
Kimmo Nuotio (toim.)

Oikeusteoreettisia katkelmia

Julkaisuvaliokunta

Raimo Lahti, puheenjohtaja

Markku Helin

Mika Hemmo

Risto Nuolimaa

Lea Purhonen, sihteeri

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 603 567

f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Kannen suunnittelu: Heikki Kalliomaa

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

ISSN 1458-0446

ISBN 951-855-208-8

Gummerus Kirjapaino Oy, Saarijärvi 2003

Sisällys

Esipuhe	7
---------------	---

Tapio Määttä

Kyösti Haataja – sosiaalireformistinen käsitelainopin varhais- kriitikko ja taloushistoriallisen oikeustutkimuksen uranuurtaja	11
---	----

Aulis Aarnio

Alf Ross ja realistinen oikeustiede	55
---	----

Eerik Lagerspetz

G. H. von Wright ja käytännöllinen järki	77
--	----

Kaarlo Tuori

Kaarle Makkonen ja suomalainen hallinto-oikeus	111
--	-----

Kimmo Nuotio

Valikoivia huomioita Aulis Aarnion analyttisestä hermeneutiikasta	143
--	-----

Kirjoittajat	178
--------------------	-----

Alf Ross ja realistinen oikeustiede

1. Alf Rossin ajatusten alkujuuria

Alf Ross (1899–1979) kuuluu kiistatta 1900-luvun suurimpiin eurooppalaisiin oikeusajattelijoihin. Pohjoismaissa hän asettuu *Axel Hägerströmin* vertaiseksi, jonka filosofia oli myös Rossin ensimmäinen henkinen koti. Tässä hengessä Ross otti 1930-luvun alussa vahvasti kantaa moraalien (ja arvostusten) normatiiviseen luonteeseen. Sellaiset asiat kuin moraaliset velvollisuudet ovat vain velvollisuudentunteen ilmauksia.

Jo tämän taustansa vuoksi Alf Ross voidaan perustellusti liittää ns. *skandinaavisen realismin* ajatusperintöön. Rossia ja oikeastaan muitakin hänen aikalaisiaan ymmärtääksemme on muistettava, että Ross kirjoitti myös siinä *pragmaattisessa* traditiossa, joka Tanskassa alkoi *Ørstedististä* ja jatkui mm. *Ussingiin* ja *Vinding Kruseen*. Tässä katsannossa Alf Ross oli syvästi pohjoismainen ajattelija, jonka kytkeminen esimerkiksi ns. amerikkalaiseen realismiin (pragmaattiseen instrumentalismiin) vääristää tykkänään Rossin opillisen taustan ja hänen juridis-teoreettiset perussitoumuksensa.

Alf Rossista ja oikeustieteestä puhuttaessa on pidettävä tarkoin erossa kaksi Rossia. Toinen ja suomalaisille tutumpi on *analytyttinen* Alf Ross, jonka oivalluksia Suomessa jatkoi ensinnä *Simo Zitting* ja hänen jälkeensä ns. analytyttisen oikeustieteen koulukunta. Tämä Alf Ross on jätetty esillä olevasta tarkastelusta sivuun, koska siitä on kosolti suomenkielistä kirjallisuutta. Viimeksi analytyttisen oikeustieteen traditio on ollut esillä *Juha Pöyhösen* ja allekirjoittaneen välisessä keskustelussa.¹

¹ Ks. tästä keskustelusta Pöyhönen, Juha, *Uusi varallisuusoikeus* (2000) sekä Aarnio, Aulis, ”Uusi varallisuusoikeus – vai vanha?” LM 4/2002, s. 515 ss.

Analytyttisestä oikeustieteestä lähemmin Helin, Markku, *Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960* (1988). Teos on kansainvälisestikin arvioiden korkealuokkainen esitys skandinaavisesta realismista ja sen saamasta vastaanotosta Suomessa.

Ks. myös Kultalahti, Jukka, *Omaisuuksensuojelu ympäristönsuojelussa* (1990). Tarkkanäköisesti ja omaperäisesti Rossia on käsitellyt niin ikään Raimo Siltala teoksessa *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law* (2000).

Toinen ja tässä tarkastelun kohteeksi tuleva Alf Ross on (*oikeus*)*realisti*. Tämä puoli Rossin ajattelusta ei koskaan varsinaisesti kotiutunut Suomeen. Sikäli kuin tiedän, yhtään ”realisti-Rossin” ajatuksia myötäilevää oikeustieteellistä tutkimusta ei Suomessa ole tehty. Toisin sanoen: Suomessa ei ole ollut – eikä näytä olevan – elävää oikeusrealismin perinnettä.

Käsitykseni mukaan ainoastaan yksi teoreettisesti vahva ja hyvin perusteltu kirjoitus on puoltanut rossilaisuutta teoreettisena konstruktiona. Se on Martti Federleyn artikkeli ”Laintulkinnasta deskriptiivisenä tulkintaoppina” (LM 1965, s. 296 ss.). Tämäkin tutkielma on puhtaasti teoreettinen. Käytännön sovelluksia realistisesta oikeustieteestä Federleykään ei julkaissut.

Mutta takaisin Alf Rossiin. Häntä kiinnosti realistin ominaisuudessa se, milaista on *tieteellinen* oikeustiede, sellainen oikeutta koskeva tutkimus, jonka väitteet voivat olla (ainakin periaatteessa) samaan tapaan tosia tai epätosia kuin missä tahansa vakavat tieteen tuntomerkit täyttävässä tutkimuksessa.

Alf Ross ei kuitenkaan ollut realisti suoraan Axel Hägerströmin vaikutuksesta, vaikka Hägerströmin varjo osuikin edellä viitattuun tapaan nuoren Rossin ylle. Itse asiassa Alf Rossin tie Hägerströmin vaikutuspiiriin kulki *Hans Kelsenin* kautta. Hänen saksaksi julkaistu teoksensa *Theorie der Rechtsquellen* (1929) on niin vahvasti Kelsenin ajatusten leimaama, että mm. Vinding Kruse moitti häntä liian kelseniläiseksi. Ilmeisesti juuri tämä kritiikki johti siihen, että Ross väitteli Uppsalassa Hägerströmin suojissa. Ja sitä kautta Ross ajautui skandinaavisen realismin leiriin, joskin teki sen hänelle omaleimaisella tavalla.

Rossin *oikeustieteen* teoriaa ajatellen merkittävin – ja myös vaikutusvaltaisin – teos on *Om ret og retfaerdighed* (1953). Se muodostaa pohjan myös nyt esillä olevalle tarkastelulle. Kun siihen viitataan, on tärkeää muistuttaa, että saman teoksen käännös *Law and Justice* ei koskaan saanut Rossin itsensä hyväksyntää. Tiedyt perustermit on käännetty vähintäänkin harhaanjohtavasti ja Rossin teoria saa sen vuoksi käännöksessä osin virheellisesti valottuneen tulkinnan.²

Om ret og retfaerdighed ei enää ole puhdasverisesti *Uppsalan koulukunnan* teos. Sen kirjoittaja on jo elänyt myös loogisen empirismin ja ns. Wienin

² Ks. tästä esimerkiksi Aarnio, Aulis – Peczenik, Aleksander, ”Más alla realismo: Una crítica de la reconstrucción de la dogmática jurídica por Alf Ross”. Teoksessa: *Revista de Ciencias Sociales*, 5.1985, s. 127 ss.

piirin vaiheen, minkä vuoksi teosta on arvioitava oman aikansa tieteellistä maailmankuvaa vasten. Ennen kuin tutustumme lähemmin tämän vaiheen realisti-Rossiin, on syytä tehdä lyhyt tutustumismatka oikeuden teoriaan yleensä.

2. Ross ja oikeustieteen teoria

Sana ”oikeusteoria” viittaa kirjaimellisesti otettuna teoriaan oikeudesta. Näin tulkittuna oikeusteoria voi olla teoriaa oikeuden rakenteista (normeista, tasoista, käsitteistä), teoriaa oikeuden soveltamisesta (lainkäytöstä) tai teoriaa oikeuden tutkimisesta (oikeustieteestä).

Ross puhui oikeusteorian sijasta usein *oikeusfilosofiasta*. Nimityksen ei tule antaa johtaa ajatusta harhaan. Nykykielellä Rossin ajattelussa on kysymys nimenomaan oikeusteoriasta, ei osasta tai lohkosta yleistä filosofiaa. Sellaisena oikeusfilosofia voi olla esimerkiksi filosofiaa oikeuden alkupe-
räästä, sitovuudesta, sen yhteiskunnallisesta roolista tai muista niiden kaltaisista *peruskysymyksistä*. Tässä viitataan vain yleisesti keskusteluun siitä, onko filosofia tie-
de ja, jos se ei sitä ole, mikä sen rooli on.

Pohjoismaissa on tavallisesti puhuttu *yleisestä oikeustieteestä* (allmän rättslära). Sanaparin molemmat osat ovat tärkeitä. Kysymys on *yleisestä* (oikeus-)tieteestä erotuksena oikeustieteen erityisaloista, kuten rikos-, prosessi- tai siviilioikeudesta. Mutta yhtä tärkeä on jälkiosa: *oikeustiede*. Pohjoismaisessa ajattelussa yleinen oikeustiede on aina ollut erottamaton osa oikeustieteitten perhettä, ei osa yleistä filosofiaa.³

Alf Ross kuului oikeustieteilijöitten perheeseen. Hän oli peruskoulutukseen lakimies (valtio-oppinut) ja kirjoitti myöhemmin myös rikosoikeudesta. Kaikki, minkä hän on kirjoittanut oikeudesta yleensä ja oikeustieteestä erityisesti, tulee asettaa tätä taustaa eli lakimiehen ammattikuvaa vasten.

Ross itse ei ollut kiinnostunut oikeusteoriasta (hänen kielellään ”oikeusfilosofiasta”) *sinänsä*. Tässä hän on sukua myöhemmälle *Ludwig Wittgensteinille*

³ Merkillä pantavaa onkin, että huomattavimmat yleisen oikeustieteen edustajat ovat Pohjoismaissa kaikki olleet lakimiehiä ja käytännön tutkijoita (esimerkiksi Arnholm, Bjarup, Eckhoff, Ekelöf, Frändberg, Hellner, Jareborg, Jörgensen, Lundstedt, Olivecrona, Peczenik, Strömholm, Vinding Kruse, Undén, Ørstedt). Sama koskee suomalaisia oikeuden teoreetikkoja. Vain sellaiset nimet kuin Axel Hägerström, Stig Kanger, Manfred Moritz ja Len-
nart Åqvist jäävät ”puhtaina” filosofeina tämän kategorian ulkopuolelle.

mutta myös loogiselle empirismille. Wittgenstein korosti, ettei hänen kannaltaan ollut tärkeää harjoittaa filosofiaa, vaan analysoida filosofisesti kiinnostavia ongelmia. Filosofia ei ole tiede, se on terapiaa, joka vapauttaa ihmisen tarpeettomista ongelmista. Samassa hengessä Alf Ross kirjoittaa: Ei oikeusfilosofiaa, vaan oikeusfilosofisia ongelmia (ikke ”retsfilosofi”, men ”retsfilosofiske problemer”). Mikä sitten on oikeusfilosofinen ongelma Rossille?

Tiivistäen voi sanoa, että Alf Rossin keskeinen oikeusteoreettinen ongelma on *oikeustieteen kieli*. Tässä hän on aikansa lapsi. *Om ret og retfaerdighed* -teoksen kirjoittamisen aikoihin voimainsa tunnossa ollut looginen empirismi asetti ohjelmalliseksi julistukseksen teesin: Filosofian tehtävä on tieteen kielen looginen analyysi. Ei siis ihme, että *Om ret og retfaerdighed* -teos ponnistelee nimenomaan oikeustieteen kielen (oikeustieteen väittämien) tieteellisen luonteen (statuksen) selvittämiseksi.

Alf Rossin edustama (oikeus)realismi on näin ollen oikeustieteellistä realismia. Kaikki, minkä hän oikeudesta kirjoittaa, hän kirjoittaa oikeustieteen lävitse. Kuten näemme, tässä perusasenteessa on Alf Rossin vahvuus, mutta myös hänen heikkoutensa.

3. Alf Ross ja luonnonoikeus

Rossin edustaman realistisen lähestymistavan arviointi edellyttää sen paikantamista niiden teorioiden muodostamassa verkostossa, jotka ovat pyrkineet määrittämään, mitä oikeustiede on. Karkeasti jakaen nämä teoriat voidaan luokitella kahteen pääryhmään: luonnonoikeudelliset ja ei-luonnonoikeudelliset teoriat.

Edellisiin luetaan klassisen luonnonoikeuden, esimerkiksi *Aristoteleen* edustama oppi. Sen viritti uudelleen eloon keskiajan teologinen luonnonoikeus, esimerkkinä Tuomas Akvinolaisen käsitys ikuisesta ja luonnollisesta oikeudesta. Tämä ajatustapa vakiintui pitkälle uuden ajan puolelle erotteluna *ius naturae* vs. *ius positivum*. Uuden ajan rationaalisuus mursi akvinolaisen opin. Jumala ylimpänä auktoriteettina korvattiin ihmisjärjellä. Alkoi rationaalisen luonnonoikeuden aikakausi.

Viimeksi kuluneella vuosisadalla nousi puolestaan natsi-Saksan raunioista moderni luonnonoikeus, yritys löytää oikeudelle kestävämpi perusta kuin natsien hirmuvaltaan perustunut rakennelma. Saksalaiset oikeusoppineet kysyivät: Eikö oikeus ole mitään parempaa, mitään enemmän kuin se, johon Hitlerin lakeijat pystyivät? Ajatustapa oli voimissaan aina 1970-luvun alku-

puolelle saakka, mutta jäi varsinkin saksaa puhuvissa maissa sitten muitten oppien jalkoihin. Nytemmin luonnonoikeusajattelu on saanut uusia voimia ihmisoikeus- ja perusoikeuskeskustelussa. Luonnonoikeus on sen myötä tuotu myös suomalaiseen, muuten perinteisesti sangen ääripositivistiseen ympäristöön.⁴

Katolisessa maailmassa Akvinon Tuomaan nimiin vannovalla ajatustavalla on edelleen vankka asema, joskaan sen edustajat eivät muodosta opillisesti sen yhtenäisempää joukkoa kuin muutkaan ajatussuunnat. ”Uustomismi” – Tuomaan oppien jatkaja – on välttänyt katsoen kuitenkin katolisen kirkon ”virallinen” oikeusteoreettinen oppi. Toisaalta on joukko sangen moderneja ajatustapoja, joiden edustajista maininnan ansaitsee esimerkiksi Pedro Serra, analyttinen ja kiinnostava luonnonoikeusteoreetikko.

Ei-luonnonoikeudelliset teoriat muodostavat nekin kirjavan oppikudoksen. Yhteisenä nimityksenä sille on käytetty positivismi-termiä. Olen joissakin yhteyksissä luonnehtinut oikeudellista positivismia kahtiajaolla lakipositivismi (Gesetzespositivismus) vs. oikeuspositivismi (Rechtspositivismus).⁵

Edellinen (lakipositivismi) tunnustaa sitoviksi vain määrättyssä järjestyksessä annetut säädökset. Lakipositivismi ajattelumuotona on formaalista ja sulkee oikeustieteen piiristä pois sekä moraaliset että poliittis-yhteiskunnalliset argumentit. Tämän suuntauksen klassinen edustaja on Hans Kelsenin edustama *Puhdas oikeusoppi*. Lakipositivismiin laajassa merkityksessä voidaan lukea kuitenkin myös monia muita oppirakennelmia, esimerkkinä käsiteläinoppi ja analyttinen oikeustiede sen puhtaassa (alku)muodossa.

Oikeuspositivismi on enemmän filosofisen positivismin sukulainen: oikeutta on se, mikä voidaan kokemusperäisesti todentaa. Alf Rossin teoria oikeustieteestä on eräs oikeuspositivismin ilmentymä. Hänen teorialleen yhtä hyvin kuin lakipositivistisille suuntauksille on ollut ominaista pyrkimys ensin määritellä, mitä on *tiede* ja sen jälkeen arvioida, täyttääkö ja jos täyttää, millä edellytyksillä, oikeustiede tieteen tuntomerkit. Jos se ei täytä kulloinkin nimettyjä tieteen kriteereitä, se on jotakin muuta kuin tiedettä, esimerkiksi vaikuttamista, manipulaatiota tai suostuttelua.

⁴ Ks. luonnonoikeuden eri vaiheista Ross, *mt.*, s. 310 ss. sekä myös Aarnio, ”Ikuinen ja muuttuva oikeus”, *Urho Kaleva Kekkonen juhla-julkaisu* (1970).

⁵ Ks. käsitteistä Aarnio, ”Form and Content in Law: Dimensions and Definitions of Legal Positivism”. Teoksessa: *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*. Acta Philosophica Fennica. Vol. 36 (1983), s. 76 ss.

Ajatustapa on ongelmallinen, minkä Alf Rossinkin teorian tarkastelu osoittaa. Lähdettäessä ennalta annetuista tieteen tuntomerkeistä oikeustiede joudataan sijoittamaan Prokrusteen vuoteeseen: Kun potilas ei mahdu sänkyyn, on leikattava pois pää, jalat tai molemmat. Tiede yleismäärittienä ei anna mahdollisuutta ottaa huomioon oikeustieteen erikoisluonnetta.

Sen sijaan, että kysyttäisiin, onko oikeustiede tiede vai jotakin muuta, näyttäisi oikeustieteen harjoittamiselle – eri puolilla maailmaa ja eri aikoina – tekevän paremmin oikeutta kysymys: Millä tavalla oikeustieteen lauseita voidaan *kontrolloida* niin, että niiden objektiivisuus on mahdollisimman suuri. Oikeustieteen lauseiden *rationaalinen kontrolloitavuus* on oikeustieteen yhteiskunnallis-tieteellisen roolin kannalta merkittävämpää kuin pohtia sitä, täyttääkö oikeustiede jotkin sopimuksenvaraiset (positivistiset tai muut) tieteenkriteerit vai ei.

Tämä havainto muodostaa hedelmällisen pohjan ymmärtää Alf Rossin oikeustiedekäsitystä. Jäljempänä rossilaista käsitystä tarkastellaankin nimenomaan mallina, joka pyrkii osoittamaan, millaista oikeustieteen *pitäisi* olla (ollakseen tiedettä), sillä ollakseen tiedettä, oikeustieteen väitteet tulee voida vahvistaa empiirisesti. Tämä malli suhteutetaan julkilausumattomasti malliin, jonka tavoitteena on ymmärtää oikeustiedettä sellaisena kuin sitä *tosiasiassa harjoitetaan*. Itse olen edustanut jälkimmäistä suhtautumistapaa, joka käsittääkseni tekee paremmin kuin Rossin teoria oikeutta arkiselle oikeustieteen tutkimukselle (lainopille).

Viimeksi mainittu lähestymistapa ottaa yhtäältä huomioon oikeustieteen erityisluonteen sääntöjä tulkitsevana ja systematisoivana tutkimuksena ja takaa toisaalta mahdollisimman korkea-asteisen luotettavuuden sen väitteille. Tällainen oikeustieteen ”rationaalinen rekonstruktio”, joka siis muodostaa rossilaisuudelle eräänlaisen vertailupisteen, pyrkii lausumaan julki, ottamaan käsitteellisesti haltuun sen, mikä kätkeytyi sisältyy eurooppalaiseen ja sille sukua olevaan käsitykseen oikeuden tutkimisesta.

”Rationaalista rekonstruktiota” ei sellaisenaan useinkaan tiedosteta, saati ”kirjoiteta auki” oikeustieteellisissä tutkimuksissa. Se on silti lähes poikkeuksetta niissä *edellytetty* eräänlaisena hiljaisena tekijän tietona. Sen vuoksi tämä oikeusajatteluumme piiloutuva kuva oikeustieteestä soveltuu ”mittatikuksi” Alf Rossinkin ajatusten arvioinnille. Ja mikä yllättävää, Rossin käsitysten lähempi tarkastelu osoittaa hänen olevan sangen lähellä tätä oikeustieteen (perinteistä) tiedekuvaa. Realismi etäännyy sitä kauemmas, mitä lähemmäs tullaan Rossin ajatusten ydintä. Mutta en halua kiirehtiä asioiden edelle. Aloittakaamme Alf Rossin käsitystavan lähtökohdista.

4. Alf Rossin teoria oikeustieteestä

4.1. Kaksi oletusta

Kypsan Alf Rossin ajattelun taustoja voitaneen edellä esitettyä tarkentaen kuvata kahdella teesillä (taustaoletuksella), joista ensimmäinen olkoon nimeltään ”rossilaisittain” *filosofinen* ja jälkimmäinen *oikeusfilosofinen oletus*.

4.2. Filosofinen taustaoletus

Axel Hägerströmistä vaikutteita saaneen Alf Rossin myöhäisvaiheen tietoteoreettista ajattelua leimaa, kuten edellä viittasin, looginen positivismi (looginen empirismi), lähemmin sanoen sen toisen maailmansodan jälkeinen myöhäisvaihe. Ero hägerströmiläiseen realismiin ei ollut niinkään tietoteoreettisissa lähtökohdissa. Moni looginen empiristi olisi ollut Hägerströmin kanssa tässä kohden samaa mieltä. Eron voi havaita tavassa, jolla Ross *muotoilee* teoreettis-filosofiset asettamuksensa.

Loogisen empirismin perusteiden mukaan kaikki *mielekkäät tieteelliset väitteet* joko

- perustuvat havaintoihin tai ainakin
- palautuvat niihin.

Tämän Ross sananmukaisesti allekirjoittaa: ”Enhver meningsfuld realpåstand må altså direkte angå eller implicere elementære, umiddelbare erfaringer ... Alle verificerbare implikationer udgør påstandens logiske mening eller realindhold.” Tiivistäen: Mielekkään lauseen *reaalisäältä* koostuu niistä todentuvista seuraamuksista, jotka lause ilmaisee suoraan tai jotka voidaan loogisesti johtaa välittömiä havaintoja ilmaisevista lauseista.

Mielekkyysteesin mukaan tiede voi siis tuottaa ainoastaan havaintolauseisiin palautuvia mielekkäitä väitteitä, sillä tieteen on täytettävä totuusvaatimus (sandhedskvalitet; s. 19). Jos lause ei täytä tätä ehtoa, se ei kuulu tieteen piiriin, vaikka se sinällään saattaa olla kiinnostava, esteettisesti hyvin muotoiltu tai virittää esimerkiksi tunteita.

Rossin tieteelliseen maailmankuvaan saattoi siis kuulua ainoastaan *havaintolauseita*. Tätä voi nimittää positivismioletukseksi. Toisaalta tieteeseen kuuluu havaintolauseista (loogisesti) *johdettuja* lauseita (verificerbare implikationer). Olkoon tämä loogisuusoletus. Tieteelliset teoriat ovat näiden kahden elementin monimutkaisia yhdistelmiä. Eli tiivistäen: Ne ovat empiristisiä ja loogisia, sanalla sanoen loogis-empiristisiä.

4.3. Oikeusfilosofinen oletus

Oikeusrealistina Alf Ross katsoi, että oikeusnormi ei voi olla sitovaa oikeutta ainoastaan sillä perusteella, että se on jonkin auktoriteetin antama. Lain-säädäntöaktin tuottama oikeus ei vielä ole voimassa muutoin kuin formaalisesti. Siitä tulee voimassa olevaa oikeutta (geldende ret), kun se *toteutuu* yhteiskunnassa.

Ongelmaksi muodostuu näin ajatellen se, mitä oikeuden "toteutuminen" lopulta merkitsee. *Knud Illum*, Rossin aikalainen ja kollega, edusti käsitystä, jonka mukaan oikeus on voimassa, jos ja kun kansalaiset ovat sen voimassa olevaksi kokeneet. Hieman karkeistaen voisi sanoa, että Illumin mukaan kansan "oikeusvakaumus" on voimassa olon mitta. Ross puhui tässä yhteydessä kansalaiskäsityksistä (borgernes retsakter), joiden kohteena on oikeuselämä (retslivet) laajassa merkityksessä. Se ei Rossin mielestä kuitenkaan ole normin voimassa olon mitta.

Amerikkalaisen realismin (pragmatic instrumentalism) edustamaa ajatus-tapaa mukailen Ross lähti siitä, että ainoastaan *viranomaisten* soveltama oikeus on "elävää", se on voimassa. Hän kirjoittaa: "... alene de egentlige retsfaenomener, retsanvendelsen ved domstolene, er afgørende for de retlige normers gelden" (s. 48). Toisaalla Ross toteaa: "... de retlige faenomener som normernes reale modstykke må vaere retsanvendelsen ved domstolene" (s. 47).⁶

Osin ajatus oikeuden "toteutumisesta" viranomaiskäyttäytymisessä perustuu siihen, että oikeus on aina *pakkovallan* käyttöä. Viranomaiskoneisto realisoi pakon käytön, tuomarit määrittävät, mikä teko täyttää sanktiouhan. Rossilaisittain ajatellen oikeus, pakko ja viranomaistoiminta muodostavat siten voimassa olevan oikeuden ytimen.

Ross kuitenkin torjui ajatuksen siitä, että oikeuden pakkoluonne tarkoittaisi oikeussääntöjen ylläpitoa pakon *avulla*. "Retsnormernes forhold til tvang ligger deri, et de angår *anvendelse af tvang*, ikke at de håndhaeves ved tvang." (s. 67.) Tämä avaa Rossin mielestä myös oikean näkökulman oikeuden ja *vallan* suhteeseen. Valta ei ole jotakin oikeuden "takana" olevaa, vaan valta *toteutuu* oikeuden käyttämisessä. Oikeus kertakaikkiaan on valtainstrumentti (s. 72).

⁶ Ks. kuitenkin Ross, *mt.*, s. 53, jossa Ross korostaa, miten väite "Sääntö on voimassa, jos sitä sovelletaan tuomioistuimessa" on epätasällinen. Pulma on sekä käsitteessä "sovelletaan" että käsitteessä "tuomioistuimessa". Rossin teorian ydin on antaa juuri näille kahdelle käsitteelle normaalikäyttöä täsmällisempi merkitys.

4.4. Oikeusrealismi ja oikeusnormin voimassa olo

Valaisen ongelmaa eräillä *G. H. von Wrightin* asiaa koskevilla tarkasteluilla, koska ne jäsentävät eräät voimassa oloa koskevat peruskäsitteet paremmin kuin Rossin omat erittelyt.

von Wright kirjoittaa, ettei ole useinkaan luontevaa puhua (oikeus)normin olemassa olost. Sen sijaan voidaan kyllä todeta esimerkiksi, että on olemassa velvollisuus tehdä jotakin. Mitä siinä tapauksessa merkitsee, että yksilöllä *i* on velvollisuus tehdä, sanokaamme *O*? von Wrightin mukaan tämä merkitsee samaa kuin: *i* kuuluu sellaiseen tekijöiden luokkaan *C*, jossa on (hyvin) todennäköistä, että jollei luokan *C* jäsen tee *O*, silloin joku *A* tekee säännönmukaisesti teon *R*. Tässä oletetaan, että *A* on jokin auktoriteetti ja *R* jotakin epämieluisaa luokan *C* jäsenen kannalta, esimerkiksi jokin ”paha” tai ”ei haluttu” seuraus.

G. H. von Wright ajattelee edelleen, että *R*:stä aiheutuva epämieluisuus on *C*:n kannalta suurempi kuin *O*:n tekemättä jättämisestä koituva etu tai hyöty. Jos *i*:llä näissä oloissa on velvollisuus tehdä *O*, silloin normi *N* ”Jokaisen *C*:n pitää tehdä *O*” on sitova (validi). Tällaista normia voidaan kutsua primäärinormiksi. Sen ”kohteena” on nimenomaan kansalaisen (*C*) käyttäytyminen ja sen sitovuus on riippuvainen viranomaisreaktiosta edellä kuvatussa mielessä.

Oikeusjärjestys sisältää myös normeja, jotka velvoittavat viranomaisia (*A*) saattamaan voimaan seurauksen *R*, jos luokkaan *C* kuuluva yksilö jättää tekemättä *O*:n eli ei tottele normia *N*. Juuri tämä sekundäärinormi takaa sen, että primäärinormissa asetetut sanktiot todellisuudessa myös realisoituvat. Sekundäärinormin pätevyys implikoi siis primäärinormin pätevyyden mutta ei päinvastoin, minkä vuoksi sekundäärinormin pätevyys edellyttää jonkinasteisen tunnistamissäännön tai vastaavan (vrt. Hartin ”rule of recognition” ja Kelsenin ”perusnormi”).

4.5. Alf Rossin käsitys voimassa olost

4.5.1. Shakkipeliesimerkki

Ross käytti, niin kuin monet muut oikeusteoreetikot, esimerkkinään shakkipeliä (esim. s. 24 ss.). Hän kysyi:

Mitä tarkoittaa se, että jokin shakin sääntö on pelissä voimassa oleva normi?

Kun siihen vastataan, saadaan selville, mitä (shakki)pelejä on normatiivisena ilmiönä. Ja kun shakkipeliesimerkki siirretään oikeuteen, voidaan hahmottaa vastaus klassiseen ongelmaan: Mitä oikeus on?

Shakkinormin voimassa oloa koskevaan kysymykseen on Rossin mielestä mahdollista vastata ainoastaan erottamalla toisistaan *ulkoinen* ja *sisäinen* näkökulma. Ross ei itse käyttänyt näitä, sittemmin *H. L. A. Hartin* esittelemiä termejä, mutta hän oli omaksunut asiallisesti saman tarkastelutavan.

Olen eri yhteyksissä korostanut sitä ”isyyttä”, joka Alf Rossilla on tähän eroteluun. Esimerkiksi Suomessa asiaan ei ole paneuduttu, koska on useinkin etsiä ”Rossin ohi” anglosaksiseen ajatteluun, jossa on tulkittu tavoitetun muita paremmin oikeuden ydinongelmat.

Erottelu on ratkaiseva, sillä ilman sitä ei voida asettaa esimerkiksi kysymystä: Onko pelkästään peliä tarkkailemalla mahdollista ymmärtää itse peliä, ymmärtää niitä sääntöjä, joita pelaajat noudattavat? Tätä ongelmaa on Ludwig Wittgensteinin ja *Peter Winchin* hengessä kiinnostavasti ja filosofisesti kiehtovalla tavalla väitöskirjassaan pohtinut *Carola Sandbacka*. Palatkaamme kuitenkin Rossiin ja oikeusnormin voimassa oloon.

Ross siis lähtee shakkipeliesimerkistä. Jos joku shakkipeliä *ulkopuolelta* tarkkaileva yrittää ymmärtää pelaajien siirtoja, hänen on liitettävä toiminta (aktiiviteetti, teko) joihinkin sääntöihin. Pelaaja toimii niin ja niin, koska hänen *pitää* tehdä sillä tavalla. Jos hän ei noudata sääntöjä, hänet suljetaan pelistä. Peli on käsitteellisesti sääntöjen määrittämää.

Sama koskee mitä hyvänsä muutakin peliä. Jos joku huudahtaa ”Maali!”, tulee huudahdus mielekkääksi vain jos jokin fyysinen liike (esimerkiksi potku) on saattanut tietyn pyöreän, nahalla päällystetyn esineen (pallon) kehiköön, jota ympäröivät punotut verkot. Aistein todettavissa olevasta tilasta muodostuu jalkapallo-nimisen pelin havainto vain sen perusteella, että on olemassa sääntö, jonka mukaan juuri tuossa tilanteessa syntyy ”maali”.

Ulkopuolelta käsin ymmärtäminen edellyttää näin ollen aina ennakkollista, kohteen ”sisältäpäin” ymmärtämistä. Juuri tämä tekee merkitykselliseksi esimerkiksi *Carola Sandbackan* kysymyksen, onko koskaan mahdollista ymmärtää meille *täysin* vierasta kulttuuria. Ross olisi luullakseni vastannut kieltävästi, koska emme voi tietää mitään *täysin* meille vieraista säännöistä. Wittgensteinia mukaillen voisi sanoa, että ymmärtääksemme jonkin pelin vaikkapa shakiksi, meidän on jo ymmärrettävä *jotakin* peliä. Jollei meillä ole mielikuvaa *mistään* pelistä sääntöjen sitomana käyttäytymisenä, on mahdotonta ajatella, että voisimme identifioida jonkin oudon käyttäytymistavan nimenomaan *peliksi*.

Shakkipelin säännöt toisin sanoen tekevät ulkopuoliselle ymmärrettäväksi pelaajien toiminnan. Säännöt ovat, niin kuin Ross asian ilmaisee, *tulkintaskema*. Ross itse kirjoittaa: ”Retsnormerne er det abstrakte normative ideindhold der, anvendt som *tydninsskema* (kurs. tässä), gør det muligt at forstå retfaenomenerne (retslivet) som en meningsfuld sammenhaeng af retshandlinger og indenfor visse graenser at forudsige retslivets forloeb.” (s. 41.)

Kun näkökulma siirretään pelaajiin, tässä mielessä sisäiseen näkökulmaan, sääntö ei enää olekaan tulkintaskema. Pelaaja ei ulkopuolisen tavoin yritä ymmärtää omaa tai toisen pelaajan toimintaa. Hän yksinkertaisesti *pelaa*. Ja yrittää tehdä sen pelin sääntöjen mukaisesti, jotta pysyisi pelissä mukana.

4.5.2. Oikeusnormin voimassa olo

Shakkipeliesimerkki tarjoaa lähtökohdan tarkastella myös *oikeusnormin* voimassa oloa. Ross ottaa kiintopisteekseen lauseen:

P = (D) er gaeldende (dansk) ret
 hvori fx
 D = vx1's § 28.

Vastaava väite voidaan luonnollisesti esittää mm. Suomen vekselilaista tai mistä muusta laista tahansa. Lause P on Rossin mukaan tyypillinen *oikeustieteen* väite. Milloin väite P on Rossin tarkoittamassa mielessä paikkansa pitävä (tosi)?

Ross avaa tarkastelun muistuttamalla, että oikeusnormi niin kuin shakkisääntökin on *yliyksilöllinen*, sosiaalinen ilmiö, joka kansalaisten enemmistön omaksumana yhteisenä ideologiana ohjaa käyttäytymisen taustalla olevia mielikuvia: ”...retten skabes en *interpersonal menings-og motivations-sammenhaeng*” (s. 41).

Sääntöjä seurataan, koska ne *koetaan* sitoviksi. Ross ei tässä tunnustaudu kuitenkaan sellaisen ”psykologistisen” oikeusteorian kannattajaksi, jota edusti maineikas puolalainen oikeusfilosofi *Leon Petracycki*, Krakovan koulun varhainen oppi-isä. Ross oli ajattelussaan tyypillinen skandinaavinen realisti. Hän ajatteli, että jos sääntö koetaan sitovaksi, se antaa *käyttäytymismallin*. Tällaisena mallina sääntö *motivoi* niin shakin pelaajan kuin tuomarinkin toimimaan tietyllä tavalla.

Sääntö on pelaajalle siis *motivaatioperusta*. Siinä on pelaajan sisäinen näkökulma – kaikessa yksinkertaisuudessaan. Tärkeätä Rossin mielestä on se, että motivaatio ei perustu esimerkiksi tarvekalkyyleihin tai vastaaviin,

vaan se antaa ”suggererede impulser, der påtrykkes individet af det sociale milieu og opleves som et selvherligt krav der ’forbinder’ individet uafhaengigt af eller i direkte modstrid med det ’interesser’.” Säännön seuraaminen on toisin sanoen epäitsestä, sanan täydessä merkityksessä sivuvaikutteista vapaata. ”De egentlige retsnormer må antages at blive efterlevet lige så ’frivilligt’ som skaksnormerne efterleves af skakspillere.” (s. 68.)

Oikeudenkin säännöillä on näin ollen, näkökulmasta riippuen, kaksoisfunktio. Ne tarjoavat ymmärtämisperustan ratkaisutoimintaa tarkkailevalle ulkopuoliselle. Hänelle kysymyksessä on nimenomaan tuomion antaminen, ei jokin muu käyttäytymismuoto. Samalla säännöt muodostavat tuomarille motivaatioperustan sitoutua antamaan nimenomaan oikeudellinen ratkaisu. Ne ovat osa tuomarin sisäistämää normatiivista ideologiaa (”tuomarinideologia”).

Ross edusti siis tässä suhteessa, ja täysin itsenäisesti, samantapaista käsitystä toiminnan (tekojen) ymmärtämisestä kuin edellä viitattu Peter Winch, jolle vieraan kulttuurin ymmärtäminen on tuon kulttuurin sisäistettyjen ”pelisääntöjen” ymmärtämistä. Peli voi olla shakki, sadetanssi tai tervetulotoivotus. Itse ongelma on sama.

Ross ei tällöin kuitenkaan sekoita olemisen ja pitämisen maailmoja toisiinsa, eikä hän siis väheksy Humen giljotiinin voimaa: Olemisesta ei seuraa pitämistä. Hän ei suinkaan tarkoita, että siitä, miten tuomarit toimivat, seuraa se, millä tavalla heidän pitää toimia. Ross haluaa ainoastaan painottaa, että sen, mikä todella koetaan *velvoittavaksi*, on *oltava sisäistettyä*. Kysymys on siitä, *mitkä normit* ovat sisäistettyjä ja minkä normien perusteella siis voidaan ymmärtää tuomarin toimintaa.

Tätä samaa pulmaa pohti myös G. H. von Wright teon teoriassaan, jolle rakensin teoksen *Laki, teko ja tavoite* (1976). von Wrightille yksi tekemisen muoto on ”internalisoitu” toiminta, esimerkiksi sosiaalisesti sisäistetty tapamme pysähtyä punaisten liikennevalojen palaessa.

4.6. Oikeustieteestä

Mistä oikeustieteen väitteessä ”P = (D) er gaeldende (dansk) ret” lopulta on kysymys? Mikä lause tai väite P on? Rossin vastaus on yksiselitteisesti: Lause P on *ennuste*. ”Retsvidenskabelige påstande on gaeldende ret er efter deres realindhold forudsigelse af fremtidige sociale haendelser.” (s. 63.) Oikeustiede ei siten koskaan suuntaudu menneisyyteen, historiaan, se katsoo asioita aina tulevaisuusperspektiivissä (s. 64). Näin on asian laita siitä huolimatta, että

- oikeustiede joutuu perustamaan ennusteet paljolti jo tapahtuneen viranomaiskäyttämisen pohjalta ja että
- oikeustieteessä esiintyy myös suositustyyppisiä lauseita eli direktiivejä (sententia ferenda; s. 60 ss.).

Ross painottaa, että oikeusnormin voimassa oloa analysoidessaan hän ei tarkastele tapaa, jolla *tuomioistuim* toimii, vaan nimenomaan sitä, millä tavalla ja millä ehdoilla voidaan sanoa, että *tuomari* sitoutuu noudattamaan normia N (s. 48). Tarkennus on tärkeä, koska Ross pitää puhetta ”tuomioistuinten toiminnasta” epätarkkana. Tuomioistuin on instituutio, jonka yhteydessä ei vaikeudetta voida sanoa esimerkiksi instituution ”sitoutuvan yhteiseen ideologiaan”.

Kiinnostavaa ja tärkeää Rossin ajattelussa on myös se, että hän ei halua tehdä radikaalia ja tiukkarajaista *käytännön* eroa oikeustieteellisten ennusteiden ja oikeuspoliittisten arvioiden välille (s. 63). Tämä johtuu siitä, etteivät tulevat sosiaaliset tapahtumat ole milloinkaan tiukasti determinoituja. Jokainen ennuste voi myös *vaikuttaa* tulevaisuuteen, muovata sitä. Ennuste voi olla sitä kautta ikään kuin itseään toteuttava.

Rossilaisen ennusteen rakenne koostuu seuraavista elementeistä:

- (1) Ennuste P on muotoa: Normi N (esim. Vekselilain 28 §) on nykyisin Suomessa voimassa olevaa oikeutta.
- (2) P on ennuste siitä, että jos tuomioistuimessa nostetaan kanne, jossa toiseikasto täyttää Vekselilain 28 §:n tunnusmerkistön,
 - Vekselilain 28 §:n ilmaisema normi tulee muodostamaan ratkaisevan tuomioperusteen jutussa (integrerende bestanddel af domsbegrundelsen),
 - jollei ennusteen ja tuomion väliin osu tekijöitä, jotka muuttavat ennusteen P perusteita (dersom der ikke i mellemtiden er intruffet ændringer i det forhold der begrunder P; s. 55).

Ennuste P voidaan katsoa todeksi (anses for sand), jos on olemassa hyviä perusteita arvioida ennusteen toteutuvan tuomarin toiminnassa. On kuitenkin huomattava, että lause P:n ”totuusarvo” ei ole riippuvainen siitä, kytetäänkö jossakin *konkreettisessa* tapauksessa arvioimaan esimerkiksi todistelukykykysymykset riittävän hyvin. Lauseen ennusteluonne lähtee siitä, että näin on asian laita, koska *normin* voimassa olo ei voi olla riippuvainen prosessuaalisesta todistelusta. Siitä riippuu vain se, voidaanko voimassa olevaa normia tiettyjen olosuhteiden vallitessa *soveltaa*.

Toteutuuko normi tuomarin toiminnassa (realisoituuko ”oikeus”), määrittyy näin ollen sen mukaan, minkä asteisesti normi liittyy tuomarin sisäistämään normatiiviseen ideologiaan. Ross kutsuu sitä, niin kuin huomautin, *tuomarinideologiaksi*. Normi on voimassa, jos se on osa tuomarinideologiaa. Ja normin voimassa olosta väittävä lause P on tosi, mikäli normin ja tuomarinideologian välinen suhde on äsken kuvattu.

4.7. Ongelmia

4.7.1. Voimassa olo ja todennäköisyys

Rossin ajattelu osoittautuu eräässä suhteessa sangen pulmalliseksi. Hän katsoo, että se todennäköisyys, jolla lause ”N on voimassa olevaa oikeutta” osoittautuu todeksi, määrittää myös *normin N voimassa olon*. Tästä seuraa, ettei normi N koskaan voi *joko* olla voimassa *tai* olla olematta voimassa. Se on aina voimassa vain ja nimenomaan tietyllä *todennäköisyydellä*, joka vaihtelee asteikolla (likimain) 1–0. Ross itse kirjoittaa: ”en regel kan vaere gældende ret i højere eller mindre grad varierende med den grad av sandsynlighed, hvormed det kan forudsiges, at den vil finde anvendelse” (s. 58). Todennäköisyyden aste puolestaan riippuu siitä kokemusmateriaalista (erfaringsmateriale), jolle ennuste rakentuu. Tätä materiaalia Ross nimittää oikeuslähdeaineistoksi (retsskilderne).

Ennusteessa on näin ollen kysymys siitä, millä todennäköisyydellä (uskottavuudella) jokin normi sisältyy oikeuslähdeopin muotoilemaan tuomarinideologiaan. Ongelmat avautuvat tällöin kahtaalle. Ensinnäkin tällaisen aineiston käsittelyyn näyttää mahdottomalta soveltaa *todennäköisyyskalkyyliä* (probabilistista mallia). Oikeuslähdeaineisto (tai tuomarinideologia) yleensä ei anna mahdollisuutta arvioida todennäköisyyttä *kvantitatiivisesti* (esimerkiksi numeerisena ennusteena: 75 %:n todennäköisyys). Ennustajan käytössä ei ole määrällisiä mittoja. Ennusteen on pohjaututtava *laadulliseen* (kvalitatiiviseen) analyysiin.

Tämän huomioon ottaen kysymys voi olla enemmänkin jonkinlaisesta ”uskottavuudesta” eli siitä, miten vahvasti *perusteltu* käsitys tuomioistuinten tulevasta toiminnasta voidaan muodostaa. ”Perusteltavuus” taas on muuta kuin matemaattis-teoreettinen, tilastollisiin tai muihin määrällisiin aineistoihin taikka empiiristen havaintojen toistuvuuteen perustuva ”todennäköisyys”.

Tämä on yhteydessä siihen, että oikeustieteen ”ennusteet” – toisin kuin esimerkiksi luonnontieteen ennusteet – pohjautuvat datoihin, joiden *ontolo-*

ginen status on pulmallinen. Missä mielessä on ”olemassa” normi N, tuomioistuinpäätös R taikka ”maantapa”? Ontologisesti nämä aineistot ovat samassa mielessä hankalia kuin esimerkiksi kielen ”olemassa olo”. Ne riippuvat osin subjektista ja hänen mielteistään.⁷

Toki myös luonnontieteen ennusteiden taustalla olevat havainnot (mittarilukemat, elektronimikroskoopin antamat kuvat jne.) kaipaavat tulkintaa, mutta ero oikeustieteellisen ennusteen tukena käytettäviin ”havaintoihin” on selkeä. Oikeustieteen harjoittaja ”havaintojensa” tulkitsijana kuuluu itsekin siihen yhteisöön, joka on tuottanut tulkintaa kaipaavat datat. Oikeustieteen harjoittaja arvioi dataja sisäisestä näkökulmasta. Hän ei ole samassa mielessä objektiivinen tarkkailija kuin fyysikko, joka tarkastelee mittalaitteiden antamia lukemia. Oikeustieteen harjoittaja on *toimija*, joka on jo oppinut kielen, jossa ja johon nähden tulkinta tuotetaan.

4.7.2. Ennustamisen kohteesta

Mutta oikeustieteessä ei riitä, että tunnetaan ennustamishetkellä (t) voimassa olevat säännöt. Ne auttavat meitä ymmärtämään ainoastaan jo annettuja ratkaisuja. Aito ennuste tähtää, niin kuin Ross korostaa, aina tulevaisuuteen, vaikka se perustuukin menneille faktoille. Ennusteessa on kysymys hetkestä t+. Tämä synnyttää ongelman: Mikä lopulta on ennustamisen *kohde*? Kysymykseen on useita vastauksia.

- (1) Ennuste voi ensinnäkin kohdistua käsillä olevan jutun *lopputulokseen* (esim. KKO tulee vahvistamaan seuraamuksen X) tai
- (2) ennusteessa pyritään tekemään *ymmärrettäväksi* jokin tuleva ratkaisu, antamaan sille tulkintatausta (esim. KKO:n ratkaisu X tilanteessa Y on ymmärrettävä, koska Z) tahi
- (3) tutkija pyrkii ennakoimaan ne (julkiset) *perustelut*, joihin tuomioistuin ilmoittaa ratkaisussa nojautuneensa taikka
- (4) tutkija ennustaa *normin*, johon ratkaisu (todennäköisesti, uskottavasti tms.) perustuu, vaikka normia ei olisi kirjoitettu näkyviin.

⁷ Ks. oikeuden ontologiasta Aarnio, Aulis, *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics* (1997), s. 127 ss., jossa puolletaan Eerik Lagerspetzin edustaman konstitutiivisen teorian pohjalle rakentuvaa oikeuden ontologiaa.

Rossin oikeustiedekäsitystä ajatellen vaihtoehdot (1) – (3) ovat poissuljettuja. Jos ennuste koskisi vain jutun lopputulosta, ennuste ei olisi sillä tavoin yleinen (generelli), jota oikeustieteen luonne edellyttää. Oikeustieteen tehtävä ei ole ennakoida yksittäisten (singulaaristen) ratkaisujen lopputuloksia. Se tehtävä luontuu asianajajalle tai muulle asiaan osallisen neuvonantajalle.

Vaihtoehdon (2) yhteydessä tuskin on oikeutettua puhua ensinkään ennusteesta. Tulevien tapausten ymmärrettäväksi tekeminen ei voi olla ennustamista, se on selittämistä ja se taas voi olla vaihtoehdon (2) tilanteessa lähinnä viittaamista johonkin ”selittävään lainalaisuuteen” tai sitten, kuten kohta näemme, motivaatioperustaan siten kuin ymmärtämisen teoriassa on ajateltu.⁸

Kolmas vaihtoehto ei ole edellisiä lupaavampi. Se seikka yksin, että kykenemme jollakin tavalla arvioimaan niitä perusteita (argumentteja), joita tuomioistuin (mahdollisesti) käyttää, ei välttämättä kerro, mikä on voimassa olevan oikeuden sisältö. Kuten Ross eri yhteyksissä muistuttaa – aidon realistin tavoin – perustelut voivat olla myös pelkkä kulissi. Todellisuudessa ratkaisu tehtiin aivan muilla argumenteilla ja aivan muuta tarkoittaen – tai ääritapauksessa vailla ainuttakaan rationaalista argumenttia. Perustelun ulkoinen muoto voi olla jotakin muuta kuin käyttäytymisen todelliset perusteet.

Ehdotetuista vaihtoehdoista vain neljäs eli vaihtoehto (4) näyttäisi vastaavan Rossin tapaa ajatella voimassa olevasta oikeudesta. Muistutan siitä, mitä Ross kirjoittaa: Ennusteen sisältönä on (tieteellinen) arvio siitä, onko normi *N* ”integrerende bestanddel af *domstolsbegrundelsen*” (kurs. tässä). Tämä ei tarkoita tuomioistuimen käyttämien *argumenttien* ennustamista, vaan sitä, *nojautuuko ratkaisu normiin N vai ei*.

Rossin lähtökohta näet on, että tuomari noudattaa ennusteen kohteena olevaa normia, koska hän on sisäistänyt sen pakottomasti. Normi muodostaa hänelle aidon motivaatioperustan toimia, se kuuluu osana tuomarinideologiaan. Toisin sanoen: Tuomarin motivaatioperusta ja hänen tietonsa tapahtuneista tosiseikoista määrittävät hänen ratkaisunsa. Sen vuoksi *oikeustieteen* ennusteessa on tärkeätä tietää, mihin (normatiiviseen) motivaatioperustaan tuomari sitoutuu.

Näin ajatellessaan Ross erottuu vastauksessaan selkeästi esimerkiksi amerikkalaisista realisteista. Ennusteen kohteena ovat *tuomioistuimen sisäistä-*

⁸ Ks. ennustamisesta ja ymmärtämisestä G. H. von Wright, *Explanation and Understanding* (1971).

mät normit, täsmällisesti puhuen se *normatiivinen ideologia*, johon tuomari pakottomasti sitoutuu (den normative ideologi der faktiskt er virksom eller må taenkes virksom, i dommerens sind; s. 47). Oikeustieteen harjoittaja siis ennustaa itse asiassa normin N kuulumista tuomarin sitovaksi kokemaan normatiiviseen ideologiaan. On ensiarvoisen tärkeätä huomata, että normatiivisen ideologian olennainen osa on *oikeuslähdeoppi* (s. 90 ss.).

”Det er denne ideologi der er retskildelaerens genstand. Den utgör en bestanddel af gældende dansk ret og består av direktiver, der ikke direkte angår, hvorledes en retstvist skal løses, men som angiver, hvor ledes dommeren skal gå frem for at finde det leer de direktiver, der er afgørende herfor.” (s. 91.)

Normi taas on näin ymmärretty ja näin muotoutuva, sisäistetty motivaatio-perusta. Ja se on sisäistetty, jos se on *osa sitä normatiivista ideologiaa, jonka tuomari on omaksunut itseään sitovaksi*. Tähän normatiiviseen ideologiaan kuuluvat paitsi oikeuden myös esimerkiksi tavan ja moraalinen normit.

Ennusteet koskevat siis tietyn normin kuulumista tai ei-kuulumista tuomareiden sisäistämään motivaatioperustaan eli *tuomarinideologiaan*. Oikeustieteen on – rossilaisen mallin mukaan – pyrittävä ennakoimaan nimenomaan tuomarinideologian sisältöä ja muutoksia.

Ross kutsuukin, eikä syyttä, omaa käsitystään ideologiseksi behaviorismiksi. Se tähtää käyttäytymisen (behaviour) ennakointiin, mutta valitsee kohteekseen käyttäytymistä ohjaavan ideologian. Tässä Ross ajautuu etäälle karkeasta stimulus–response behaviorismista ja siten myös vulgääristä tuomioistuinrealismista. Tällä kohden Ross osoittautuu sanan vaativassa mielessä *oikeusfilosofiksi*.

4.7.3. Entä sitten?

Ennusteteoria kohtaa kuitenkin myös muita vaikeuksia. Voidaan ensinnäkin kysyä tällaisen teorian *hyödyllisyyttä*. Mihin tuomarit tarvitsevat tietoa siitä, kuinka he *itse* tulevat toimimaan tiettyssä tilanteessa? Tuomari ei ole niinkään kiinnostunut tietämään, mikä on hänen toimintaansa koskeva ennuste kuin sen, millä tavalla hänen *pitää* toimia. Tuomarille on tärkeätä tietää häntä sitovan ohjausinformaation sisältö, ei sitä, millä tavalla hän mahdollisesti tai oletettavasti tuota informaatiota käsittelee.

Tätäkin vakavampana puutteena ennusteteoriassa on pidetty sitä, että teoria ei puhtaassa ennustemuodossa salli tuomioistuintoiminnan *kritiikkiä*.

Oikeustieteen tulee tämän käsityksen mukaan ainoastaan ennakoida tulevaa kehitystä, ei *arvioida* sitä. Kuitenkin oikeustieteen yhdeksi keskeiseksi tehtäväksi on vuosisatoja asetettu *oikeuden kriittinen kehittäminen*. Oikeustieteen odotetaan arvioivan ylimmän tuomitsemisorganin käsityksiä, antavan rakentavaa palautetta tuomioistuimille. Oikeustieteen yhteiskunnallinen tehtävä on osaksi normatiivinen. Se antaa perusteltuja suosituksia siitä, mitä on toimia oikein tietyissä tyyppitilanteissa. Pelkästään ennustava oikeustiede on tuomioistuinten lakeija, ei niiden toiminnan valvoja.

Ross itse on ottanut tämän huomautuksen vakavasti. Hän toteaa, että ennusteteoriaa vastaan on huomautettu sen tekevän oikeustieteestä käytännön orjan (slave of praxis; s. 64). Ross pitää kritiikkiä kestäättömänä. Hänen vastauksensa on tiukasti kiinni hänen teoreettisissa lähtöoletuksissaan. Ross sanoo, että ennusteet ”elävät” koko ajan. Kun tulee uutta informaatiota tuomarin toiminnasta, ennustetta korjataan. Tuomio X asiassa Y on väärä, jos kaikki asianhaarat – myös itse tuomio X – huomioon ottaen on todennäköistä, että asia Y ratkaistaan eri tavoin kuin ratkaisussa X.

Tätä taustaa vasten on toisaalta selvää, miksi Ross itsekkin panee niin suuren painon lauseille *sententia ferenda* (suositustyyppisille oikeuspoliittisille arvioille). Ne ovat osa tutkimuksellisia *käytäntöjä*, vaikka eivät tiedettä olekaan.

Hyväksyttäköön Rossin vastaus väliaikaisesti, sillä sen avulla päästään ennusteteorian ytimeen. Jatkokysymys kuuluu: *Mihin tietoon ennuste perustuu?* Jos rossilaista ajatustapaa seurattaisiin puhdasoppisesti, olisi luonnollisesti suoritettava *empiirisiä* tutkimuksia viranomaiskäyttäytymisestä. Juuri sen vuoksi Ross korostaa, ettei oikeuslähdeoppi ole *normatiivinen* sanan vahvassa mielessä, vaan *kuvaileva*: Se esittää, mitkä oikeuslähteet tuomarilla on käytössään. Ja tätä kuvausta voidaan tarkastella empiirisesti. Vastaus ei ole ongelmaton.

Rossin ajatustavan kriittinen piste avautunee, jos kysytään, kuinka ”rossilainen ennuste” on mahdollista *muodostaa*. Tällöin on tiedettävä jotakin siitä, mitä tuomioistuimet *yleensä* pitävät itseään sitovina. On siis oltava jokin käsitys tuomioistuimissa vallitsevasta (tuomarin)ideologiasta. Kuinka tuollainen käsitys voidaan muodostaa?

Tuomareiden haastattelu on poissuljettu. Se tuottaa enemmänkin oman toiminnan legitimaatiota eli tietoa siitä, mikä tuomareiden mielestä on oikeata toimintaa kuin tietoa ratkaisun pohjana olleesta ajattelusta. Ihminen pyrkii kysyttäessä antamaan itsestään parhaan mahdollisen kuvan. Jäljelle jää oikeastaan vain yksi mahdollisuus.

Ennustajan on muodostettava käsityksensä tuomioistuinten tulevasta linjasta siihen, mitä hän voi tietää *juristien ajattelusta yleensä*. Tutkijan on oletettava, että tuomarit ajattelevat *oikeuden sisällöstä* (likimain) samalla tavalla kuin muutkin oikeudellisen koulutuksen saaneet henkilöt, siis myös tutkija itse. Oikeustieteellä on oltava episteemisesti sama sisäinen näkökulma kuin tuomareilla. Jos sitä ei ole, tutkija ei voi ymmärtää tuomarin tapaa toimia.⁹

Toisin sanoen: Jotta tutkija olisi ”sisällä” samassa *normatiivisessa* maailmassa kuin tuomari, tutkijan on sisäistettävä samat *tietolähteet* – ja päinvastoin. Kysymys ei ole vain siitä, että tutkija jotenkin ”löytää” deskriptiivisesti annetut oikeuslähteet. Hän myös tulkitsee, ymmärtää niitä. *Kaarle Makkosen* terminologiaa käyttäen tutkija antaa oikeuslähteille sisällön, jonka olettaa vastaavan yleensä oikeusyhteisössä omaksuttua tapaa ajatella oikeuslähteistä.

Tämä merkitsee sitä, että tutkijan ja tuomarin on käytettävä (likimain) samoja (1) oikeuslähteitä, (2) oikeudellisia päättelystandardeja ja (3) omaksuttava samanlaiset rationaalisen harkinnan periaatteet. Hieman yksinkertaistaen tämä merkitsee sitä, että ennustajan on oletettava tuomarin omaksuneen samantapaisen (ei välttämättä identtisen, mutta kylläkin perheyhtäläisen) *ajattelutavan* kuin tutkija itse.

Siitä taas seuraa, että oikeudellinen ”ennustaminen” on asiallisesti paljossa samanlaista toimintaa kuin mikä hyvänsä *oikeuslähteisiin perustuva argumentaatio*. Mitään muuta keinoa ”ennakoida” tulevaa tuomioistuintoimintaa ei ole. Voidaan siis sanoa, että Rossin edustama ennusteteoria johtaa asiallisesti *pseudoennusteisiin*. Tutkijalla saattaa Rossin ajatuksia seuratesaan tosin olla mielessään *ennustamisen intentio*, mutta tosiasiaassa ennustamiseen pyrkivä oikeustiede muodostaa käsityksen voimassa olevan oikeuden sisällöstä *argumentoimalla* eli samalla tavalla kuin oikeustiede yleensä. Asiaa ei muuta toiseksi se, että oikeustieteen harjoittaja mahdollisesti *ilmaisee* kantansa ennusteiden muodossa.¹⁰

⁹ Tässä viittaan teokseeni *The Rational as Reasonable*, jonka kenties kantavin oivallus ja samalla irtiotto Rossiin on tekstissä mainittu episteemisesti sisäinen näkökulma. Se ja vain se mahdollistaa ylipäättään puhumisen *oikeudellisesta ajattelusta*. – Ks. Aarnio, *The Rational as Reasonable* (1987), s. 8 ss.

¹⁰ Ks. pseudoennusteista ja niihin pohjaavasta Ross-kriitistikä Aarnio, *Mitä lainoppi on?* (1978), s. 254 ss.

Arvelen, että Ross itsekin aavisti pseudoennusteisiin liittyvän problematiikan, vaikka ei suostunut tekemään siitä tarvittavia johtopäätöksiä. Hänhän muistutti, että oikeustieteen ennusteisiin (tulkittuna Rossin tavalla) liittyy sama kiinnostava piirre kuin yhteiskuntaa koskeviin ”ennusteisiin” yleensä. Ennusteet ovat itseään toteuttavia. Kun ”ennuste” lausutaan julki, ”ennusteen” kohde taipuu herkästi toimimaan ennakoidulla tavalla. Tämä johtuu siitä, että molemmat, sekä ”ennustaja” että sen kohde, ovat *saman* järjestelmän sisällä, toimivat samojen pelisääntöjen alaisina.

Johtopäätös, jonka Alf Ross jätti tekemättä on se, että ennusteteoria johtaa eräänlaiseen hermeneutiikkaan. Huolimatta loogis-empiristisistä lähtökohdistaan Rossinkin pyrkimys on *ymmärtää oikeusjärjestyksen sisältöä esillä olevassa oikeuskysymyksessä*. Vain tuomarin *sisäistämä* oikeusnormi on sitova. Ja normi on sisäistetty, kun se sisältyy tuomarin pakottomasti omaksumaan ideologiaan, jonka osa on oikeuslähdeoppi. Tämä ”sisäistys” voidaan *ulkopuolelta* arvioida tulkitsemalla tuomarin toimintaa tiedossa olevan normatiivisen skeeman (tuomarinideologian) lävitse. Ja kun tämän ideologian on episteemisesti oltava (ainakin karkeasti) sama kuin oikeustieteen harjoittajalla, ennusteen laatija selvittää – hieman kärjistääkseni – *omaa* oikeudellista ideologiaansa. Silloin ja vain silloin voi syntyä oikeutta selvittävä, oikeutta arvioiva ja oikeutta kehittävä dialogi tutkijan ja lainkäyttäjän välille.

Jos äsken sanottu pitää paikkansa, Ross ei kyennyt pysymään johdonmukaisesti kiinni lähtökohdassaan. Vaivihkainen irtautuminen loogisesta positivismista on seurausta siitä, että hän kieltää puhtaasti behavioristisen oikeusteorian ja täydentää malliaan tuomarinideologian käsitteellä. Kun hän toisaalta kiistää, että oikeustieteen tehtävä olisi selvittää *psykologian keinoin* tuomarin motivaatioprosessia, jäljellä on oikeastaan vain jonkinasteisen ei-positivistisen näkökulman hyväksyminen.

Alf Ross oli positivistisi sanoissa, ei teoissa. Myönteisesti tulkiten Ross edusti, kuten *Markku Helin* on oivallisesti osoittanut, itse asiassa *hermeneuttista* ajattelumallia. Hän pyrki määrittämään oikeuden voimassa olon toimijan (tuomarin) *sisäisen* motivaation perustalta. Sisäistys voidaan arvioida ainoastaan *tulkitsemalla* tuomarin toiminta tietyn skeeman lävitse. Ulkopuolinen ei voi tietää – edes periaatteessa – mikä on voimassa olevaa oikeutta, jos hän ei käytössään olevan normatiivisen aineiston (oikeuslähdemateriaalin) pohjalta ymmärrä tuomarin toimintaa.

Juuri siksi oikeustiede – lainopin merkityksessä – ei ole pelkkää oikeusjärjestelmän kuvaamista, se ei ole viranomaiskäyttäytymisen selittämistä, eikä sen ennustamista. Oikeustiede on sen eksplikoimista, miten tuomarin

ytä hyvin kuin kansalaisen pitää toimia. Tässä erityisessä normatiivisuudessa on jokaisen realistisen oikeusteorian kompastuskivi. Niin Alf Rossinkin, vaikka hän avoimesti hyväksyi, niin kuin olen korostanut, sententia ferenda -kannanotot osaksi oikeustiedettä. Mutta hän tahtoi oikeustieteen olevan myös jotakin ”enemmän” ja aikansa lapsena tuli antaneeksi oikeustietelle todelliset tutkimuskäytännöt peittävän kasvonaamion.

Kirjallisuutta

Aarnio, Aulis, *Laki, teko ja tavoite*. 1975.

Aarnio, Aulis, *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*. 1997. 1975.

Aarnio, Aulis – Peczenik, Aleksander, ”Más alla realismo: Una crítica de la reconstrucción de la dogmática jurídica por Alf Ross”. Teoksessa *Revista de Ciencias Sociales*, 5. 1985 s. 127 ss. (Sama englanniksi teoksessa Peczenik, *Meaning, Interpretation and Law*, 1986 s. 10 ss.)

Bjarup, Jes, *Skandinavisk Rechtsrealismus*. 1978.

Helin, Markku, *Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960*. 1988.

Jørgensen, Stig, *Argumentation and Decision*. Teoksessa *Festskrift til professor, dr.jur. & phil. Alf Ross*. 1969 s. 381 ss.

Ross, Alf, *Om ret og retfaerdighed*. 1953.

Sandbacka, Carola, *Understanding other Cultures. Acta Philosophica Fennica*. 1987.

Winch, Peter, *The Idea of Social Science and Its Relation to Philosophy*. 1970.

Wittgenstein, Ludwig, *Philosophische Untersuchungen*. 1963.

von Wright, Georg Henrik, *Explanation and Understanding*. 1971.

Zahle, Henrik, *Kritik af en retsteori. Om Alf Ross' opfattelse af retsvidenskaben. Tidsskrift for Rettsvitenskap*. 1974 s. 333 ss.