntöjen radikaalista monitulkintaisuudesta ja eri tulkintavaihtoehtojen samantarvoisuudesta.

Lon L. Fuller on kritisoinut Hartin tulkintaoppia sillä perusteella, että Hart sivuuttaa oikeussääntöjen yhteiskunnallisen kontekstin tai tavoitteellisen elementin ja käsittelee tulkintaa pelkästään semanttis-kielellisenä operaationa. Esimerkiksi ajoneuvojen ajo puistoon edellä esitetyssä esimerkissä ratkeaa säännöksen yhteisöllisen tarkoituksen perusteella: jos kiellon tavoitteena on ollut rauhoittaa puisto tavanomaisen läpiajoliikenteen mukanaan tuomalta meteliltä, vaaratilanteilta ja ilmansaasteilta, museoajoneuvojen ajaminen puistoon erityisen juhlatilaisuuden yhteydessä tuskin loukkaa tuota säännön perustetta. Ronald Dworkin on puolestaan huomauttanut, että aidosti tulkinnanvaraisessa lainsoveltamistilanteessa tuomarin tulee soveltaa myös oikeusjärjestyksen hyväksymiä oikeusperiaatteita, joihin kansalaisten oikeudet viime kädessä perustuvat. Tuomarin harkinta ei ole milloinkaan lainsäätäjän vapaan harkinnan kaltaista vaan se on aina sisällöllisten oikeusperiaatteiden sitomaa. Dworkinin mukaan Hartin oikeusteorian ei ota kansalaisten oikeuksia vakavasti.²¹

Luonnonoikeuden vähimmäissisältö

John Austinin tavoin Hart tekee käsitteellisen eron oikeuden muodollisen voimassaolon ja oikeuden sisällöllisen hyväksyttävyyden välillä, rajaten vallitsevan yhteiskuntamoraalin periaatteet positivistisen oikeuskäsitteen ulkopuolelle. Yhtä kaikki, hänen teoriaansa sisältyy luonnonoikeudellinen elementti, jota Hart kutsuu termillä *luonnonoikeuden vähimmäissisältö* (*minimum content of natural law*). Hartin perustelut tukeutuvat eräsiin ihmisluontoa ja ihmisen elintilaa koskeviin itsestäänselvyksiin. Koska

²¹ Dworkinin *Taking Rights Seriously* ja etenkin sen kaksiosainen kirjoitus ”The Model of Rules, I–II” on Hartin positivistisen ja sääntökeskeisen oikeuskäsityksen kritiikkiä.

ihmisyhteisö ei ole itsetuhoinen ”itsemurhakerho” vaan pyrkii elämän jatkumiseen ja yhteisön säilymiseen, seuraavat ihmistä koskevat truismit on syytä hyväksyä kaiken oikeudellisen sääntelyn perustaksi:

- (1) ihmisten haavoittuvuus,
- (2) summittainen tasavahvuus,
- (3) rajallinen epätietoisuus,
- (4) käytettävissä olevien resurssien rajallisuus ja
- (5) rajallinen ymmärrys ja tahdonvoima

Hartin mukaan lainsäätäjä, joka sivuuttaisi täysin kansalaisten hengen, terveyden, ruumiillisen koskemattomuuden ja jonkinlaisen omaisuuden suojan, ei voisi luottaa näiden normikonformiteettiin eli vapaaehtoiseen oikeussääntöjen noudattamiseen minkään muunkaan oikeudellisen järjestelyn kohdalla. Niinpä luonnonoikeusopin ”terveen järjen mukainen ydinsisältö” käsittää sanotun kaltaiset oikeusohjeet itse kullekin tärkeiden perusarvojen suojasta sekä yhteisten resurssien jaosta.

On jonkin verran epäselvää, mikä Hartin hahmottelemien luonnonoikeuden vähimmäissääntöjen asema on hänen oikeudellisessa ajattelussaan. Kyse ei ehkä sittenkään ole aidosti sisällöllisistä moraaliperiaatteista perinteisen luonnonoikeusopin tarkoittamassa merkityksessä. Lon L. Fullerin kanssa käymässään ajatustenvaihdossa Hart kritisoi ankarasti tämän ideaa ”oikeuden sisäisestä moraalista” (*internal morality of law*) tai ”moraalista, joka tekee oikeuden mahdolliseksi” (*the morality that makes law possible*). Hart jopa vertasi Fullerin metatason sääntöjä sarkastisesti myrkyttämisen moraaliiin (*morality of poisoning*): ”jos tahdot tehokkaasti myrkyttää jonkun, niin vältä myrkkyä, joiden muoto, väri tai koko on omiaan herättämään uhrin huomion”.²² Fullerin metasäännöissä oli toisin sanoen kyse vain ylipäätään tavoitteellisen toiminnan pelisäännöistä tai lainsäätäjälle osoitetuista teknisistä normeista: jos tahdot saada aikaan edes jollain tavoin tehokkaan oikeusjärjestyksen, toimi lainsäätäjänä siten, että kunnioitat kansalaisten henkeä, terveyttä ja ruumiillista koskemattomuutta, välttämätöntä omaisuuden suojaa, ja niin edelleen.

²² Hart, *The Concept of Law*, ss. 189–195; Hart, ”Lon L. Fuller: *The Morality of Law*”, teoksessa Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, ss. 343–363 ja etenkin s. 350. Vrt. Fuller, *The Morality of Law*, etenkin ss. 33–94.

Lopuksi

Hartin vaikutus englantilaisen kielialueen analyyttiseen oikeusteoriaan on ollut keskeinen, ja häntä pidetään perustellusti yhtenä tämän koulun merkittävimmistä kirjoittajista. Hartin tekstit ovat tavallisesti varsin helposti lähestyttävissä niiden kielellisen selkeyden vuoksi, missä Hart toteuttaa Oxfordin arkikielen filosofian *common sense* -ideologiaa parhaimmillaan. Toisaalta Hart ei ole epäröinyt tarttua monille analyytikoille usein etäisiksi jääneisiin moraalien ja yhteiskunnan kysymyksiin, mistä on seurannut monta hyödyllistä älyllistä debattia: oikeuden ja moraalin suhde (Hart vs. Fuller ja Hart vs. Lord Devlin), rikosoikeudellisen vastuun yleiset edellytykset ja rangaistuksen oikeuttaminen (Hart vs. Wootton) sekä oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet suhteessa voimassa olevaan oikeuteen (Hart vs. Dworkin). Hartin vastine Dworkinille sisältyi tosin vasta *The Concept of Law*'n postuumisti julkaistuihin jälkisanoihin.

Hartin teoreettisena lähtökohtana *The Concept of Law* -teoksessa oli John Austinin positivistinen oikeusteoria, jota Hart arvioi kriittisesti rekonstruotuaan sen ensin ”vahvimmassa mahdollisessa muodossa”. Austinin klassisen oikeuspositivismi on selkeä ja johdonmukainen teoria oikeudesta mutta samalla liian yksinkertaistettu teoria toimiakseen tyydyttävästi modernin oikeuden mallina. Hans Kelsenin *Puhtaan oikeusopin* normativismi olisi tarjonnut Hartille paremman vastuksen. Hartin tunnistamissääntö (*rule of recognition*) onkin selvästi ajatuksellinen vaihtoehto Kelsenin transsendentaalis-loogiselle perusnormille (*Grundnorm*), mutta keskeisvertailu näiden kahden välillä on sijoitettu teoksen kahteen alaviitteeseen päätekstin sijaan.²³ Hartin oikeusteoriaa voi näin lukea kielifilosofisesti suuntautuneena versiona oikeuspositivismista, missä voimassa oleva oikeus määritetään tunnistamissäännön eli tuomarikunnan kollektiivisesti hyväksymän oikeuslähdeopin avulla suvereenin vallanpitäjän antamien käskyjen (Austin) tai transsendentaalis-loogisen perusnormiolettaman (Kelsen) sijaan.

H. L. A. Hartin analyyttista oikeusteoriaa ovat jatkaneet etenkin Neil MacCormick (*Legal Reasoning and Legal Theory*) ja Joseph Raz (*The Concept of A Legal System*). Hartin kritikoista merkittävin on ollut Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously, Law's Empire*), joka nimitettiin Oxfordin yliopiston oikeusteorian professoriksi Hartin jälkeen.

²³ Hart, *The Concept of Law*, ss. 245–246 (alav. s. 97) ja s. 247 (alav. s. 100).

Lähteet

- Aarnio, Aulis: *Perillisen oikeusasemasta*. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisu, B:153, Helsinki 1967.
- Austin, John: *The Province of Jurisprudence Determined*. Edited by H. L. A. Hart. Weidenfeld & Nicholson, London 1954 (1832).
- Austin, John L.: *How to Do Things with Words. The William James Lectures Delivered at Harvard University in 1955*. Edited by J.O. Urmson and Marina Sbisa. Oxford University Press, Oxford – New York 1962.
- Devlin, Lord: *The Enforcement of Morals*. Oxford University Press, Oxford 1959.
- Dworkin, Ronald: *Law's Empire*. Fontana Masterguides, London 1986.
- Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously*. With a New Appendix, a Response to Critics. Harvard University Press, Cambridge in Massachusetts 1978 (1977).
- Fuller, Lon L.: *The Morality of Law*. Revised edition. New Haven and London: Yale University Press, 1969 (1964).
- Hart, H. L. A.: The Ascription of Responsibility and Rights. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1948–49. Reprinted in A. G. N. Flew (toim.): *Logic and Language*. Basil Blackwell, Oxford 1951, ss. 145–166.
- Hart, H. L. A.: *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*. Clarendon Press, Oxford 1982.
- Hart, H. L. A.: *The Concept of Law*. Clarendon Press, 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. Clarendon Press, Oxford 1994.
- Hart, H. L. A.: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Clarendon Press, Oxford 1983.
- Hart, H. L. A.: *Law, Liberty and Morality*. Clarendon Press, Oxford 1963.
- Hart, H. L. A.: *The Morality of the Criminal Law: Two Lectures*. Jerusalem at the Magnes Press, The Hebrew University & Oxford University Press, Oxford 1965.
- Hart, H. L. A.: *Punishment and Responsibility*. Clarendon Press, Oxford 1967.
- Hart, H. L. A.: – Honoré, A. M.: *Causation in the Law*. Clarendon Press, Oxford 1959.
- MacCormick, Neil: *H. L. A. Hart. Jurists: Profiles in Legal Theory*. Edward Arnold, London 1981.
- MacCormick, Neil: *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford University Press, Oxford 1978.
- Raz, Joseph: *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*. Clarendon Press, Oxford 1970.
- Siltala, Raimo: Oikeuden viimekätisen pätevyyskriteerin ratkeamaton ongelma: onko Hartin tunnistamissääntö velvoittava oikeussääntö vai yhteiskunnallinen tosiasia? *Lakimies* 5/2000, ss. 671–689.

Kirjallisuutta

H. L. A. Hartin keskeiset teokset: Hart, H. L. A.: *Essays on Bentham: Jurisprudence and Political Theory*. Clarendon Press, Oxford 1982. Hart, H. L. A.: *The Concept of Law*. Clarendon Press, 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. Clarendon Press, Oxford 1994. Hart, H. L. A.: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Clarendon Press, Oxford 1983. Hart, H. L. A.: *Law, Liberty and Morality*. Clarendon Press, Oxford 1963. Hart, H. L. A.: *The Morality of the Criminal Law: Two Lectures*. Jerusalem at the Magnes Press, The Hebrew University & Oxford University Press, Oxford 1965. Hart, H. L. A.: *Punishment and Responsibility*. Clarendon Press, Oxford 1967. Hart, H. L. A.: & Honoré, A. M.: *Causation in the Law*. Clarendon Press, Oxford 1959.

Kommentaarikirjallisuutta: Baker, Brenda M.: "H. L. A. Hart", hakusana teoksessa Christopher, B. Gray, (toim.): *The Philosophy of Law: An Encyclopedia*. Garland Publishing, Inc., New York & London 1999, s. 345–348. Bayles, Michael D.: *Hart's Legal Philosophy: An Examination*. Law and Philosophy Library, vol. 17. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht – Boston – London 1992. Dworkin, Ronald: *Taking Rights Seriously*. With a New Appendix, a Response to Critics. Harvard University Press, Cambridge in Massachusetts 1978 (1977). McCormick, Neil: *H. L. A. Hart. Jurists: Profiles in Legal Theory*. Edward Arnold, London 1981. Martin, Michael: *The Legal Philosophy of H. L. A. Hart: A Critical Appraisal*. Temple University Press, Philadelphia 1987.