

OIKEUS= TEOREETTISIA KATKELMIA

Toimittanut Kimmo Nuotio

OIKEUSTEOREETTISIA KATKELMIA



**SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA, E-sarja N:o 7**

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
--------------------	-----

Esipuhe

Oikeusteoria sen paremmin kuin oikeusfilosofiakaan ei ala tyhjästä. Tämän vuoksi on aika ajoin tarpeellista palata koti- ja ulkomaisiin klassikoihin sekä arvioida erilaisten suuntausten ja traditioiden merkitystä. *Niklas Luhmann* on jossakin yhteydessä maininnut siitä, että keskiajalla ei ollut aikaa uuden tiedon tuottamiseen, koska käsikirjoitusten kopioinnin vaivalloisuuden vuoksi kaikki tarmo oli suunnattava siihen, että jo saavutettua tietoa estettiin painumasta unohduksiin. Nykyaikana ollaan toisessa tilanteessa. Ainakin näennäisesti tieto vanhenee nopeasti, ja uutta tietoa tulee tulvimalla. Tieteellisten perinteiden tuntemus voi jäädä ohueksi, kun enää harvalla on aikaa käydä omakohtaisesti läpi oman alansa klassikoita. Oikeus- ja yhteiskuntafilosofiassa tiedon edistyminen on kuitenkin perin suhteellista, mistä syystä klassikot säilyttävät arvonsa hyvin.

Suomen oikeusfilosofisen yhdistyksen SOFY ry:n piirissä toteutettiin joitakin vuosia sitten ”Filosofien oikeus” -työnimellä hanke, jossa oikeusteoreetikkoita ja filosofiä kutsuttiin luentotilaisuuksien sarjaan kertomaan pääasiassa eri filosofien oikeutta ja oikeudenmukaisuutta koskevista näkemyksistä. Näiden luentojen pohjalta koottiin *Jarkko Tontin*, *Kaisa Mäkelän* ja *Heta Gyllingin* toimittamana kaksiosainen teos *Filosofien oikeus 1–2*. Teokset ilmestyivät yhtä aikaa Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen E-sarjassa (nrot 2–3) vuonna 2001.

Pian näiden teosten ilmestymisen jälkeen virisi, jälleen SOFY:n piirissä, ajatus jatkaa sanottua projektia. Teoksia pidettiin erinomaisina, mutta niihin jäi joitakin aukkoja, jotka koettiin ongelmallisiksi käytettäessä niitä oppikirjoina. Muutamia keskeisiä 1900-luvulla harjoitettuun oikeusteoriaan vaikuttaneita filosofiä oli jäänyt esittelemättä, ja toisaalta joitakin kotimaisen ja pohjoismaisen oikeustieteen näkökulmasta keskeisiä aiheita sivuttiin liian ohuesti.

1800-luvulta lähtien oikeastaan filosofian ja oikeustieteen välimatka oli kasvanut, kun ”yleinen oikeustiede” oli kehittynyt oikeustieteen omaksi teoriaoppiaineeksi ja kun yhä enemmän myös juristitutkijat pohtivat oppien-

sa teoreettis-filosofisia perusteita. Filosofia menetti kuningastieteen asemansa, ja sitä enää ”konsultoititiin”, kuten asia on toisinaan ilmaistu. 1900-luvun loppua kohti tosin filosofitkin kiinnostuivat uudelleen oikeuden kysymyksistä, mikä on luonut uusia mahdollisuuksia hahmottaa oikeustieteen ja oikeusfilosofian yhteyksiä. Jotakin tästä olikin aistittavissa edellä mainitun *Filosofien oikeus 2* -teoksen energisyydessä!

Talvella 2002 kutsuttiin tutkijoita talkoisiin. Tällä kertaa kirjoittajiksi kaa vaillut henkilöt kutsuttiin Lammin Biologiselle asemalle SOFY:n järjestämään seminaariin, jonka otsikkona oli: ”*Pohjoismainen positivismi: skandinaavisesta realismista analyyttiseen hermeneutiikkaan*”. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* tuki taloudellisesti seminaarin järjestämistä. Varsin moni ottikin kutsun vastaan. Seminaariin osallistui huhtikuussa 2002 parisenkymmentä asiasta kiinnostunutta.

Teos on haluttu irrottaa yhteydestä kahteen aikaisempaan teokseen. Se sisältää, kattavuuteen ja edustavuuteen pyrkimättä, joitakin katkelmia sanotusta teemasta. Pääpaino kirjoituksissa on välttämättä ymmärretyn analyyttisen filosofian ja oikeusteorian kysymyksissä. Toimittajan ponnisteluista huolimatta melko suuria aukkoja on edelleen jäänyt. Esimerkiksi *Otto Brusiinin* oikeusteoreettinen tuotanto on edelleen käsittelemättä. Niin ikään teoreettisen siviilioikeuden tutkimuksen suuria nimiä, kuten *Simo Zitting*, olisi toivonut tällä kertaa esiteltävän. Voi kuitenkin huomauttaa, että varsin monien tutkijoiden ajattelua on vastikään muissa yhteyksissä käsitelty, ja tietysti mitä lähemmäs nykyaikaa tullaan, sen hankalammiksi käyvät luonnollisista syistä myös valinnat. Oikeastaan teossarjassa omaksuttu lähestymistapa onkin tulossa tiensä päähän. Kenties luontevampaa olisikin jatkossa käsitellä teorioita ja suuntauksia kuin henkilöitä niitä yksittäisiin tutkijoihin.

Teoksen artikkeleissa esitellään ja arvioidaan talousoikeuden teoreetikon *Kyösti Haatajan* kirjoituksia, moni-ilmeistä *Alf Rossin* oikeusajattelua, merkittävästi oikeustieteeseen vaikuttaneen filosofin *Georg Henrik von Wrightin* käsitystä normeista ja käytännöllisestä järjestä, analyyttisen oikeusteorian edustajan *Kaarle Makkosen* vaikutusta kotimaiseen julkisoikeuden tutkimukseen sekä *Aulis Aarnion* nimeen liitettyä analyyttistä hermeneutiikkaa.

Kiitän lämpimästi kaikkia hankkeen toteutumiseen osallistuneita. Dosentti *Raimo Siltala* esitti kirjan tekemistä. Professori *Kevät Nousiainen* osallistui hankkeen suunnitteluun sen alkuvaiheessa. Oikeust. yo *Emilia Korkea-aho* on avustanut kirjan toimittamisessa. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* on paitisi tukenut hankkeen toteuttamista taloudellisesti, myös hyväksynyt teoksen julkaistavaksi julkaisusarjassaan.

On vasta muutama päivä siitä, kun saapui viesti akateemikko *Georg Henrik von Wrightin* (1916–2003) poismenosta. Jokin aikakausi oli yhtäkkiä päättynyt. Suomalaisten oikeusteoreetikoiden yhteisöön von Wrightin vaikutus oli pitkään erityisen huomattava. Kansainvälisesti nauttimallaan arvostuksella hän myös lisäsi suomalaisen oikeusteorian painoarvoa maailmalla. G. H. von Wright oli yksi harvoista suomalaisen oikeusfilosofian ikoneista, mistä tämä pieni kirjammekin osaltaan todistaa.

Omistamme tämän teoksen filosofi G. H. von Wrightin muistolle.

Helsingissä, 26.6.2003

Kimmo Nuotio

Kyösti Haataja – sosiaalireformistinen käsitelainopin varhaiskriitikko ja taloushistoriallisen oikeustutkimuksen uranuurtaja

Minusta Kyösti Haatajan tutkimukset ovat nykypäivänäkin metodologisesti varsin esikuvallisia minkä tahansa oikeudenalan harrastajalle. – Se tapa, jolla Haataja luo oikeus- ja yhteiskuntahistoriallisista asioista nykyaikaan ulottuvan jatkumon, on kerrassaan mestarillinen, samoin kuin aiheen suvereeni hallinta. Jos minun tarvitsisi valita Suomen tämän vuosisadan positiivisen oikeuden tutkijoista *primus inter pares*, luulisin, että valintani hyvinkin saattaisi osua Haatajaan, joskaan hän ei ollut lainkaan 'teoreetikko'.

Hannu Tapani Klami (1981, s. 32)

Suomalaisen oikeustieteen historiaa kirjoitettaessa jaksoa kansalaissodasta 1950-luvulle on tapana kuvata oikeustieteen objektiivisuutta ja puolueettomuutta korostavan legalismin ja konstruktivisen oikeusajattelun, eräänlaisen myöhäiskäsitelainopin aikana.¹ Oikeuspositivismin kritiikki jäi kansainvälisesti vertaillen Suomessa satunnaiseksi. Yhteiskunnallisesti orientoituneilla positivismia ja käsitelainoppia kritisoinneilla oikeudellisen ajattelun suuntauksilla ei ollut kovin näkyvää vaikutusta ennen toista maailmansotaa. Säännön vahvistavina poikkeuksina mainitaan yleensä *Otto Brusiin* ja *Allan Serlachius*.²

Osoitan tässä kirjoituksessa, että oikeustieteen historiaa kirjoitettaessa *Kyösti Haataja* (1881–1956) kuuluisi hyvin perustein Brusiinin ja Serlachiuksen rinnalle. Hän on harvoja intressijuridiikkaan, vapaa-oikeuskouluun ja so-

¹ Ks. esim. Aarnio 1977, s. 5, joka korostaa kyseessä olevan epätarkan pelkistykseen. Helinin (1988, s. 260) mukaan suomalainen oikeuskulttuuri ”näyttää tämän vuosisadan alussa olleen voimakkaammin käsitelainopillisen ajattelun sävyttämää kuin läntisessä Skandinaviassa”. Ks. myös Klami 1981, s. 10–11, Husa 1995, s. 48–54 ja Pihlajamäki *Retferd* 1997, s. 64–65, 67. – Kiitän Samuli Hurria, Pia Letto-Vanamoja ja Kimmo Nuotiota käsikirjoituksen eri versioista saamastani hyödyllisestä palautteesta.

² Pihlajamäki *Retferd* 1997, s. 64–66.

siologiseen oikeustieteeseen tukeutuneita käsitelainopin kritikoita viime vuosisadan alkupuoliskolla.³ Pääosan tieteellisestä urastaan sotien välisenä aikana tehneen Haatajan ajattelu oli omalla ajallaan – ehkä edelleenkin – omintakeista. Haataja yhdistää taitavasti taloushistoriallisen ja yhteiskunnallisen näkökulman osaksi lainopillista argumentaatiota. Hän tukeutui tutkimuksissaan perusteellisesti analysoituun historialliseen aineistoon ja omana aikanaan poikkeuksellisesti laajalti oikeustapauksiin.

Haataja oli toisaalta oman aikansa tyyppillinen suomenkielinen *lainoppi-nut*: korostuneesti saksalaiseen keskusteluun tukeutuva ja yhteiskunnallisesti aktiivinen tutkija, joka korosti oikeustieteen käytännöllistä merkitystä. Haatajan yhteiskunnallisen toiminnan keskiössä oli torpparivapautus, mikä lyö leimansa koko hänen tieteelliseen tuotantoonsa. Käytännölliset, sosiaaliset ja oikeuspoliittiset vaatimukset ovat näkyvästi esillä hänen koko tuotannossaan. Haataja puolustaa *sosiaalista yksityisoikeutta* tieteellisissä kirjoituksissaan jo 1910-luvulla.

Haataja väitteli 40-vuotiaana vuonna 1921. Maanvuokraa käsittelevä *Vuokran käsite* on sopimusoikeudellisesti painottuva kiinteistöoikeudellinen tutkimus. Haatajan tieteellinen tuotanto keskittyy talusoikeuden osa-alueista maa- ja vesioikeudellisiin kysymyksiin. Hänen tuotannossaan korostuvat erityisesti maapoliittiset ja nykyisin kiinteistönmuodostamisoikeudelliseksi luonnehdittavat kysymykset. Tutkijanuran alkuvaiheissa painottuvat maanvuokra- ja asutusoikeudelliset teemat. Eläkkeelle jäätyään hän kirjoitti kolmiosaisen teossarjan vesioikeudesta⁴.

Keskityn arvioimaan Haatajan oikeusajattelua ja tutkimusmenetelmää lähinnä oikeusteoreettisen ja oikeustieteen menetelmiä koskevan keskustelun ja ajan teoreettisten virtausten näkökulmasta. Minkälaiseen käsitykseen oikeudesta ja oikeustieteen metodeista Haatajan yhteiskunnallis-historiallinen tutkimusote perustui? Arvioin myös, millainen merkitys Haatajalla on myöhemmin ollut suomalaisessa oikeustieteessä, erityisesti maa- ja vesioikeuden ja sittemmin ympäristöoikeuden alueella. Tältäkin osin huomio kohdistuu ennen kaikkea metodisiin kysymyksiin.

³ Ks. myös Pihlajamäki *JFT* 2000, s. 344–349, jossa hän Brusiinin ja Serlachiuksen ohella arvioi viime vuosisadan alkupuolen varhaisina käsitelainopin kritikkoina Haatajaa, Lauri Cederbergiä ja Arvo Sipilää.

⁴ Hän tarkoitti sarjasta aluksi juuri kolmiosaista, mutta toisen osan paisuessa kokonaisuudesta piti tulla neliosainen, ks. Haataja 1955, s. XV. Kolmas osa julkaistiin hänen kuolemansa jälkeen keskeneräisenä ja Mannerin osin viimeistelemänä.

Tulkitsen Haatajan oikeudellista ajattelua tässä suhteessa hänen käytännöllisiin ja yhteiskunnallisiin aktiviteetteihinsa: hän siirtyi akateemisiin tehtäviin, talousoikeuden professoriksi (1929–1948) näyttävän virkamies- ja poliitikkouran jälkeen. Hän osallistui myös koko akateemisen uransa ajan ja sen jälkeen näkyvästi yhteiskunnalliseen keskusteluun. Vuosisadan alkuvuosina maanmittausinsinöörin tutkinnon suorittanut Haataja työskenteli maanmittarina. Työnsä ohessa hän valmistui molempien oikeuksien kandidaatiksi. Juristiuransa aluksi hän toimi senaatin maanvuokra-asioiden esittelijänä (1910–1917), minkä jälkeen hän vaikutti maanmittaushallituksen pääjohtajana (ylitirehtöörinä, 1917–1929) ja kansanedustajana (1917–1918 ja 1929–1930). Itsenäisyyden alkuvaiheissa hän oli suomalaisen puolueen eduskuntaryhmän puheenjohtaja ja myöhemmin kokoomuksen puheenjohtaja (1928–1932).⁵

Haataja osallistui aktiivisesti lainsäädäntötyöhön, mikä näkyy myös hänen tutkijaprofiilissaan. Laskujeni mukaan hän toimi yhdeksän valtioneuvoston asettaman komitean puheenjohtajana. Hän oli jo vuonna 1912 asetetun maanvuokrakomitean jäsen ja sihteeri (KM 1914:4). Työ pohjusti vuosien 1918–1919 torpparilainsäädäntöä. Sitten Haataja toimi muun muassa vuoden 1951 jakolain (604/1951) säätämistä pohjustaneen, vuonna 1933 mietintönsä jättäneen jakolakikomitean (KM 1933:8) puheenjohtajana. Vesilain valmistelussa hänen vaikutuksensa näkyy ennen kaikkea vuoden 1939 ns. Hällforsin komitean (Vesioikeuslakikomitea, KM 1939:3) tarkastustehtävässä⁶.

Haataja oli hyvin tuottelias, hän julkaisi noin 30 teosta ja pitkälti yli 100 artikkelia, laajaa kirjallisuusarvostelua ja puheenvuoroa. Haatajan oikeusteoreettisiin käsityksiin on vaivattominta tutustua hänen väitöskirjansa *Vuokran käsite* (1921) alkujakson kautta. Teoreettisesti kiinnostavia ovat lisäksi ennen kaikkea hänen virkaanastujaisesityksensä ”Talousoikeudellisia näkö-

⁵ Monipuolinen esitys Haatajan elämänvaiheista julkaistiin Haatajan syntymän 100-vuotispäivän kunniaksi vuonna 1981. E. J. Mannerin laatiman kirjasen julkaisi Osuuspankkien Keskuspankki Oy. Haataja oli vuosina 1920–1955 OKO:n hallintoneuvoston puheenjohtaja.

⁶ Sotavuosien vuoksi Haatajan työ jäi hänen omasta mielestään vajavaiseksi, mutta sen perusteella laadittiin oikeusministeriössä vuonna 1944 hallituksen esitys. Sitä ei kuitenkaan koskaan sellaisenaan annettu eduskunnalle, vaan valmistelua jatkettiin mm. asettamalla syksyllä 1951 vesilakikomitea (KM 1958:97), jonka työn pohjalta vesilaki (264/1961) säädettiin. Ks. vesilain valmisteluvaiheista ja Haatajan roolista siinä Manner 1981, s. 22–23 ja sama 1990, s. 5–8. Ks. myös Haataja 1951, s. 80–82.

aloja” (1930), oikeusfilosofinen alustus ”Näkökohtia lain ja oikeuden erosta ja sen merkityksestä nykyisessä yhteiskunnassa” (1934) sekä metodiset puheenvuorot ”Talousoikeus oppiaineena Suomessa” (1941) ja ”Talousoikeuden tutkimusmetodi” (1949). Kompaktina ja helposti avautuvana esimerkkinä hänen yhteiskunnallis-taloushistoriallisesta tutkimusotteestaan suosittelun suppeaa kirjasta *Maa- ja maanvuokrapolitiikkamme vaihteita* (1923).

Oikeustieteen historiassa näkymätön Haataja

Viittaukset Haatajaan ovat viime vuosikymmenien oikeuskirjallisuudessa satunnaisia. Hän esiintyy lähinnä maa- ja vesioikeuden ja kiinteistöoikeuden alan teoksissa, mutta ei niissäkään juurikaan oikeudellisena ajattelijana tai kiinnostavan tutkimusotteen edustajana. *Leena Kartio* tosin viittaa 1980-luvun alussa yleisemminkin Haatajan ajatuksien ajankohtaisuuteen. Hän tarkoittaa pyrkimyksiä nähdä oikeusjärjestys yhä selvemmin osana yhteiskunnallista todellisuutta, mikä menetelmällisesti edellyttää oikeudellisten säännösten tarkastelemista tavoitteidensa ja tosiasiallisten vaikutustensa valossa. Kartion tutkimuksen kohteena olevaa maanvuokralainsäädäntöä leimaavat myös eri suuntiin käyvien intressien väliset ristiriidat, mikä vaikuttaa osaltaan tutkimuksen suuntautumiseen. Näillä tuolloisessa oikeuskeskustelussa esillä olevilla teemoilla on Kartion mukaan ”paljon yhteistä Haatajan lausumien ajatusten kanssa”.⁷ Myös *Veikko O. Hyvönen* nostaa Haatajan esille nimenomaan omaperäisenä oikeudellisena ajattelijana kiinteistönmuodostamisoikeuden yleisesityksessään⁸.

Oikeusteoreettisesti suuntautuneessa kirjallisuudessa ja oikeustieteen historiaa koskevissa tutkimuksissa nähdäkseni lähinnä *H. T. Klami* ja *Markku Helin* ovat kiinnostuneet Haatajan tutkimusotteen erityispiirteistä. Helinin väitöskirjassa Haataja on näkyvästi esillä varhaisena ja selkeänä käsitelainopin kriitikkona.⁹ Haatajan rooliin käsitelainopillisen metodiikan arvostelussa viitataan oikeuskirjallisuudessa muutoin vain satunnaisesti.¹⁰ Suomalaisen oikeustieteen historiaa korostetusti skandinaavisen realismin ja analyyt-

⁷ Kartio 1983, s. 3–5. Tässä Kartion maanvuokralainsäädäntöön kohdistuvassa tutkimuksessa Haataja on laajalti muutoinkin esillä, erityisesti historiallisessa katsauksessa s. 19–30.

⁸ Ks. Hyvönen 1998, s. 61–62, 98.

⁹ Ks. Helin 1988, s. 327–328, 358–359.

¹⁰ Ks. kuitenkin esim. Mäenpää 1979, s. 97 alav. 13 ja Pihlajamäki *JFT* 2000, s. 348–349.

tisen oikeustieteen kehityksen näkökulmasta hahmotettaessa Haatajan panosta ei ole kovin näkyvästi noteerattu. Esimerkiksi *Aulis Aarnion* lukuisissa kat-sauksissa 1900-luvun oikeusajattelun kehitykseen en ole havainnut Haatajan esiintyvän. Toisaalta, jos oikeustieteen historiaa tarkastellaan julkisoikeuden näkökulmasta, talousoikeus ja vanha maa- ja vesioikeus yleensä sijoitetaan yksityisoikeuden alueelle ja ne rajautuvat tarkastelun ulkopuolelle¹¹.

Haatajan näkymättömyyteen kotimaisen oikeustieteen historiaa kirjoitet-taessa lienee muitakin syitä kuin jääminen yksityis- ja julkisoikeuden epä-selvään välimaastoon. Hän vaikutti ennen analyttisen oikeustieteen läpi-murtoa. Pääosa hänen teoreettisiksi ymmärrettävistä kehittelyistään sisältyy varhaisen väitöskirjan ohella pienimuotoisempiin artikkeleihin, kirjallisuus-arviointeihin tai keskustelupuheenvuoroihin. Muille kuin kiinteistöoikeuden tai maa- ja vesioikeuden harrastajille hänen tuotantoonsa tutustuminen ja sen teoreettis-metodisten ydinideoiden havaitseminen voi olla työlästä. Esi-merkiksi myöhemmässä kiinteistö-, maa- ja vesioikeudellisessa kirjallisuus-dessa kaikkein siteeratuimpien Haatajan teosten – jakolainsäädännön laaja yleisesitys *Maanjaot ja talojärjestelmä* (1949) ja *Vesioikeus I–III* (1951–1959) – menetelmällisesti kiinnostava lähestymistapa ei välttämättä avaudu ilman aineellisoikeudellisiin yksityiskohtiin paneutumista (lienee ymmärret-tävää, etteivät nämä teokset ole kovin laajalti kuluneet oikeudenalan ulko-puolisten lukijoiden käsissä). Ympäristöoikeuden muotoutuminen 1970-lu-vulta alkaen puolestaan edellytti metodiseksikin väitettyä irtaantumista maa- ja vesioikeuden, myös Haatajan, lähtökohdista. Menetelmällisesti Haatajan historiallispainotteinen tutkimusote ei modernin ympäristönsuojeluoikeuden näkökulmasta voinut näyttäytyä kovin kiinnostavana. Eri asia on, että syvä-lisemmässä arvioinnissa hänen tutkimusotteessaan voidaan havaita kiinnos-tavia yhtäläisyyksiä myös nykyisen käytännöllisesti painottuneen ympäris-töoikeudellisen lainopin kanssa.

Haataja näyttää jääneen jo omana aikanaan tieteellisesti varsin yksin. Maa- ja vesioikeudellinen tutkimus jäi hänen kaudellaan muutoin suhteellisen vä-häiseksi. Haatajalla ei näytä juuri olleen omia oppilaita tai välittömiä seuraa-jia. Haatajan kaksi vuosikymmentä kestäneen professorikauden aikana maa-

¹¹ Haataja ei esiinny esim. Husan (1995) julkisoikeudellisen tutkimuksen menetelmiä ja tieteenhistoriaa käsittelevässä väitöskirjatutkimuksessa. Ainakin modernin ympäristö-(-nsuojelu)oikeuden näkökulmasta Husa rajaa julkisoikeuden alueen turhan suppeaksi var-sin muodollisin perustein (ks. tutkimuksen yleisistä rajauksista s. 1–3), vaikka hän kyllä tunnistaa vaikeuden sijoittaa ympäristöoikeutta perinteiseen oikeudenalajaotteluun (esim. s. 5 alav. 15 ja s. 86 alav. 109).

ja vesioikeuden alueelta ei ilmestynyt yhtään väitöskirjaa (tai tietääkseni muutaakaan toisen kirjoittamaa tutkimusta), jossa hänen vaikutuksensa näkyisi. Verrattuna esimerkiksi *Simo Zittingiin* tämä osaltaan selittänee, miksi Haatajan tutkimusote ei oikeustieteen historiaa kirjoitettaessa saa juurikaan huomiota.

Haatajan professorikauden kaksi maa- ja vesioikeudellista väitöskirjaa tarkastettiin aivan hänen professoriuransa aluksi, eikä näillä teoksilla ole yhteyttä Haatajan ajatteluun tai persoonaan. Viljo Sainio väitteli vuonna 1929 teoksellaan *Elinkeinotoiminnan harjoittamisesta johtuvat suhteet naapureihin Suomen yksityisoikeuden mukaan* ja V. K. Noponen vuonna 1931 teoksellaan *Oikeudesta ryhtyä liikennettä ja voimansiirtoa tarkoittaviin rakennustöihin naapurin maalla*. Teoksissa hyödynnettävä metodikka ja niiden teoreettiset sitoumukset poikkeavat Haatajan tutkimusotteesta, eikä Haataja näytä teoksia tai niiden tekijöitä juuri arvostavan.¹² Muutama vuosi väittelynsä jälkeen kuollut Sainio – vaikka olikin käsiteläinopin kriitikko Haatajan tavoin – tukeutuu pohjoismaisiin vaikutteisiin tavalla, joka jäi Haatajalle vieraaksi. Teknillisen korkeakoulun talousoikeuden professoriksi (1932–1961) päätyneen Noposen tutkimusotteessa taas on ajan hengen mukaisia käsiteläinopillisia vaikutteita. Ymmärtääkseni Haatajan vaikutus näkyy vain yhdessä väitöskirjassa, hänen assistenttinaan vuosina 1945–1949 toiminut E. J. Manner väitteli vuonna 1953 (useita vuosia Haatajan eläkkeelle jäämisen jälkeen) teoksellaan *Yleiskäyttö vesioikeudellisena käsitteenä*.

Haatajan vaikutukseen omalla ajallaan ja myöhemmin lienee omalta osaltaan vaikuttanut hänen ristiriitainen ja särmikäs persoonallisuutensa (tällainen luonnehdinta on tosin suorastaan tavanomainen useiden uutta luovien henkilöiden yhteydessä ja siihen täytynee suhtautua tietyin varauksin). Kun Haataja päätyi eri kannalle muiden kanssa, hän ei epäröinyt väittää esimerkiksi hallituksen tai tuomioistuinten ajautuneen suoranaisiin laittomuuksiin¹³ tai kritiikkinsä kohteena olevan tutkijan kannanottojen olevan ”mahoja”, ”erinomaisen heikkoja” ja ”hutiloimistytöä”¹⁴. Hän ajautui useissa toimis-

¹² Esimerkiksi satunnainen viittaus Noposen erääseen toiseen esitykseen teoksessa Haataja 1949 (s. 475 alav. 3) sisältää vain viestin, ettei hänen ajattelunsa ansaitse tulla tarkastelluksi ja arvioiduksi.

¹³ Ks. esim. Haataja 1950a, s. 200–203, jossa hän eräitä ajankohtaisia vesioikeudellisia kiistakysymyksiä tarkasteltuaan tekee yhteenvedon: ”väitän sekä viranomaisten että hallituksen tehneen itsensä vesioikeusasioissa syyppäksi laittomuuksiin”.

¹⁴ Luonnehinnat sisältyvät Haatajan yli 40-sivuiseen tyrmäävään arvosteluun Ilmari Caseliuksen irrottamisoikeuksia koskevasta teoksesta, ks. Haataja *LM* 1937b, s. 44, 53, 65. Esim. s. 44 hän lausuu: ”Tästä tekijän kannanotosta on sanottava, että jos juridiikka käy niin mahoksi kuin mitä se tekijällä puheena olevassa asiassa on, niin ei sillä paljon virkaa ole.” – Kritiikin kohteeksi joutunut Caselius hoiti teoksen julkaisuajankohtana siviilioikeuden professuuria, jonka vakainainen haltija hänestä tuli vuosiksi 1936–1956. Hänet noteerataan yleensä oikeustieteen historiassa selvästi Haatajaa kiinnostavammaksi hahmoksi.

saan erilaisiin erimielisyyksiin ja lopulta intellektuaaliseen eristykseen. Esi-merkiksi toimiessaan vuosina 1942–1947 lainopillisen tiedekunnan dekaanina Haataja päätyi ristiriitoihin muun tiedekunnan kanssa. Tämä vaikutti osaltaan siihen, että hän luopui professuuristaan.¹⁵ Eläkkeelle jäätyään Haatajasta tuli kärjekäs Helsingin yliopiston kriitikko ja Oulun yliopiston perustamisen puolestapuhuja.¹⁶ Myös Haatajan Saksa-aktiivisuus 1930-luvun lopulla ja erityisesti jatkosodan aikana¹⁷ on vaikuttanut Haatajan henkilöprofiiliin ja himmentänyt uran alkuvaiheessa korostuvien sosiaalisten ja yhteiskunnallisten painotusten merkitystä. *E. J. Manner* kuvaa Haatajaa äärimmäisen itsenäiseksi henkilöksi¹⁸:

”Kyösti Haataja, jos kuka, oli muista ja muiden ajatuksista riippumaton. Hän kulki omaa tietään niiden vakaumusten mukaisesti, jotka hän oli omaksunut ja niitä periaatteita noudattaen, joita hän piti arvossa. Ei ollut harvinaista, että Kyösti Haataja kannanotoissaan edusti toisenlaista käsitystä kuin useimmat muut, ja tämä hankki hänelle ajoittain vastustajia ja ehkäpä vihamiehiäkin.”

Oikeuden yhteiskunnallinen latautuneisuus Haatajan ajattelussa

Keskeistä Haatajan oikeusajattelussa on oikeuden yhteiskunnallisuuden ja historiallisuuden korostus. Hänen ajattelunsa on selkeästi ilmaistua, varhais- ta käsitelainopin kritiikkiä. Perusteet sille hän muotoili jo väitöskirjassaan

¹⁵ Manner 1981, s. 23.

¹⁶ Julku (1983, s. 109) pitää Oulusta kotoisin ollutta Haatajaa epäilemättä Oulun yliopiston perustamisvaiheen tärkeimpänä vaikuttajana. Hän oli pohtinut ajatusta Pohjois-Suomen yliopistosta jo 1920-luvulta alkaen ja toimi asiassa aktiivisesti erityisesti 1940-luvun puolivälistä alkaen. Laki Oulun yliopistosta hyväksyttiin vuonna 1958. Haatajan särmikkyyttä kuvastaa esimerkiksi se, mitä hän lausui Helsingin yliopistosta puheessaan Pohjois-Pohjalaisen Osakunnan vuosijuhlissa vuonna 1955 (mt, s. 111): ”Yliopistojen pitäisi olla kaoottisen yhteiskunnan henkisiä voimakeskuksia, mutta ne ovat jääneet sivuun olojen kehityksestä. Vanhentuneet muodot ja itsekylläisyys hallitsevat. Yleinen kuva Helsingin yliopistosta sivusta katsojalle ja etenkin sille, joka sitä etäämpää katsoo, on se, että yliopisto on kehitymässä enemmän ja enemmän itseensä tyytyväiseksi, kuoreensa sulkeutuneeksi laitokseksi, joka elää omaa elämäänsä, samalla kuin maa ja kansa sen ulkopuolella elää omaansa. – – Nyt yliopisto on joutunut sen ympärillä kulkevaan elämään suurelta osalta passiiviseksi ja elämä sen ulkopuolella on kulkenut sen sivu.”

¹⁷ Ks. Kangas 1985, s. 39–43, 72–80 sekä jäljempänä s. 43.

¹⁸ Manner 1981, s. 28–29.

vuonna 1921.¹⁹ Hänen mukaansa ”oikeustiede oli muodostumassa konstruktiviseksi ja filosofiseksi oikeudellisten käsitteiden määrittelyksi ja järjestyksi, joka kulki kokonaan erillään käytännöllisestä elämästä sekä perustui kuolleen lain kirjaimen formalistiseen ja dialektiseen käsittelyyn”.²⁰ Haatajalle historiallinen koulu ja käsitelainoppi edustavat formalistis-doktrinääristä viisastelua, ”joka oli käytännölliselle elämälle ja sen tarpeille vieras ja hedelmätön”.²¹ Käsitelainopin formalistisen metodin sijasta Haataja peräänkuuluttaa jo väitöskirjassaan *Rudolf von Jheringiin* tukeutuen ”reaalista ja teleologista metoodia”.²²

Kun Haatajan ”sosiologiseksi suunnaksi” nimeämän opin hengessä oikeuden päämääräksi ymmärretään ”yhteiskunnan käytännöllisten tarpeiden, ihmisten yhteiselämän ja siis myös taloudellisen yhteiselämän palveleminen”, luonnollista on, että myös oikeustieteen on suunnattava huomionsa näihin oikeutta syvempiin yhteiskunnallisiin ja taloudellisiin tekijöihin. Virkaanastujaisesityksessään Haataja muotoileekin näin hahmottuvan vastakainasettelun käsitelainopin suuntaan selkeästi²³:

”Sen sijaan että oikeustieteen alalla oli pääpaino aikaisemmin ollut oikeussääntöjen loogillisessa tulkitsemisessa ja siis konstruktivis-filosofisessa puolessa, tuli painopiste täten siirtymään oikeuselämän aineksien asialliseen puoleen, niihin taloudellisiin ja yhteiskunnallisiin ilmiöihin, joiden järjestäminen oli kulloinkin kysymyksessä, niihin taloudellisiin ja yhteiskunnallisiin tarkoituksiin ja seuraamuksiin, joihin oikeussäännöksillä pyrittiin ja joita niillä oli.”

”Sosiologisen suunnan muodostuminen oikeustieteessä” -jakso Haatajan virkaanastujaisesityksessä on ilmeinen sovellus Jheringin oikeusajattelusta. Käsitelainopillinen ajatus oikeuden itsetarkoituksellisuudesta korvautuu käytännöllisellä yhteiskunnallisen ja taloudellisen elämän järjestämistehtävällä. Varsinkin kiinteistöoikeuden alueella keskeiseksi muodostuu oikeuden muutostdynamiikan historiallinen hahmottaminen. Oikeudellisten kysymysten syvälinen ymmärtäminen edellyttää oikeuden tarkoituksperien tutkimusta ja

¹⁹ Haataja 1921, s. 11–25.

²⁰ Haataja 1921, s. 11.

²¹ Haataja *Valvoja-Aika* 1930, s. 160.

²² Haataja 1921, s. 11.

²³ Haataja *Valvoja-Aika* 1930, s. 160–161.

yhteyksiä talous- ja yhteiskuntatieteisiin.²⁴ Haataja tiivistää tämän työ- ja maareformilainsäädännön tutkimuksessa välttämättömäksi kokemansa lähestymistavan seuraavasti²⁵:

”Vain tutkimalla perusteellisesti sitä taloudellista ja yhteiskunnallista perustetta, jolla tällaisen lainsäädännön säännökset ovat rakennetut, ja niitä päämääriä, joihin kullakin säännöksellä pyritään, samalla kun tarpeellisessa määrin otetaan huomioon säännöksiin konstruktivinen puoli sekä niiden historiallinen tausta, voidaan tällaisten säännöksiin tieteellisestä käsittelystä odottaa hedelmällisiä tuloksia.”

Vaikka Haatajan ajattelussa voidaan nähdä vaikutteita sosiologisesta oikeustieteestä, vapaa-oikeuskoulusta ja intressilainopista, mistään puhdasoppisesta sovelluksesta ei ole kysymys.²⁶ Viittaukset oikeusteoreettisiin tai -filosofiisiin keskusteluihin Haatajan tuotannossa osoittavat, että hän seurasi kansainvälistä teoreettista keskustelua ja ammensi virikkeitä eri suunnilta. Väitöskirjansa alkujaksossa hän tukeutuu aikakauden suurista teoreetikoista näkyvästi *Stammleriin*, *Jheringiin* ja *Heckiin*. *Jheringin Taistelu oikeudesta* -teos on hänen keskeinen lähtökohtansa myös hänen eräissä myöhemmissä teoreettisissa kirjoituksissaan²⁷.

Kotimaisten teoreetikkojen kanssa Haataja ei sitä vastoin juurikaan käy keskustelua – vaikka hän ryhtyy useisiin värikkäisiin debatteihin alansa aineellisoikeudellisista kysymyksistä muiden tutkijoiden ja käytännön juristien kanssa. Hänen uransa loppupuolella esimerkiksi Brusiinin väitöskirjassa *Tuomarin harkinta normin puuttuessa* (1938) on esillä samanlaisia sosiologisia ja yhteiskunnallisia korostuksia kuin Haatajankin ajattelussa.²⁸ Brusii-

²⁴ Ks. Jheringin oikeusajattelusta tiivistetysti Pihlajamäki *Retfærd* 1997, s. 56 ja Nuotio 2001, erit. s. 288–289, 290–291.

²⁵ Haataja *Valvoja-Aika* 1930, s. 162.

²⁶ Ks. myös Helin 1988, s. 358–359, jossa tarkastellaan reaalisten argumenttien merkitystä Haatajan väitöskirjan argumentaatiossa. Helin päätyy tiivistykseen: ”Haatajan asennoitumista voitaneenkin parhaiten luonnehtia sanomalla hänen liittyvän ns. historiallisen intressijuridiikan ajatusperinteeseen.”

²⁷ Ks. esim. Haataja 1934b, s. 8–11. Kirjoituksessa myös Stammler ja mm. Hans Fehr ovat laajasti esillä.

²⁸ Ks. esim. Aarnion (1977, s. 11) tiivistys: ”Brusiin katsoo, että oikeudellisia järjestelyjä ei voida koskaan ymmärtää aidolla tavalla, jos ei tunneta normien taustalla olevia päämääriä, sitä tarkoituskompleksia, jolla koko oikeusjärjestys lepää. Sitä taas ei voi tuntea perehtymättä yhteiskuntatodellisuuteen ja yhteiskunnan rakenteitten historialliseen kehitykseen.”

nia ja Haatajaa yhdistää myös se, ettei kumpikaan saanut omana aikanaan antipositivistisille, oikeuden yhteiskunnallisia puolia korostaneille ajatuksilleen vastakaikua suomalaisessa oikeusyhteisössä.²⁹ Molemmat olivat edellä aikaansa. Ero on siinä, että Brusiin ”rehabilitoitiin” jo 1970-luvulla, Haataja on unohtunut.

Brusiin näyttää väitöskirjassaan havaitsevan yhtäläisyydet oman ajattelunsa ja Haatajan oikeuskäsityksen välillä. Tarkastellessaan väitöskirjassaan oikeustieteen luonnetta yhteiskuntatieteenä hän nimenomaisesti toteaa, että ”H a t a j a n metodiopilliset lausunnot ansaitsevat mitä suurinta huomiota”.³⁰ Hän siteeraa myös hyvin myönteisessä sävyssä (”Haataja on aivan oikeassa”) Haatajan käsitystä taloudellisten ja oikeudellisten ilmiöiden yhtenäistymisestä ja vaatimusta taloudellisten realiteettien tuntemisesta lain-tulkinnassa.³¹ Toisin päin eksplisiittistä vaikutusta en ole Haatajan tuotannossa havainnut. Tähän on osaltaan voinut vaikuttaa Brusiinin tunnettu vasemmistolaisuus³², jota Haataja näyttää myös tieteellisessä tuotannossaan vieroksuneen.

Kaila–Brusiin-oppiriita ja Haataja: oikeusyhteisön oikeusvakaumus vai kansakunnan oikeustajunta?

Haataja oli antipositivisti ja antiformalisti. Tältäkin osin hänen ajattelunsa kiinnittyy ajan saksalaisiin virtauksiin: oikeuspositivismin kritiikissä kietoutuvat toisiinsa yhteiskunnalliset reformivaatimukset ja intressilainopin ja vapaa-oikeuskoulun oikeusteoreettiset lähtökohdat.³³ Laki ja oikeus eivät Haatajalle ole sama asia. Muodollinen laillisuus ei ole riittävä oikeuden tai sen voimassaolon kriteeri. Lain ja oikeuden suhdetta käsittelevässä esityk-

²⁹ Ks. Brusiinin osalta esim. Pihlajamäki *Retfærd* 1997, s. 66 viitteineen ja Tolonen *LM* 1997, s. 27.

³⁰ Brusiin 1938, s. 190 alav. 2.

³¹ Brusiin 1938, s. 220–221.

³² Ks. esim. Tolonen *LM* 1997, s. 33–34, 39–40.

³³ Ks. Pihlajamäen (*Retfærd* 1997, s. 59) tulkinta: ”Det var naturligt att det i den samhälls-liga verksamhetsomgivningen i Tyskland under 1800-talets slut, och framför allt början av 1900-talet, började finnas utrymme för och efterfrågan på anti-rättspositivistiska konjunkturer. Intressejurisprudensen och den fria rättskolan strävade efter att skapa en teori om hur statens utvidgade verksamhetsfält skulle synliggöras i rättsvetenskapen.”

sessään vuonna 1935 hän selostaa Jheringin, Stammlerin, *Marchallin* ja *Feh-rin* antipositivistisia ajatuksia hyvin ymmärtävään sävyyn³⁴:

”Positivistinen oikeuskäsitys sivuuttaa oikeudenmukaisuuskäsitteen muodollisen laillisuuskäsitteen tieltä. Laki on sen mukaan valtion asettama normi, joka ei velvoita sisäisen vakaumuksen nojalla, vaan pelkän alkuperänsä perusteella. Kuitenkin todellisuudessa oikeutta on vain se, joka todella on oikeaksi katsottava. – Vain ne normit ovat oikeutta ja todellisuudessa voimassa, jotka ihmiset *oikeusvakaumuksensa* [kurs. tässä] perusteella omaksuvat. – Me siis näemme, kuinka käsitys siitä, että valtiotahdon määräämän *lain yläpuolella on oikeudenkäsite* [kurs. tässä], joka perustuu ihmisen sisäiseen vakaumuksen siitä, mikä on yhteistä hyvää edistävää ja oikeaa, on eri vaiheiden läpi kulkeneena viimeisen puolen vuosisadan kuluessa voittanut alaa ja erityisesti viime aikoina tunkeutunut uudella voimalla ja uusilla perusteilla esiin.”

Ajatus kansalaisten yleisestä oikeustajunnasta oikeuden perustavimpana kategoriana ei 1920- ja 1930-luvuilla ollut suomalaisessa teoreettisesti painotuneessa oikeuskirjallisuudessa kovin tavaton. Samansuuntaista ajattelutapaa edustivat myös *El. Kaila* ja *Otto Brusiin* (edellä olevan tekstin Haataja kirjoitti jo ennen Brusiinin väitöskirjan ilmestymistä). *Hannu Tolonen* arvioi Brusiinin oikeusajattelua koskevassa tutkimuksessaan oikeusvakaumuksen korostamisen osoittavan Brusiinin ja Kailan ajattelun teoreettista yhdensuuntaisuutta: molempien mukaan oikeus perustuu ”keskeisesti oikeuden takana oleviin, erityisesti kansalaisten yhteiskuntamoraalisiin arvoihin”.³⁵

Toisaalta Tolonen osoittaa Kailan ja Brusiinin käsityksissä kansalaisten yleisestä oikeustajunnasta myös perustavan ristiriidan. Heidän ajattelussaan havaittavissa oleva ero on kiinnostava myös Haatajan oikeusajattelun ymmärtämisen kannalta. Brusiinin teksteissä oikeustajunta esiintyy muodossa *oikeusyhteisön oikeusvakaumus*. Tolonen arvioi käsityksen olevan skandinaavisen realismin värittämä. Kailalla sama idea muotoutuu saksalaisvaukutteiseksi *kansakunnan oikeustajunnaksi*. Tolosen mukaan tämä asetelma on ”linjassa skandinaavisen realismin tietyn radikalismien ja saksalaisen perinteisyyden välisen peruserimielisyyden kanssa”.³⁶

Haatajan asemoiminen näin tulkitussa Kaila–Brusiin-oppiriidassa on kiinnostavaa. Hänen tekstinsä aiheesta on kirjoitettu ennen Brusiinin väitöskir-

³⁴ Haataja 1934b, s. 12–14.

³⁵ Tolonen *LM* 1997, s. 35–36.

³⁶ Tolonen *LM* 1997, s. 42–43.

jaa, eikä siitä saa yksiselitteistä vastausta ongelmaan. Tietynlainen viehtymys ajatukseen eri kansojen omasta, luonnollisesta oikeudentunnosta ja poliittinen kansallismielisyys heijastuvat Haatajan esityksissä suhtautumiseen oikeusvertailulla saatavan, varsinkin muuta kuin pohjoismaista oikeutta koskevan tiedon käyttökelpoisuuteen kotimaista oikeutta tulkittaessa. Kaila-henkisesti tulkittu kansakunnan oikeustajunnan idea sisältää luontevasti korostuksen oikeuden relatiivisuudesta: ”oikeus on eri ihmisille ja eri kansoilla eri aikoina oleellisesti erilainen”.³⁷ Myöhäistuotantoon kuuluvassa kirjoituksessaan Haataja pitääkin suoranaisesti tärkeänä välttää ”ulkomaisia oppeja” maa-oikeuden alueen tutkimuksessa.³⁸ Eri asia on se, että Haataja itse perehtyi perusteellisesti eri oikeusjärjestyksiin tutkimillaan alueilla ja piti sitä myös tärkeänä ja hyödyllisenä.³⁹

Toisaalta Haatajan epäilevää asennetta ulkomaisia oppeja kohtaan ei tule tulkita liian suoraviivaisesti sitoutumiseksi kansakuntalähtöiseen oikeustajunnan ideaan. Epäilevällä asenteella ulkomaisten oppien soveltamiseen on taustansa myös Haatajan käsitelainopin kritiikissä. Käsitelainopillisen menetelmän käyttäminen merkitsi suomalaisessa oikeustieteessä vielä 1930-luvullakin juuri ulkomaisten (lähinnä vanhempien saksalaisten) oppien, luokittelujen, konstruktoiden ja periaatteiden reseptiota ja soveltamista.⁴⁰ Tällainen tapa tehdä oikeustiedettä oli ollut Haatajan kritiikin kohteena hänen väitöskirjastaan alkaen.

Saksalaiseen oikeustieteeseen suuntautuneena Haataja tulisi oppiriidassa lähemmäksi Kailaa, mutta tietynlainen yhteiskunnallinen radikalismi yhdistäisi häntä yhteiskunnallisesti (ei poliittisesti) myös Brusiinin ajatteluun. Haatajan ajatuksessa yleisestä oikeustajunnasta voidaan nähdä piirteitä sekä Kailan että Brusiinin edustamista ideoista. Asetelma kuvastaa mielestäni havainnollisesti Haatajan tutkijaprofiilia: häntä on vaikea kategorisoida ja

³⁷ Haataja 1934b, s. 10–11.

³⁸ Haataja 1950a, s. 198–199. Ulkomaiden oppeihin on hänen mukaansa ”suhtauduttava erittäin varovaisesti” maa-oikeuden alueella, koska maaomaisuuden käyttömuodot ovat kullakin kansakunnalla muodostuneet erilaisten historiallisten, taloudellisten ja psykologisten tekijöiden sekä vaihtelevien luonnonolosuhteiden vaikutuksesta.

³⁹ Esim. *Vesioikeus I* -teoksessa on yli 30 sivun laajuinen, alkuperäiskirjallisuuteen perustuva katsaus yli kymmenen eri valtion vesioikeuteen roomalaisesta oikeudesta alkaen, ks. Haataja 1951, s. 38–73. Ulkomaisiin järjestelmiin viitataan myös runsaasti aineellisoikeudellisten yksityiskohtien käsittelyn yhteydessä.

⁴⁰ Ks. Helin 1988, s. 322–326.

luokitella mihinkään koulukuntaan tai liittää mihinkään yksittäiseen suuntaukseen⁴¹.

Yhteiskunnallis-historiallinen tutkimusote positivismin kritiikkinä

Haatajan edustama ajatus kansalaisten yleisestä oikeustajunnasta antaa aiheen kysymykseen, miten tuosta lain yläpuolella olevasta ihmisten ja kansojen oikeusvakaumuksesta saadaan tietoa? Onko oikeustieteen empiirisesti selvitettävä, minkälaisia käsityksiä oikeasta ja väärästä ihmisten oikeustajuntaan sisältyy? Sama kysymys koskee tietysti yleisemminkin niitä yhteiskunnallisia päämääriä, joiden selvittämisen Haataja nostaa oikeustieteen keskeistehtäväksi lakia tulkittaessa.

Sen enempiä ihmisten oikeusvakaumuksen kuin yhteiskunnallisten päämäärienkään selvittäminen ei Haatajan tutkimusotteessa tapahdu empiristisin keinoin. Tilanne on samankaltainen kuin Jheringin intressilainopissa: oikeusjärjestyksen taustalla olevien päämäärien ja intressien selvittäminen on oikeustutkimuksen lähtökohta, mutta tämä ei tapahdu empiirisin menetelmin.⁴² Empirismä Haataja ei voi oikeusvakaumuksen osalta tarkoittaakaan, koska hän suhtautui elitistisen kriittisesti suurten joukkojen enemmistöparlamentarismiin ainakin 1930-luvulla.⁴³ Lain yläpuolella oleva oikeusvakaumus ei Haatajan esityksissä myöskään viittaa vain oppineiden asiantuntijoiden tavoitettavissa olevaan erityisen tiedon alueeseen. Käsitelainopin krii-

⁴¹ Björnen (2002, esim. s. 390–391) mukaan epäilyks puhdasoppista koulukuntaisuutta kohtaan (”motvilja mot extrema ståndpunkter och doktrinära ensidigheter”) oli yleisemminkin tyypillistä viime vuosisadan alkupuoliskon pohjoismaiselle oikeustieteelle. Esimerkiksi klassisen käsitelainopin (Björnen käsitteistöllä konstruktivisen suuntauksen) ja sosiologisen koulun välisessä asetelmassa oli tyypillistä ammentaa vaikutteita molemmilta suunnilta ilman fanaattista sitoutumista kumpaankaan suuntaukseen. Björne tarkastelee tässä yhteydessä erityisesti Serlachiuksen ajattelua.

⁴² Ks. Jheringin osalta myös Aarnio (1975, s. 37), jonka mielestä olisi ”rohkeaa ja harhaanjohtavaakin väittää”, että Jhering osoittaessaan oikeudelliselle ajattelulle yhteyden yhteiskuntatodellisuuteen olisi ottanut täyden askeleen kohden empirismä. Aarnion mukaan hänen esityksensä ”ei anna aihetta päätelmiin, jonka mukaan tieto intresseistä tulisi hankkia empiirisin menetelmin”.

⁴³ Hän arvioi kriittisesti, että ”oikeudelliset periaatteet ovat suurille joukoille suurin piirtein katsoen vieraita”, ks. Haataja *LM* 1937a, s. 396.

tikkona Haataja suhtautui päinvastoin kriittisesti oppineiden oikeuteen ja akateemiseen teoretisointiin⁴⁴.

Haataja ei missään yhteydessä menetelmällisesti täsmennä, mitä lain yläpuolella olevan ihmisten sisäisen oikeusvakaumuksen voimassaolon tunnistaminen edellyttää oikeustieteeltä. Ehkäpä se tulisi ymmärtää sellaiseksi oikeudellisen ajattelun lähtökohdaksi, jonka menetelmällistä instrumentalisointia ei Haatajan tavoin ajattelevilta voikaan perätä.

Haatajan myöhäisempi talousoikeuden metodologia käsittelevä esitys antaa kysymykseen kuitenkin tiettyä valaistusta. Esitystä voidaan tulkita siten, että lain yläpuolella olevaa oikeustajuntaa on kyllä tutkittava ”induktiivisesti”. Tämä ei tarkoita kuitenkaan mitään kansalaisyksitysten empiiristä tutkimista. Haatajan menetelmässä oikeusvakaumus konkretisoituu yleisempään lainsäätäjän ratkaisujen lähtökohdaksi olevien yhteiskunnallisten olojen tutkimiseen. Hänen mukaansa on syvennyttävä ensin ”induktiivisesti niihin oloihin ja asioihin, joiden pohjalta lainsäätäjä on lakia säätäessään lähtenyt”. Tämä muodostaa perustan positiivisen lain säännöksiin kohdistuvalle tutkimukselle: induktiivisesta tutkimusmetodista lähtien ja ”sen antamat tulokset huomioon ottaen on sitten itse lain säännöksiä tutkittava noudattamalla dogmaattis-deduktiivista tutkimusmetodia, s.o. koettamalla lain sanamuodon perusteella, loogillisen ajattelun tietä, löytää vastaus siihen, miten lainsäätäjä on induktiivisen tutkimuksen osoittamat pyrkimykset ratkaissut ja miten ne lain sanamuotoon sisältyvät ja sopivat”.⁴⁵

Esitys voidaan tulkita siten, ettei positivismiin kritiikki lopulta näyttäisi kovin radikaalisti vaikuttavan Haatajan käsitykseen oikeustieteen tutkimuskohteesta. Voimassa olevan oikeuden säännöt ovat oikeustieteen pääasiallinen tutkimuskohde Haatajankin ajattelussa. Tutkimuksen ”induktiivinen” vaihe tarkoittaa Haatajalle kuitenkin eri asiaa kuin mitä sillä käsitelainopissa tai sen kritikoiden esityksissä tarkoitettiin. Hän ei viittaa ilmaisulla positiiviseen oikeuteen eli menetelmään, jossa positiivisen oikeuden säännöistä yleistetään oikeudellisia käsitteitä tai periaatteita.⁴⁶ Päinvastoin Haatajan

⁴⁴ Ks. myös Helinin (1988, s. 407) tulkinta, joka perustuu Haatajan kritiikkiin (*LM* 1937, s. 24–29) Caseliuksen käsitelainopillista teoretisointia sisältäneestä teoksesta. Hänen mukaansa Haataja ”näki todellisen oikeuskulttuurin olevan kokonaan muualla kuin akateemisen maailman oppineitten oikeudessa”.

⁴⁵ Haataja 1950a, s. 204.

⁴⁶ Ks. Tuori (*LM* 2002, s. 1302), joka tiivistää: ”Konstruktivisessa metodissa analyttisen kritiikin kohteeksi joutui sekä induktiivinen vaihe, jossa positiivisista oikeuslauseista yleis-

mukaan oikeudellisen tutkimuksen on lähdeittävä ”induktiivisesti” liikkeelle sääntöjä edeltävistä yhteiskunnallisista päämääristä. Vasta tämän jälkeen on mahdollista selvittää kulloinkin voimassa olevien sääntöjen sisältöä. Induktiivisuus viittaa Haatajan esityksessä siis yhteiskunnallisesti painottuneeseen historialliseen metodiin.

Yhteiskunnallis-historiallinen metodi ei Haatajan ajattelussa ole ristiriidassa positiiviseen oikeuteen tukeutuvan ”induktiivisen” otteen kanssa, vaan nämä täydentävät toisiaan: ”Kun käsitteiden määrittelyssä on perustuttava positiivisen oikeuden aineistoon, seuraa siitä, että kukin käsitteen määrittely osoittaa käsitteelle vain sen oikeudellisen aineiston mukaiset tunnusmerkit, johon määrittely perustuu. Kun aineisto on eri aikoina ja eri maissa erilainen, seuraa siitä, että myös käsitteiden oleellinen sisältö sen mukaan vaihtelee.” Oikeudellista käsitejärjestelmää kehitettäessä ei voida kuitenkaan tukeutua vain positiivisen oikeuden aineistoon, vaan tarpeen mukaan on otettava huomioon myös käsitteistön yhteiskunnallinen latautuneisuus: ”oikeudellisia käsitteitä ei ole katsottava vain filosoofiseksi, oikeussäännöistä johdetuiksi käsitteiksi, vaan ovat ne, oikean hengen ja sisällyksen saamiseksi niihin, tarpeen mukaan sijoitettavat siihen yhteiskunnallisen ja taloudellisen elämän piiriin, jossa ne esiintyvät, ja siinä ympäristössä tarkastettavat.”⁴⁷ Nykyisin tämä ilmaistaisiin puhumalla esimerkiksi Tuorin tavoin oikeuskäsitteiden ilmentämästä *kätketystä yhteiskuntateoriasta*. Oikeuden yleisillä opeilla – erityisesti oikeuskäsitteillä – on aina välttämätön, ainakin implisiittinen yhteys tiettyyn käsitykseen oikeudellisen sääntelyn kohteena olevasta yhteiskunnan osa-alueesta. Tuorin mukaan oikeustieteessä tietoisuus tästä kytkennästä ja tämän kytkennän ”avoin paljastaminen ja perusteleminen on valitettavan harvinaista”.⁴⁸

Ohjelmallisissa teoreettis-filosofisissa puheenvuoroissaan Haataja ilmaisee mielestäni varsin selkeästi myös tosiasiallisesti toteuttamansa tutkimusmenetelmän rakenneosat. Lähtökohtana ovat (1) positiivisen oikeuden säännökset, joita tarkastellaan sekä (2) oikeuden historiallinen muutosdynamikka että (3) sääntelyn yhteiskunnalliset ja taloudelliset päämäärät huomioon

tehtiin yleisiä käsitteitä (tai yleisiä periaatteita), että deduktiivinen vaihe, jossa käsitteitä tai periaatteita sovellettiin yksittäisiin oikeudellisiin ongelmiin.” Tuori osoittaa kritiikin ainakin julkisoikeuden näkökulmasta olevan liian yksinkertaistavaa (ks. erit. s. 1304–1307). Ks. myös Tuori 2002, s. 7–8. Ks. positiivista oikeutta lähtökohtanaan pitävästä induktiivisesta metodista myös Helin 1988, s. 316–317.

⁴⁷ Haataja 1921, s. 20, 23.

⁴⁸ Tuori 2002, s. 5.

ottaen. Hänen tutkimusmenetelmässään kohdat 2 ja 3 lomittuvat toisiinsa, koska myös yhteiskunnallisia päämääriä on tarkasteltava historiallisesta näkökulmasta.

Haatajan kritiikillä yksiulotteista ja liian puhdasta positivismia kohtaan on yhteys hänen varsin elitistiseen suhtautumiseen enemmistöparlamentarismia kohtaan. Positivistinen oikeuskäsitys kytkeytyy *demokraattisen oikeusvaltion* muodostamiseen: ”Kaiken oikeusjärjestyksen perustaminen lainsäätäjän ilmaisemaan tahtoon oli täysin yhdenmukainen demokraattisen parlamentarismin perusajatuksien kanssa ja sen vallassa olemista edistävää.”⁴⁹ Ajatus lainsäädäntövallasta riippumattomasta ja lainsäätäjän toimintaa rajoittavasta, lain yläpuolella olevasta oikeudesta järkyttää samalla myös demokraattisen parlamentarismin peruslähtökohtia. Oikeusteoreettisissa käsityksissä tapahtuneet muutokset myötävaikuttavat hänen mukaansa osaltaan tarpeeseen arvioida parlamentaristisen järjestelmän toimintanedellytyksiä⁵⁰:

”tapahtuneen kehityksen johdosta on jouduttu tarkastamaan suurten joukkojen edellytyksiä objektiivisesti pätevällä ja yksinomaan yhteisen hyvän määräämällä tavalla ratkaista valtiotahdon harjoittamista ja lainsäädäntötyössä esiintyviä kysymyksiä ja siis myös säätää lakia. – – Joukot, jotka kulkevat tunteen ja joukkokiihoituksen eikä vakavan asiallisen harkinnan pohjalla, eivät anna varmuutta sellaisesta objektiivisuudesta ja asiallisuudesta asiain käsittelystä, joka on välttämätön oikean oikeuden löytämiselle eikä ainoastaan määrääjän mahtikäskystä riippuvien lakien laatimiselle.”

Esitystä tulkittaessa on otettava huomioon esittämisaikajankohdan yhteiskunnallinen tilanne ja Haatajan oma henkilöhistoria. Hän oli muutama vuosi aikaisemmin luopunut Kokoomuksen puheenjohtajuudesta protestina puolueen oikeistolaistumiselle. Lienee myös syytä korostaa, ettei mikään diktatuuri ollut Haatajalle enemmistöparlamentarismin vaihtoehto, sen hän selkeästi torjuu. Parlamentaarinen järjestelmä tarvitsee hänen mukaansa uudistamista – millä tavoin, sitä hän ei halua tai pysty esityksessään tämentämään.

⁴⁹ Haataja 1934b, s. 14. Ks. (laki)positivismin suosion yhteiskunnallisista syistä samansuuntaisesti myös esim. Helin 1988, s. 52–53 viitteineen.

⁵⁰ Haataja 1934b, s. 14–16.

Suhde analyttiseen oikeustieteeseen

Haataja ei näytä teoreettisesti kiinnostuneen kovin syvällisesti pohjoismaisesta oikeustieteestä. Hänen teoreettinen mielenkiintonsa kohdistui koko uran ajan saksalaiseen oikeustieteeseen. Tämä on merkityksellistä ehkä myös Haatajan myöhäisemmän, vähäiseksi jääneen vaikutuksen kannalta, leima-
sihan suomalaista oikeustiedettä viime vuosisadalla muutoin juuri pohjois-
maistuminen⁵¹.

Upsalan koulukunnan keskeisten oikeusteoreetikkojen – *Hägerströmin* ja *Lundstedtin* – vasemmistolaiset poliittiset sitoumukset⁵² ja heidän ajatustensa Suomessa saama marxilainen leima⁵³ selittänevät osaltaan, miksi antisosialistinen Haataja ei viehättynyt skandinaavisesta realismista. Heidän tuotantonsa Haataja kyllä tuns. Hägerströmiin Haataja viittaa jo väitöskirjassaan.⁵⁴ *Ross* ja *Ussing* ovat myönteisessä sävyssä lyhyesti esillä myöhäistuotannossa.⁵⁵ Samassa yhteydessä mainitaan myös Lundstedt, jonka ei katsota kuitenkaan ansaitsevan lähempää tarkastelua.⁵⁶ Poliittiset sitoumukset näyttäisivät olevan perusteena Haatajan torjuvalle asenteelle myös, kun hän

⁵¹ Ks. Helin (1988) passim, ks. esim. tutkimuksen lähtökohtana olevaa luonnehdintaa (s. 1): ”Tutkimuksen metodisia esikuvia etsittäessä käännettiin Saksan asemasta Skandinaviaan, missä oikeustiede oli vuosisadan vaihteen tienoilla alkanut voimakkaasti kehittyä.”

⁵² Ks. esim. Helin 1988, s. 4.

⁵³ Keskeinen tekijä tällaisen mielikuvan syntymisessä oli Caseliuksen vuonna 1929 julkaisema, hyvin kielteinen kirjoitus ”Hägerströmiläis-Lundstedtilaisesta koulusta”, ks. Helin 1988, s. 274–276. 1930-luvulla Upsalan koulukunta olikin suomalaisessa oikeustieteessä lähinnä hämmästelyn kohteena. Helinin mukaan sen ”ajatukset jäivät lainoppineillemme käsittämättömiksi”. Ks. mt, s. 276–280, jossa hän myös alav. 5 mainitsee Haatajan yhtenä ainoista tuon aikakauden tutkijoista, joiden tuotannosta (Haataja 1934b, s. 264) hän on löytänyt skandinaavisen realismin keskeiskysymyksen ”mitä oikeus on” vakavaa pohdintaa.

⁵⁴ Haataja 1921, s. 14 alav. 2. Helinin (1988, s. 268) mukaan tämä on ensimmäinen suomalainen viittaus Hägerströmiin. Haataja ei kuitenkaan ole kyseisessä kohdassa kiinnostunut Hägerströmin ajatuksista vaan selostaa hänen teoksensa kautta historiallisen koulun tulkin-
taoppia (ib, alav. 8).

⁵⁵ Ks. Haataja 1949, s. 468, jossa heihin viitataan kritisoidessa dogmaattista, roomalaiseen oikeuteen perustuvaa oikeuksien jakamista esine- ja velvoiteoikeuksiin. Hän viittaa tässä yhteydessä (alav. 2) myös Lassenin varoitukseen tutkia ”oikeussäännöstä sen näkökulman pohjalta, sopiiko se johonkin määritelmään vai ei”.

⁵⁶ Ks. Haataja 1949, s. 467: ”Vaikka sivuutammekin ruotsalaisen Lundstedtin kriittillisen suhtautumisen aikaisempaan oikeudellisten käsitteiden jakoon, on muitakin esimerkkejä kriittisestä suhtautumisesta niihin Skandinaviassa.”

selostaa – sisällöllisesti sinällään neutraalisti – ”ruotsalaisen oikeustieteilijän, sosialistisen poliitikon ja valtiomiehen” Undénin relativista ja funktionaalista omistusoikeusoppia viimeisessä valmiiksi saamassaan teoksessa.⁵⁷

Suhteessa Klamin luonnehdintaan Haatajasta korostetun käytännöllisenä ja epäteoreettisena tutkijana on kiinnostavaa, että Haataja tukeutuu esimerkiksi Rossin ja Ussingin teoreettisiin pohdintoihin esine- ja velvoiteoikeuksien erosta keskellä aineellisoikeudellisten tulkintakysymysten tarkastelua. Mielestäni Klamin luonnehdinta on ilmeinen yksinkertaistus eikä tee täyttä oikeutta kohteelle.

Eri asia kuin Haatajan pohjoismaista suuntausta kohtaan kokema vieroksunta on se, että eräät skandinaavisen realismin edustajien ajatukset sisältävät samansuuntaisia painotuksia kuin Haatajan oikeuskäsitys, vaikka ne perustuvatkin erilaisiin filosofisiin ja/tai yhteiskunnallisiin lähtökohtiin. Esimerkiksi Lundstedtin yhteiskuntahyödyn periaatteessa ja sen merkityksessä oikeustieteelle⁵⁸ voidaan osin nähdä samansuuntaisia ideoita kuin Haatajan (ja Jheringin) oikeustiedekäsityksessä. Selkeitä erojakin heidän lähtökohdissaan toki on, esimerkiksi Lundstedtin yhteiskuntahyödyn periaatteeseen sisältyvää determinismii (historisismia) Haatajan yhteiskunnallisen ja taloudellisen perustan eksplikointia painottava teleologissävytteinen oikeustiedekäsitys ei sisällä.

Samoin on huomattava, että teoreettisten lähtökohtien eroista huolimatta Haatajan tavassa tehdä lainopillista tutkimusta voidaan *käytännöllisemmin* arvioituna tunnistaa myös piirteitä, joita sittemmin on pidetty luonteenomaisina juuri analyttiselle oikeustieteelle ja analyttikkojen kehittäminä. Haataja muotoilee tuotantonsa eri vaiheissa analyttiselle oikeustieteelle keskeisen käsitteistä päättelyn kiellon ja edellyttää käsitteellistä hajottelua analyysin hengessä.⁵⁹ Käsitteistä päättelyn kiello ja oikeudellisten käsitteiden merkityksen rajaaminen vain esitystekniseen ja pedagogiseen tehtävään⁶⁰

⁵⁷ Haataja 1955, s. 2.

⁵⁸ Ks. tästä Lundstedtin tuotannossa 1920-luvulta alkaen toistuvasta keskeisteemasta tiivistetyksi Helin 1988, s. 108–127. – Yhteyksiä voitaisiin nähdä myös Ekelöfin (ja sittemmin myös Klamin) edustamaan teleologiseen metodiin, mutta Ekelöf vaikutti jo eri aikakaudella kuin Haataja.

⁵⁹ Kotimaisessa oikeustieteessä vastaavia ajatuksia esitti ensimmäisten joukossa Haatajan lisäksi Sainio väitöskirjassaan *Elinkeinotoiminnan harjoittamisesta johtuvat suhteet naapureihin Suomen yksityisoikeuden mukaan* (1929, esim. s. 28).

⁶⁰ Ks. myös Haataja 1949, s. 468, jossa hän näyttää hyväksyvän Ussingin tavan käyttää käsitteitä ”vain nimenä sellaiselle ryhmälle oikeudellisia ilmiöitä, joka tarkoituksenmukaisesti voidaan kerätä yhteisen esityksen kohteeksi”. – Ks. oikeuskäsitteiden erilaisista tehtävistä oikeudellisessa ajattelussa Tuori 2002.

näyttävät olevan iduillaan jo Haatajan väitöskirjassa⁶¹:

”oikeudelliset käsitteet eivät ole, kuten vanhan historiallisen koulun mukaiset käsitteet, katsottavat konstanteiksi eikä tarkoin rajoitetuiksi, joille lain sanamuoto aina tarjoaisi tarkan määrittelyn sekä joita voitaisiin käyttää lähtökohdina uusia oikeudellisia käsitteitä ja oikeussääntöjä muodostettaessa, vaan ne ovat katsottava lain käskyihin sisältyviksi käsitteiksi, jotka ovat tarpeellisia oikeudellisten aineiston järjestelylle ja käyttämiselle.”

Haatajan menetelmän samankaltaisuus analyysiin verrattuna ilmenee havainnollisesti esimerkiksi hänen määräalan ostajan oikeudellista asemaa koskevasta laajasta tarkastelustaan teoksessa *Maanjaot ja talojärjestelmä* (1949).⁶² Haatajan metodinen ohjelmajulistus muistuttaa – osittain sanavalinnoiltaan – pitkälti Zittingin ja muiden 1940- ja 1950-luvuilla vaikuttaneiden varhaisvaiheen analyttikkojen muotoiluja⁶³:

”määräalan kauppa [on] jaettava alkutekijöihinsä ja tarkistettava, miltä kukin niistä oikeudellisen tutkimuksen valossa näyttää. – – Asiassa ei saa kulkea sitä tietä, kuten tähän saakka siinä näytetään kuljetun, että koetetaan päästä asiassa ratkaisuun A 1895 säännöksen perusteella sellaisenaan, sijoittamalla niiden perusteella tapahtuvan loogillisen ajattelun tietä määräalan kauppa johonkin meidän oikeudellisessa jaoittelussamme esiintyvistä ryhmistä ja tekemällä siitä sijoituksesta pitkälle meneviä johtopäätöksiä itse oikeuteen ja sen laatuun nähden. – – ei voi välttää sitä vaikutusta, että ensin on keksitty tuollainen oikeudellinen instituutio saksalaisista oppikirjoista ja sitten, kun se on näyttänyt ensi katsannolla mukavalta, on siihen ruvettu sijoittamaan meidän määräalan kauppa – –.”

Lainattu kohta liittyy Haatajan pohdintaan, onko *Caseliuksen* kehittelemällä tavalla perusteltua kutsua määräalan ostajan oikeutta erottamisoikeudeksi.

⁶¹ Haataja 1921, s. 21.

⁶² Ks. Haataja 1949, s. 458–513.

⁶³ Haataja 1949, s. 461, 476. Ks. toisaalta kirjallisuudessa laajalti siteerattua Zittingin (*LM* 1952, s. 390) huomattavasti tunnetumpaa metodijulistusta: ”Tarkastelun kohteeksi on otettava omistajan reaalin oikeusasema ja siinä on huomioitava kaikki puolet, velvollisuuksia unohtamatta. Tällainen oikeusasema on sitten analysoitava alkutekijöihinsä, jolloin saadaan selville sen eri momenttien oikeudellinen luonne ja niiden keskinäinen suhde. Analyttisen tutkimuksen avulla voidaan valmistella edellytyksiä harkita, mitä omistusoikeuden käsitteeseen on tarkoituksenmukaista sisällyttää. Sen vuoksi on ilmeistä, ettei omistusoikeuden käsittemääritelmä voi olla tutkimuksen lähtökohtana.” – Zitting viittaa Haatajaan väitöskirjassaan vain muutaman kerran aineellisoikeudellisia yksityiskohtia koskevissa yhteyksissä.

Hän arvioi muissakin esityksissään luonteenomaisesta käytännöllisestä näkökulmasta, että tuskinpa määräalan ostajat "tuntisivat itsensä erityisemmin iloiseksi, jos heille heidän asemansa selitettäisiin sellaiseksi, että he kukin ovat ostaneet vain erottamisoikeuden, mutta ei maata, ja että he ehkä kaupan perusteella joskus voivat saada maatakin omakseen, jos ottavat huomioon kaikki juridiset knopit, jotka tällaiseen kauppaan liittyvät". Hänen mielestään käsitys määräalan kaupasta erottamisoikeuden kauppana olisi "kiiremmen" hylättävä. Kriitikissään Haataja tukeutuu myös Rossiin: "tässä teoriassa erottamisoikeus on käsitetty, käyttäakseni Rossin toisessa yhteydessä käyttämiä sanoja, todelliseksi substanssiksi, mystilliseksi esineen herruudeksi, joka todella luodaan ja luovutetaan jne".⁶⁴

Teema on esillä Haatajan tuotannossa alkaen hänen laajasta, hyvin kriittisestä Caseliuksen irroittamisoikeuksia käsittelevää teosta koskeneesta kirjarviostaan.⁶⁵ Määräalan saajan oikeusasemaa koskevien käsitysten muuttuminen on oikeuskirjallisuudessa katsottukin osin juuri Haatajan ansioksi. Muun muassa Hyvösen väitöskirjan historiallisessa katsauksessa Haatajan rooli näyttäytyy keskeisenä.⁶⁶

Vaikka Haatajan tavassa tehdä lainopillista tutkimusta on käytännössä eräitä yhteisiäkin piirteitä analyttisen oikeustieteen kanssa, selvää on, että hän ei ollut skandinaavisen realismin edustaja tai analyttikko käsitteelle 1900-luvun jälkipuoliskolla muodostuneessa merkityksessä. Käsiteanalyysiin ja kielen filosofiaan Haataja ei tuntenut kovin syvällistä kiinnostusta. Myöskään vaatimusta "puhtaasta" oikeudellisesta ajattelusta ja "puhtaiden" oikeuskäsitteiden käytöstä – mitä sillä sitten milloinkin tarkoitettiin – Haataja ei hyväksynyt. Päinvastoin hän piti tärkeänä oikeuden yhteiskunnallisten sidoksien ja vaikutusten tekemistä näkyviksi ja niiden arvioimista. Säännösten yhteiskunnalliset päämäärät ja niiden historiallinen tausta olivat hänen tutkimustensa lähtökohtia. Voimassa oleviin normeihin kohdistuva tarkastelu voitiin tehdä vasta säännösten yhteiskunnallisen perustan ymmärtämisen jälkeen. Jheringin ja Stammlerin ajatukset olivat tällaiselle korostukselle pohjoismaista realismia luontevampi teoreettinen lähtökohta.

⁶⁴ Haataja 1949, s. 473–474.

⁶⁵ Haataja *LM* 1937b, määräalaa koskevan kysymyksen osalta ks. s. 23–46.

⁶⁶ Hyvönen 1970, s. 85–99 (sit. s. 85 ja 97): "Nykyisessä oikeuskirjallisuudessamme vallitsevat käsitykset määräalan saajan oikeusasemasta perustuvat yleensä Caseliuksen ja Haatajan kirjoituksiin. – Jo *Haatajan* vaikutuksesta ja myöhemmin erityisesti pohjoismaisen realismin vaikutuksesta voidaan havaita irtautumista niistä ajatuskuvioista ja sanamuodoista, joihin 1940-luvulla oltiin päätyvässä."

Monitieteisyys: taloushistoriallinen tutkimusmetodi

Haatajan oikeudellista ajattelua ei tulisi ehkä pyrkiäkään kategorisoimaan kovin suoraviivaisesti ajan virtauksiin. Se tulisi ymmärtää omintakeiseksi sovellukseksi useista vuosisadan alun yhteiskunnallisen, taloudellisen ja oikeudellisen ajattelun suuntauksista. Haatajan tekstit ovat erinomainen esimerkki siitä, miten oikeustiedettä laaja-alaisempi kiinnostus yhteiskunnalliseen ajatteluun ja yhteiskuntatieteisiin voi hedelmöittää oikeudellista tutkimusta.⁶⁷

Haataja ammentaa ennakkoluulottomasti vaikutteita muilta tieteenaloilta ja niissä tapahtuneesta kehityksestä. Erityisesti taloudellisten ajattelutapojen muutokset (merkantilismista liberalismiin ja edelleen sosiaalisen vastuun korostuminen työväen- ja maakysymysten myötä) saavat tavan takaa huomiota hänen tuotannossaan. Haatajalle juuri taloustiede – tai taloushistoria – on se tieteenala, jonka avulla oikeuden fundamentteihin päästään käsiksi. Hän korostaa oikeushistoriaa talousoikeudelle ominaisena, suorastaan välttämättömänä metodina⁶⁸:

”Lainsäätäjä siis pyrkii talousoikeudellisilla säännöksillään toteuttamaan määrättyjä, taloudellisia, yhteiskunnallisia ja poliittisiakin päämääriä. Ne on siis talousoikeuden tutkijan tunnettava. Nämä päämäärät vaihtelevat aikojen kuluessa. Siten merkantilistisen, liberalistisen ja uusmerkantilistisen aikakauden katsomukset näissä asioissa poikkeavat jyrkästi toisistaan ja sen mukaisesti myös ne päämäärät, joihin lainsäätäjä on näinä eri ajanjaksoina näillä aloilla pyrkinyt. Talousoikeuden tutkijan on siis tunnettava kunkin ajanjakson tällaiset katsomukset ja päämäärät. – – Talousoikeuden tutkijan on siten tutkittava positiivisen oikeuden säännöksiä aikaisemmin voimassa olleiden säännöksien valossa ja siis oikeushistorialliselta kannalta.”

Historiallisuus onkin käytännön tutkimustyön tasolla Haatajan menetelmän kaikkein keskeisin piirre. Hänen kirjoituksilleen on leimallista lainopillisten tulkintakysymysten tarkasteleminen historiallisesta perspektiivistä ja oikeuden muutosdynamiikka huomioon ottaen. Viime vuosisadan alkupuolella tällainen historiallinen tutkimusote ei ollut samalla tavoin poikkeuksellinen

⁶⁷ Ks. myös Klami (1981, s. 32): ”Haatajaa on vaikea teoreettisessa suhteessa luokitella mihinkään koulukuntaan. Hän oli kuitenkin käsitelainopin läpitunkemana aikanaan poikkeuksellisen laajakatseinen henkilö, jonka näköala ulottui kauas oikeushistoriaan, ja toisaalta hän kykeni valppaasti seuraamaan yhteiskunnallisia näkökohtia.”

⁶⁸ Haataja 1950a, s. 197–198.

kuin nykyisin. Sitten Haatajan systemaattinen ja johdonmukainen tapa hyödyntää oikeushistoriallista aineistoa *osana lainopillista tutkimusta* on muodostunut harvinaisemmaksi⁶⁹ (vaikka maa- ja vesioikeudessa painotus on myöhemminkin ollut yleinen).

Historiallinen painotus on yksi niistä tekijöistä, jotka erottavat Haatajan analyttisestä oikeustieteestä. Analyysille ja positivismille yleisemminkin on tyypillistä vähäinen kiinnostus oikeuden muutokseen ja historialliseen taustaan, jopa suoranainen historiattomuus. Haatajan näkökulmasta positivistisen analyttisen oikeustieteen voi tulkita olevan yhtä epähistoriallista kuin positivistinen käsitelainoppikin oli. Analyttisen oikeustieteen kritiikki käsitelainoppia kohtaan sisälsi nimenomaisen vaatimuksen oikeudellisen (käsite)tradition hylkäämisestä.⁷⁰ Haatajakin oli valmis hylkäämään *menetelmän*, jossa voimassa olevan oikeuden sisältöä johdetaan valmiista, historiallisesta käsitejärjestelmästä, mutta ei tuon käsitejärjestelmän mukanaan kantamaa traditiota *sisällöllisessä* mielessä.

Oikeuslähdeopillisesti Haatajan historiallinen tulkintametsodi merkitsi lainvalmisteluaineiston ja voimassa olevaa oikeutta edeltävän sääntelyn merkityksen korostumista (esitöiden merkitys oikeuslähteenä oli varsin vähäinen viime vuosisadan alkupuoliskolla). Haataja perehtyy useissa tutkimuksissaan laintulkinnallisia kysymyksiä selvittäessään esimerkiksi valtiopäivien, senaatin tai eduskunnan keskusteluihin ja julkaisemattomaan lainvalmisteluaineistoon.⁷¹ Nykyisin oikeuslähdeopillisessa keskustelussa käytössä oleva käsitteistö on kuitenkin riittämätön Haatajan tutkimusotteen kuvaamiseen. Helin korostaa, että se oli ”olennaisesti muutakin kuin pelkkää esitöihin sitoutumista. Kyse oli argumentaatiosta, joka hyvin kokonaisvaltaisesti nojautui pohjoismaiseen oikeuskulttuuriin.”⁷²

⁶⁹ Ks. Pihlajamäki (2002, s. 35), jonka mukaan historialliset tarkastelutavat eivät ”välttämättömästi eikä vakiintuneesti” kuulu lainopin metodologiaan. Hän arvioi, että oikeushistorialla on tekemistä lainopin kanssa ”korkeintaan satunnaisesti”.

⁷⁰ Ks. Helinin (1988, s. 342) tiivistys: ”Siviilioikeuden tutkimuksen pohjoismaistumisessa oli kysymys oikeuskulttuurin murroksesta, jossa lakattiin kuuntelemasta vanhaa traditiota. Käsitelainopillinen menetelmä, joka juuri tähtäsi tradition hyödyntämiseen ei tällöin voinut tulla kysymykseen.”

⁷¹ Ks. esim. Haataja 1949, s. 463–464, alav. 2, jossa selostetaan yksityiskohtaisesti maatilojen osittamista koskeneen lainvalmistelukunnan asetusehdotuksen käsittelyvaiheet senaattissa vuonna 1887 ja perustellaan siellä tehdyt muutokset käymällä läpi senaatille annettujen lausuntojen pääsisältö (asetus annettiin vuonna 1895).

⁷² Helin 1988, s. 366, ks. myös s. 356–357.

Ei liene liioittelua tulkita Haatajan edustaneen osin juuri sellaista monitieteistä, taloustieteen (ainakin taloudellisen ajattelun) ja oikeushistorian yhdistävää tutkimusotetta, jota Määttä ja Pihlajamäki tuoreessa rikosoikeushistoriaa oikeustaloustieteen menetelmin analysoivassa tutkimuksessaan kehittävät.⁷³ Haataja korostaa taloudellisten ja oikeudellisten ilmiöiden yhteenkietoutumista⁷⁴:

”on myös ilmeistä, etteivät taloudellisen ja oikeudellisen elämän ilmiöt muodosta kahta erillensä olevaa ilmiösarjaa, joilla kummallakin on oma ominainen kehityksensä ja joita on toisistaan erillään tarkastettava. Päinvastoin ne muodostavat kumpikin eri puolensa samoilte konkreettisen elämän ilmiöille, joka saa vasta molempien, sekä taloudellisten että oikeudellisten näkökohtien valossa, oikean selityksensä. – Edellä esitetyt näkökohdat osoittavat siis, kuinka tärkeätä oikeussäännöksiä oikealle ymmärtämiselle ja tulkinnalle on niiden taloudellisten näkökohtien ja periaatteiden tunteminen, jotka lain säännöksiä laadittaessa ovat olleet määräävinä.”

Ero nykyisiin korostuksiin on siinä, että Haataja käyttää taloushistoriallisia näkökohtia lainopillisessa argumentaatiossa, kun nyttemmin näyttäisi pinnalla olevan ajatus, että oikeutta tulisi asemoitua tarkastelemaan oikeustaloushistorian menetelmin muusta kuin lain soveltajan näkökulmasta.⁷⁵ Luulisin, että Haatajan tapa hyödyntää oikeus- ja taloushistoriallista argumentaatiota lainopillisissa tutkimuksissaan toimii esimerkkinä siitä, ettei näitä lähestymistapoja tarvitse välttämättä nähdä kovin erillisinä. Joihinkin puhdasoppisimpiin oikeustaloustieteen suuntauksiin verrattuna Haataja on myös monipuolisempi: hänen esityksissään *oikeus*, *talous*, *yhteiskunta* ja *historia* lomittuvat toisiinsa. Erilaiset historialliset talouspoliittiset ja -filosofiset suuntauokset on nähtävä yhteydessä sekä erilaisten historiallisten yhteiskunnallis-

⁷³ Ks. K. Määttä – Pihlajamäki 2003. He toteavat (s. 11) tutkimuksensa peruskysymyksen olevan metodologinen: ”miten hyödyntää taloustieteellistä näkökulmaa oikeushistorian tutkimuksessa?” – Ks. Haatajasta talous- ja oikeushistoriaa yhdistävän tutkimusotteen edustajana myös Letto-Vanamo – K. Määttä 1996, s. 81. Heidän mukaansa, ”voisi olla kiinnostavaa tutkia, millaisen ’välittävän’ lenkin taloustieteellinen argumentaatio on muodostanut talouden ja taloudellista toimintaa koskevan lainsäädännön välille ja mikä merkitys sillä on ollut oikeustieteellisen argumentaation kehitykselle”. Tästä esimerkkinä he mainitsevat – mielestäni perustellusti – Haatajan ”ajan talouspolitiikasta ja talousteoreettisesta ajattelusta virikkeitä” saaneen argumentaation teoksessa *Maa- ja maanvuokratilakamme vaiheita* (1923).

⁷⁴ Haataja 1923, s. 47–48.

⁷⁵ Ks. K. Määttä – Pihlajamäki 2003, s. V.

ten ja poliittisten suuntauksien että erilaisten historiallisten oikeusfilosofisten ajattelutapojen kanssa⁷⁶.

Myös sittemmin modernin ympäristöoikeuden alueella kehitetty ja edelleen ajankohtainen kysymys oikeudenalan erikoislaatuisesta monitieteisyydestä luonnontieteiden ja teknisten tieteiden suuntaan on esillä jo Haatajan teksteissä. Ehkä tämä jo vanhan maa- ja vesioikeuden aikana tunnistettu oikeudenalan erityispiirre on osaltaan luonut edellytyksiä ympäristöoikeuden suhteellisen varhaiselle kehitymiselle Suomessa. Haatajan mukaan ”vesioikeuden tutkijan tulee olla melkoisessa mitassa perehtynyt myös vesialueiden rakentamista ja käyttöä koskeviin teknillisiin kysymyksiin ennen kuin hän pystyy monia vesioikeudellisia säännöksiä pätevästi arvostelemaan”.⁷⁷ Sama koskee myös jakolainsäädäntöä, nyttemmin siis kiinteistönmuodostamisoikeutta: oikeustieteen ja maanmittaustieteiden välinen vuorovaikutus on ollut perinteisesti läheistä ja molemminpuolista. Haatajalla oli sekä maanmittarin että juristin perustutkinto – yhdistelmä, joka on sittemmin ollut suhteellisen yleinen juristien kaksoistutkinto.

Yhteinen etu: sosiaalinen yksityisoikeus

Mitä sitten ovat ne oikeuden kehittymiseen vaikuttavat käytännölliset, yhteiskunnalliset, taloudelliset ja valtiolliset päämäärät, joihin oikeustieteen tuli vuosisadan alussa kiinnittää huomionsa? Haatajan vastaus on yksiselitteinen ja laajalti hänen tuotannossaan toistuva: sosiaaliset tarpeet ja päämäärät. Teollistumisen, työväenliikkeen syntymisen, tilattoman maatalousväestön asutustarpeiden ja sääty-yhteiskunnan hajoamisen seurauksena sosiaaliset kysymykset edellyttivät merkittäviä lainsäädännöllisiäkin uudistuksia. Hänen mukaansa oikeudellisessa ajattelussa oli suuntauduttava uudella tavalla, koska ”sosiaalinen tekijä tunkeutui oikeustieteen oppeihin yhtä rintaa kuin se sai sijaa taloustieteen alalla sekä varsinaisessa lainsäädäntötyössä”.⁷⁸ Päästäkseen oikeisiin tuloksiin oikeustieteen täytyi hylätä formalistinen ja käytännölle vieras käsitelainopillinen lähestymistapa ja ”panna erityinen paino käytännön elämän tarpeille sekä sosiaalisten näkökohtien asettamille vaatimuksille”.⁷⁹

⁷⁶ Ks. esim. Haataja 1923, s. 36–55.

⁷⁷ Haataja 1950a, s. 203.

⁷⁸ Haataja *Valvoja-Aika* 1930, s. 160.

⁷⁹ Haataja 1921, s. 12–13.

Positiivisessa oikeudessa sosiaalisen ajattelun korostuminen näkyy vuosisadan vaihteessa työläinsäädännön ja maareformilainsäädännön kehittymisenä. Haataja kirjoittaa useissa yhteyksissä kärkevästi 1800-luvun maanvuokralainsäädännön uudistuksen yhteiskunnallisesta riittämättömyydestä sekä itsenäistymisen alkuvuosien maareformilakien puolesta. Rasila nostaa torpparikysymyksen ratkaisuvaiheita koskevassa tutkimuksessaan Haatajan kaikkein keskeisimmäksi torpparivapautukseen vaikuttaneeksi henkilöksi:

”Jos välttämättä olisi nimettävä joku torpparivapautuksen ’isäksi’, olisi se Kyösti Haataja – –.”⁸⁰

Vuosikymmeniä kestänyt maareformi käynnistyi vuoden 1892 torpparilail-la⁸¹, joka muun muassa takasi irtisanomisajan silloinkin, kun sopimus oli suullinen. Vastaiset sopimukset säädettiin tehtäväksi kirjallisesti. Uudistukset jatkuivat vuoden 1902 maanvuokralaissa.⁸² Haataja katsoo vuoden 1892 lain olleen ”sosiaalisesti aivan mitätön” ja vuoden 1902 lainkin palvellein vain heikosti ”sosiaalisia pyrkimyksiä, koska se oli laadittu jokseenkin kokonaan asianosaisten sopimusvapauden pohjalte”. Laihoihin tuloksiin hän näkee syyksi sen, että ”valta yhteiskunnassa kuului jokseenkin kokonaan vanhoilliselle ruotsinkieliselle yläluokalle, jolla ei ollut yhteiskunnallisiin uudistuksiin halua eikä ymmärrystäkkään”.⁸³ Vuonna 1909 osin taannehtivana toteutetussa maanvuokralainsäädännön uudistuksessa säädettiin muun muassa lyhimmäksi sallituksi vuokra-ajaksi yleensä 50 vuotta.⁸⁴ Haatajan mukaan näillä säännöksillä tuli ”torppia, lampuotitiloja ja mäkitupa-alueita koskeva lainsäädäntö vedetyksi oleellisimmilta kohdiltaan yksityisoikeuden piiristä julkisen oikeuden piiriin”.⁸⁵

⁸⁰ Rasila 1970, s. 391. Hän korostaa kuitenkin, että ”yhden miehen työksi torpparien itse-näistämistä ei missään tapauksessa voida sanoa”.

⁸¹ Asetus (10.11.1892/40), joka sisältää erinäisiä sääntöjä maan vuokraamisesta maalla.

⁸² Laki (19.6.1902/19) maanvuokrasta maalla.

⁸³ Haataja 1940, s. 69. Ks. sosiaalisesta kysymyksestä suomalaisessa oikeustieteessä 1800-luvun loppupuolella myös Klami 1977, s. 175–180, jossa analysoidaan mm. Chydeniuksen ja Ekströmin sosiaalisia uudistuksia vastustanutta linjaa.

⁸⁴ Ks. asetus (12.3.1909/12) torpan, lampuotitilan ja mäkitupa-alueen vuokrauksesta. Samana päivänä säädettiin perustuslainsäätämislärjestyksessä asetus tämän asetuksen sovelta-misesta myös aikaisemmin syntyneisiin vuokrausteisiin.

⁸⁵ Ks. vuoden 1909 maanvuokralaista Haataja 1940, s. 88–89.

Sittemmin vuosien 1918–1919 torpparilainsäädäntö⁸⁶, joka säädettiin pitkälti Haatajan lakialoitteen pohjalta ja jonka sisältöön hän sekä lainvalmistelijana että kansanedustajana keskeisesti vaikutti⁸⁷, antoi vuokramiehille oikeuden lunastaa vuokra-alueensa omakseen. Lunastushinta oli vuoden 1914 mukainen hinta. Rahanarvon laskun vuoksi alueita luovuttava maanomistaja sai korvauksena vain noin kymmenesosan luovuttamansa maan todellisesta arvosta.⁸⁸ Sääntelyn käytännön merkitystä kuvastaa se, että vuokramiesten omiksi lunastettiin 1930-luvun loppuun mennessä kaikkiaan yli 126 000 vuokra-aluetta.⁸⁹

Torpparivapautuksen jälkeen järjestettiin vielä erikseen muun muassa tilattoman maataloustyöväestön mahdollisuus ryhtyä itsenäisiksi viljelijöiksi niin ikään pakkolunastusmahdollisuuden sisältäneellä vuoden 1922 asutuslailla.⁹⁰ Yhteiskunnallisesti tällä ns. Lex Kalliolla ei ollut samaa merkitystä kuin torpparien vapautusta merkinneellä lunastamislainsäädännöllä. Vuoden 1922 asutuslain perusteella pakkolunastustietä perustettiin vain vajaa 300 uutta tilaa.⁹¹

Haatajan mukaan maanvuokraolojen ja tilattoman väestön kysymyksen järjestäminen merkitsivät, että ”on vähitellen siirrytty liberalististen taloudellisten periaatteiden määräämästä talouspolitiikasta sosiaaliseen talouspolitiikkaan sekä yksityisoikeuden alalla *sosiaaliseen yksityisoikeuteen* [kurs. tässä]. Tämä suunta on meillä lainsäädännön ja talouspolitiikan alalla edelleen määräävänä.”⁹² Sosiaalinen kysymys koskettaa nimenomaan yksityis-

⁸⁶ Kyse on viiden, vajaan vuoden aikana annetun säädöksen kokonaisuudesta, keskeisimpinä laki (15.10.1918/135) vuokra-alueiden lunastamisesta siihen heinäkuussa 1919 tehtyine muutoksineen.

⁸⁷ Ks. Haatajan keskeisestä roolista vuoden 1918 torpparilain eduskuntakäsittelyssä Rasila 1970, s. 307–314, 343–378 ja Leino-Kaukiainen – Uino 1994, s. 219–220.

⁸⁸ Haataja 1940, s. 107.

⁸⁹ Ks. Haataja 1940, s. 107 ja Rasila 1970, s. 14. Lainsäädännön voimassaolo lopetettiin siten, että lunastusvaatimus oli pantava vireille viimeistään 31.12.1938.

⁹⁰ Laki maan hankkimisesta asutustarkoituksiin (25.11.1922/278). Maata olivat lain 4 §:n mukaan velvollisia luovuttamaan ne tilat, joiden pinta-ala oli yli 200 hehtaaria (Oulun läänissä 400 hehtaaria). Lunastushintana oli vallitseva käypä hinta (15 §). Ks. laista laajemmin Haataja 1940, s. 176–179 ja Jutikkala 1958, s. 425.

⁹¹ Ks. lain vähäisestä käytännön merkityksestä Haataja 1940, s. 577–578 ja Jutikkala 1958, s. 426.

⁹² Hän esitti luonnehdinnan pääosiltaan samansisältöisenä useissa eri yhteyksissä jo 1910-luvulta alkaen. Tässä on siteerattu teosta Haataja 1950b, s. 22–23, ks. myös s. 92–147, 322–328. Ks. laajemmin sosiaalisesta talouspolitiikasta sama 1923, s. 36–55. Hänen mukaansa

oikeuden perustavia kategorioita⁹³: ”eri valtioissa [on] vähitellen siirretty absoluuttisesta omistusoikeudesta sosiaalisen omistusoikeuden käsitteeseen sekä yleisen yksityisoikeuden alalla julkisesta oikeudesta tarkoin erotetusta yksityisoikeudesta sosiaalisesti orientoituun yksityisoikeuteen, joka sisältää voimakkaita vaikutteita julkisesta oikeudesta.” *Maa- ja vesioikeuden oppikirjan* (1945, 2. p. 1950) päättävässä jaksossa ”Näkökohtia omistusoikeuden sisällyksestä” hän esittelee hyvin ymmärtävään sävyyn säännöksiä, joiden seurauksena ”meillä on loittouduttu yhä kauemmas omistusoikeuden rajattomuudesta ja jouduttu siihen, että maanomistajan asema maansa omistajana on yhä lisääntyvien rajoituksien kiertämä”. Tällainen maanomistajalle rajoituksiakin merkitsevä lainsäädäntö on ollut kuitenkin ”tarpeellista ja hyödyllistä”, koska täten on ”lainsäädännössä otettu huomioon yhteiskunnan kokonaisuuden tarpeet ja pakotettu yksityinen maanomistaja käsittelemään maaomaisuutta tavalla, joka takaa näiden tarpeiden huomioonottamisen ja yhteiskunnan kokonaisuuden edistymisen”.⁹⁴

Rajansa Haatajan yhteiskunnallisella uudistusmielisyydelläkin selvästi kuitenkin on. Maanomistusoikeuteen on poikkeuslailla ehkä merkittävimmin puututtu, kun maanhankintalaille (396/1945) säädettiin maanomistajille laaja maanluovutusvelvollisuus alempaa kuin täyttä korvausta vastaan.⁹⁵ Lain nojalla muodostettiin siirtoväelle ja muille maansaantiin oikeutetuille yli 140 000 tilaa tai muuta aluetta.⁹⁶ Haatajan näkemys lainsäädännöstä on hyvin kriittinen: ”toimenpidettä ei voida karakterisoida maareformiksi, vaan sodan aiheuttamaksi agraarimullistukseksi, jolla on vallankumouksellinen luonne. Se merkitsee pitkälle ulottuvaa maaomaisuuden sosialisointia.”⁹⁷ Tästä 1940-luvun loppuun ajoittuvasta kannanotossa näkyy myös se, miten hänen arvomaailmansa vuosikymmenten aikana muuttui.

(s. 44–45) hänen käsittelemänsä oikeuskehitys osoittaa ”että meillä lainsäädäntötyö käy uudenaikaisen, vanhan liberalistisen talousfilosofian taaksensa jättäneen ajatussuunnan merkeissä, yhteiskuntapoliittisen uudistustoiminnan pohjalta, sekä että tällä suunnalla ovat periaatteelliset puoltajansa, mutta myös periaatteelliset vastustajansa, jotka viimeksi mainitut edelleen elävät vanhan liberalistisen ajatussuunnan ja roomalaisen oikeuden mukaisen absoluuttisen omistusoikeuskäsitteen pohjalla”.

⁹³ Haataja *LM* 1937a, s. 377.

⁹⁴ Haataja 1950b, s. 322–328.

⁹⁵ Ks. vuoden 1945 laajasta, useita lakeja sisältävästä maanhankintalainsäädännöstä Haataja 1949, s. 113–147.

⁹⁶ Ks. Hyvönen 1998, s. 123.

⁹⁷ Haataja 1949, s. 146–147.

Julistuksellinen vanhasuomalainen sosiaalireformisti

Oikeusteoreettisesti Haatajan yhteiskunnallisesti suuntautuneella, sosiaalisella ajattelulla voidaan nähdä yhteyksiä esimerkiksi hänen väitöskirjansa alussa ja myöhemmissäkin teoreettisissa puheenvuoroissaan näkyvästi esillä olevan Stammlerin radikaalin porvarilliseen, antisosialistiseen ”oikeaan oikeuteen”.⁹⁸ Tavan takaa Haatajan oikeudellisissa teksteissäkin korostuva sosiaalinen ajattelu on ymmärrettävä mielestäni kuitenkin pikemminkin hänen poliittista taustaansa vasten kuin suoraksi sovellukseksi jostakin oikeusteoreettisesta ajattelutavasta.

Haataja oli voimakas työ- ja maareformilainsäädännön puolustaja sosiaalireformistisista lähtökohdista. Hänen ajattelunsa on edustava esimerkki vanhasuomalaisuudesta, joka on sekä *antiliberalistista* että *antisosialistista*. Markkinatalous on pelastettava sekä sosialismilta että omilta epäkohdiltaan (kapitalismilta). Yksilön itseisarvoista vapautta tärkeämpi on yksilön todellisista tarpeista huolehtiva eettinen yhteisö, vahva valtio. Haataja puolusti vahvaa valtio-ohjausta liberaaleja purkamisvaateita vastaan.

Sosiaalinen yksityisoikeus edustaa Haatajan teksteissä jo varhain ei-sosialistisen poliittisen sosiaalireformismin tieteellistä muotoa. Hän muotoilee tämän selkeästi esimerkiksi torpparilainsäädännön valmisteluvaiheisiin sijoittuvassa kirjoituksessaan vuonna 1915⁹⁹:

”tällaisille uusille perusteille on jo ehditty rakentaa alku n.s. sosiaaliselle yksityisoikeudelle, jota edustaa jo melkoinen kirjallisuus ja jonka takana on arvossa pidettyjä henkilöitä eri maiden ei-sosialistisissa tieteellisissä piireissä. Sen tehtävistä sanotaan, muutamien tunnettujen oikeustieteilijäin sanoja käyttäksemme, että sen tulee ’suojella taloudellisesti heikkoa voimakkaamman sorrolta’ ja ’toimittaa sama määrä oikeushyviä kaikille’. Niinikään sanotaan, että 20:nneen vuosisadan lainsäädännön päämääränä on luoda ’uuden oikeuden siemen, jonka tulee olla kohtuuden ja yhdenvertaisuuden oikeus’ ja ’siten parhaiten taistella nykyistä oikeus- ja yhteiskuntajärjestystä kumoamaan pyrkiviä voimia vastaan’ [harv. poist.]”

⁹⁸ Tulkinta Stammlerin oikeusajattelusta Klamin 1977, s. 177. Ks. Stammlerin ajattelun merkityksestä Haatajalle esim. Haataja 1934b, s. 2, 11–14, jossa (s. 14) hän myös selvästi tuo esiin Stammlerin oikean oikeuden käyvän ”yhteen sosiaalisen ideaalin kanssa”. – Stammler näyttäisi jälleen olevan ajankohtainen hahmo oikeusfilosofisesti: hän on yksi keskeinen Panu Minkisen innoittaja mm. hänen väitöskirjassaan *Correct Law. A Philosophy of the Aporetic* (1998).

⁹⁹ Haataja 1915, s. 4.

Haataja kuului Suomalaiseen puolueeseen ja sittemmin joulukuussa 1918 perustettuun Kokoomukseen. Hän edusti Kokoomuksessa ns. vanhasuomalaista, sosiaalisia uudistuksia ajanutta siipeä.¹⁰⁰ Samaa poliittista suuntausta Haatajan kanssa edustivat myös rikosoikeuden professorit Allan Serlachius¹⁰¹ ja Antti Tulenheimo¹⁰². Ymmärtääkseni myös Serlachiuksen ja Haatajan oikeudellinen ajattelu ja oikeustiedekäsitys olivat pitkälti samansuuntaisia, vaikka tieteellistä keskusteluyhteyttä heillä ei ainakaan Haatajan julkaistujen kirjoitusten perusteella näyttäisi olleen. Serlachius tunnetaan rikosoikeuden historiassa radikaalina kriminaalipoliitikkona ja mm. Jheringiltä ja Stammlerilta virikkeitä ammentaneena sosiologisen suunnan edustajana.¹⁰³

Haatajan edustamalle konservatismille on keskeistä liberalismista poikkeava ajatus, että valtio sai ja sen tuli puuttua talouselämän toimintaan. Yhteiskuntarauhan säilyttämiseksi ja sosialismin kannatuksen lisääntymisen estämiseksi yhteiskunnan heikoimmista tuli pitää huolta aktiivisen sosiaalipolitiikan keinoin. Tätä ideologiaa kehittivät Saksassa 1800-luvulla ns. katederisosialistit (mm. *Gustav Schmoller* ja *Adolph Wagner*), joiden ajatteluun Haataja näyttää tieteellisestikin perehtyneen.¹⁰⁴

¹⁰⁰ Ks. Haatajasta ”edistysmielisen keskustan” ja vanhasuomalaisen radikaalin sosiaalireformismien edustajana Suomalaisessa puolueessa ja Kokoomuksessa Salokorpi 1988, s. 154–155, 157, 278, 284 ja Leino-Kaukiainen – Uino 1994, esim. s. 219–220, 265, 268, 346–347.

¹⁰¹ Serlachius toimi vuosina 1902–1917 rikosoikeuden professorina. Sittemmin hän siirtyi politiikan ja diplomatian kautta korkeimman oikeuden oikeusneuvokseksi vuosiksi 1923–1935. Hän kuului vanhasuomalaiseen puolueeseen ja kannatti radikaaleja yhteiskunnallisia reformeja, ks. Kekkonen 1989, s. 148, 160–161, Mäkelä *Oikeus* 1999, s. 354–358 ja Björne 2002, s. 382.

¹⁰² Tulenheimo oli vanhasuomalainen, sittemmin Kokoomuksen kansanedustaja. Hän oli rikosoikeuden professori 1919–1931, minkä jälkeen hän toimi yliopiston rehtorina, Helsingin kaupunginjohtajana ja yliopiston kanslerina. Ks. Tulenheimon oikeudellisesta ajattelusta Backman 1992, s. 260–262, jossa katsotaan, ettei Tulenheimo ”ollut rikosoikeudellisena ajattelijana kovin merkittävä”. – Voisi olla kiinnostavaa arvioida Haatajan poliittista suhdetta Serlachiuksen ja Tulenheimoon. Tämä edellyttäisi arkistotutkimuksia, mihin tätä esitystä laatiessani ei ole ollut mahdollisuuksia.

¹⁰³ Serlachiuksen oikeudellista ajattelua koskevat käsitykseni perustuvat Kekkosen (1989, s. 148–162), Backmanin (1992, s. 251–259), Mäkelän (*Oikeus* 1999, s. 353–369) ja Björnen (2002, s. 383–391) esityksiin.

¹⁰⁴ Ks. vanhasuomalaisesta sosiaalireformismista ja sen juurista Salokorpi 1988, s. 45–48. – Ks. katederisosialisteista myös Pihlajamäki 2002, s. 30, jossa on esillä myös heidän ajattelunsa yhteydet Jheringin intressilainoppiin. Sosiaalipolitiikan ja sosiologian historiassa katederisosialisteilla (neutraalimmin saksalaisella historiallisella koulukunnalla) oli hyvin keskeinen rooli, ks. esim. Eräsaari – Rahkonen 1975, s. 9–47 ja Alapuro – Alestalo – Haavio-Mannila 1992, s. 80–82.

Hänen aikakaudellaan keskusteluasetelmat olivat tietysti erilaisia kuin 2000-luvulla, mutta tiettyjä ajankohtaisiksikin haluttaessa ymmärrettäviä painotuksia Haatajan teksteistä voidaan löytää. Jos painotetaan hänen oikeusajattelunsa kollektiivisia piirteitä, Haatajan ajatuksia voidaan hyvin pitää hyvinvointivaltiollisina.¹⁰⁵ Haatajan aikakauden konservatismi oli jotain aivan muuta kuin nykyisin Euroopassa oikeistolaisiksi ymmärrettyjen puolueiden yksilökeskeisyyttä korostavat ja markkinoiden sääntelyä kritisoiivat linjaukset. Huomattavasti myöhempiä *Berlinin* tunnettua erottelua¹⁰⁶ hyödyntäen riittävää ei ole negatiivisen vapauden toteutuminen vaan valtion sosiaalisia toimia tarvitaan todellisen, positiivisen vapauden turvaamiseksi¹⁰⁷:

”Aikaisemmassa lainsäädännössä oli ollut yhtenä johtavana periaatteena yksilön vapauden ja tasa-arvoisuuden säilyttäminen. Mainitsemani uuteen lainsäädäntöön ryhdyttäessä jouduttiin toteamaan, että yksilöiden tasa-arvoisuus lain edessä ja yksilön vapaus olivat usein vain näennäisiä ja että niissä entisellä pohjalla pysyminen johti helposti taloudellisesti heikommassa asemassa olevan väestön sortamiseen, mikä yhteiskunnan oli lainsäädäntötoimenpiteillä pyrittävä estämään.”

Saksalaiseen katederisotalismiin aatteellisesti pohjautuvan sosiaalireformismin merkitystä Haatajan ajattelussa ilmentää sekin, että hän toimi saksalaisen *Verein für Sozialpolitik* -yhdistyksen esikuvan mukaisen Kansantaloudellisen yhdistyksen puheenjohtajana kahteen otteeseen.¹⁰⁸ Tähän liittyy myös Haatajan toiminta viime vuosisadan alkupuolen keskeisenä osuustoiminta-johtajana muun muassa osuuskassajärjestössä ja Pellervo-seurassa. Hän oli osuustoiminta-aatteen Suomeen tuoneen *Hannes Gebhardin* läheinen työtoveri, omien sanojensa mukaan ”vuosikymmeniä Gebhardin lähin neuvottelija”.¹⁰⁹ Kansantaloudellisen yhdistyksen kokouksessa pitämässään Gebhar-

¹⁰⁵ Ks. vastaavasti Nuotio 2001, s. 288 Jheringin osalta.

¹⁰⁶ Berlin 2001, s. 44–97 – Alunperin Berlin esitti dikotomian virkaanastujaisesityksessään vuonna 1958 totalitarismin ja valtio-ohjauksen *kritiikkinä*, mutta myöhemmissä sovelluksissa tätä filosofisesti kiistanalaista erittelyä on laajalti hyödynnetty toisenlaisissakin yhteyksissä.

¹⁰⁷ Haataja *Valvoja-Aika* 1930, s. 157.

¹⁰⁸ Yhdistys oli perustettu saksalaisesikuvansa perusteella vuonna 1885, ks. Salokorpi 1988, s. 46 ja Alapuro – Alestalo – Haavio-Mannila 1992, s. 82–84.

¹⁰⁹ Manner 1981, s. 24. Gebhard vaikutti välillisesti ja välittömästi monella tavoin Haatajan uraan. Hän muun muassa teki aloitteen Haatajan uran kannalta keskeisen maanvuokra-asian esittelijän toimen perustamisesta senaattiin. Ks. *mt.* s. 7–8, 23.

din muistopuheessa Haataja linkittää osuustoiminnan selvästi osaksi vanha-suomalaisen sosiaalireformistisen ohjelman toteuttamista¹¹⁰:

” – osuustoiminta oli yksi niistä vastavaikutuksista, joita liian pitkälle kehitetty liberalismi ja individualismi ja niiden mukana tulleet epäkohdat aiheuttivat vähempiosaisen väestön keskuudessa. – – Meillä on porvarillinen yhteiskunta omaksunut osuustoiminnan tehokkaana keinona alempien kansanluokkien nostamiseksi ja niiden aseman parantamiseksi, mikä myös porvarillisen yhteiskunnan kannalta on ollut välttämätöntä.”

Myös useita Haatajan tieteellisiä tekstejä luonnehtii näkyvä *julistuksellisuus*: oikeustieteen tutkijan ja poliittisen kannanottajan roolit lomittuvat ongelmitta.¹¹¹ Haataja ei peittele yhteiskunnallisia lähtökohtiaan, sitoumuksiaan tai tavoitteitaan. Selvästi oikeustieteellisiksikin tarkoitetuissa teksteissä on mukana yhteiskunnallisia kannanottoja. Vaikka Haataja ei mikään realisti ollutkaan, tältä osin hänen ajattelussaan on yhteyksiä sekä amerikkalaisen että skandinaavisen realismin kanssa: oikeustiede ei saa olla yhteiskunnallisesti puolueeton ja ulkopuolinen tarkkailija, vaan aktiivinen toimija yhteiskunnan uudistamiseksi.¹¹² 1900-luvun loppupuolella vastaavat ajatukset heräsivät uudelleen henkiin erilaisissa kriittisen ja vaihtoehtoisen lainopin suuntauksissa. Tässä on myös oikeustieteen teorian tasolla havaittava yhteys Haatajan sosiaalisen yksityisoikeuden ja *Thomas Wilhelmssonin* yli puoli vuosisataa myöhemmin kehittämän sosiaalisen siviilioikeuden välillä.

¹¹⁰ Haataja 1934a, s. 13.

¹¹¹ Manner (1981, s. 21) muotoilee tämän piirteen Haatajasta seuraavasti: ”Haatajaa arvosteltiin joskus sen johdosta, että hänen kirjoissaan katsottiin olevan runsaasti ohjelmanjulistuksen kaltaista tendenssiä, jota pidettiin vieraana puhtaalle oikeustieteelliselle tutkimukselle. Haataja puolestaan ei hyväksynyt ns. puhtaan oikeuden koulukuntaa eikä pitänyt sen pohjalle rakentuvaa käsittelymetodia asianmukaisena kysymyksen ollessa hänen edustamansa alan tutkimuksesta. – – Epäilemättä hänelle olikin ominaista, että hän kirjoittaessaan usein pyrki johonkin tavoitteeseen ja että hän halusi esittää sellaista, jossa hän näki epäkohtia tai uudistamisen aihetta.”

¹¹² Ks. esim. Pihlajamäki *Retfærd* 1997, s. 63. – Kiinnostavaa on, että myös monet saksalaisista katederisosialisteista, joiden ajatteluun Haataja yhteiskunnallisesti tunsikin kiinnostusta, sekoittivat ”tosiasiat ja arvot sekä tiedemiehen ja poliitikon roolinsa”, ks. Eräsäari – Rahkonen 1975, s. 34.

Sosiaalireformistista saksalaismyötäilijäksi

Haataja oli aikakaudellaan varsin *kansainvälinen* oikeustieteilijä. Hän teki noin 15 pidempää tutkimusmatkaa eri puolille Eurooppaa ja Pohjois-Amerikkaan uransa eri vaiheissa. Hänen julkaisuluettelossaan on runsaasti saksankielisiä ja muutama Pohjoismaissa julkaistu kirjoitus.¹¹³ Haatajan keskeiset oikeusteoreettiset vaikutteet tulivat jo hänen väitöskirjassaan Saksasta. Saksalaista oikeustiedettä hän myöhemmissäkin vaiheissa näyttää seuranneen kaikkein tiiviimmin. Tuolloin tässä ei ollut mitään poikkeuksellista, päinvastoin¹¹⁴.

Poliittisesti Haataja näyttää viehättyneen Saksan linjasta syvällisemmin vasta 1930-luvun loppupuolella. Esimerkiksi kevään 1918 hallitusmuotokeskusteluissa Haataja oli kansanedustajana aluksi tasavallan kannalla¹¹⁵ ja suhtautui vielä 1930-luvun alkuvuosina yksiselitteisen kielteisesti kansallissosialistisen Saksan oikeus- ja yhteiskuntajärjestelmään¹¹⁶. Kotimaan politiikassa Haataja edusti kriittistä kantaa 1930-luvun oikeistoliikehännän ääri-ilmioille.¹¹⁷ Hän erosi Kokoomuksen puheenjohtajan tehtävistä syksyllä 1932 ”protestina aktivistihenkiselle oikeistopolitiikalle”.¹¹⁸

Suomalaisten oikeustieteilijöiden keskuudessa Haataja piti poikkeuksellisen aktiivisesti yhteyksiä saksalaisiin oikeustieteilijöihin koko 1930-luvun

¹¹³ Ne ovat tosin lähinnä suppeita suomalaisen maa- ja asutuspolitiikan yleisesittelyitä, eivät varsinaisesti tieteellisiä artikkeleita.

¹¹⁴ Letto-Vanamo (*LM* 2002, s. 1078–1079) kiinnittää huomiota Lakimies-lehdessä vuosisadan alussa julkaistujen artikkeleiden yllättävään kansainvälisyyteen: ”vaikka kirjoitettiin suomen kielellä ja käytännöllisesti – – nojaututtiin ulkomaiseen, etenkin saksalaiseen oikeuskirjallisuuteen.” Ks. saksalaisvaikutteista suomalaisessa oikeustieteessä viime vuosisadan alkuvuosikymmeninä myös Kangas 1985, s. 32–34 sekä Björne 2002, s. 169–170, 457–458 (Björnen tutkimus ulottuu vuoteen 1910 asti).

¹¹⁵ Salokorpi 1988, s. 210 ja Leino-Kaukiainen – Uino 1994, s. 210–212.

¹¹⁶ Kangas 1985, s. 41. Ks. myös esim. Haataja 1934b, s. 18: ”Euroopan maissa vallalle päässeet diktatuurit ovatkin selitettävissä epänormaalien olojen synnyttämänä sairaalloisina ilmiöinä, joiden jäljittelemistä on koetettava kaikin tavoin välttää varsinkin sellaisissa maissa, joissa yhteiskuntajärjestys vanhastaan perustuu kansan ja kansalaisten vapauteen ja oikeuteen olla mukana valtiolämän kulusta määräämässä.”

¹¹⁷ Kangas (1985, s. 40) kiinnittää huomiota siihen, että vaikka Haataja tuomitsi Isänmaallisen kansanliikkeen, IKL:n, toiminnan, hän piti Lapuan liikettä ”hyödyllisenä ja suorastaan välttämättömänä”. Kankaan (ib.) luonnehdinta Haatajasta oikeistolaisen konservatismin edustajana on kuitenkin epätarkka ja vivahteeton.

¹¹⁸ Salokorven (1988, s. 24, 302) tulkinta.

ja erityisesti 1940-luvun alkuvuosina. Hän vieraili useita kertoja Saksassa ja oli tiiviissä kirjeenvaihdossa merkittävien saksalaisten oikeustieteilijöiden (esimerkiksi *Justus Wilhelm Hedemannin*, Hans Fehrln ja *Carl Schmittin*) kanssa. Hänen puolisonsa käänsi Fehrln *Oikeus ja todellisuus* -teoksen (WSOY, 1927) suomeksi.¹¹⁹

Vaikka Haataja tutkijana suhtautui muiden suomalaisten oikeustieteen harjoittajien tavoin torjuvasti kansallissosialistiseen oikeustieteeseen, hänen ”oikeistolainen patriotisminsa” – Kankaan ilmeisen osuvaa ilmaisua käyttäen – ajoi hänet lopulta läheiseen yhteistyöhön kansallissosialististen lakimiesten kanssa. Haatajalla oli hyvin keskeinen asema suomalaisten lakimiesjärjestöjen lyhyeksi jääneessä osallistumisessa natsien etäispäätteenä toimineen Kansainvälisen Oikeuskamarin (die Internationale Rechtskammer, IRK) toimintaan. Järjestö perustettiin huhtikuussa 1941. Haataja esitelmöi ainoana ulkomaalaisena perustamiskokouksessa Berliinissä. Jatkosodan alkuvaiheissa syksyllä 1941 Haataja vaikutti keskeisesti siihen, että suomalaiset lakimiesten järjestöt (mm. Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Suomen Asianajajaliitto) liittyivät Kansainväliseen Oikeuskamariin. Haataja valittiin Kansainvälisen Oikeuskamarin Suomen valtuuskunnan puheenjohtajaksi. Hän osallistui aktiivisesti oikeuskamarin toimintaan myös Saksassa ja päätyi lopulta sen presidiumin jäseneksi. Suomen erkaannuttua sodasta syyskuun alussa 1944 toimintaan motivoitunut poliittinen intressi lakkasi ja suomalaiset irtaantuivat oikeuskamarin toiminnasta.¹²⁰

Talousoikeudesta maa- ja vesioikeuteen

Haatajan tieteellinen ura ajoittuu vaiheeseen, jolloin hajanaisen talousoikeuden eriytyminen erillisiksi oikeudenaloiksi oli tapahtumassa. Talousoikeus oli jo alunperin varsin heterogeeninen oikeudenala: se muodostui toisaalta taloudellista toimintaa koskevasta julkisoikeudellisipainotteisesta lainsäädännöstä, toisaalta yksityisoikeudesta eriytyneistä oikeudenaloista. Julkisoikeudelliselta kannalta talousoikeuden alueelle sijoittuivat lähinnä maataloutta ja elinkeinonharjoittamista koskevat kysymykset. Joissakin yksityisoikeuden

¹¹⁹ Kangas 1985, s. 39–43, 78 ja sama 1998, s. 55 alav. 106.

¹²⁰ Kangas 1985, s. 70–80.

systematisoinneissa talousoikeus elää edelleenkin yhtenä erityisen yksityisoikeuden alueena.¹²¹

Haataja julkaisi uransa eri vaiheissa useita erillisartikkeleita ja puheenvuoroja talousoikeuden erityispiirteistä ja sen menetelmistä. Maa- ja vesioikeus ei näytä esiintyvän Haatajan teksteissä erillisenä oikeudenalana, jonka merkitystä tarvitsisi erikseen tieteellisesti perustella. Tämä johtuu siitä, että talousoikeudesta kirjoittaessaan hän keskittyi nimenomaan maa- ja vesioikeuteen ja sivuutti esimerkiksi elinkeino- ja työoikeuden.¹²²

Haatajan oppituoli muutettiin vuonna 1952 muodollisestikin maa- ja vesioikeuden professuuriksi, mutta oppituolin alana oli faktisesti maa- ja vesioikeus jo vuodesta 1927 alkaen. Tuolloin tiedekuntaan perustettiin toinen talousoikeuden professuuri, jonka pääalaksi tuli maa- ja vesioikeus ja niitä siu-
vaavat aineet¹²³.

Talousoikeuden – oikeastaan siis maa- ja vesioikeuden – menetelmät eroavat Haatajan mielestä muiden oikeudenalojen metodeista. Hänen mukaansa ”talousoikeudella on oma tutkimusmetodinsa, jossa se eroaa oikeustieteen alalle yleensä sovellettavasta tutkimusmetodista”. Tuo talousoikeuden oma tutkimusmetodi ”on vain talousoikeuden alalle sovellettavissa”.¹²⁴ Kiinnostavaa on, että sittemmin myös ympäristöoikeuden ”itsenäisyystaistelun” eri vaiheissa ympäristöoikeuden on sen erillisyyttä korostaneissa puheenvuoroissa samalla tavoin väitetty eroavan muista oikeudenaloista juuri metodinsa omintakeisuuden vuoksi.¹²⁵ Muilla oikeudenaloilla ajatus metodisesta omintakeisuudesta lieenee viime vuosikymmeninä ollut varsin poikkeuksellinen. Nykyisin erityisesti perusoikeuksien merkityksen korostuminen oikeudellisessa ajattelussa suhteellistaa eri oikeudenalojen omintakeisuutta. Haataja ilmaisee talousoikeuden metodisen erityisyyden muun muassa seuraavasti¹²⁶:

¹²¹ Ks. talousoikeudesta ja sen historiallisista juurista esim. Björne 1986, s. 17, 117–123, sama 2002, s. 186–189 ja Vihervuori 1989, s. 27–28.

¹²² Ks. esim. Haataja 1950a, s. 197.

¹²³ Haataja *LM* 1941, s. 681. Toisen professuurin alaksi määrittyi työoikeus, elinkeino-oikeus ja julkisoikeudellinen merioikeus.

¹²⁴ Haataja 1950a, s. 206.

¹²⁵ Ks. kysymyksestä myös T. Määttä *Oikeus* 2000, s. 340 viitteineen.

¹²⁶ Haataja 1950a, s. 195.

”– oikeustieteen eri osat ovat tutkimusmetodiin nähden huomattavasti erilaisessa asemassa. Tämän seikan esille tuominen on tärkeää siitäkin syystä, että juridista tutkimusmetodia koskevassa kirjallisuudessa pyritään koko oikeustieteen ala käsittämään yhtenä yhtenäisenä kokonaisuutena, ottamatta riittävästi huomioon, että sen eri osat ovat toisiinsa nähden hyvinkin erilaisessa asemassa.”

Talousoikeuden erottaa muista oikeudenaloista Haatajan mukaan ennen kaikkea se, ettei se voi olla vain ”muotoihin kohdistuvaa tiedettä”, eikä sen kohteena voi olla vain ”positiivisen oikeuden inhimilliselle yhteiselämälle asettamat muodot”. Nämä luonnehdinnat sopivat hänen mukaansa kyllä esimerkiksi prosessioikeuteen ja vekselin tapaisten ilmiöiden tutkimukseen. Sen sijaan esimerkiksi rikos- ja talousoikeus ”ovat jo kaukana pelkästä muodollisesta tieteestä”.¹²⁷ Ilmaisulla Haataja näyttäisi viittaavan puhtaan oikeudellisen ajattelun vaatimukseen, oikeuden puhdistamiseen tarkastelua hämärtävistä yhteiskunnallisista ja taloudellisista tekijöistä (hän näyttää tuntevan *Hans Kelsenin* ajattelun ja viittaa häneen eräissä yhteyksissä).

Puhtaan muodollinen tutkimusmetodi ei ole käyttökelpoinen talousoikeuden alueella. Talousoikeuden tutkijan on perehdyttävä myös oikeuden taustalla oleviin lainsäätäjän taloudellisiin, yhteiskunnallisiin ja poliittisiin päämääriin eri aikakausilla.¹²⁸ Haatajan mielestä taloudellisilla ja yhteiskunnallisilla tekijöillä on kyllä merkitystä myös yleisen siviilioikeuden alueella, mutta ”niiden tutkimisella ei ole sitä määräävää asemaa kuin talousoikeuden tutkimuksessa, eikä niiden tutkiminen muodosta koko tutkimuksen lähtökohtaa ja perustetta, vaan ainoastaan etäämpänä olevan, dogmaattis-deduktiivisen tutkimuksen apukeinon, joka tulee toissijaisena kysymykseen. Suurimmassa osassa yksityisoikeuden alaa – – sillä ei ole mitään merkitystä.”¹²⁹

Kirjoituksessaan ”Talousoikeus oppiaineena Suomessa” Haataja esittelee talousoikeuden asemasta käytyä saksalaista keskustelua ja vertaa sitä Suomen ja Ruotsin perinteeseen. Hänen mielestään ”silloin kuin Saksassa on vuosikymmeniä kiistelty siitä, onko talousoikeus erityisenä oppiaineena olemassa vai eikö, niin täällä pohjoisessa on asia jo 200 vuotta sitten positiivisesti ratkaistu”. Alunperin jo 1700-luvulla merkantilismin aikakaudella muotoutuneen talousoikeuden alaan luettiin ”sellaiset taloudellista toimintaa kos-

¹²⁷ Haataja 1950a, s. 196.

¹²⁸ Haataja 1950a, s. 197.

¹²⁹ Haataja 1950a, s. 204–205.

kevat säännökset, joilla oli julkisoikeudellinen leima”. Vaikka valtion roolia koskevat käsitykset sittemmin ovatkin muuttuneet, talousoikeuden erityinen asema oli Haatajan mielestä koko ajan perustunut ”valtiolle kuuluvaksi oikeudeksi ja velvollisuudeksi katsottuun toimintaan talouselämän hyväksi”. Vaikka talusoikeus on ”valtion järjestämän talouselämän oikeutta”¹³⁰, tämä ei kuitenkaan tarkoita, että talusoikeus voitaisiin ymmärtää hallinto-oikeuden osaksi: Haataja katsoo oikeudenalan olevan kuitenkin ”oleellisesti yksityisoikeutta”¹³¹.

Maa- ja vesioikeudesta ympäristöoikeuteen: miksi Haataja unohtuu?

Maa- ja vesioikeus kehittyi moderniksi ympäristö(nsuojele)oikeudeksi 1970-luvun alkupuolelta alkaen. Tämä edellytti paradigmaattista irrottautumista eräistä maa- ja vesioikeuden peruslähtökohdista. Haatajan keskeisimmän kiinnostuksen kohteena olleet tutkimusteemat menettivät tieteellistä hohtoaan (maanhankinta- ja asutuskysymyksille näin oli käynyt yhteiskunnallisista syistä jo aiemmin). Lähinnä vesioikeus jäi alueeksi, jolla Haatajalla voisi ajatella olevan merkitystä myös modernin ympäristöoikeuden aikakaudella.¹³²

Vesioikeudellisessa kirjallisuudessa – esimerkiksi *Erkki J. Hollon* ja *Pekka Vihervuoren* väitöskirjoissa¹³³ – Haataja on toki esillä. Hänen vaikutuksensa tulee esiin lähinnä aineellisoikeudellisten yksityiskohtien kautta. Häntä ei käsitellä kiinnostavan tutkimusotteen edustajana tai oikeudellisena ajattelijana. Vesioikeudellisen sääntelyn ja ajattelutapojen muutosten vuoksi modernissa vesioikeuskirjallisuudessa on monin paikoin otettu kriittistä etäi-

¹³⁰ Haataja *LM* 1941, s. 676–683.

¹³¹ Haataja *LM* 1930, s. 331–332, jossa hän arvostelee Willgrenin *Suomen Talusoikeus*-teoksessa (1930) esittämää systematisointia, jossa talusoikeus ymmärretään hallinto-oikeuden erityishaaraksi.

¹³² Kiinteistönmuodostamisoikeudellisessa kirjallisuudessa erityisesti Haatajan historiallisilla esityksillä on edelleen käyttöä. Sivuutan tämän puolen Haatajan tuotannosta tässä, koska kiinteistönmuodostamisoikeus kuuluu osana nykymuotoista, laajasti ymmärrettyä ympäristöoikeutta juuri siihen vanhaan maa-oikeudelliseen perustaan, johon moderneja kysymyksenasetteluja kehitettäessä on jouduttu ottamaan etäisyyttä.

¹³³ Hollo, Erkki J., *Pilaamiskiellon sisältö vesilain mukaan* (1976) ja Vihervuori, Pekka, *Viranomaisen asianosaistuveluudesta vesiasioissa* (1981).

syöttä eräisiin Haatajan ajatuksiin. Malliesimerkkinä vesioikeuden yleisten oppien kehittymisestä mainitaan usein irtaantuminen vanhemmalle vesioikeudelliselle ajattelulle tyypillisestä vesitaloudellisten hankkeiden kategorisesta jaottelusta veden ja vesialueiden käyttöä koskevaan hyötyisään (lukraatiiviseen) vesioikeuteen ja veden vahingollisia seurauksia torjuvaan eli suojaavaan (defensiiviseen) vesioikeuteen.¹³⁴ Jaottelu ilmentää Vihervuoren mukaan vanhentunutta ajattelutapaa, jossa sääntelyä tarkastellaan yksinomaan hankkeen toteuttajan kannalta. Vesilainsäädännössä sittemmin yhä keskeisemmäksi noussut vesiensuojelu jää tämän perinteisen luokittelun ulkopuolelle, eikä vesioikeudessa keskeistä erilaisten etujen välistä intressikollisiota voida jaottelun avulla kunnolla hahmottaa¹³⁵.

Voisi myös ajatella, että Haataja olisi jollakin tavoin ajankohtainen myös luonnonsuojelualueiden alueella, säädettiinhan vanha luonnonsuojelulaki (71/1923) jo 1920-luvulla. Luonnonsuojelulaki ei saa Haatajan oikeustieteellisessä tuotannossa kuitenkaan kovin laajaa huomiota. Oikeudenalan perusoppikirjaksi tarkoitettussa teoksessa *Maa- ja vesioikeus sekä metsä- ja maatalouslainsäädäntö* (1945, 2. p. 1950) luonnonsuojelulainsäädäntöä käsitellään viiden sivun verran osana metsälainsäädäntöä. Jakso jää esitteleväksi. Haataja ei selvästikään omana aikanaan nähnyt tarpeelliseksi syvällisempää klassisen luonnonsuojeluideologian integroimista osaksi maa- ja vesioikeuden peruslähtökohtia. Ympäristöoikeuden historiaa tarkasteltaessa onkin yllättävää, että luonnonsuojelualueellinen tutkimus alkoi Suomessa aktivoitua vasta 1990-luvulla.

Vaikka Haatajan tieteellisessä tuotannossa luonnonsuojeluajattelu saa nykypäivän näkökulmasta vain marginaalista huomiota, yhteiskunnallisena vaikuttajana hän toimi aktiivisesti myös luonnonsuojeluasioissa. 1920-luvun loppupuolella kansallispuistojen perustaminen muodostui vaikeaksi poliittiseksi kysymykseksi muun muassa epäselvien maanomistusolojen vuoksi. Haataja toimi kansallispuistojen perustamista pohjustaneen luonnonsuojelukomitean (KM 1931:7) puheenjohtajana. Hänen luonnonsuojeluajatteluaan ja -toimintaansa tutkinut *Pirkko Leino-Kaukiainen* luonnehtii Haatajan tässä tehtävässä suorittaneen ”merkittävän työn maamme ensimmäisten luonnon- ja kansallispuistojen alueellisten ja juridisten suhteiden määritte-

¹³⁴ Jaottelu perustuu vesilainsäädännön historialliseen kehitykseen ja on tavanomainen vanhemmassa vesioikeuskirjallisuudessa, ks. esim. Haataja 1951, s. 35.

¹³⁵ Vihervuori 1981, s. 6–7.

lijänä”. Leino-Kaukiaisien mukaan Haataja suhtautui myönteisesti luonnon-suojeluun, vaikka hän ei julkisesti puhunut eikä kirjoittanut luonnonsuojelusta aatteellisena kysymyksenä: ”Hän luonnehti kansallis- ja luonnonpuistojen perustamista huomattavaksi ja välttämättömäksi kulttuuripyrkimykseksi. Korostamalla asian kulttuuriarvoa, Haataja osoitti omaksuneensa aikakauden sivistyneistön keskuudessa levinneen käsityksen luonnonsuojelun merkityksestä. Luonnonsuojelulla oli eettiset, esteettiset ja tieteelliset tavoitteet.”¹³⁶

Nykyiseen luonnonsuojelukeskusteluun Haatajalla tuskin olisi kuitenkaan kovin omaperäistä annettavaa. Luonnonsuojeluoikeuden tavoitteet ja keinot ovat muuttuneet viime vuosikymmeninä. Luonnonsuojelua ei enää toteuteta vain klassisen luonnonsuojeluideologian mukaisesti rajaamalla luonnonkauniita alueita talouskäytön ulkopuolelle erillisiksi suojelualueiksi. Luonnonsuojeluoikeuden nykyaikainen tavoite ylläpitää luonnon monimuotoisuutta (biodiversiteettiä) voidaan saavuttaa vain integroimalla suojelua ajattelu osaksi taloudellisen toiminnan sääntelyä aikaisempaa kokonaisvaltaisemmalla tavalla.¹³⁷ Haatajan luonnonsuojelua koskevat käsitykset sijoittuvat väistämättä eri aikakaudelle. Metsäpoliittisissa linjauksissaan hän näyttäisi selkeästi korostavan aikakauden hengen mukaisesti edellytysten luomista ”voimaperäiselle”, ”voimakkaalle” ja ”tehokkaalle” metsätaloudelle ennen kaikkea ”teollisuutemme lisääntyvän raaka-ainetarpeen kannalta”.¹³⁸ Luonnonsuojelullisilla näkökohdilla ei Haatajan metsäpoliittisessa ajattelussa ole sijaa (tämä ei tietenkään tuolla aikakaudella ole mitenkään yllättävää).

Vaikka Haatajan vaikutus myöhäisemmälle oikeustieteelliselle tutkimukselle ilmenee lähinnä aineellisoikeudellisten yksityiskohtien kautta, eräät yleisemmätkin Haatajan tutkimusotetta leimanneet piirteet näyttäisivät kuitenkin jääneen elämään, osin myös ympäristöoikeuden aikakaudelle ajoittuvissa tutkimuksissa. Ensiksikin Haatajan tapa hyödyntää oikeushistoriallista tutkimusotetta osana lainopillista tutkimusta on selvästi vaikuttanut maa- ja vesioikeudessa ja on vieläkin osin näkyvissä luonnonvaraoikeuden hyvän tutkimuksen kriteeristössä (modernin ympäristönsuojeluoikeuden alueella

¹³⁶ Leino-Kaukiainen *LM* 1995, s. 1354–1355.

¹³⁷ Ks. siirtymästä erillisten suojelualueiden rauhoittamisesta kaiken kattavan taloudellisen toiminnan sääntelyyn biologisen monimuotoisuuden turvaamiseksi sekä kehityksen vaikutuksista luonnonsuojeluoikeuteen Kuusiniemi *LM* 1996, s. 1010–1018.

¹³⁸ Haataja 1936, s. 18–20, 32.

vastaavaa historiallista syvyyttä ei samalla tavoin voida edes saavuttaa). Eri-tyisesti tämä korostus näkyy Hyvösen tuotannossa.

Toinen, edelleen kiinnostava piirre Haatajan tutkimusotteessa on runsas, osin vain arkistotutkimuksin saavutettavissa olevan oikeustapausaineiston hyödyntäminen. Työekonomiset syyt eivät edes Haatajan uran päättäneissä *Vesioikeus*-teoksissa näytä olleen esteenä työläänkään arkistoaineiston hyödyntämiselle. Tavassaan hyödyntää oikeustapauksia laajasti oikeuslähteenä Haataja oli verrattuna muuhun ajan lainopilliseen tutkimukseen merkittävä poikkeus. Käsitelainopillisista lähtökohdista tehdyssä lainopissa oikeuskäytännölle ei juuri annettu merkitystä. 1920-luvun väitöskirjoissa viitataan Helinin mukaan oikeuskäytäntöön ”erittäin vähän ja prejudikaattien merkitys argumentaatiossa on lähes olematon”, eikä niillä 1930-luvullakaan ollut varsinaisen oikeuslähteen asemaa (prejudikaattien merkitys oikeudellisessa argumentaatiossa lisääntyi vasta 1940-luvulla). Haatajan väitöskirja, jossa oikeustapauksia on runsaasti, muodostaa hänen mukaansa yleisestä linjasta selvän poikkeuksen. Helinin tulkinnan mukaan oikeustapaukset sopivat luonteavasti Haatajan historialliseen metodiin: ”Ne kuuluvat osana niiden tekijöiden joukkoon, jotka valaisivat oikeuskulttuurin tilaa ja kehitystä ja määräsi-vät siten osaltaan soveltamisratkaisun suuntaa.”¹³⁹

Myös Haatajan vastaväittäjä *Wilhelm Chydenius* antoi arvoa oikeustapaus-ten laajalle käsittelylle: ”Jotenkin laajan oikeustapauksia käsittävän aineis-ton käsittely, joka osoittaa ammattimiehen kokemusta, näyttää itse asiassa olevan tämän väitöskirjan suurimpia ansioita.” Muutoin hän arvioi, että vaikka väitöskirja on laaja, ”ei siitä saa paljoa uutta”. Erityisesti hän pitää puuttee-na, ettei tekijä paneutunut riittävän syvällisesti ja laajasti arvioimaan käsite-lainopillista luonnehtimiskysymystä, onko maanvuokra esineoikeudellinen vai velvoiteoikeudellinen (”obligatorinen”).¹⁴⁰

Haatajan tapa tukeutua laajaan oikeustapausaineistoon on muodostunut käytännöllisesti painottuvan lainopillisen ympäristöoikeudellisen tutkimuk-sen standardiksi. Maa- ja vesioikeudessa ja sittemmin ympäristöoikeudessa on perinteisesti tukeuduttu laajalti myös *julkaisemattomaan oikeustapausai-*

¹³⁹ Helin 1988, s. 355, 366–367, 376–377.

¹⁴⁰ Chydenius *LM* 1922, s. 86–87, 90–91. – Vastineessaan Haataja (*LM* 1922, s. 93) ei Chydeniuksen kaipaamalle luonnepohdiskelulle anna arvoa: ”vuokra on vuokra, olipa se sitten esineoikeudellinen tai obligatoorinen, ja vuokramiehellä, jolla on ollut vuokrasuhde 25.10.1918 on lunastusoikeus siitä riippumatta, kumman laatuinen hänen vuokraoikeutensa oli. Tämän kysymyksen sekottaminen vuokraa koskevaan käsitetutkimukseen olisi virhe.”

neistoon. Esimerkiksi pelkkiin KHO:n tai KKO:n vuosikirjaratkaisuihin tutustuminen on vähänkin kunnianhimoisissa alan lainopillisissa tutkimuksissa yleensä katsottu riittämättömäksi (joillakin muilla oikeudenaloilla julkaisemattomaan oikeustapausaineistoon tukeutumista voitaisiin oikeuslähteopillisesti pitää suorastaan virheellisenä). Teoreettisen lainopin alueelle sijoittuvat tutkimukset, joissa oikeustapauksiin tai hallintokäytäntöihin ei samalla kattavuudella tarvitse paneutua, ovat ympäristöoikeudesta oikeastaan aivan viime vuosia lukuun ottamatta kokonaan puuttuneet. Haatajan perustelut tutkimusotteelleen *Vesioikeus I* -teoksen alkusanoissa osoittavat, että hän näyttää tunnistaneen tällaiseen menetelmään liittyvän tuomioistuinpositivismin vaaran¹⁴¹:

”Vesioikeus on käytäntöön läheisesti liittyvä ala, jossa esiintyvien probleemin löytämisessä on hyvin suurelta osalta turvauduttava oikeuskäytäntöön ja siis oikeustapauksien tutkimiseen, joka vaatii paljon aikaa ja työtä. Jotta sen työn tulokset tulisivat mahdollisimman suuressa mitassa yleisön hyväksi, on näyttänyt oikealta selostaa kaikki tärkeimmät oikeustapaukset teoksen asianomaisissa kohdissa. Siten myös lukija saa tilaisuuden tehdä niistä omat johtopäätöksensä, sekä niinikään nähdä, missä kohdissa tekijän käsitys poikkeaa siitä kannasta, jonka tuomioistuimet ovat ratkaisuisaan omaksuneet. Niinikään siten käy selville, kuinka horjuva ja vaihteleva tuomioistuinten käsitys monista kysymyksistä on ollut ja kuinka varovasti noihin ratkaisuihin on suhtauduttava.”

Lähestymistapa ilmentää myös käytännön näkökulman ja oikeustieteen käytännöllisen funktion korostumista Haatajan oikeudellisessa ajattelussa ja tutkijaprofiilissa. Hänen ajattelulleen on keskeistä käytännöllisen todellisuuden huomioon ottava ajattelu itseisarvoisen teoretisoinnin sijasta. Korostus on tyypillinen muillekin hänen aikakaudellaan vaikuttaneille käsitelainopin kriitikoille. Oikeuden ymmärtäminen instrumentalistisesti yhdistää Haatajaa kiinnostavasti myös ympäristöoikeuden korostuneen käytännölliseen perinteeseen. Ajatus oikeuden ja oikeustieteen välineellisyydestä, tähän lähtökohtaan liittyvät teoreettiset heijastumat ja tutkimusten käytännöllinen painottuminen ovat olleet pitkään leimallisia myös modernille ympäristöoikeudelle.

Käytännöllinen painotus Haatajan tuotannossa on eräs selitys sille, miksi häntä ei teoreetikkona ole oikeustieteen historiaa kuvattaessa noteerattu. Olen

¹⁴¹ Haataja 1951, s. 12–13.

edellä yrittänyt osoittaa, että käytännöllisyys on vain osatotuus Haatajan omintakeisesta ajattelusta ja erityislaatuista lainopillisesta tutkimusotteesta. Tieteenteoreettisissa puheenvuoroissaan hän näyttäisi pikemminkin jopa korostavan teoriaa ja käytännön praktiset ongelmat ylittävää lähestymistapaa tieteen ominaispiirteinä. Maanmittaustieteiden tieteellistä asemaa arvioivassa esitelmässään hän toteaa: ”Aikaisemmin ilmeisesti kaikki teoreettiset pyrkimykset saivat alkunsa käytännöllisistä, nykyään käytäntö korkeimmissa muodoissaan edellyttää teoriaa.”¹⁴² Lain ja oikeuden suhdetta koskeneen teoreettisen puheenvuoronsa hän päättää: ”Tällaiset oikeudelliset kysymykset ovat niitä oikeuden aloja, joissa ihmishenki pyrkii hakemaan oikeuselämän alalla esiintyviä syvimpiä totuuksia. Sellaisina ne muodostavat hienoimman ja vaikeimman osan oikeustieteen alasta, sellaisen osan, joka on kaukana pykäläviisauden ulkopuolella ja jota meillä valitettavasti on aivan liian vähän viljelty.”¹⁴³

Kiinnostus ajan teoreettis-filosofisiin keskusteluteemoihin ei Haatajalle ollut mitenkään ristiriidassa oikeustieteen käytäntöä palvelevan tehtävän kanssa. Tällaiset näennäisristiriidat leimaavat nykyperspektiivistä muutoinkin hänen persoonaansa ja identiteettiään sekä yhteiskunnallisena vaikuttajana että tutkijana. Radikaali, uudistusmielinen kokoomuslainen? Oikeustoliikkehinnän ja IKL:n kriitikko, joka ajautui läheiseen yhteistyöhön natsijuristien kanssa? Kosmopoliitti, joka oli ääri-isänmaallinen patriotti? Sosiaalisen yksityisoikeuden kehittäjä, joka kritisoi demokraattista oikeusvaltiota? Käsitelainopin kriitikko, joka ei ole sen enempää realistinen kuin analyttikkokaan?

Ei noissa ehkä ole mitään ristiriitaa. Haatajan ajatteluun tutustuttaessa on vain pakko hylätä pinttyneitä kategorisointeja, joiden kautta maailmaa ja oikeustiedettä on totuttu hahmottamaan. Sekä politiikassa että oikeustieteessä Haatajan lähtökohdat olivat sellaisia, ettei hänen ajattelunsa erityispiirteitä pysty kunnolla tavoittamaan nykyisellä yhteiskunnallisella tai oikeustieteellisellä käsitejärjestelmällä. Haataja on kiinnostava persoona juuri sen vuoksi, että häntä on vaikea luokitella nykyajattelun lokeroihin. Siksi hän on myös huomiota ansaitseva hahmo suomalaisen oikeustieteen historiaa kirjoitettaessa.

¹⁴² Haataja *Maanmittaus* 1928, s. 4.

¹⁴³ Haataja 1934b, s. 18.

Lähteet

- Aarnio, Aulis, *Laki, teko ja tavoite. Tutkimus tavoitteellisuudesta lain tulkinmassa ja sen soveltamisessa*. Forssa 1975.
- Aarnio, Aulis, "Suomalaisesta oikeusteoriasta 1900-luvulla", teoksessa Juha Pöyhönen (toim.), *Suomalaista oikeusteoriaa. Osa I*. Helsinki 1977, s. 1–39.
- Alapuro, Risto – Alestalo, Matti – Haavio-Mannila, Elina, *Suomalaisen sosiologian historia*. Juva 1992.
- Backman, Eero, *Oikeustiede yhteiskuntatieteenä*. Helsinki 1992.
- Berlin, Isaiah, "Kaksi vapauden käsitettä", teoksessa *Vapaus, ihmisyyys ja historia. Valikoima esseitä*. Suom. Timo Soukola. Tampere 2001, s. 44–102.
- Björne, Lars, *Oikeusjärjestelmän kehityksestä*. Toinen, uudistettu painos. Helsinki 1986.
- Björne, Lars, *Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del III: Den konstruktiva riktningen 1871–1910*. Lund: Institutet för rättshistorisk forskning 2002.
- Brusiin, Otto, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*. Vammala 1938.
- Chydenius, Wilhelm, "Virallisen vastaväittäjän lausunto teoksesta Kyösti Haataja: Vuokran käsite", *Lakimies* 1922, s. 84–91.
- Eräsaari, Risto – Rahkonen, Keijo, "Johdanto", teoksessa *Työväenkysymyksestä sosiaalipoliittikkaan Yrjö-Koskisesta Heikki Warikseen*. Tapiola 1975, s. 9–53.
- Haataja, Kyösti, *Maanvuokrakomitean ehdotukset. Eräiden maanomistajapiirien arvostelua niistä*. Helsinki 1915.
- Haataja, Kyösti, *Vuokran käsite. Yksityismaan vuokrasta maalla nykyään voimassa olevan Suomen lainsäädännön mukaan*. Porvoo 1921.
- Haataja, Kyösti, "Tekijän huomautuksia edellä olevan [Chydeniuksen vastaväittäjän lausunnon] johdosta", *Lakimies* 1922, s. 91–99.
- Haataja, Kyösti, *Maa- ja maanvuokrapoliittikkamme vaiheita*. Yhteiskuntataloudellisia kirjoituksia 21. Helsinki 1923.
- Haataja, Kyösti, "Maanmittaus tieteenä", *Maanmittaus* 1928, s. 1–18.
- Haataja, Kyösti, "Talousoikeudellisia näköaloja", *Valvoja-Aika* 1930, s. 155–163.
- Haataja, Kyösti, "Arviointi teoksesta: K. Willgren: Suomen Talousoikeus", *Lakimies* 1930, s. 329–350.
- Haataja, Kyösti, "Hannes Gebhard. Kansantaloudellisen yhdistyksen kokouksessa 2. XI. 1933 pidetty muistopuhe". Osuuskassojen Keskusliitto r.y. Helsinki 1934. (Haataja 1934a)
- Haataja, Kyösti, "Näkökohtia lain ja oikeuden erosta ja sen merkityksestä nykyisessä yhteiskunnassa", teoksessa *Festskrift för prof., jur. Utr. Dr Otto Hjalmar Granfelt*. Helsingfors 1934, s. 1–18. (Haataja 1934b)
- Haataja, Kyösti, "Maakysymyksemme ja metsäpolitiikka. Esitelmä metsäpäivien yleiskokouksessa 1936". Suomen metsäpäivät 1936, s. 9–39.
- Haataja, Kyösti, "Missä määrin maan pakollinen luovuttaminen maareformitarkoituksia varten voidaan katsoa juridisesti oikeutetuksi?", *Lakimies* 1937, s. 375–398. (Haataja LM 1937a)
- Haataja, Kyösti, "Arvostelu teoksesta: Ilmari Caselius, Sopimukseen perustuvat irrottamisoikeudet", *Lakimies* 1937, s. 20–65. (Haataja LM 1937b)
- Haataja, Kyösti, *Maa-oikeus II. Asutuslainsäädäntö*. Porvoo 1940.
- Haataja, Kyösti, "Talousoikeus oppiaineena Suomessa", *Lakimies* 1941, s. 676–683.

- Haataja, Kyösti, *Maanjaot ja talojärjestelmä*. Helsinki 1949.
- Haataja, Kyösti, "Talousoikeuden tutkimusmetodi". Suomalainen tiedeakatemia. Esitelmät ja Pöytäkirjat 1949. Helsinki 1950, s. 195–206. (Haataja 1950a)
- Haataja, Kyösti, *Maa- ja vesioikeus sekä metsä- ja maatalouslainsäädäntö*. Toinen korjattu ja täydennetty painos. Turku 1950. (Haataja 1950b)
- Haataja, Kyösti, *Vesioikeus I. Yleiset opit, omistusoikeus, jaot, katsaus ulkomaihin*. Vaasa 1951.
- Haataja, Kyösti, *Vesioikeus II. Vesialueiden käyttö. Yleisiä oppeja, luonnollisen tilan pysyttyminen, yleiskäyttö, valtaväylä, satamat ja kanavat, uitto*. Porvoo 1955.
- Haataja, Kyösti, *Vesioikeus III. Rakentaminen vesialueelle*. Helsinki 1959.
- Helin, Markku, *Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1640*. Vammala 1988.
- Husa, Jaakko, *Julkisoikeudellinen tutkimus. Tutkimus julkisoikeudessa harjoitettavan oikeusdogmatiikan metodologiasta*. Jyväskylä 1995.
- Hyvönen, Veikko O., *Määräalan luovutuksensaajan oikeusasemasta*. Vammala 1970.
- Hyvönen, Veikko O., *Kiinteistönmuodostamisoikeus I. Yleiset opit*. Jyväskylä 1998.
- Julku, Kyösti, *Kyösti Haataja ja yliopiston tehtävä*. Oulu 1983.
- Jutikkala, Eino, *Suomen talonpojan historia*. Toinen, uudistettu ja lisätty painos. Turku 1958.
- Kangas, Urpo, *Kansallissosialistinen oikeusajattelu ja sen herättämät reaktiot Suomessa*. Turku 1985.
- Kangas, Urpo, "Oikeustieteen opetus ja jatkokoulutus 1900–2000", teoksessa Urpo Kangas (toim.), *Oikeustiede Suomessa 1900–2000*. Juva 1998, s. 13–170.
- Kartio, Leena, *Asuntoalueen vuokra. Oikeudellinen tutkimus maanvuokralain 3 luvussa tarjotusta vuokrasta erityisesti julkisen asunto- ja maapolitiikan keinona*. Vammala 1983.
- Kekkonen, Jukka, "Allan Serlachius kriminaalipoliittikkona", teoksessa *Rikosoikeudellisia kirjoitelmia VI*. Vammala 1988, s. 148–162.
- Klami, Hannu Tapani, *Oikeustaistelijat. Suomen oikeustiede Venäjän vallan aikana*. Porvoo 1977.
- Klami, Hannu Tapani, *Suomen oikeustiedettä 1900-luvulla*. Turku 1981.
- Kuusiniemi, Kari, "Biodiversiteetin suojele ja ympäristöoikeus", *Lakimies* 1996, s. 1010–1018.
- Leino-Kaukiainen, Pirkko, "Kyösti Haataja ja luonnonsuojele", *Lakimies* 1995, s. 1341–1355.
- Leino-Kaukiainen, Pirkko – Uino, Ari, *Suomalaiskansallinen Kokoomus. Suomalaisen Puolueen ja Kansallisen Kokoomuspuolueen historia vuoteen 1929*. Vammala 1994.
- Letto-Vanamo, Pia, "Muutosten ja perinteen Lakimies-lehti", *Lakimies* 2002, s. 1071–1087.
- Letto-Vanamo, Pia – Määttä, Kalle, "Varallisuus oikeuksien tehokkuus – Esimerkkinä maanomaisuuteen kohdistuvat varallisuus oikeudet ja niiden kehitys", teoksessa Vesa Kanninen & Kalle Määttä (toim.), *Näkökulmia oikeustaloustieteeseen*. Tampere 1996, s. 62–81.
- Manner, E. J., *Kyösti Haataja 1881–1956. Mittavan elämäntyön tarkastelua*. Osuuspankkien Keskuspankki Oy 1981.
- Manner, E. J., "Vuoden 1961 vesilainsäädännön valmistelun vaiheista", teoksessa *Kehittyvä vesioikeus*. Helsinki 1990, s. 1–18.

- Mäkelä, Päivi, "Rikoslainoppinut politiikan puristuksessa. Professori Allan Serlachiuksen keskeisteemoja sortovuosilta", *Oikeus* 1999, s. 353–370.
- Mäenpää, Olli, *Keskusviraston asema valtionhallinnossa*. Helsinki 1979.
- Määttä, Kalle – Pihlajamäki, Heikki, *Rikoksen hinta. Taloustieteellinen näkökulma rikosioikeushistoriaan*. Saarijärvi 2003.
- Määttä, Tapio, "Monitieteisyys ympäristöoikeudessa – oikeustieteen sisäiset ja ulkoiset yhteydet oikeustieteellisen tutkimuksen haasteena", *Oikeus* 2000, s. 333–355.
- Nuotio, Kimmo, "Rudolf von Jhering – oikeus yhteiskunnan elinehtoja suojaamassa", teoksessa Jarkko Tontti, Kaisa Mäkelä ja Heta Gylling (toim.), *Filosofien oikeus* 1. Saarijärvi 2001, s. 285–311.
- Noponen, V. K., *Oikeudesta ryhtyä liikennettä ja voimansiirtoa tarkoittaviin rakennustoiimiin naapurin maalla*. Helsinki 1931.
- Pihlajamäki, Heikki, "Den rättsliga formalismen och kritiken av den. En rättsjämförande granskning av den finska rättsvetenskapen under 1900-talets första decennier", *Retfærd* 1997, s. 51–67.
- Pihlajamäki, Heikki, "Rättskämpar och protorealister – den tidiga kritiken mot konstruktivismen i Finland", *JFT* 2000, s. 338–350.
- Pihlajamäki, Heikki, "Oikeuden lainavaatteet – historiallinen katsaus oikeustieteen suhteeseen muihin tieteisiin", teoksessa Kaijus Ervasti – Nina Meincke (toim.) *Oikeuden tuola puolen*. Saarijärvi 2002, s. 13–39.
- Rasila, Viljo, *Torpparikysymyksen ratkaisuvaihe. Suomen torpparikysymys vuosina 1909–1918. Yhteiskuntahistoriallinen tutkimus*. Joensuu 1970.
- Sainio, Viljo, *Elinkeinotoiminnan harjoittamisesta johtuvat suhteet naapureihin Suomen yksityisoikeuden mukaan*. Tampere 1929.
- Salokorpi, Hannu, *Pietarin tie. Suomalainen puolue ja suomettarelainen politiikka helmikuun manifestista 1899 Tarton rauhaan 1920*. Mänttä 1988.
- Tolonen, Hannu, "Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Otto Brusiinin väitöskirjan tarkastelua aikalais- ja nykykeskustelussa", *Lakimies* 1997, s. 25–63.
- Tuori, Kaarlo, "Yleiset opit: mitä ne ovat, mitä niillä tehdään ja miten niitä kehitetään?", teoksessa Tarmo Miettinen ja Tapio Määttä (toim.), *III oikeustieteen tutkija- ja jatkokoulutuspäivät 6.–8.6.2002, Savonlinna*. Joensuu 2002, s. 1–15.
- Tuori, Kaarlo, "Käsitelainopin itsepuolustus", *Lakimies* 2002, s. 1295–1320.
- Vihervuori, Pekka, *Viranomaisen asianosaispuhevallasta vesiasioissa. Tutkimus edunvalvonnan edellytyksistä vesien käyttöä koskevassa päätöksenteossa*. Vammala 1981.
- Vihervuori, Pekka, "Ympäristöoikeuden ja esineoikeuden suhteesta", teoksessa *Esineoikeuden rajat*. Turku 1989, s. 26–51.
- Zitting, Simo, *Omistajanvaihdoksesta silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia*. Vammala 1951.
- Zitting, Simo, "Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista", *Lakimies* 1952, s. 387–401 ja 501–531.

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 *analyttinen* Alf Ross, jonka oivalluksia Suomessa jatkoi ensinnä *Simo Zitting* ja hänen jälkeensä ns. analyttisen oikeustieteen koulukunta. Tämä Alf Ross on jätetty esillä olevasta tarkastelusta sivuun, koska siitä on kosolti suomenkielistä kirjallisuutta. Viimeksi analyttisen oikeustieteen traditio on ollut esillä *Juha Pöyhösen* ja allekirjoittaneen välisessä keskustelussa.¹

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

Analyttisesta 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. Tietyt 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 tiede 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 Merkille 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 Lenart 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 ”retsilosofi”, men ”retsilosofiske 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 juhlaulkaisu* (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 tieteesen 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. Lainsäädäntöaktin 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 være 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 håndhæves 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 (aktiviteetti, 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 = vxl'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 er 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 todistelukykyt 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 pohjalte 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 af 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 motivaatio-perustaan 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 ennusteteoriat 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 Makko-* *sen* 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 ylipäätään 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 Rossin, 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 Retsvitenskap*. 1974 s. 333 ss.

G. H. von Wright ja käytännöllinen järki

G. H. von Wright on epäilemättä kaikista suomalaisista filosofiista se, jonka vaikutus oikeusteoriaan on ollut kauaskantoisin, sekä kansallisesti että kansainvälisesti. Hänen ajattelunsa on tehokkaasti ylittänyt sekä kieli- että koulukuntarajat. von Wrightin vaikutus suomalaiseen oikeusteoriaan on ollut huomattava ainakin 70-luvun alusta lähtien. Tämän aikakauden suomalaisista oikeusteoreetikoista tunnetuin, *Aulis Aarnio*, on monessa suhteessa von Wrightin oppilas. Jäljempänä tarkasteltavaa ideaa praktisista päätteilyistä ovat töissään soveltaneet esimerkiksi *Hannu Tolonen*, *Kauko Wikström* ja *Antti Kivivuori*. Siksi on kiinnostavaa, että oikeastaan yksikään von Wrightin töistä ei nimenomaisesti liity vain oikeusteoriaan tai oikeusfilosofiaan. Vaikka von Wrightin tutkimukset liittyvät kiinteästi myös moraalifilosofiaan ja etiikkaan, yksikään hänen päätöistään ei liioin ole yksiselitteisesti moraalifilosofinen. Toisaalta hän on suurimmassa osassa tuotantonsa suuntautunut nimenomaan kysymyksiin, jotka liittyvät pitämiseen, normatiivisuuteen ja käytännöllisen järjen vaatimuksiin. von Wrightin kirjoituksissa käytännöllisen järjen alueeseen kuuluvia kysymyksiä on aina tarkasteltu kokonaisuutena. Tällaiset tarkastelut ovat väistämättä myös oikeusfilosofisesti relevantteja.

Tässä esityksessä pyrin keskittymään kahteen von Wrightin laajassa tuotannossa keskeiseen aspektiin: hänen näkemyksiinsä *normien luonteesta*, ja hänen käsitykseensä *praktisista päättelyistä*. Yritän esittää tulkinnan siitä, miten nämä teemat liittyvät yhteen, ja miten ne kytkeytyvät oikeusfilosofiseen traditioon. Tulen tarkasteluissani nojautumaan erityisesti von Wrightin kolmeen keskeiseen englanninkieliseen teokseen (*Norm and Action; The Varieties of Goodness; Explanation and Understanding*) ja niiden aihepiireihin liittyviin artikkeleihin. Tilan puutteen vuoksi jätän tarkastelun ulkopuolelle sekä hänen loogiset tuloksensa että kulttuurifilosofis-kriittiset tutkielmansa. Lukijan kannalta tämä on tietysti huomattava rajoitus; edelliset

ovat suurelta osin luoneet von Wrightin maailmanmaineen tutkijana, jälkimmäiset taas nostaneet hänet pohjoismaisen suuren yleisön tietoisuuteen yhtenä aikamme johtavana kulttuuri- ja yhteiskuntakriitikkona.

Sananen von Wrightin historiallisista vaikutteista ja edeltäjistä. Etiikassa hän on itse nimennyt häneen vaikuttaneiksi ajattelijoina mm. *Aristoteleen*, *Kantin*, *Mooren* ja *Schelerin*. Hänen oikeusteoriassaan näkyy selvästi klassisen positivismin, *Hans Kelsenin* ja skandinaavisen realismin vaikutus – luonnonoikeudesta tai Kelsenin jälkeisestä positivismista hän ei juurikaan näytä olleen kiinnostunut. Suuria vaikuttajia koko hänen ajattelunsa takana ovat tietysti olleet looginen empirismi, *Ludwig Wittgenstein* (jonka oppituolin hän peri Cambridgessa) ja Wittgensteinin myöhäisfilosofiasta periytyvä kielifilosofinen tarkastelutapa, jonka hän on erityisellä ja luovalla tavalla yhdistänyt niin loogisen empirismin eksaktiusvaatimuksiin kuin laajempiin kulttuurifilosofisiin pohdiskeluihin.

Praktiset päättelyt ja käytännöllisen järjen luonne

Aristoteelinen idea *praktisista* (käytännöllisistä) päättelyistä ja *praktisista välttämättömyyksistä* kulkee punaisena lankana läpi von Wrightin tuotannon 1960-luvun alusta lähtien. Hän esittää suuren joukon erilaisia päättely- ja argumentaatiomalleja, joita yhdistävät seuraavat seikat: ensimmäinen premissi viittaa niissä aina *tavoitteeseen tai päämäärään*, toinen premissi esittää päämäärän saavuttamista koskevan *tavoite–keino-suhteen*, tai tällaiseen suhteeseen liittyvän uskomuksen, johtopäätös viittaa päämäärän saavuttamiseen johtavan *teon* suorittamiseen. *Praktinen välttämättömyys* on se erityinen välttämättömyys, joka liittyy tällaiseen johtopäätökseen. Tällaisilla päätelmillä on von Wrightin näkemyksissä (ainakin) kolme roolia. Ensinnäkin, ensimmäisen persoonan muodossa ne kuvaavat tekojen suorittamiseen liittyvää päättelyä; niiden olennainen merkitys on tällöin nähdäkseni siinä, että ne *ilmaisevat tekojen intentionaalista luonnetta*. Toiseksi, kolmannen persoonan muodossa ne kuvaavat skemaattisesti sitä tapaa, jolla me kaikki – päätöksiä tekevät tuomarit ja empiiristä tutkimusta tekevät oikeustieteilijät mukaan lukien – *selitämme ja ennustamme* muiden tekoja. Kolmanneksi, yleistetyssä muodossa praktiset päätelmät, joiden johtopäätös on *pitämislause*, kuvaavat *oikeus- ja moraalinormien perustaa, ratio legistä*. Praktisen päättelyn idea yhdistää näin von Wrightin kypsän ajattelun kolme keskeistä teemaa. Lopputuloksena on, monista yksityiskohtien muutoksista ja eri suun-

tiin viittaavista pohdinnoista huolimatta, hyvin yhtenäinen näkemys¹. Sitä luonnehtivat nähdäkseni seuraavat ajatukset. Käytännöllinen järki, jonka alaan moraali, laki ja intressien ohjaama toiminta kuuluvat, ja jonka aktiviteettia ja tuloksia ihmistieteet (ml. oikeustiede) pyrkivät kuvaamaan, on yhtenäinen kokonaisuus. Se on perusluonteeltaan teleologinen eli tavoitteellinen, ja praktisen päättelyn mallit pyrkivät kuvaamaan tämän tavoitteellisuuden täsmällisen luonteen. Tämä tavoitteellinen näkemys käytännöllisestä järjestä liittyy lopulta tietynlaiseen ihmiskuvaan, joka korostaa tavoitteellisuutta sekä luonnonlakien että sääntöjen kustannuksella.

Praktisen päättelyn kolme perusmallia voidaan esittää seuraavina skeemoina:

(PP1) (1) Aion saavuttaa *E*:n.
 (2) Ellen tee *A*, en saavuta *E*:tä
 Siis: (3) Teen *A*.

(PP2) (1) *a* aikoo saavuttaa *E*:n.
 (2) *a* uskoo, että ellei hän tee *A*, hän ei saavuta *E*:tä
 Siis: (3) *a* tekee *A*.

(PP3) (1) Tavoite on *E*.
 (2) *E* voidaan saavuttaa vain jos tehdään *A*.
 Siis: (3) Pitää tehdä *A*.

Eri yhteyksissä von Wright tarkastelee lukuisia skeemojen (PP1)–(PP3) variaatioita. Jätän nämä – sinänsä tärkeät – variaatiot tässä huomiotta². Nämä kolme perusmallia nähdäkseni tavoittavat olennaisen, joten tarkastelen niitä hieman yksityiskohtaisemmin.

Ensinnäkin, mitä erityistä liittyy ensimmäisen persoonan päättelyyn (PP1)? Siihen näyttää liittyvän von Wrightin sanojen mukaan ”eräänlainen looginen

¹ Nähdäkseni juuri kukaan kuluneen vuosisadan merkittävistä filosofiista ei ole pyrkinyt esittämään yhtä kattavaa näkemystä käytännöllisestä järjestä kuin von Wright. Ehkä ainoat, joiden voidaan sanoa pyrkineen jossakin määrin vastaavan kokonaiskuvan muodostamiseen, ovat guatemalalais-yhdysvaltalainen filosofi Hector-Neri Castañeda (1975) ja tšekkiläis-itävaltalainen oikeusteoreetikko Ota Weinberger (1998). Ks. kirjallisuusluettelo.

² Nämä variaatiot liittyvät esim. siihen, johtavatko päättelyt tekoon vai sen yrittämiseen, aika-aspektin mukaan ottamiseen, siihen mahdollisuuteen, että toimija ennen tekoon ryhtymistä muuttaa mielensä, ja toimijan kykyyn ja mahdollisuuteen todella tehdä aiottu teko (EU, s. 103–107). Lukija huomaa helposti, että nämä lisäykset voivat päättelyiden loogisen sitovuuden kannalta olla hyvin tärkeitä. Jätän ne kuitenkin huomiotta, koska ne eivät vaikuta itse perusproblematiikkaan.

sitovuus”. Henkilö, joka hyväksyy lauseet (1) ja (2), näyttää olevan sidottu hyväksymään (3):n pelkästään lauseiden muodon ja niiden sisältämien ilmausten merkityksen vuoksi. (PP1) ja (PP2) eivät kuitenkaan yllä esitetyissä muodoissa ole päteviä missään yleisesti käytetyssä päättelyjärjestelmässä. Ovatko ne siis enthymemaattisia, ts. epätäydellisiä sitovia päättelyjä? Miten niitä pitäisi täydentää? Teoksessaan *Hyvän muunnelmat* von Wright esittää, että ”käytännölliset syllogismit ovat omanlaisiaan loogisesti päteviä argumentteja. Niiden hyväksyminen merkitsee itse asiassa logiikan alueen laajentamista” (s. 206).

Edelleen, von Wright sanoo ensimmäisen persoonan päättelyn ”johtavan tekoon” (P 177; HM, 268). Johtopäätös (3) ei siis tämän mukaan ilmaise propositiota. Sen sisältö ei ole ensimmäisen persoonan väite siitä mitä tulen tekemään. Mutta miten looginen argumentti *voi* johtaa tekoon? Miten teko – havaittavassa maailmassa esiintyvä kontingentti tapahtuma, jolla on (myös) fysikaalinen aspekti – voi loogisesti seurata jostakin argumentista? Voimme sanoa, että jonkin tapahtuman *kuvaus* voi loogisesti tai käsitteellisesti seurata toisesta – esimerkiksi jonkin tapahtuman kuvaaminen ”ukkosenjyrähdysenä” on käsitteellis-loogisessa suhteessa ”salamaniskuksi” kuvattuun tapahtumaan. Voimme myös sanoa, että johtopäätöksen kuvaama *tapahtuma* on kausaalisessa suhteessa toisiin tapahtumiin, esimerkiksi teko voisi olla tiettyjen mentaalisten tapahtumien aiheuttama. Mutta miten kuvausten ja tapahtuman välinen suhde voi olla looginen?

Tämä ongelma juontuu itse asiassa Aristoteleelta, joka ensimmäisenä käsittelee ideaa praktisista päättelyistä (teoksissaan *De motu animalium*, *De anima*, *Nikomakhoksen etiikka*). Aristoteles esitti, että praktisen päättelyn johtopäätös on teko. Useimmat praktisista päättelyistä kirjoittaneet ovat päätyneet hylkäämään Aristoteleen näkemyksen ongelmallisena. *Max Black* ilmaisee yleisen kritiikin eräässä äreässä kommentissaan. Se, että ei-kielellisen teon tekemisen sanotaan olevan ”loogisessa riippuvuussuhteessa” jostakin, kuulostaa hänestä ”yhtä oudolta kuin että sanottaisiin apinan riippuvan propositioissa”. Aristoteellisen näkemyksen yksityiskohtainen arviointi vaatisi tekojen ja propositioiden ontologian ja päättelyn teorian tarkempaa kehittelyä. En ryhdy siihen tässä; totean vain, että näkemys on ongelmallinen. Silti von Wright näyttäisi olevan jossakin suhteessa oikeassa. (PP1):n, sen enempää kuin (PP2):n premissien ja johtopäätöksen välinen suhde ei ainakaan heijasta syysuhdetta. Mikä on siis tämä erityinen suhde premissien ja johtopäätöksen välillä? Meillä on kaksi yhteen kytkeytynyttä ongelmaa: johtopäätöksen luonne ja premissien ja johtopäätöksen välisen suhteen luonne. Keskityn tässä jälkimmäiseen.

Seuraava lisäpremissi tekee premissien ja johtopäätösten suhteen yksiselitteisesti sitovaksi niin (PP1):ssä kuin (PP2):ssakin:

(PR) Jokaisesta toimijasta x pätee: jos x aikoo saavuttaa jonkin tavoitteen ja uskoo, että tavoitetta ei voi saavuttaa tekemättä tiettyä tekoa, x tekee tämän teon.

(PP2):n kohdalla (PR):n looginen rooli on ilmeinen. (PP1):ssä se on hieman monimutkaisempi. Premissithän eivät suoraan sano, että uskon premissin (2). Olen eräässä nuoruudentyössäni³ ehdottanut, että (PP1):n premissien ja johtopäätöksen välinen ”erityinen looginen suhde” liittyy kielenkäyttöön: henkilö, joka *sanoo* premissit (1) ja (2), ei voi lisätä: ”En kuitenkaan tee A ” syyllistymättä *pragmaattiseen*, kielenkäytöstä seuraavaan ristiriitaan. (Tämä muistuttaisi hieman kuuluisaa Mooren paradoksia. Jos sanon: ”Ulkona sataa, mutta minä en usko sitä”, näytän sanovan jotakin ristiriitaista. Sen sijaan lause ”Ulkona sataa, mutta Eerik Lagerspetz ei usko sitä” jonkun muun henkilön sanomana on ongelmaton, vaikka ”minä” ja ”Eerik Lagerspetz” viittaisivat samaan henkilöön, joten lauseiden totuusehdot näyttäisivät olevan samat.) Vaikka tämä ehdotukseni ehkä oli jossakin mielessä oikeilla jäljillä, se jätti kuitenkin jotakin olennaista pois. Käsittääkseni ensimmäisen persoonan näkökulmaan liittyviä erikoispiirteitä ei voi palauttaa vain kielenkäyttöön liittyviin seikkoihin. Palaamme tähän kohta. Voimme kuitenkin todeta: siitä, että sanon ”Ellen tee A , en saavuta E :tä”, voidaan normaalisti päätellä, että (PP2):n sisältämä uskomuspremissi on minun kohdallani tosi. Samaa voidaan sanoa aikomuspremissistä (1). Näin PR-tyyppinen yleistys tekee premissien ja johtopäätöksen suhteen eksplisiittisesti sitovaksi myös ensimmäisen persoonan päättelyssä.

(PR) on ihmisiä tai yleisemmin toimijoita koskeva yleistys. von Wright sanoo, mielestäni perustellusti, että (PR) ei, muodostaan huolimatta, kuitenkaan ole mikään tieteellisille selityksille tyypillinen yleinen laki. Ei esimerkiksi olisi mielekäästä yrittää testata sitä tilastollisesti; se ei liioin tarvitse tuekseen mitään tieteellisen psykologian teoriaa. Päättelyiden (PP1) ja (PP2) intuitiivinen pätevyys ei tule sen ilmeisemmäksi, vaikka lisäisimme niihin (PR)-tyyppisen yleistyksen. Premissien ja johtopäätösten välinen looginen suhde näyttää seuraavan suoraan ilmausten ”aikoa”, ”uskoa” ja ”tehdä” merkityksestä (EU, luku 3). Tässä mielessä von Wright on varmasti oikeassa

³ Lagerspetz (1980).

sanoessaan, että arkielämässä ja myös ihmisten tavoitteellisen toiminnan tieteellisessä tutkimuksessa käyttämämme tavoite–keino–selitykset eivät ole samantyyppisiä kuin luonnonlakeihin perustuvat selitykset.

Minkälainen yleistys (PR) sitten on? von Wright – ainakin eräässä vaiheessa – näyttää kannattaneen näkemystä, jonka mukaan (PR) on eräänlainen *semanttinen sääntö* tai merkityspostulaatti. Tämän mukaan se sanoo jotakin ilmausten ”aikoa”, ”uskoa” ja ”tehdä” välisistä käsitteellisistä suhteista. Jos näin on, (PP2) on pätevä päättely siinä esiintyvien ilmausten merkitysten perusteella. Ainakin kaksi muuta mahdollisuutta on, joskaan niiden väliset erot eivät ole aivan ilmeisiä.

David Humen filosofian hengessä voisi väittää, että (PR) on kaikesta huolimatta eräänlainen empiirinen yleistys, joskaan ei tieteellinen laki tai empiirisiin havaintoihin perustuva tulos. Se kuvaa, kuten induktioperiaate Humen näkemyksen mukaan, eräänlaisen ”tavan” tai ”mielen totumuksen”. Se on niin triviaali, ilmeinen ja elämämme kannalta perustava, että emme tule sitä juuri pohtineeksi, mutta periaatteessa se voisi olla epätosi. Verrattakoon (PR):ää vaikka seuraavaan yleistykseen: ”Ihmiset käyttävät väitelauseita ajatustensa ilmaisemiseen.” Se, että väitelauseilla ilmaistaan ajatuksia, on tietysti käsitteellinen totuus. Mutta se, että ihmisillä on käytössään kieli, jolla he ilmaisevat mm. ajatuksiaan, on empiirinen seikka. Kielen olemassaolo ei ole ihmisyyden määrittelevä piirre, eivätkä kaikki ihmiset (esimerkiksi pienet lapset) kykene käyttämään väitelauseita ajatustensa ilmaisemiseen. Näin lause ”Ihmiset käyttävät väitelauseita ajatustensa ilmaisemiseen” on kontingentisti tosi empiirinen yleistys. Mutta sen totuutta ei tarvitse testata tilastollisesti, se ei seuraa mistään yleisestä teoriasta, eikä se, toisin kuin vaikkapa vetovoimalaki, ole kenenkään keksimä. Se on yleinen ja ilmeinen ihmistä koskeva fakta, jolla voisi olla informaatioarvoa vain vieraan taivaankappaleen asukkaille. Humelainen tulkinta (PR):sta voisi olla, että se samalla tavoin ilmaisee erään yleisen ja perustavan empiirisen tosiasian: ihmiset ovat tavoite–keino–harkintaan kykeneviä olentoja. Tämä tosiasia voitaisiin periaatteessa selittää naturalistisesti. On helppo ymmärtää, miksi evoluutio on suosinut tällaiseen harkintaan kykeneviä olentoja.

Kolmas mahdollinen (PR)-lisäpremissin tulkinta voitaisiin perustaa Kantin näkemykseen. Sen mukaan (PR) ilmaisee yleisen *rationaalisuusperiaatteen*. (PR)-tyyppistä yleistystä voidaan käyttää perustelemaan tietyn teon tekemistä tietyssä tilanteessa, itselle tai toisille. Sitä voidaan käyttää myös rationaalisten olentojen toiminnan selittämiseen tai ennustamiseen. Mutta sitä, miksi toiminnassamme noudatamme (PR)-tyyppistä periaatetta, ei enää

voi perustella viittaamalla johonkin syvempään periaatteeseen. Emme voi järkevästi kysyä: ”Mutta miksi minun pitäisi käyttää juuri sellaisia keinoja, joilla uskon saavuttavani tavoitteeni?” Jotta voisimme perustella jonkin määrätyn teon, tai yleisemmin, jonkin tavoitteita ja keinoja koskevan määrätyn teknisen normin, (PR) on jo oletettava paikkansapitäväksi. Teot ja toiminta-ohjeet ovat rationaalisia tai ei-rationaalisia suhteessa (PR)-periaatteeseen. Tässä mielessä (PR) – tai pikemminkin se normatiivinen versio: ”...x:n *pitää* tehdä tietty teko” ilmaisee kategorisen imperatiivin, jonka pätevyys ei perustu muuhun kuin rationaalisuuden luonteeseen. Kyseessä ei tietenkään ole Kantin kuuluisa eettinen kategorinen imperatiivi, vaan sen lähisukulainen, *välineellisen käytännöllisen järjen kategorinen imperatiivi*. Yhteistä molemmille imperatiiveille on, että niiden pätevyys ei edellytä jotakin niistä riippumatonta tavoitetta tai periaatetta. Ne ovat transsendentaaleja siinä mielessä, että jokaisen määrätyn praktisen tai moraalisen periaatteen pätevyys jo edellyttää niiden pätevyyttä.

Humelainen ja kantilainen tulkinta ovat eräässä suhteessa parempia kuin semanttinen tulkinta. Näyttäisi olevan niin, että (PR):lle voidaan löytää vastaesimerkkejä. von Wright itse esittää seuraavan: oletetaan, että toimija *a* aikoo murhata maansa presidentin, koska hän vakaasti uskoo sen olevan välttämätöntä jonkin poliittisen tavoitteen kannalta. Suunnitellulla hetkellä hän astuu presidentin eteen ja kohottaa aseensa – mutta ei äkkiä kykenekään vetämään liipaisimesta. Esimerkin mukaan *a* ei äkkiä luopunut poliittisesta tavoitteestaan, ei liioin päätynyt uskomukseen, jonka mukaan presidentin murhaaminen on välttämätöntä; hän ei vain pysty aikomaansa tekoa tekemään (EU, s. 116–7). Tämä on dramaattinen esimerkki siitä, mitä filosofiassa perinteessä on Aristoteleesta lähtien kutsuttu *akrasiaksi* eli heikkotahoisuudeksi. Olettamuksen mukaan (PP2):n premissit (1)–(2) ovat kyllä esimerkissä voimassa, mutta johtopäätös (3) ei seuraakaan. Siis (PR) ei ole poikkeuksetta tosi, joten se ei voi ilmaista premissien ja johtopäätöksen välillä vallitsevaa käsitteellistä suhdetta. Humelaisen tulkinnan mukaan se ilmaisee empiirisen yleistyksen, ”tavan”, jota voidaan olla myös noudattamatta. Kantilaisen näkemyksen mukaan se ilmaisee rationaalisuusperiaatteen, joka sitoo kyllä kaikkia rationaalisia olentoja – mutta ihmiset eivät ole aina rationaalisia. Nämä tulkinnat siis edellyttävät, että (PR)-tyyppinen yleisty on päättelyissä implisiittisenä.

Nähdäkseni kantilainen tulkinta on sikäli parempi, että se tekee ymmärrettäväksi von Wrightin huomaaman ensimmäisen ja kolmannen persoonan päättelyiden välisen eron. Asiaa havainnollistaa seuraava. Jos kolmannen persoo-

nan päättelyssä (PP2) ilmausten "a" ja "hän" paikalle sijoitettaisiin ilmaus "minä", saataisiin (välttämättömin muunnoksin) (PP1). Näyttäisi siis, että kolmannen persoonan päättely on yleisempi, ja minämuotoinen (PP1) sen erikoistapaus. Näin ei kuitenkaan ole. Näemme sen, kun tarkastelemme päättelyiden *käyttöä*. Kuten sanoin, kolmannen persoonan päättelyn keskeinen tehtävä on tekojen selittäminen ja ennustaminen – arkisessa, oikeudellisessa tai tieteellisessä mielessä. Näin ei kuitenkaan ole ensimmäisen persoonan päättelyn kohdalla. En käytä (PP1)-tyyppisiä päättelyjä saadakseni uutta tietoa omasta itsestäni ja toimintani motiiveista. Ennen kaikkea, *en käytä niitä ennustamaan omia tulevia tekojani*. En voi normaalisti järkeillä seuraavaan tapaan: kun tutkiskelen mieltäni, huomaan, että tavoitteeni on saavuttaa E. Uskon näköjään, että E:n saavuttamiseksi minun on tehtävä A. Niinpä voin päätellä, että tulen kohta tekemään A:n. Todellisuudessa (PP1):n johtopäätös ei ole ensimmäisen persoonan ennustava väite – toisin kuin vaikkapa: "Tulen laivamatkalla voimaan pahoin." En ylimalkaan voi suhtautua omiin *tekoihini* ilmiöinä, joiden esiintymistä voisin ennustaa tekemällä päätelmiä omista tavoitteistani ja uskomuksistani. Suhteeni *omiin* tekoihini on olennaisesti erilainen kuin jonkun muun tekoihin, ja (PP1):n ja (PP2):n erilaisuus heijastaa tätä eroa. Jos suhteeni omiin tekoihini olisi ulkopuolisen tarkkailijan suhde, olisi pääteltävä, että kysymys ei ole varsinaisesti minun teoistani vaan ei-rationaalisista prosesseista (kuten pahoinvointikohtaus), jotka jotenkin vain tapahtuisivat minulle ja joista voisin tehdä ennusteita tai kuvailevia johtopäätöksiä (EU, s. 130). Haluni ja taipumukseni voivat kyllä olla tosiasioita, jotka voin jossakin mielessä todeta (esimerkiksi psykoterapiassa). Mutta aikomukseni ja päämääräni eivät ole niiden determinoimia; ne ovat jotakin, jota olen päättänyt valita ja joista olen vastuussa. Päätöksentekoprosessi ei ole minua koskevien tosiasioiden rekisteröimistä ja johtopäätösten vetämistä näistä tosiasioista.

Tarkastellessani jotakin toista toimijaa voin yrittää ottaa huomioon sen seikan, että hän ei ehkä olekaan toiminnassaan rationaalinen. Se, noudattaa-ko hän toiminnassaan ja uskomustensa muodostamisessa rationaalisuuden vaatimuksia, on empiirinen seikka. Minulla voi esimerkiksi olla salamurhaa suunnittelevaa toimijaa koskevaa psykologista erityistietoa, jonka perusteella voin arvella, että hän ei, vakaasta aikomuksestaan huolimatta, tule saattamaan murhasuunnitelmaansa päätökseen. Kuultuani murhayrityksen epäonnistumisesta voin oikeutetusti todeta: "No, tuntien miehen, sen saattoi arvatakin." Olen tietysti itse yksi empiirisesti kuvattava toimija muiden joukossa. Saatan olla omissa toimissani yhtä heikkotahtoinen kuin salamurhaja omissaan, ja muut saattavat samalla tavoin olla selvillä heikkoudestani.

Mutta en voi itse, asettaessani tavoitteitani ja suunnitellessani tulevia toimiani, lähteä siitä, että en luultavasti tosipaikan tullen kuitenkaan ole rationaalinen. Kantilaisessa hengessä voimme sanoa, että (PR)-tyyppisen periaatteen hyväksyminen on (eräs) käytännöllisen järjen postulaatti, välttämätön edellytys sille, että yleensä hahmotan itseni tavoitteellisena toimijana. Tässä mielessä (PP1)-tyyppiset päättelyt ovat, von Wrightin sanoin, aina ”minulle päteviä” (EU, s. 130).

Praktiset päättelyt ja ihmistieteet

Kuten sanottu, (PP2)-tyyppistä päättelymallia voidaan von Wrightin mukaan käyttää esittämään sitä tapaa, jolla ihmistieteissä (oikeustiede mukaan lukien) selitämme ihmisten toimintaa. Ja kuten olemme nähneet, tämä ei ole mikään luonnontieteissä käytetyn peittävän lain mallin erikoistapaus, koska päättelyyn liittyvä yleistys (PR) on tavallaan redundantti, eikä missään tapauksessa tieteellinen laki. von Wright puolustaa kahta tieteenfilosofista teesiä. Ensinnäkin, (PP2)-tyyppinen skeema selvittää nimenomaan *hermeneuttisen* ihmistieteellisen tradition klassista perusideaa, ajatusta, jonka mukaan ihmisten toiminnan tieteellisessä tarkastelussa, on kysymys pikemminkin *ymmärtämisestä* kuin selittämisestä. Vastoin empiristisessä tieteenfilosofiassa esitettyä ajatusta, tämä ymmärtäminen ei ole millään tavoin mystinen asia. Sen luonne ja ehdot voidaan esittää varsin selvästi. Voimme sanoa, että ihmistieteille tyypillinen kolmannen persoonan selitys on jonkun määrätyn toimijan (vaikkapa lainsäätäjän) ensimmäisen persoonan käytännöllisen päättelyn rekonstruktio. Tässä yhteydessä (TFKP; EU, s. 2) von Wright puhuu tieteen kahdesta traditiosta: aristoteelisesta ja galileilaisesta. Jälkimmäiselle on ominaista selittäminen yleisten lakien avulla, edelliselle selittäminen päämäärien ja funktioiden avulla. von Wrightin mukaan modernin tieteen kehitystä on luonnehtinut siirtyminen aristoteelisesta galileilaiseen tarkastelutapaan, aluksi fysiikassa, sittemmin biologiassa. Vaikka galileilainen tutkimusote on ollut tieteen kehitykselle ratkaiseva, sillä on rajansa. Yksinkertaistaen voimme sanoa, että aristoteelinen päämääriin vetoava selittäminen on luonteeltaan inhimillistävä – se olettaa, että luonnossa on tavoitteita samoin kuin ihmisen toiminnassa. Meidän on luonteavaa ajatella, että tämä on väärä lähtökohta lähestyttäessä fysikaalista luontoa. Se saattaa perimmältään olla myös väärä tapa kuvata biologista luontoa. Mutta kun tutkimuskohteena on ihminen itse, miksi ihmisen inhimillistäminen olisi virhe?

Toiseksi, (PP2):n esittämässä muodossa ymmärtäminen on von Wrightin mukaan yleisiin luonnonlakeihin perustuvan selittämisen aito vaihtoehto. Se tarjoaa ihmistieteille mallin, joka on yhtä keskeinen kuin peittävän lain malli (ns. *Hempel–Oppenheim-malli*) luonnontieteissä⁴ (EU, s. 27; TFKP, s. 20). En ryhdy arvioimaan von Wrightin ensimmäistä, olennaisesti tieteenhistoriallista teesiä. Toisen teesin kohdalla on huomattava, että peittävän lain mallin asema luonnontieteellisen selittämisen perusmallina on nykyään paljon vähemmän kiistaton kuin vuonna 1971, jolloin von Wrightin *Explanation and Understanding* ilmestyi. Ei esimerkiksi ole selvää, että hyväksyttävän kausaaliselityksen edellytyksenä olisi, että selitettävä ilmiön kuvaus voidaan jännöksettä johtaa yleisestä laista. Tästä riippumatta voimme kysyä, mikä (PP2)-tyyppisten skeemojen asema ihmistieteen käytännössä todella on. Onko sillä todella samantyyppinen asema kuin peittävän lain mallilla oletettiin olevan?

Selitysmallina praktinen päättely sisältää tärkeän rajoituksen. Se nimitäin edellyttää, että jotta johtopäätös seuraisi, toimijan on nähtävä tekonsa tavoitteiden kannalta *sekä välttämättömänä että riittävänä*. Jos teon *A* tekeminen ei olisi tavoitellun lopputuloksen *E* kannalta välttämätön, ts. jos toimija uskoisi, että jokin muu teko (*B*, *C*, jne) voisi myös johtaa lopputulokseen, jäisi selittämättä, miksi hän valitsi juuri teon *A*. Jos toimija ei pitäisi tekoaan – mahdollisesti yhdessä muiden tekojen kanssa – riittävänä, selitys olisi jälleen epätäydellinen, koska mikään ei takaa, että toimija ylimalkaan uskoisi voivansa saavuttaa *E*:n, tekipä hän teon *A* tai ei. Ainoastaan usko siihen, että teko on päämäärän kannalta sekä välttämätön että riittävä, tuottaa käytännöllisen välttämättömyyden suorittaa tuo teko.

Näillä vaatimuksilla on kaksi seurausta. Ensinnäkin, (PP1) ja (PP2) eivät tavoita tilannetta, jossa tietyn teon tekeminen tekee lopputuloksen saavuttamisen vain todennäköisemmäksi, ei varmaksi. Koska monet tekemme eivät perustu lopputuloksia koskevaan täydelliseen varmuuteen, niihin johtavat praktiset päättelyt jäävät von Wrightin mallien ulkopuolelle. (Tästä on Aris toteleen alkuperäisen mallin kohdalla jo huomauttanut *Sir David Ross* teoksessaan *The Foundations of Ethics*, s. 196–198)

Toinen vaatimusten seuraus on, että *kollektiivinen toiminta* jää myös mallien ulottumattomiin. Tarkastellaan tilanteita, joissa pyrimme tekemään jota-

⁴ Peittävän lain mallin eli Hempel–Oppenheim-mallin mukaan ilmiön esiintyminen selitetään johtamalla sen kuvaus edeltävistä alkuehdoista ja yleisestä laista, jonka erityistapaus se on. von Wright on myöhemmin ottanut etäisyyttä tähän aiempaan näkemykseensä (PP2):n asemasta.

kin yhdessä: kantamaan raskasta laatikkoa, toteuttamaan uuden opetussuunnitelman yliopistossa, kaatamaan diktatuurihallituksen lakoin ja mielenosoituksin. Näissä tilanteissa pyrimme tavoitteeseen, ja teemme tiettyjä tekoja, koska uskomme niiden palvelevan tavoitetta. Mutta laatikon kantamisessa kenenkään yksittäisen toimijan panos ei ole riittävä, vaikka jokaisen panos voi olla välttämätön ja kaikkien yhdessä riittävä; opetussuunnitelman toteuttamisessa kenenkään yksittäisen toimijan panos lopputulokseen ei ole välttämätön, vaikka tarpeeksi monien panos yhdessä olisi riittävä; diktatuurihallituksen kaatamisessa ei ehkä ole varmuutta, että mikään yhteinenkään ponnistus olisi riittävä, mutta tarpeeksi monen yhteinen ponnistus on varmasti ainakin välttämätön. Tällainen kollektiivinen toiminta – jota mm. *Raimo Tuomela* on, alun perin von Wrightin teoriaa lähtökohtanaan käyttäen, käsitellyt lukuisissa teoksissaan⁵ – on historiassa, yhteiskuntatieteissä ja oikeustieteissä keskeinen tutkimuskohde. Toimijat, joita pyrimme selittämään (tai ymmärtämään) ovat usein ryhmiä, organisaatioita, instituutioita tai muita kollektiiveja. Miten praktisen päättelyn malli soveltuu niiden tarkasteluun? On hyvin luontevaa sanoa, että ryhmät, organisaatiot ja instituutiot *tekevät* asioita, esimerkiksi säättävät lakeja, ostavat ja myyvät, tai harjoittavat määrättyä politiikkaa. Niillä voidaan melko luontevasti sanoa olevan myös tavoitteita. Mutta on jo huomattavasti ongelmallisempaa sanoa niiden aikovan tai uskovan jotakin, ja ajatus, että Nokia tai Suomen valtio *todellisuudessa* tekisivät (PP1)-tyyppisiä käytännöllisiä päättelyitä, tuntuu oudolta. Kun selitämme niiden toimintaa, *kenen* praktisen päättelyn rekonstruoimisesta silloin olisi kysymys? Kollektiivisten toimijoiden intentionaaliset kuvaukset näyttävät perustuvan tietynlaisiin abstraktioihin, idealisaatioihin tai fiktioihin.

Tarjotessaan (PP2)-tyyppistä skeemaa ihmistieteiden *keskeiseksi* välineeksi von Wright näyttää sitoutuvan tietynlaiseen metodologiseen individualismiin. Tämä ei itsessään ole ongelma. Jokin metodologisen individualismin versio voi hyvin olla puolustettavissa. Mutta metodologisen individualismin puolustajan velvollisuus on esittää näkemys siitä, miten ryhmien, organisaatioiden, instituutioiden ja muiden kollektiivien toimintaa voidaan tyydyttävästi kuvata individualistisista lähtökohdista käsin. Näillä huomioilla saattaa myös olla tiettyjä seurauksia von Wrightin normien teorialle, jota tarkastelemme seuraavaksi.

⁵ Ks. esim. Tuomela (1984).

Normien käsky- ja tahtoteoria

Praktisen eli käytännöllisen päättelyn kolmas versio (PP3) on toistaiseksi jäänyt tarkastelun ulkopuolelle. von Wrightin oikeusfilosofian kannalta se on kuitenkin perustava. Hänen oikeusfilosofiansa, ennen kaikkea normien yleinen teoria sellaisena kuin se on esitetty teoksessa *Norm and Action*, ja sen jälkeen ilmestyneissä ei-teknisissä artikkeleissa (OP; FNNS), perustuu olennaisesti samaan teleologiseen näkemykseen käytännöllisestä järjestä kuin hänen näkemyksensä teoista ja niiden selittämisestä. Sen mukaan normit saavat oikeutuksensa tavoitteista, joiden saavuttaminen edellyttää normien alaisten toimijoiden norminmukaista toimintaa, ja oikeusnormien kohdalla nämä ovat lainsäätäjän tavoitteita. Jos (PP3):n johtopäätös ("Pitää tehdä A") on oikeusnormi, premissit ilmaisevat sen, mistä oikeusteoreetikot käyttävät ilmausta *ratio legis*. von Wrightin teleologinen näkemys käytännöllisestä järjestä johtaa hänet hyväksymään oikeusteorian, joka on ollut laajalti kannatettu mutta myös kiistanalainen. Sen mukaan oikeusjärjestyksen sisältö määräytyy lainsäätäjän (tavoitteisiin suuntautuneesta) tahdosta, ja oikeusnormit ovat määrätyssä järjestyksessä annettuja, normialamaisille suunnattuja rangaistuksin vahvistettavissa olevia käskyjä. Moraalifilosofian alueella sama näkemys johtaa teoriaan, jonka mukaan moraalinormit saavat pätevyytensä moraalista tavoitteista.

Katsokaamme hieman tarkemmin tätä normien teoriaa. *Norm and Action* -teoksessa (luku 1) von Wright erottelee suuren joukon erilaisia normien tyyppejä. Normeja laajassa mielessä ovat *säännöt* (esimerkiksi pelien säännöt), *tekniset normit* ja *preskriptiot*. Niitä ovat lisäksi tavat, moraalisäännöt ja ideaalisäännöt (voisimme ehkä sanoa, erinomaisuuden standardit). Useimmat näistä normeista ovat "käskyjä" vain enintään vertauskuvallisessa mielessä. Suurin osa teoksesta käsittelee kuitenkin niitä normeja, joita von Wright nimittää preskriptioiksi. Näitä ovat lähinnä ja ensisijaisesti oikeusnormit. Niiden looginen rakenne koostuu *karakterisatiosta* (käsky, kielto tai lupa), *sisällöstä* (se mikä on käsketty, kielletty tai sallittu) ja *sovellettavuusehdoista*. Lisäksi jokaiseen normiin liittyy *normiauktoriteetti*, joka antaa normin, *normisubjektit* (-alamaiset), joille se osoitetaan, *norminantamisakti* ja normin noudattamatta jättämiseen liittyvä *sanktio*. von Wrightin mukaan nämä ovat preskriptionormien loogisia piirteitä.

Yleisesti, *preskriptionormi on siis ylemmyys- tai auktoriteettiasemassa olevan normisubjekteille osoittama kommunikaatio, jolla normin an-*

taja haluaa tehdä jotkin teot normisubjekteille tietyissä tilanteissa paikollisiksi, sallituiksi tai kielletyiksi, ja normin noudattamatta jättämisen rangaistavaksi. Normin antaja haluaa, että normisubjektit noudattaisivat normia, koska se on annettu, ja hän haluaa näiden noudattavan normia, koska sen noudattaminen palvelee jotakin normin antajan tavoitetta.

Viimeinen lause kytkee normiteorian yleiseen teleologiseen näkemykseen käytännöllisestä järjestä. Preskriptionormit (mukavuuden vuoksi puhun jäljempänä vain normeista, ellei sekaannuksen vaaraa ole) kytkeytyvät aina jonkun tavoitteisiin (NA, s. 118). Oikeusnormien tapauksessa tämä "joku" on lainsäätäjä. Oikeusnormien takana on siis lainsäätäjän tahto toteuttaa joi-takin tavoitteita kansalaisten toimintaan vaikuttamalla. Edellytetty praktinen päätelmä on hiukan monipolvisempi kuin yllä esitetyt. Lainsäätäjä pyrkii tavoitteeseen *E*, mutta hän ei kykene tuottamaan sitä itse; sen sijaan hän voi suorittaa normatiivisen teon (käskemisaktin), joka voi puolestaan saada normisubjektit tekemään vaaditut teot. Tämä edellyttää, että normisubjektit tulevat tietoisiksi lain sisällöstä ja omaksuvat sen toimintansa perustaksi, joko koska he hyväksyvät lainsäätäjän auktoriteetin, tai hyväksyvät normin takana olevan tavoitteen, tai sitten rangaistuksen pelosta (tai realistisemmin, hie-man kaikista näistä syistä).

On huomattava, että vaikka normien käskyteoria ja teoria lainsäätäjän tahdosta liittyvät luontevasti yhteen, ne ovat loogisesti erillisiä. Käskeminen tietysti edellyttää tahtoa. Mutta vaikka pitäisimme normeja käskemisaktien tuloksina, meidän ei tarvitse edellyttää "lainsäätäjän tahtoa" oikeusjärjes-tyksen takana, ellemme oleta, että samaan oikeusjärjestykseen kuuluvat nor-mit ovat *yhden* käskijän tahdon ilmauksia. Esimerkiksi skandinaaviset rea-listit, kuten Olivecrona, puhuivat normeista imperatiiveina, mutta eivät olet-taneet yhtä "käskevää tahtoa" niiden takana. Lienee myös mahdollista hy-väksyä lainsäätäjän tahto normien lähteenä hyväksymättä käskyteoriaa, vaika tämä on vähemmän ilmeistä. Näin ajatteleva voisi argumentoida, että lain-säädäntöaktit poikkeavat normaaleista käskyistä niin paljon, että niitä ei ole järkevää käsitellä yhdessä. Klassiset positivistit, kuten *Bentham* ja *Austin*, hyväksyivät sekä käsky- että tahtoteorian, jäljempänä tarkasteltavasta syys-tä.

Esimerkki normatiivisesta kielipelistä

von Wrightin näkemystä havainnollistaaksemme voimme ottaa yksinkertaisen esimerkin normatiivisesta kielipelistä: tieliikennemerkit⁶. Kun viranomaisen asettaa tienvarteen merkin, kyseessä on – tai voi olla – normatiivinen akti. Viranomaisen kommunikoi jotakin normisubjekteille eli liikenteessä liikkuville, vaikka kommunikaatio on epäpersoonallista eli sitä ei ole suunnattu kenellekään määrätyle toimijalle. Jotkin merkit, kuten tienviitat, vain informoivat, esittävät väitteitä. Useimmilla on kuitenkin normatiivinen luonne; merkin asettaminen asettaa normin, ja normi on voimassa niin kauan kuin merkki on paikallaan – joskin osa merkeistä vain muistuttaa riippumattomasti voimassa olevien normien olemassaolosta, kuten vaikkapa moottoritien merkki. Tietyn merkki voi ilmaista epätoden väitteen siinä mielessä, että kyseinen tietty on ehkä jo saatettu päätökseen, mutta kielletyn ajosuunnan merkki *konstituo*i sen seikan, että kyseiseen suuntaan ei saa ajaa. Katu on tietysti voitu määrätä yksisuuntaiseksi merkeistä riippumatta, mutta määräys ei ole tosiasiallisesti voimassa, ellei siitä ole mitenkään ilmoitettu.

Samalla esimerkki osoittaa, että vaikka normatiiviset ilmaukset eivät ehkä ole sanan normaalissa mielessä tosia tai epätosia, niillä on toisinaan hyvin täsmällinen merkitys. Merkin muoto yleensä ilmoittaa *karakterisaation*; kieltoimerkit ovat usein pyöreitä (esim. kielletty ajosuunta), luvat nelikulmaisia (esim. pysäköintialue), käskyt voivat olla erimuotoisia (esim. pakollinen pysähtyminen, yksisuuntainen katu). Jotkut merkit ilmaisevat normin voimassaolon lakkaamisen (esim. nopeusrajoitus päättyy). Merkin kuvio ilmoittaa normin *sisällön* (kävely kielletty, moottoriajoneuvolla ajo kielletty), lisäkilvet ilmaisevat *sovellettavuusehdot* (esim. ”ei koske huoltoajoa”, ”voimassa klo 16–23”). Merkeillä on tietysti aina nämä merkitykset sikäli, että ymmärrämme mitä ne meiltä vaativat – myös silloin kun näemme ne esimerkiksi lojumassa varaston lattialla. Ne kuitenkin voivat konstituoida normeja vain silloin, kun ne on asianmukaisesti asetettu paikalleen.

Asettaessaan merkkejä ja sen myötä luodessaan uusia normeja viranomaiset pyrkivät toteuttamaan tiettyjä yleisiä tavoitteita, erityisesti varmistamaan tieliikenteen turvallisuuden ja sujuvuuden. Päätös yksittäisen merkin asetta-

⁶ Esimerkki on omani, ei von Wrightin. Liikennemerkkien muodostama kielipeli muistuttaa kiinnostavalla tavalla esimerkiksi niitä hypoteettisia merkinantopelejä, joilla Wittgenstein havainnollistaa ideoitaan, ja joita Erik Stenius kehittää edelleen artikkelissaan ”Modus ja kielipeli”.

misesta seuraa näiden tavoittamisen saavuttamista koskevasta käytännöllisestä päätelmästä; esimerkiksi turvallisuuden lisääminen edellyttää pysähtymisen määräämistä pakolliseksi sivutieltä tuleville, kun näkyvyys päätielle on huono. Merkkien asettaminen palvelee tavoitetta, koska merkkien olemassaolo joko tuottaa uusia (normatiivisia) tosiseikkoja tai informoi vallitsevista tosiseikoista. Nämä tosiseikat toimivat premisseinä tiellä liikkujien käytännöllisissä päätelyissä, useista syistä. Ensinnäkin normisubjektit eli liikenteessä liikkujat yleensä jakavat yleiset turvallisuuden ja liikenteen sujuvuuden tavoitteet. Niiden toteutuminen on yhtä paljon normisubjektien kuin normin antajienkin intressissä. Tiellä liikkujien on yleensä järkevää noudattaa merkkien ilmaisemia normeja silloinkin kun he eivät tarkkaan tiedä, miksi jokin normi on asetettu. On huomattava, että jos merkin ilmaisema normi on tehokas, merkki välittää aina myös informaatiota toisten toimijoiden todennäköisestä käyttäytymisestä. Samalla kun varoituskolmio ilmaisee normin (risteävälle tielle saapuvilla on väistämismääräys), se informoi todennäköisestä tosiseikasta (vasemmalta tulevat odottavat kolmion takaa tulevan väistävän).

Toiseksikin tieliikennelaki asettaa sanktioita niille toimijoille, jotka jättävät normit huomiotta. Lopuksi, ihmiset noudattavat normeja myös siksi, että he kokevat ne sitoviksi. Näin useat mahdolliset motiivit johtavat käytännössä samanlaisiin tekoihin. Merkin asettaminen voi olla epätarkoituksenmukaista, mutta se, joka jättää sen huomiotta, tekee (normaalisti) silti jotain kiellettyä. Vaikka tiellä liikkujat yleisesti jättäisivät vaikkapa noudattamatta nopeusrajoitusta, nopeusrajoituksen määräämä normi on voimassa niin kauan kuin merkki on paikallaan – ja niin kauan kuin tieliikennemerkkien muodostamaa normatiivista kielipeliä yleensä ”pelataan”.

Eräs kiinnostava seikka on, että merkkien – tai oikeammin niiden ilmaisemien normien – välillä näyttää olevan suhteita, joita voisi nimittää *loogisiksi*. Esimerkiksi kielto ajaa nopeammin kuin 100 kilometriä tunnissa, implikoi käskyn (”Aja enintään 100 km/h!”) ja luvan (”Saat ajaa 100 km/h!”). Edellytämme merkeiltä myös jotakin, jota voisi sanoa ristiriidattomuudeksi: jos esimerkiksi pakollinen pysähtymismerkki ja pysähtymiskiello riippuisivat vierekkäin, emme tietäisi, mitä meiltä vaaditaan. Kysyisimme ehkä: ”Mikä on noiden kahden yhdessä olevan merkin tarkoitus? Mihin niillä pyritään?” Eräässä mielessä olemme samassa tilanteessa kuin silloin, kun meille esitetään kaksi keskenään ristiriidassa olevaa deskriptiivistä väitettä. Vaikka normatiivisessa aktissa käytetty merkki ei voi ilmaista epätotuutta, se voi jossakin mielessä olla ”virheellinen”, asiaankuulumaton tai epärationaalinen. Tämä epärationaalisuus voi olla ”objektiivista” siinä mielessä, että sen seikan to-

teaminen, että merkin käyttö on ”vääää”, ei riipu sen enempää subjektiivisista tuntemuksista kuin henkilökohtaisista moraalisisista arvostelmista. Taroituksenmukaisuuden tulisi ohjata merkkien sijoittelua; toisin sanoen, jokaisen yksittäisen merkin ja siihen liittyvän normin tulisi olla perusteltavissa niistä tavoitteista käsin, joiden tulisi ohjata viranomaisten toimintaa ja jotka yksityiset toimijat jakavat. Normatiivisilla merkinantoteoilla on – tai olettamme niillä olevan – tarkoituksia, ja kritisoidessamme normeja epäloogisina tai epärationaalisina, olettamme tiettyjä tavoitteita, joiden suhteen ne voivat olla epärationaalisia tai epäloogisia.

Normien ontologiasta ja normilogiikan ongelmallisuudesta

Osa von Wrightin maailmanmaineesta liittyy hänen urauurtavaan työhönsä *deonttisen logiikan* kehittäjänä, ja juuri deonttiseen logiikkaan kohdistunut mielenkiinto aikanaan johdatti hänet tarkastelemaan käytännöllistä järkeä myös laajemmin. Deonttinen logiikka perustuu keskeisesti von Wrightin oivallukseen, jonka mukaan ilmauksilla kuten ”pitää”, ”on luvallista” ja ”on kiellettyä” on omat erityiset loogiset piirteensä, jotka ovat jossakin määrin analogisia mahdollisuuden ja välttämättömyyden loogisten piirteiden kanssa. Deonttinen logiikka näyttäisi näin tarjoavan mahdollisuuden tarkastella loogisesti esimerkiksi oikeudellisessa päätelyssä esitettyjä argumentteja. von Wrightin töistä on kasvanut oma tutkimusalueensa, jolla on muitakin potentiaalisia sovellutuksia (esimerkiksi automaattisessa tietojenkäsittelyssä).

Tässä vaiheessa lukijaa saattaa kiinnostaa kysymys: miten tärkeä von Wrightin 50-luvun alussa aloittama deonttinen logiikka oikeusteorian kannalta on? Mitä ilmeisimmin, deonttisen logiikan tehtävä *ei* ole esimerkiksi lakia soveltavan tuomarin päätöksentekoprosessin kuvaaminen – edes siinä mielessä kuin praktisia päätelyjä voidaan pitää päätöksenteon kuvauksina. (Deonttinen logiikka ei siis liity siihen vanhaan valistuksen ideaaliin, jonka mukaan lain soveltaminen olisi vain yksityistapausta koskevan johtopäätöksen vetämistä yleisestä normista.) Formaalista logiikkaa ei liioin kovin usein näe sovellettavan käytännön oikeudellisten argumenttien rekonstruimiseen. Nähdäkseni deonttisen logiikan kiinnostavat seuraukset liittyvät nimenomaan *normien yleisen luonteen* tarkasteluun. Tässä kontekstissa niillä voi olla laajempaa oikeus- ja yhteiskuntafilosofista relevanssia. Otan tästä vaatimattoman esimerkin (joka on omani, ei von Wrightin). Vaikutusvaltaisessa teoksessaan *Law, Legislation and Liberty* konservatiivinen Nobel-

taloustieteilijä ja filosofi *Friedrich von Hayek* argumentoi, että moderni lainsäädäntö on muuttunut yleisten kieltojen säätämisestä partikulaaristen käskyjen antamiseksi. Hayekin mukaan tämä johtuu siitä, että laki nähdään määrättyjen tavoitteiden ja ideaalien toteuttamiskeinona, ei yleisenä toiminnan kehikkona. Tämä on Hayekin mielestä johtanut oikeusvaltion rappioon: aito laki on hänen mukaansa aina kieltomuotoinen rajoitus, joka on yleinen siten, että se koskee määräämättömän monia yksilöitä, ei määrättyä yksilöä tai ryhmää.

Mitä mieltä Hayekin kritisoimasta lainsäädännön alan laajenemisesta ja sen roolin muuttumisesta sitten ollaankin, on selvää, että hänen yrityksensä tavoittaa se viittaamalla lakien *muotoon*, epäonnistuu. Ensinnäkin, normien perustyyppit, kuten käsky ja kieltö, voidaan määritellä toistensa avulla: jos *p* on kielletty, ei-*p* on pakollinen ja päinvastoin. Toiseksi, lakien yleisyyttä ei voi määritellä niissä esiintyvien predikaattien avulla. On aina mahdollista muotoilla lait sellaiseen muotoon, että ne sisältävät vain viittauksia yleisiin ominaisuuksiin, joita voi olla määräämättömän monilla yksilöillä, mutta valittu ominaisuuksien yhdistelmä poimii maailmasta tarkalleen ne tapaukset, joihin halutaan vaikuttaa – vaikkapa yksittäisen henkilön. Nämä yleiset normit koskevat huomiot perustuvat nimenomaan niiden logiikkaan. Näin normien logiikalla voi olla rooli normien ja normatiivisten järjestysten luonnetaan koskevissa tarkasteluissa, ja tätä kautta epäsuorasti myös konkreettisesti oikeudellisissa ja poliittisissa argumentaatioissa.⁷

Toisin kuin monet alan tutkijat, von Wright on jatkuvasti nähnyt perusongelmat nimenomaan filosofisina. Hän on johdonmukaisesti pyrkinyt liittämään työnsä normien ontologian kysymyksiin: *mitä (ja miten) normit oikeastaan ovat*. Normien ontologiassa näyttäisimme törmäävän seuraavaan ongelmaan:

- (N1) On luontevaa ajatella, että normatiivisessa argumentaatioissa käyttämämme päättelyt voidaan rekonstruoida loogisiksi päättelyiksi. Esimerkkejä tästä ovat normatiivinen subsumptio eli sovellutusalueeltaan rajatun normin päättelyminen yleisestä normista, ehdollisten normien soveltaminen, ja normatiivisten modaleettien keskinäisiä suhteita soveltavat argumentit, joihin viittasin yllä (esimerkiksi: jos *E* on pakollinen, niin ainakin

⁷ Lisää esimerkkejä normilogiikan käytöstä normien luonteen ja niitä koskevien teorioiden tarkastelussa tarjoavat von Wrightin *Norm and Action* ja Alchóurronin ja Bulyginin *Normative Systems*; omista vaatimattomista yritelmistäni tähän suuntaan ks. Lagerspetz (2001).

- yhden E:n saavuttamiseksi tarvittavista keinoista on oltava sallittu). Normeilla näyttäisi siis olevan oma logiikkansa.
- (N2) *Tosi ja epätosi* näyttävät yleensä rajaavan logiikan sovellutusaluetta. Eri-tyisesti ristiriidan ja loogisen seuraussuhteen käsitteet määritellään normaalisti totuuden ja epätotuuden käsitteiden avulla. On vaikea kuvitella logiikkaa, joka ei soveltaisi ainakin ristiriidan ja loogisen seuraussuhteen käsitteitä. Jos normeilla siis on logiikka, niiden pitäisi voida olla tosia tai epätosia. Mutta miten ja mistä väitteet muotoa ”Sinun pitää tehdä A” ilmaisisivat totuuden tai epätotuuden?
- (N3) Usein ajatellaan, että normatiivisia johtopäätöksiä ei voi johtaa pelkistä tosiasiaväittämistä (*olemisen ja pitämisen* jyrkkä erottelu eli Hume periaate). Ennen kaikkea, niitä ei voi johtaa ”tavallisista” empiiristä todellisuutta koskevista tosiasiaväittämistä tai puhtaasti loogisista väittämistä. Normien ilmaukset eivät siis koske ainakaan ”tavallista” todellisuutta.
- (N4) Ontologiamme kannalta on problemaattista olettaa mitään erillistä, ei-empiiristä ”pitämisen” aluetta, josta normatiiviset lauseet puhuisivat.
- (N5) Jos erillistä pitämisen aluetta tai normatiivisuuden muuttumatonta maailmaa ei ole, normien olemassaolo näyttäisi olevan kontingentti tosiasia. Mutta minkälainen tosiasia se on? Normien olemassaolo voi olla esimerkiksi
- (a) psykologinen tosiasia; normeja koskevat lauseet puhuvat ihmisen tunteuksista, uskomuksista ja reaktioista (*emotivismi*).
 - (b) Kielenkäyttöön liittyvä tosiasia. Normit ovat olemassa tietynlaisten kielellisten aktien, esim. käskemisen ja kieltämisen seurauksina (*preskriptivismi*).
 - (c) Sosiaalinen tosiasia. Normin olemassaolo merkitsee esim. sitä, että tietty yhteisö hyväksyy tietynlaiset vaatimukset, noudattaa niitä, edellyttää niitä noudatettaviksi ja käyttää niitä toisten toiminnan arvioinnin perustana.

Näitä näkemyksiä (a)–(c) kutsutaan usein *nonkognitivistisiksi*. Ne ovat ehkä yhdistettävissä keskenään. Mutta jos jokin (N5):n tulkinnoista (a)–(c) hyväksytään, *normit* eivät ole tosia tai epätosia. Normeista voidaan esittää tosia tai epätosia väitteitä – väitteitä, jotka koskevat tiettyjä kontingenteja tosi-seikkoja – mutta *normien ilmaukset* eivät ilmaise jotakin, mikä voisi olla totta tai epätotta. Tällöin olettamuksen (N3) paikkansapitävyys on ilmeinen. Se, että tosiasiaväitteistä ei voi johtaa mitään normatiivista, on silloin yhtä ilmeistä kuin että tosiasiaväitteistä ei voi johtaa kysymyksiä tai huudahduksia. Jos logiikan ala rajautuu totuuteen kuten (N2) väittää, erillistä normien logiikkaa ei voi olla; voi olla (enintään) normeja koskevien väitteiden eli *normipropositoiden* logiikka. Normipropositio voi olla esimerkiksi väite, että Suomen lain, tai vaikkapa roomalaisen oikeuden, mukaan tiettyssä asemassa olevan pitäisi tehdä tietty teko. Tällainen väite voi toki olla tosi tai epätosi aivan samassa mielessä kuin mikä tahansa väite. Siinä voidaan käyt-

tää normatiivisia ilmauksia, esimerkiksi ”oikeus”, ”velvollisuus”, ”pitää” tai ”on kielletty”, mutta se ei vastaa praktiseen kysymykseen: ”Mitä minun (tai a:n) pitää nyt tehdä?” Mutta jos ainoat normeihin liittyvät loogiset päättelyt koskevat tällaisia propositioita, tämä taas näyttää olevan ristiriidassa sen kanssa, että voimme esittää argumentteja, joiden johtopäätökset ovat aidosti normatiivisia (oletamus (N1)). (N1):n ja (N2):n nojalla normien ilmausten pitäisi siis voida ilmaista jotakin, mikä on totta tai epätotta. Mutta *mistä* ne ovat tosia tai epätosia? Joko oletamme erityisen ”normatiivisten totuuksien” sfäärin (*contra* (N4)) tai oletamme, että ”tavalliset” tosiasiat tai loogiset totuudet voivat olla normatiivisia (*contra* (N3)). Kumpikin tuntuu ongelmalliselta. Yllä esitetty ongelma on kuuluisan *Jörgensenin Dilemman* yleistetty versio – tavallisimmin se tiivistetään (N1):n ja (N5):n väliseksi vastakkainasetteluksi.

von Wrightin tärkeistä lähteistä ja taustavaikuttajista Kelsen hyväksyi *Puh-taassa oikeusopissaan* teesit (N1) ja (N3). Hän piti normatiivisia päättelyjä mahdollisina, ja kantilaisena korosti johdonmukaisesti olemisen ja pitämisen eroa. Koska Kelsenin tekemä olemisen ja pitämisen erottelu liittyy (toisin kuin empiristeillä ja skandinaavisilla realisteilla) pikemminkin Kantiin kuin Humeen, Kelsen näyttää ainakin toisinaan hyväksyvän erillisen pitämisen alueen. Toisaalta hän näyttää usein tukevan normien suhteen nonkognitivistista kantaa. Hän tekee useissa kirjoituksissaan jyrkän eron oikeusnormin (*Rechtsnorm*) ja normilauseen (*Rechtssatz*) välillä. Mutta Kelsenin normilauseet ovat perustavasti erilaisia kuin tavalliset tosiasiaväitteet. Ne koskevat ”pitämistä” (*Sollen*), ja tämä perustelee oikeustieteen ja empiiristä todellisuutta kuvaavien tieteiden välisen metodologisen eron. (N2):n, (N4):n ja (N5):n kohdalla hänen kantansa on näin usein tulkinnanvarainen. Viimeisessä, keskeneräiseksi jääneessä työssään Kelsen hylkää normilogiikan mahdollisuuden.

Loogisen empirismin ja sen vaikutuksesta syntyneen filosofisen logiikan ja kielifilosofian sisällä kannat ovat niin ikään vaihdelleet. Loogisten empiristien usko tieteelliseen ideaalikieleen ja empiiristen havaintojen perustavuuteen ajoi heidät sulkemaan normatiiviset ilmaukset deskriptiivisen kielenkäytön ulkopuolelle ja hyväksymään (a)-tulkinnan (A. J. Ayer) tai (b)-tulkinnan (*Hans Reichenbach*) teesistä (N5). Toisaalta mielenkiinto logiikkaa kohtaan motivoi yritykset laajentaa sen käyttöä myös normatiivisen argumentaation alueelle. *Skandinaavinen realismi* hyväksyi selkeästi (N3):n ja (N4):n, eli hylkäsi idean erillisestä pitämisen maailmasta. Tästä realistit päätyivät johonkin nonkognitivismiin (N5) versioon, ja erityisen normien logiikan hylkäämiseen.

Lopuksi, von Wrightin tärkeistä taustavaikuttajista *Wittgensteinin myöhäisvaiheen filosofia* ei näytä tarjoavan mitään selviä vastauksia normilogiikan ongelmiin. On kuitenkin ilmeistä, että Wittgenstein ei suhtautunut myöntämielisesti erillisen normatiivisen todellisuuden olemassaoloon. Korostaessaan sitä, miten säännöt kytkeytyvät kielellisiin ja sosiaalisiin käytäntöihimme, Wittgenstein näyttää asettavan epäilyksenalaiseksi (N3):n, eli olemisen ja pitämisen jyrkän erottelun. Toisaalta Wittgensteinistä vaikutteita saanut kielifilosofia kritisoi empiristien tyypillistä näkemystä, jonka mukaan kielen perustehtävä on väittäminen, ja muut ilmaukset kuin väitelauseet, ovat vailla merkitystä. Tämä kritiikki motivoi erilaisen kielenkäytön muotojen rationaalisten ehtojen tutkimisen.

von Wrightin keskeiset lähteet ja taustavaikuttajat näyttävät siis viittaavan eri suuntiin. Hänen omat kantansa tässä normilogiikan kannalta perustavassa kysymyksessä ovat vaihdelleet. Varhaisissa – ja joissakin myöhemmissäkin – töissään hän on katsonut deonttisen logiikan merkitsevän logiikan käsitteen laajentamista toden ja epätoden ulkopuolelle, eli olettamuksen (N2) hylkäämistä. Esipuheessaan teokseensa *Logical Studies* (1957) von Wright ilmaisee tämän seuraavasti:

”Deonttinen logiikka saa osan filosofisesta merkityksestään siitä tosiseikasta, että normit ja arvostukset, vaikka eivät kuulukaan totuuden valtakuntaan, ovat silti logiikan lakien alaisia. Tämä osoittaa, että logiikka, niin sanoaksemme, ulottuu laajemmalle kuin totuus.” [suomennos EL]

Huomaamme, että ajatus logiikan alueen laajentamisesta esiintyy niin von Wrightin normilogiikassa kuin hänen yllä tarkastellussa praktisen päättelyn teoriassaan (vrt. edellä). Tämä laajentaminen edellyttää tietysti vastausta siihen, mikä sitten astuu totuuden käsitteen paikalle ja mahdollistaa esimerkiksi loogisen seurauksen ja ristiriidan käsitteiden käytön⁸. Toisaalla (erityisesti OP) hän on katsonut, että erityistä normien tai normatiivisten arvostelmien logiikkaa ei ole. Deonttinen logiikka on normeja koskevien väitteiden eli normipropositioiden logiikkaa. Tällöin totuuden ongelmaa ei samassa mielessä synny. Tämä epävarmuus on ymmärrettävää useistakin syistä – todetta-

⁸ Esimerkiksi Soeteman (1989) ajattelee, että normatiiviset arvostelmat eivät ole tosia tai epätosia vaan valideja tai invalideja; Hector-Neri Castañedan (1975) mukaan taas ”praktiitiot” (imperatiivit ja intentiot) ovat legitiimejä tai illegitiimejä suhteessa johonkin tavoitteiden ja informaation kontekstiin. Molemmat olettavat näiden ominaisuuksien käyttäytyvän kuten totuus ja epätotuus.

koon, että monet muut merkittävät normiteoreetikot, mm. Kelsen, *Alchourrón* ja *Bulygin* (1971; 1981; 1989) – ovat myös vaihtaneet kantaansa. Nähdäkseni tämä epäröinti heijastaa sitä tosiasiaa, että kyseessä on aito ongelma, johon ei ole mitään itsestäänselvää ratkaisua. Mutta ongelmaa vaikeuttaa myös se, että länsimaisen filosofian eri ajattelutavat – voisimme jopa sanoa, erilaiset filosofiassa hyväksytyt rationaliteettistandardit – vetävät meitä eri suuntiin.

Kuten olemme huomanneet, von Wright hyväksyy olettamuksen (N5) preskriptivistisen tulkinnan (b) erään version. Normit liittyvät olennaisesti käskyihin, tai laajemmin, erityiseen preskriptiiviseen kielenkäyttöön, joka on selkeästi erotettava väitteiden esittämisestä. Tämä myötä hän hyväksyy olemisen ja pitämisen erottelun (N3) (ks. esim. OP, s. 134) ja hylkää (N4):n mukaisesti erityisen pitämisen maailman olemassaolon (OP, s. 131–2). Jäljempänä esitettävistä syistä pidän von Wrightin versiota käskyteoriasta josakin määrin ongelmallisena. Mutta on huomattava, että von Wrightin käskyteoria ei ole yllä esitetyn ongelman syy, eikä sen hylkääminen sinänsä auttaisi meitä eteenpäin. Vaikka hylkäisimme ajatuksen, jonka mukaan normatiiviset ilmaukset aina ilmaisevat käskyjä (jotka eivät ole tosia tai epätoisia), ei siitä seuraa, että voisimme ongelmattomasti olettaa niiden ilmaisevan jotakin, joka voisi olla totta tai epätotta. Minkälaisissa tehtävissä ilmauksia, tyyppiä ”jokaisen x :n pitää tehdä E ”, voi käyttää? Nähdäkseni on hyvä erottaa seuraavat käyttötavat. Ilmausta voidaan käyttää tietyissä olosuhteissa *normin asettamisessa*, esimerkiksi lainsäädännössä. Tällaiset tilanteet von Wrightin teoria (imperatiivinen teoria) hahmottaa käskyiksi. Sitä voidaan käyttää myös normia *sovellettaessa*, esimerkiksi perusteltaessa viranomaisen päätöstä. Edelleen, ilmaus voi sisältää *neuvon*, esimerkiksi juristin antaman neuvon asiakkaalleen. Normin alainen voi *perustella* sillä omaa toimintaansa tai *arvioida* jonkun muun toimintaa. Lopuksi, sitä voidaan käyttää *kuvattaessa* tai *tulkittaessa* jonkin normatiivisen järjestyksen, esimerkiksi Suomen oikeusjärjestyksen, sisältöä.

von Wright erottaa toisistaan normatiivisten ilmausten normatiivisen ja deskriptiivisen käytön. Hänen imperatiivinen näkemyksensä normeista tiivistää tämän erottelun vastakohtaksi käskemisen ja käskyjä koskevien väitteiden (normipropositioiden) välillä. Jos sanon jollekulle: ”Älä pysäköi tähän! Tämä on yleinen puisto!”, on kieliopillisesti totta, että esitän käskylauseen. Mutta von Wrightin ehdot käskemiselle eivät ole voimassa. En esitä käskyä oman auktoriteettini perusteella, vaan viittaan jo voimassa olevaan normiin. Koska käskeminen edellyttää von Wrightin mukaan ylemmyys- tai

auktoriteettisuhdetta, neuvominen, perustelu ja arviointi näyttäisivät palautuvan deskriptiiviseen kielenkäyttöön – niissähän ei tällaista suhdetta välttämättä ole. Tämä on jossakin määrin intuition vastaista. Neuvominen ja arviointi ovat normatiivisia tekoja olematta silti käskemistekoja. Neuvoessamme ja kritisoidessamme viittaamme meistä riippumatta voimassa oleviin normeihin, ja samalla sanomme, että kuulijoittemme *pitäisi* noudattaa niitä. *Arend Soetemanian* seuraten olisin taipuvainen puhumaan pikemminkin *normatiivisten arvostelmien* kuin normien tai käskyjen logiikasta. Lain soveltaminen, toisten toiminnan kritisointi oikeudellisin perustein, tai oikeudellisen neuvon antaminen sisältävät (tai ainakin voivat sisältää) normatiivisia arvostelmia siinä missä käskytkin. Toisin kuin normipropositiot, ne pyrkivät vastaamaan kysymykseen: ”Mitä *a:n* pitäisi tai olisi pitänyt tehdä?” Tämän hyväksyminen edellyttää nähdäkseni käskyteorian modifiointia tai jopa siitä luopumista – tästä jäljempänä. Tämä laajennus ei kuitenkaan helpota alkuperäistä ongelmaa: sovelluspäätökset, kritiikin ilmaukset ja neuvot voivat olla perusteltuja tai vähemmän perusteltuja, ja nämä perustelut näyttäisivät voivan olla (myös) loogisia argumentteja. Mutta voivatko sovelluspäätökset, neuvot tai kritiikin ilmaukset olla *tosia tai epätosia* sen enempää kuin normitkaan? Vaikka sijoittaisimme ongelmassa (N1)–(N5) ilmauksen ”normi” paikalle ilmauksen ”normatiivinen arvostelma”, perusongelma ei siitä muutu. Meidän ei nähdäkseni tarvitse tulkita imperatiivista teoriaa niin ahtaasti, että kaikki ilmausten, tyyppiä ”jokaisen *x:n* pitää tehdä *A*” tai ”sinun pitää tehdä *A*”, käytöt olisivat luokiteltavissa jännöksettömästi joko käskemisasihin tai normien kuvaamisiksi. Edelleen, vaikka suhtautuisimme skeptisesti normien formaalisen logiikan mahdollisuuksiin (ja on myönnettävä, että sitä vaivaavat monet sisäiset ongelmat) näyttää ilmeiseltä, että normatiivisten arvostelmien puolesta ja niitä vastaan voidaan esittää rationaalisia argumentteja. Tällöin yllä esitetty ongelma jää yhä ongelmaksi. Voimmeko puhua rationaalisesta argumentaatiosta olettamatta, että sen tavoitteena on totuuksien saavuttaminen (ja epätotuuksien hylkääminen)?

Käskyteoriaa arvioitaessa on huomattava, että logikon ja oikeustieteilijän näkökulmat voivat olla erilaiset. Tutkija, joka on kiinnostunut yleisestä preskriptiivisen kielenkäytön teoriasta, on taipuvainen korostamaan yleisten oikeusnormien ja yksittäisten käskyjen (”Alokas, puhdistakaa saappaanne!”) yhteisiä piirteitä. Oikeustieteilijä, joka on kiinnostunut lain erityispiirteistä, voi olla taipuvaisempi korostamaan niiden välisiä eroja. Mutta näissä voi olla kysymys vain näkökulmaeroista; riittävän yleisellä tasolla ne *voivat* olla kuvattavissa saman ilmiön erikoistapauksina.

Tahtoteorian kritiikki

von Wright on varsin johdonmukaisesti pyrkinyt etsimään vastausta normien ontologian ongelmaan kokonaisteoriastaan käsin. Loogisen ristiriidan käsitettä (vrt. (N2)) ei voi määritellä viittaamatta totuuteen tai epätotuuteen. Mutta voimme puhua ristiriidasta jossakin vähemmän tiukassa mielessä ”yhteen-sopimattomuutena”. Esimerkiksi lauseet ”haluan E:tä” ja ”haluan, että E ei toteudu” ovat eräässä mielessä ristiriitaisia, mutta ne voivat olla yhtäaikaa tosia. Ne voivat olla tosia kun eri henkilöt esittävät ne, mutta ne voivat olla tosia myös saman henkilön (samassa yhteydessä) esittäminä, koska voimme tahtoa ristiriitaisia asioita. Tässä mielessä ei voi olla tahdon (tai halujen) logiikkaa. Mutta *rationaalisten* halujen logiikka voi olla mahdollinen. Tällainen logiikka ei täytä aivan samoja tehtäviä kuin tavallinen logiikkamme. ”Tavallisessa” logiikassa, jos olemme päätyneet siihen vääjäämättömään vakaumukseen, että p on tosi, ja toisaalta tiedämme, että p :stä seuraa q , meidän on pääteltävä, että q on tosi. Mutta jos olemme päätyneet yhtä vääjäämättömään vakaumukseen, että joku henkilö haluaa E :tä, ja tiedämme E :stä seuraavan A :n, emme pysty tästä varmasti päättämään, että sama henkilö haluaa myös A :ta. Sillä tarkastelemamme henkilön tahto ei ehkä ole täysin rationaalinen. Tahdon logiikka olisi siis olennaisesti normatiivinen tutkimusalue. Sen avulla ei voisi päätellä, mitä joku tosiasiallisesti tahtoo, mutta kyläkin, mitä hänen *pitäisi* tahtoa ollakseen rationaalinen.

Tahtoteoriaa ja siihen liittyvää imperatiivista näkemystä lain luonteesta ovat kannattaneet monet oikeusfilosofit ja oikeusteoreetikot. Sen ensimmäiset versiot voidaan jäljittää myöhäiskeskiajalle, *Vilhelm Okkamilaiseen* ja *Marsilius Padovalaiseen*; sen myöhempiä suuria kannattajia ovat olleet mm. *Hobbes*, *Bentham* ja *Austin*. von Wright itse viittaa useassa kohdin Austiniin. Uskollisuus tälle traditiolle ei kuitenkaan ole keskeinen syy sille, että von Wright omaksuu tahtoteorian – joissakin suhteissa mainitut ajattelijat edustavat hänen yleiselle filosofiselle näkemykselleen täysin vastakkaisia kantoja. Kuten sanoin yllä, tahtoteorian merkitys on siinä, että se sopii von Wrightin yleiseen teleologiseen kuvaan käytännöllisen järjen luonteesta. Hän ajattelee, että käytännöllinen järkemme suuntautuu aina tavoitteisiin, ja viime kädessä niin tekniset, oikeudelliset kuin moraalisetkin normit perustuvat tavoite–keino-suhteisiin. Jokainen normi saa viimekätisen velvoittavuutensa jostakin tavoitteesta. Mutta tällöin täytyy olla joku, joka sitä tavoittelee. Näin von Wright haluaa palauttaa oikeusjärjestyksen siihen yleiseen malliin, jota hän havainnollistaa praktisilla päättelyillään: käytännöllinen toiminta on ta-

voitteiden asettamista ja niiden saavuttamiseksi välttämättömien keinojen etsimistä ja soveltamista. Sen perusmalli on (PP3). Jotta tämä teleologinen malli olisi sovellettavissa oikeuteen, tarvitaan tavoitteita asettava tahto.

Tämä tahtoteoria toimii samalla vastauksena nonkongnitivistisille normiteorioille (a)–(c). Normien sisältö on tahdonaktien määräämä, ja normien logiikka on rationaalisen tahdon logiikkaa. Normatiivisten väitteiden logiikka käsittelee konsistentteja eli ristiriidattomia normijärjestelmiä, mutta koska se, mitä lainsäätäjää on käskenyt, on kontingentti seikka, konsistenssivaatimus on *lainsäätäjän tahdon rationaalisuutta* koskeva vaatimus. Rationaalinen lainsäätäjää voi antaa vain käskyjä, jotka on loogisesti mahdollista toteuttaa. Monista muutoksista huolimatta tahtoteoria on perustava niin von Wrightin 60-luvun alun tärkeissä teoksissa (*Norm and Action; The Varieties of Goodness* [suom. *Hyvän muunnelmat*]) kuin hänen 80-luvulla ja 90-luvun alussa julkaistuissa artikkeleissaankin (erit. OP ja FNNS). Kysymys, jossa von Wrightin kanta näyttää vaihdelleen, on vain se, onko tätä logiikkaa pidettävä nimenomaan *normien* logiikkana vai pikemminkin normipropositioiden logiikkana. Viime kädessä hänen vastauksensa väitteiden (N1)–(N5) muodostamaan ongelmaan on pysynyt samana aina 50-luvulta alkaen: toisuus ja epätuus eivät rajaa logiikan sovellutusaluetta, eli oletamus (N2) on hylättävä tai ainakin sitä on kvalifioitava. Olettamuksista (N1) ja (N3)–(N5) hän on johdonmukaisesti pitänyt kiinni. Näin tahtoteorian hyväksymisen eräs perustelu on se, että se tarjoaa ratkaisun normien logiikan synnyttämälle ontologiselle ongelmalle. (Esimerkiksi *J. W. Harrisin* mukaan se on oikeastaan *ainoa* hyvä perustelu ”tahto”-abstraktion käytölle⁹.)

von Wright sanoo, aivan oikein, että tahtoteoria ei edellytä, että lainsäätäjää olisi fyysisesti identifioitavissa yhdeksi henkilöksi tai ryhmäksi, jolla on tahto sanan psykologisessa mielessä. Jotta näkemys olisi lainkaan realistinen, meidän on hyväksyttävä sekä se, että lainsäätäjien identiteetti muuttuu ajan myötä, kuin myös se, että ainakin modernissa oikeusjärjestyksessä on joukko fyysisesti ja institutionaalisesti erillisiä norminasettajia. Se, että vaalien jälkeen tehtäviinsä astuva parlamentti hahmotetaan samaksi lainsäätäjäksi kuin vaaleja edeltävä, ei ole sen enempää intuition vastaista kuin se, että vaalikauden aikana vaihtuvat parlamentaariset enemmistöt ilmaisevat

⁹ J. W. Harris (1979), s. 32–34. Harrisin teos on hyvä johdatus erilaisiin juridisiin normiteorioihin ja niiden kritiikkeihin. Tahtoteoriasta, katso *mt.* s. 25–34, ja erityisesti von Wrightin versioon liittyen, Alchourrón ja Bulygin (1989), s. 660–662; Alchourrón ja Martino (1999), s. 55–56.

kukin vuorollaan saman lainsäätäjän – toisinaan ristiriitaisen – tahdon. Tahtoteoria on normatiivisia järjestyksiä koskeva abstraktio, ja joissakin tapauksissa (esim. kansainvälisen oikeuden kohdalla) tämän abstraktion fiktiivinen luonne on ilmeinen. Tämä toimii samalla vastauksena tahtoteorian standardikritiikkeihin. Meidän ei tarvitse esimerkiksi olettaa, että kun hallitsija kuolee tai eduskunta vaihtuu, uusi lainsäätäjät ”implisiittisesti käskää”, että vanhat normit ovat voimassa, kuten Hobbes ja Austin olettivat. Meidän ei myöskään tarvitse olettaa, että kun lainsäätäjän tahto – eli normin sisältö – on epäselvä, sen sisällön selvittäminen edellyttäisi perehtymistä lain säätämiseen osallistuneiden psykologiaan varsinaisen tahdon selville saamiseksi. *Lainsäätäjän ja lainsäätäjän tahdon olemassaolo itsessään on normatiivinen, ei empiirinen seikka.*

Yllä sanottu merkitsee kahden mahdollisen reduktiivisen lähestymistavan kieltämistä. Ensinnäkin, toisin kuin Bentham, Austin ja jotkut realistisen koulukunnan jäsenet, von Wright ei nähdäkseni edellytä, että normien synty ja voimassaolo voitaisiin lopulta palauttaa johonkin ei-normatiiviseen, esimerkiksi käyttäytymisen säännönmukaisuuksiin tai tekojen rankaisemista koskeviin todennäköisyyksiin. Toiseksi, lainsäätäjän tavoitteita tai tahtoa ei voi palauttaa empiiristen yksilöiden psykologisiin tiloihin. Huomaamme, että tämä liittyy epäsuorasti myös yllä esitettyyn metodologisen individualismin ongelmaan. Moderneissa oikeusjärjestyksissä lainsäätäjät on kollektiivinen toimija. Kollektiivisen toimijan tavoitteista ja tahdosta puhuminen näyttää muodostavan potentiaalisen ongelman jokaiselle, joka lähtee siitä, että toiminnan selittämisen perusmalli on yksilön toiminnan selittäminen. ”Lainsäätäjän tahto” tulee ymmärrettäväksi, jos lähдемme siitä, että sen olemassaolo on institutionaalis-normatiivinen tosiasia, joka kyllä edellyttää empiirisiltä yksilöiltä tietynlaisia fyysisiä tekoja ja tahdonakteja, mutta ei ole palautettavissa niihin. ”Lainsäätäjän tahto” on, jos niin haluamme, fiktio, mutta ei mielivaltaisen fiktio. Sen mielekkyydellä on tietyt empiiriset ennakkoehtonsa.

Mutta vaikka tämä näkemys näyttää tarjoavan vastauksen joihinkin perinteisiin tahtoteoriaa kohtaan esitettyihin kritiikkeihin, se näyttää samalla tuottavan uuden ongelman. Ongelma koskee nimenomaan sitä von Wrightin ajatusta, jonka mukaan tahtoteoria perustelee normien logiikan mahdollisuuden. Lainsäätäjän tahdosta puhuminen on mielekästä – sikäli kuin se on – olennaisesti siitä syystä, että oletamme lainsäädäntöprosessin tuloksena syntyneen normien järjestelmän pääsääntöisesti täyttävän tietyt rationaalisuuden vaatimukset, kuten konsistenssin. Jos jokin vuosisatojen mittaan synty-

nyt normien joukko olisi täynnä ristiriitaisuuksia, emme sanoisi, että normiensäättäjän tahto on ristiriitainen. Sanoisimme, että tämän kyseisen normien joukon takaa ei ole hahmotettavissa mitään tahtoa, vain erillisiä tahtoja (tämä oli olennaisesti *Olivecronan* näkemys oikeusjärjestyksestä). Jos meillä esimerkiksi olisi kaksi kilpailevaa norminasettajaa, jotka jatkuvasti antaisivat keskenään ristiriitaisia käskyjä, vaikkapa kuningas ja parlamentti Englannin sisällissodassa, emme kysyisi, mikä on näiden kahden norminasettajan yhdessä muodostaman ”lainsäättäjän” tahto. Kysyisimme: kumpi on todellinen lainsäättäjä? Kumman tahtoa olisi noudatettava? Vaikka, kuten sanottu, modernissa oikeusjärjestyksessä tosiasiallisesti on useita norminasettajia, oletamme niiden väliset toimivaltasuhteet sillä tavoin harmonisoiduiksi, että tuloksena syntyvä normien kokonaisuus voidaan esittää yhden ”tahdon” tuloksena. Ja, kuten olen toisaalla esittänyt¹⁰, vasta ristiriidattomuusvaatimus yhdessä käskyteorian kanssa tuottaa teorian oikeusjärjestyksestä yhden tahdon tuloksena. Siitä, että oikeusnormit ovat käskyjä, seuraa, että jokaisen normin takana on joku, joka on sen käskenyt; siitä ei vielä seuraa, että olisi joku, joka olisi käskenyt jokaisen normin. Tämä seuraa vasta siitä vaatimuksesta, että samaan järjestykseen kuuluvien normien on oltava ristiriidattomia, tai että on joku, jonka tahto voi ratkaista jokaisen ristiriidan – näin esimerkiksi Hobbesilla. Toisin sanoen: *tahtoteorian mielekkyys seuraa konsistenssin vaatimuksesta. Tällöin konsistenssivaatimuksen perusteleminen tahtotulkinnasta käsin on ongelmallista*. Voimme sanoa, että kuninkaalla ja parlamentilla ei esimerkissämme ollut yhteistä tahtoa, koska heidän antamansa käskyt olivat systemaattisesti ristiriidassa. Mutta tällöin kahden eri ”tahdon” tuottamien normien välillä *voi* olla ristiriita. Juuri normien (riittävä) ristiriitaisuus oikeuttaa puheen tahdon puuttumisesta tai kahdesta kilpailevasta tahdosta. Tällöin normien ristiriita ei voi olla yhden ”tahdon” sisäistä irrationaalisuutta, kuten von Wright näyttäisi ajattelevan.

Nämä pohdinnat asettavat nähdäkseni tahtoteorialle tietyt rajat. *Hyvän muunnelmat* -teoksessa von Wright sanoo:

”Kutsun käskyjen antamista *normatiiviseksi toiminnaksi*. Normatiivisen teon tuloksena on määrätyn toimijoiden välisen normatiivisen suhteen astuminen olemassaoloon. Tätä taas kutsun normatiiviseksi suhteeksi tai norminalaisuussuhteeksi.” (s. 253–254.)

¹⁰ Ks. Lagerspetz (1995), luku 6.

Hän jatkaa: ”käskemisen mahdollisuus kytkeytyy olennaisesti mahdollisuuteen rangaista”. Epäilemättä normin antaminen määritelmällisesti luo uuden normatiivisen suhteen. Mutta yllä kuvatun tarkastelun valossa kaikki von Wrightin analyysin keskeiset elementit: lainsäätäjän olemassaolo ja yhtenäisyys lainsäätäjänä, mahdollisuus hahmottaa tietyt teot nimenomaan lainsäätäjän tahdon ilmauksina, jotka on suunnattu tietyille toimijoille ja joihin voidaan soveltaa esim. rationaalisuusvaatimuksia, ja normin noudattamatta jättämisestä seuraavien mahdollisten reaktioiden ymmärtäminen sanktioina, *jo edellyttävät tietynlaisten normatiivisten suhteitten olemassaoloa*. Jos olettaisimme, että *nämä* normatiiviset suhteet perustuisivat lainsäätäjän antamiin käskyihin, joutuisimme loputtomaan kehään. Emme liioin voi palauttaa niitä puhtaasti empiirisiin tosiasioihin (kuten esimerkiksi Austinin ”habit of obedience”). Joko meidän on palattava luonnonoikeudelliseen näkemykseen esipositivisen lain olemassaolosta – ratkaisu, jonka von Wright selvästi hylkää – tai sitten meidän on hyväksyttävä H. L. A. Hartin ja hänen oppilaittensa ajatus *normatiivisista käytännöistä* lain perustana. Mutta näitä käytäntöjä ei voi enää selvästi hahmottaa tahtoteorian avulla (voimmeko sanoa, että Eduskunnan tahto on laki, koska Eduskunnan tahto on, että sen tahto on laki?). Mutta jos kaikkia oikeusjärjestyksiin(kään) sisältyviä normeja ei voi analysoida tahtoteorian avulla, voiko tahtoteoria olla perustana *yleiselle* normatiivisten arvostelmien logikalle?

Tavoitteiden etiikka

Osana yleistä käytännöllisen järjen teleologista teoriaansa von Wright hyväksyy myös ajatuksen moraaliperiaatteiden teleologisesta perustelusta. Moraalinen käsky: ”Sinun (tai minun) on pidettävä *a*:lle antamasi lupaus tehdä *A*” näyttää seuraavan siitä seikasta, että olen antanut *a*:lle lupauksen tehdä *A*, ynnä yleisestä moraalisesta periaatteesta, jonka mukaan lupaukset on pidettävä. Voimme halutessamme taas hahmottaa eräänlaisen praktisen päätelmän. Mutta mihin perustuu yläpremissinä olevan periaatteen, ”lupaukset on pidettävä”, pätevyys? von Wright esittää kolme mahdollisuutta: joko se ei perustu mihinkään vaan liittyy emotioihin tai puhtaaseen valintaan (*nonkognitivismi*), tai sen sitovuus liittyy teon itsensä luonteeseen, joka tajutaan välittömästi (*deontologinen* näkemys), tai sitten se voidaan perustella yleisistä tavoitteista käsin. Yleisnäkemyksensä mukaisesti hän valitsee viimeksi mainitun vaihtoehdon. Näin eettiset tai moraaliset periaatteet voidaan

nekin perustella praktisilla argumenteilla tyyppiä (PP3). Esimerkiksi lupauksen pitämisen periaatteen velvoittavuus perustuu lopulta johonkin tavoitteeseen, jota tämän periaatteen yleinen noudattaminen palvelee. Praktiset päättelyt muotoa (PP3) ovat luonteeltaan *primäärejä*; ne asettavat jonkin primäärin velvoitteen, esimerkiksi ”lupaukset on pidettävä”. *Sekundääri* velvoite johdetaan primääristä; se on tavallaan ”tekninen” ja koskee velvoitteen täyttämistä. Esimerkiksi:

(PP4) (1) Velvollisuuteni on pitää lupaukseni

(2) Ellen tee A, en voi pitää lupaustani

Siis: (3) Minulla on velvollisuus tehdä A.

Tässä (3) ei ilmaise uutta velvollisuutta, vaan (1):stä ja (2):sta seuraavaa praktista välttämättömyyttä. Von Wright kommentoi itse:

”Tämän käsityksen mukaan teot, jotka tunnistamme velvollisuuksiimme, ovat tekoja jotka meidän *täytyy* tehdä – koska muuten jokin tavoitteemme jää saavuttamatta. (...) Sanomme sitä velvollisuudeksi vain silloin, kun tämä päämäärä on erikoislaatuinen – esimerkiksi silloin kun se liittyy jollakin lailla käsityksiimme hyvästä tai pahasta ja oikeudenmukaisuudesta. (...) Velvollisuuden täyttäminen sen itsensä vuoksi voi olla (subjektiivinen tai objektiivinen) praktinen välttämättömyys, mikäli tarkoitamme, että ihmisen on täytettävä johdannainen velvollisuutensa primäärin velvollisuuden täyttämisen vuoksi. Mutta primäärisen velvollisuuden täyttäminen voi olla praktinen velvollisuus ainoastaan silloin, kun ihmisen on tehtävä se velvollisuuden ulkopuolella olevan päämäärän vuoksi.” (P, s. 183.)

Näkemyks on sekä teleologinen – moraalinen toiminta liittyy tavoitteisiin – että humelainen. Kuten David Humen moraaliteoriassa, ja toisin kuin Kantilla, tavoite–keino-suhde soveltuu myös primääreihin, ei vain sekundääreihin velvollisuuksiin. Aitojen, primäärien velvollisuuksien tunnusmerkki ei ole, että ne tehdään niiden itsensä vuoksi. Moraalifilosofiaa harrastaneille nousee välittömästi kysymys: miten von Wrightin teoria eroaa utilitarismista (joka, kuten hän itse toteaa, on eräs teleologisen etiikan versio) ja, sikäli kuin se eroaa, miten se selviytyy utilitarismiin suunnatuista kritiikeistä?

Yritän lopuksi antaa osittaisen vastauksen näihin kysymyksiin. Asian selvittämiseksi on hyvä muistuttaa mieleen, mikä utilitarismiksi kutsutussa teleologisen etiikan versiossa on erityistä ja tyypillistä. Utilitarismi on (eräs mahdollinen) *monistinen* teoria hyvän luonteesta. Sen mukaan on vain yksi hyvän muoto, ihmisten tai laajemmin, tuntevien olentojen koettu, *subjektiivinen* hyvinvointi. Utilitarismi on myös *maksimoiva* teoria: paras toiminta-

vaihtoehto on se, joka maksimoi annetussa tilanteessa subjektiivisen hyvinvoinnin kokonaismäärän. Näistä syistä se on myös (eräässä mielessä) ristiriidaton: se ei salli mahdollisuutta, että jossakin tilanteessa ei olisi eettisesti parasta vaihtoehtoa (tai keskenään yhtä hyvien parhaiden toimintavaihtoehtojen joukkoa). Utilitarismi kykenee periaatteessa tarjoamaan vastauksen jokaiseen käytännölliseen eettiseen ongelmaan. Jokaisessa tilanteessa on utilitarismin mukaan olemassa toimintavaihtoehto, joka maksimoi hyvän.

Yksi perinteinen tällaista teoriaa vastaan suunnattu kritiikki on seuraava. Utilitarismi on jyrkässä ristiriidassa arkimoraalimme kanssa, koska sen mukaan moraaliperiaatteilla, kuten ”pidä lupauksesi” tai ”suojele luontoa”, ei ole mitään itsenäistä normatiivista voimaa. Utilitaristille ne ovat vain peukalosääntöjä tai teknisiä normeja, periaatteessa samanlaisia kuin ”näytä suuntavilkku kaistaa vaihtaessasi” tai ”lajittele jätteesi”. Kumpiakin tulee utilitaristin mukaan noudattaa vain sikäli kuin niiden noudattaminen maksimoi hyvän. Arkikäsitksemme mukaan moraalisten vaatimusten ja teknisten normien tai peukalosääntöjen välillä on ero. Myös jälkimmäisten noudattaminen voi usein olla perusteltua nimenomaan moraalista syistä, esim. juuri siksi, että niiden noudattamisella on usein subjektiivisen hyvinvoinnin kannalta parempia seurauksia. Kuitenkin intuitiomme sanoo, että jälkimmäisillä ei ole itsenäistä moraalista voimaa. Emme ehkä pidä välttämättömänä näyttää suuntavilkkuä typötyhjällä tiellä, emmekä varmasti ryhdy hankaliin ponnistuksiin jätteittemme lajittelemiseksi, jos tiedämme, että jätehuolto-yhtiö ei kuitenkaan pidä niitä erillään, vaan vaivalla lajittelemamme jätteet lopulta päätyvät sekaisin samalle kaatopaikalle. Sen sijaan lupausten pitäminen ja luonnon suojeleminen tuntuvat aidosti moraalisilta vaatimuksilta. Tästä ei tietenkään seuraa, että meidän olisi pakko pitää niistä kiinni missä tahansa tilanteessa. Mutta niillä tuntuu olevan itsenäistä voimaa, jota pelkillä teknisillä ohjeilla ei ole. Utilitaristin näkökulmasta tällaista eroa ei ole, koska lupausten pitäminen ja luonnon suojeleminen ovat vain välineitä viimekätisen hyvän – koetun hyvinvoinnin maksimoinnin – saavuttamiseksi, kuten jätteiden lajittelu voi olla väline luonnon suojelemiseksi.

Joskus tämä on ilmaistu sanomalla, että utilitaristi ei lainkaan hyväksy moraalisia sääntöjä tai periaatteita. Esimerkiksi *H. A. Prichard* piti tätä kritiikkiä ratkaisevana:

”On myönnettävä, että jokainen teleologinen velvollisuuden teoria voidaan hylätä, jopa yksityiskohtia tarkastelematta, sillä perusteella, että esittää moraalisen ’pitämisen’ ikään kuin se olisi ei-moraalista ’pitämistä’, eikä siis lainkaan ole teoria moraalista velvollisuudesta.” (s. 119.)

Sanottu ei kuitenkaan ole tarkasti ottaen totta. Utilitaristikin hyväksyy yhden, absoluuttisen, kaikissa oloissa pätevän aidon moraalisäännön: *subjektiivisen hyvinvoinnin maksimoinnin periaatteen itsensä*. Se ei ole peukalo-sääntö, jota voisi jättää noudattamatta. Juuri tästä tietysti seuraa kaikkien muiden sääntöjen alisteinen asema. Kuten sanoin, tämä on intuitioittemme vastaista. Monissa eettisissä näkemyksissä voi olla mukana jokin hyvinvoinnin maksimoinnin periaatetta muistuttava elementti, esimerkiksi periaate, jonka mukaan meidän on yleensä pyrittävä tekemään kanssaihmisillemme hyvää ja vähentämään heidän kärsimyksiään. Mutta utilitarismin erityinen piirre on, että tämä (käytännössä usein hyvin epämääräisen toimintaohjeen antava) periaate nähdään ainoana.

Sanoessaan, että (PP4)-tyyppisten päättelyiden johtopäätökset ilmaisevat teknisiä tai praktisia välttämättömyyksiä, jotka on lopulta palautettava yleisiin tavoitteisiin, von Wright näyttää sanovan jotakin saman tapaista kuin utilitaristit. Mutta vaikka von Wrightin näkemys etiikasta on teleologinen, ei ole mitään syytä olettaa, että se olisi sen enempää monistinen kuin maksimoivakaan. Minusta näyttää, että hän on valmis hyväksymään esimerkiksi hyvinvoinnin arvon ja luonnon arvon toisistaan käsitteellisesti riippumattomina hyvän muotoina. Jos eettinen näkemyksemme on teleologinen mutta *pluralistinen*, se sallii sen, että meillä on useita moraalisesti päteviä viimekätisiä periaatteita, jotka kukin suuntautuvat erilaisiin hyviin. Ne eivät voi olla absoluuttisia sillä tavoin kuin utilitarismin periaate: esimerkiksi ihmisen hyvä ja luonnon suojelu voivat olla tavoitteina joskus ristiriidassa keskenään. Tällöin emme voi olettaa, että olisi jokin ”superhyvä”, johon molemmat lopulta palautuisivat. On mahdollista, että kaksi aidosti moraalista vaatimusta kerta kaikkiaan on ristiriidassa, jolloin niiden välinen konflikti on perusluonteeltaan traaginen. Tällöin oikeaa toimintatapaa ei ole. Mutta on myös mahdollista, että kaikkiin moraalisiin ristiriitoihin on olemassa jokin rationaalinen ratkaisu, vaikka hyvinvoinnin maksimoinnin kaltaista yleistä ”moraalista ratkaisumenetelmää” ei olekaan tarjolla.

Tämä viimeksi mainittu huomio on tärkeä, koska teleologisten moraalinäkemysten kannattajat ovat usein päätyneet monismiin siksi, että he ovat oletaneet pluralismin johtavan ratkaisemattomiin ristiriitoihin. Esimerkiksi *J. S. Mill* perustelee teoksessaan *A System of Logic* utilitaristisen monismin seuraavasti:

”Täytyy olla olemassa jokin standardi joka määrää tavoitteiden tai halujen kohteiden hyvyyden ja huonouden, absoluuttisen tai suhteellisen. Ja mikä tämä standardi onkin, niitä voi olla vain yksi; sillä jos olisi useita viimekätisiä

toiminnan perusteita, sama toiminta voisi olla yhden periaatteen hyväksymä ja toisen tuomitsema, ja tarvittaisiin jokin yleisempi periaate erotuomariksi niiden välille.”¹¹

Millin argumentti perustuu kuitenkin loogiseen virheeseen: siitä, että jokainen toiminnan perusteiden välinen konflikti täytyy voida ratkaista jollakin tavalla, ei seuraa, että on olemassa jokin periaate, joka ratkaisee kaikki konfliktit¹². Esimerkiksi ihmisten hyvinvointi, luonnon suojeleminen ja oikeudenmukaisuuden toteuttaminen ovat kaikki mahdollisia eettisiä tavoitteita. Ne voivat joissakin tilanteissa johtaa käytännössä yhteensopimattomiin vaatimuksiin. Jos argumentoimme, että jokin tavoite on konfliktitilanteissa toista painavampi, meidän ei silti tarvitse olettaa, että olisi jokin sellainen tavoite, johon kaikki muut tavoitteet voitaisiin lopulta palauttaa.

Jos, kuten minusta näyttää, von Wrightin teleologinen teoria on luonteeltaan pluralistinen, se merkitsee, että vaikka osa arkimoraalimme säännöistä on edelleen luonteeltaan teknisiä, osalla niistä voi olla myös itsenäinen moraalinen asema. Ne liittyvät moniin erilaisiin ”erityisiin” tavoitteisiin, joita voimme luonnehtia moraaliseksi tai eettiseksi. Tämä tuntuu itse asiassa luonteelta. Vaikka jollekulle jätteen lajittelua edellyttävä normi voi näyttäytyä ehdottomana moraalivaatimuksena, useimmat meistä luultavasti mieltävät sen normina, jonka perustaa tai oikeutusta on mielekästä kysyä. Voimme antaa tällaisen oikeutuksen esittämällä praktisen päättelyn, esimerkiksi: tavoitteemme on suojella luontoa, eräs tapa suojella luontoa on vähentää kaatopaikkojen kuormitusta, kaatopaikkojen kuormitusta voidaan vähentää lajittelemalla jätteet, siispää jätteet *pitää* lajitella. Kaksi keskeisimmistä väitettä ilmaisevat kausaalistyyppisiä yhteyksiä; ne voivat eri tilanteissa olla tosia tai epätosia. Yläpremissi, jonka mukaan luontoa on suojeltava, ja siitä seuraava yleinen normi ”Suojele luontoa!” ovat aidosti eettisiä tai moraalisia. Niistäkin voidaan rationaalisesti keskustella, mutta emme ajattele, että ne omak-

¹¹ Mill (1884), 6. kirja, luku 12, kappale 7.

¹² Analogisesti: siitä, että jokainen oikeusjärjestykseen kuuluva normi täytyy voida johtaa jostakin pätevyysperustasta, esimerkiksi viranomaisen päätöksestä tai yleimmästä normista, ei seuraa, että on olemassa yksi perusnormi tai yksi suvereeni, josta kaikki normit voidaan johtaa. Kyseessä on sama kvantoreita (ilmauksia ’jokainen’, ’jokin’, ’kaikki’, ’mihään’) koskeva looginen virhepäätelmä kuin Millin argumentissa. On kiinnostavaa, että samantapainen ajatuskulku näyttää olevan useiden – länsimaaisessa filosofiassa tyypillisten – monististen konstruktioiden taustalla. Esimerkiksi siitä, että jokaisella olion olemassaololla täytyy olla syynsä, on päädytty teologiseen monismiin: täytyy olla olemassa Yksi, joka on kaikkien olioiden olemassaolon syy.

suttaisiin, koska ne voisivat olla välineellisessä suhteessa johonkin ylemmään hyvään. Tämä aitojen (ei-johdettujen) moraaliperiaatteiden moninaisuus johtaa uskottavamman tuntuieseen näkemykseen moraalista kuin utilitarismi, vaikka teleologinen viitekehys säilyykin yhteisenä.

von Wrightin näkemyksen voidaan tässä suhteessa sanoa asettuvan utilitarismin ja Kantin ”väliin”. Kuten utilitaristit, hän korostaa moraalisten(kin) periaatteiden riippuvuutta tavoitteista. Kuten Kant, hän korostaa inhimillisen toiminnan ja kausaalisen luonnontapahtumisen välistä eroa, ja sitä eroa, joka vallitsee toimijan ja tarkkailijan näkökulmien välillä. Se Kantin ajattelun aspekti, jonka von Wright yksiselitteisesti hylkää, on ajatus siitä, että velvollisuus itsessään motivoisi toimintaan. Tästä ei kuitenkaan seuraa, ettei järjellä olisi mitään roolia moraalisisessä toiminnassa.

Kirjallisuus:

Tässä artikkelissa käytetyt G. H. von Wrightin julkaisut

Monet von Wrightin tärkeistä teksteistä on käännetty myös suomeksi. Tällöin olen käyttänyt rinnan suomen- ja englanninkielisiä versioita, mutta lähdeluettelo sisältää vain suomenkieliset versiot, koska ne luultavasti ovat helpommin lukijoiden saatavissa. Tärkeimpiin lähteisiin on tekstissä viitattu kirjainlyhenteillä.

G. H. von Wright, *Logical Studies*. Routledge & Kegan Paul: London 1957.

- *Norm and Action*. Routledge & Kegan Paul: London 1963. [= NA]
- *Hyvän muunnelmat*. Suom. Vesa Oittinen. Helsinki 2001. [= HM] Alkuteos: *The Varieties of Goodness* (1963).
- *Tieteen filosofian kaksi perinnettä*. Helsingin yliopiston filosofian laitoksen julkaisuja 1970. [= TFKP]
- *Explanation and Understanding*. Cornell University Press: Ithaca 1971. [= EU]
- ”Lupauksista”, teoksessa T. Nyberg (toim.), *Ajatus ja analyysi*. Porvoo 1977, s. 190–210.
- ”Praktinen päättely”, teoksessa T. Nyberg (toim.), *Ajatus ja analyysi*. Porvoo 1977, s. 167–189. [= P]
- *Practical Reason*. Vol. 1. Blackwell: Oxford 1983.
- ”The Foundation of Norms and Normative Statements”, teoksessa *Practical Reason*. Vol. 1., s. 67–82. [= FNNS]
- *Filosofisia tutkielmia*. Suom. Heikki Nyman, Tauno Nyberg ja Jyrki Uusitalo. Helsinki 1985.
- ””On” ja ”pitäisi””, teoksessa *Filosofisia tutkielmia*, s. 124–151. [= OP]
- *Six Essays in Philosophical Logic*. Acta Philosophica Fennica 60. Helsinki 1996.
- ”Is there a Logic of Norms?”, teoksessa *Six Essays in Philosophical Logic*, s. 35–53.
- ”Deontic Logic: A Personal View”, *Ratio Juris* 12. 1999, s. 26–38.

Muu kirjallisuus

- Alchourrón, Carlos E. ja Bulygin, Eugenio (1971), *Normative Systems*. Springer: Wien.
- Alchourrón, Carlos E. ja Bulygin, Eugenio (1981), "The Expressive Conception of Norms", teoksessa R. Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*. Reidel: Dordrecht, s. 95–124.
- Alchourrón, Carlos E. ja Bulygin, Eugenio (1989), "von Wright on Deontic Logic and the Philosophy of Law", teoksessa P. A. Schilpp and L. E. Hahn (eds.), *The Philosophy of Georg Henrik von Wright*. Open Court Publishing Company: La Salle, Ill.
- Alchourrón, Carlos ja Martino, Antonio (1990), "Logic Without Truth", *Ratio Juris* 3, s. 46–67.
- Black, Max (1978), "Some Questions about Practical Reasoning", *Dialectica* 32, s. 102–114.
- Bulygin, Eugenio (1982), "Norms, Normative Propositions and Legal Statements", teoksessa G. Flöistad (ed.), *Contemporary Philosophy. A New Survey. Vol. III: Philosophy of Action*. Nijhoff: Haag, s. 127–152.
- Castañeda, Hector-Neri (1975), *Thinking and Doing*. Reidel: Dordrecht.
- Harris, J. W. (1979), *Law and Legal Science*. Clarendon Press: Oxford.
- Hayek, F.A. (1982), *Law, Legislation and Liberty*. Vols. I–III. Routledge & Kegan Paul: London.
- Kelsen, Hans (1968), *Puhdas oikeusoppi*. Suom. Olli Nikkola. Porvoo. Alkuteos: *Reine Rechtslehre* (1960).
- Lagerspetz, Eerik (1980), *Praktinen päättely ja praktinen logiikka*. Turku.
- Lagerspetz, Eerik (1995), *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*. Kluwer Academic Publishers: Amsterdam.
- Lagerspetz, Eerik (2001), "Obligations, Sanctions, and Coercion", teoksessa P. Chiassoni (ed.), *The Legal Ought. Analisi e diritto* 50, s. 117–139.
- Prichard, H. A. (1968), *Moral Obligation*. Oxford University Press: Oxford.
- Ross, sir David (1939), *Foundations of Ethics*. Clarendon Press: Oxford.
- Soeteman, Arend (1989), *Logic in Law*. Kluwer: Dordrecht.
- Stenius, Erik (1977), "Modus ja kielipeli". Teoksessa T. Nyberg (toim.), *Ajatus ja analyysi*. Porvoo, s. 121–144.
- Mill, J. S. (1884), *A System of Logic*. Harper & Brothers: New York.
- Tuomela, Raimo (1984), *A Theory of Social Action*. Reidel: Dordrecht.
- Weinberger, Ota (1998), *Alternative Action Theory. Simultaneously a critique of Georg Henrik von Wright's practical philosophy*. Kluwer: Dordrecht.

Kaarlo Tuori

Kaarle Makkonen ja suomalainen hallinto-oikeus

Käsitelainopin valtakausi

Jos suomalaisesta julkisoikeustieteestä pitäisi osoittaa kaksi vaikutusvaltaisinta kirjoitusta, eräs perusteltavissa oleva ehdotus olisi seuraava: *Robert F. Hermansonin* ”Om juridisk konstruktion i statsrätten”, joka ilmestyi JFT:ssä 1878–1879, sekä *Kaarle Makkosen* ”Toimivalta”, joka ilmestyi Lakimieslehdessä vuonna 1964. Hermanson introdusoi artikkelillaan Suomeen saksalaisen myöhäisperustuslaillisen koulukunnan konstruktiivisen, joku sanoisi käsitelainopillisen, metodin. Makkonen taas välitti kirjoituksellaan analyyttisen vallankumouksen julkisoikeudelliseen tutkimukseen. Analyytikkojen kritiikin kärki puolestaan suuntautui juuri käsitelainoppiin, siihen suuntaukseen, jonka Hermanson oli esitellyt suomalaiselle lukijakunnalle. Hermansonin kahdessa osassa ilmestynyt artikkeli oli laaja, satakunta sivua, kun taas Makkonen tarvitsi toimivalta-käsitteen analyysiinsä sivuja vain seitsemän.

Hermansonin esittelemä uusi suuntaus, jonka edustajista hän erityisesti mainitsee *Carl Friedrich von Gerberin* ja *Paul Labandin*, oli hänen mukaansa tuonut valtio-oikeustieteeseen yksityisoikeudessa jo aikaisemmin omaksumun ”tiukan juridisen tarkastelutavan”. Väitöskirjatutkimuksensa esipuheessa Hermanson (Hermanson 1884, ei sivunumeroa) luonnehti tätä tarkastelutapaa seuraavasti:

”Hvad ifrågavarande riktning vill och menar är i sjelfva verket ej annat än att statsrätten, liksom hvarje annan till lagfarenheten hörande disciplin, skall hafva till uppgift utläggning af gällande lag; att denna uppgift ej kan fullföljas anorlunda än genom användande af riktiga begrepp; att man därför måste känna betydelsen af de begrepp hvilka man använder; att de enkla begrepp med hvilka man i statsrätten opererar förekomma äfven på andra delar af rättsvetenskapens gebit, om ock i andra sammansättningar; samt att man, om man träffat de riktiga begreppen, skall kunna vara i stånd att klart inse hvad är enligt med lag äfven der uttryckligt stadgande saknas.”

Luonnehdinta ilmentää valtio-oikeustieteen käsitelainopillisessa mullistuksessa niitä kahta puolta, joita Hermanson artikkelissaan kutsui negatiiviseksi ja positiiviseksi. Negatiivinen puoli tarkoitti tutkimuskohteen puhdistamista ei-oikeudellisista aineksista; valtio-oikeustiede ei tämän mukaan ollut tiedettä valtiosta yleensä vaan ainoastaan yhdestä sen aspektista. Positiivisessa puolessa oli taas kyse konstruktiiivisesta metodista: oikeuslauseista muodostettiin ikään kuin induktiivisesti oikeudellisia käsitteitä, ja näistä käsitteistä taas voitiin deduktiivisesti johtaa uusia oikeuslauseita (Hermanson 1878, s. 2–3). Tätä metodia Paul Laband (1888, s. XI) kuvasi klassiseksi muodostuneella tavalla muutama vuosi Hermansonin artikkelin jälkeen julkaisemansa *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* -teoksen esipuheessa seuraavasti:

”Die wissenschaftliche Aufgabe der Dogmatik eines bestimmten positiven Rechts liegt ... in der Konstruktion der Rechtsinstitute, in der Zurückführung der einzelnen Rechtssätze auf allgemeinere Begriffe und andererseits in der Herleitung der aus diesen Begriffen sich ergebenden Folgerungen ... Zur Lösung dieser Aufgabe gibt es kein anderes Mittel als die Logik.”

Hermansonin esittelemästä lakipositivistisesta suuntauksesta tuli suomalaisen julkisoikeuden hallitseva paradigma vuosikymmeniksi. Sen lähtökohdat omaksuttiin tavallaan itsestään selvyyksinä siten, että esimerkiksi sellaiset suomalaisen hallinto-oikeuden systematisoinnin ja yleisten oppien kehittelyn kannalta keskeiset henkilöt kuin *K. J. Ståhlberg* tai *V. Merikoski* eivät tunteneet tarvetta reflektoida tai eksplikoida niitä tutkimuksissaan tai oppikirjoissaan. Nuori Ståhlberg, joka oli 1890-luvun alkupuolella valmistelemassa väitöskirjaansa Berliinissä, oli kuitenkin hyvin tietoinen uudesta metodisesta suuntauksesta. Hän kertoo kirjeessään Hedda-morsiamelleen, miten metodinen suuntaus Saksassa oli muuttunut ja pääasiaksi oli tullut ”olevain oikeusmääräysten selittäminen, saattaminen oikeuskäsitteitä niistä selville ja niistä lähtevien johtopäätösten tekeminen”. Hän toteaa hieman kaihoisasti, että vanhalla metodilla ”olisin saanut hauskan kirjan, mutta nyt pitää heittää tuo puheena oleva puoli kokonaan pois, mikäli se ei ole tarpeellinen irtolaisoikeuden, lain käsittämiseen”. (Blomstedt 1969, s. 52–53.) – Julkisoikeudellisen tutkimuksen metodisesta vaitonaisuudesta on poikkeuksiaakin. Niinpä *Rafael Erich* (1924, s. 141–147) ja *Urho Kekkonen* (1936, s. 20–50) ovat varsin seikkaperäisesti ja asiantuntevasti esitelleet erityisesti *Georg Jellinekin* käsityksiä valtion oikeushenkilöllisyydestä ja valtio-orgaaneista (ks. Jellinek 1914, s. 418 ss. ja s. 544 ss.).

Saksassa käsitelainopillisen positivismin valtakausi valtio-oikeudessa päättyi jo Weimarin tasavallassa. Positivismi ajautui puolustusasemiin materiaalisiksi luonnehdittavien doktriinien edessä: sitä syytettiin yhtäältä arvorelativismista tai jopa -nihilismistä sekä yhteiskunnallis-poliittisen todellisuuden syrjäyttämisestä. Uuden suuntauksen etulinjassa olivat sellaiset hahmot kuin *Carl Schmitt*, *Rudolf Smend* ja *Hermann Heller*. Kiinnostavaa on, että Saksan tilanteeseen yleensä herkästi reagoanut suomalainen tutkimus ei uusista lähestymistavoista innostunut. Yksinäisenä poikkeuksena käsitelainopillis-positivistisesta valtavirtauksesta oli *Paavo Kastari*, joka jo vuonna 1940 ilmestyneessä väitöskirjassaan painotti tosiasiallisen valtiokäytännön merkitystä valtiosääntöoikeudellisessa tutkimuksessa. Mutta kuvaavaa on, että vastaväittäjä *Kaarlo Kairan* ankarin kritiikki suuntautui juuri tähän puoleen Kastarin väitöskirjassa (Kaira 1941).

Sytä siihen, miksi käsitelainopillisen positivismin lähtökohdat juurtuivat niin syvälle suomalaiseen julkisoikeudelliseen tutkimukseen, voi vain arvailla. Legalismi-teesiin on aihetta suhtautua kriittisesti. Silti minusta on selvää, että legalististen tunnusten alla käydyllä autonomia-taistelulla, jossa valtio-oikeuden tutkijat olivat eturintamassa, on tässä ollut tärkeä merkitys.

Analyttiset lähtökohdat

Kaarle Makkosen dogmaattinen kotipaikka oli hallinto-oikeudessa, ja hänen kahdesta monografiastaan toinen, *Kunnallinen säädösvalta* (1968), on luonteeltaan hallinto-oikeudellista lainoppia. Siinä Makkonen pyrki osoittamaan, että oikeusteoreettiset lähtökohdat, joita hän esitteli artikkeleissaan ja sitten väitöskirjassaan *Zur Problematik der juristischen Entscheidung* (1965, suomeksi 1981) olivat sovellettavissa myös hallinto-oikeudellisessa tutkimuksessa. Väitöskirjaankin sisältyi lyhyehkö jakso, jossa eriteltiin hallinnollista ratkaisutoimintaa.

Käsitelainopillinen metodi oli 1800-luvun Saksassa alkuaan kehitelty yksityisoikeuden puolella. Kun Hermanson (1879, s. 488–489) esitteli uuden metodin negatiivista puolta, tutkimuskohteen puhdistamista ei-oikeudellisista aineksista, hän turvautuikin yksityisoikeudelliseen esimerkkiin:

”Redan den ytligaste bekantskapen med henne (privaträttslig forskning – KT) ger vid handen, att hon aldrig spörjer efter grunden till rättsinstitutet i den mening, att hon skulle fråga om ett sådant öfverhufvudt är berättigadt eller hvad det är, som gifver detsamma sitt berättigande ... Sålunda spörjer privat-

rätten t.ex. icke efter grunden till eganderätten, hvad det är som rättfärdigar enskild eganderätt, eller hvilka sätt att förvärfa eganderätt som böra anses för berättigade ... ”

Saksassa niin von Gerber kuin Labandkin olivat aloittaneet uransa sivilisteinä, ja uuden valtio-oikeudellisen doktriinin peruskäsitteet – kuten valtion oikeushenkilöllisyys – oli konstruoitu siviilioikeudellisten esikuvien mukaisesti. Laband tunnusti avoimesti valtio-oikeuden kiitollisuudenvelan siviilioikeudelle. Esipuheessaan teokseensa *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* (Laband 1888, s. VII) hän vastasi arvostelijoille, jotka olivat moittineet häntä yksityisoikeudellisten käsitteiden soveltamisesta. Hänen mukaansa kyseisten käsitteiden käyttäminen valtio-oikeudellisessa tutkimuksessa on oikeutettua siksi, että ne eivät ole olemukseltaan erityisesti yksityisoikeudellisia vaan yleisiä oikeuskäsitteitä. Yksityisoikeudellinen tutkimus on saavuttanut muihin oikeudenaloihin nähden niin merkittävän etumatkan, että ”die letzteren nicht zu scheuen brauchen bei ihrer reiferen Schwester zu lernen”. Ne, jotka ovat moittineet häntä yksityisoikeudellisen metodin soveltamisesta, puoltavatkin usein luopumista valtio-oikeuden juridisesta tarkastelusta ja ovat taipuvaisia korvaamaan oikeuskäsitteet filosofisella tai poliittisella näkökulmalla. Laband olisikin voinut yhtyä *Evgenij Paschukaniksen* toteamukseen, jonka mukaan juridinen logiikka on sivistin logiikkaa (Paschukanis 1969, s. 71).

Myös analyttinen kumous, joka suisti käsitelainopillisen metodin valtaistuimeltaan, alkoi esimerkiksi Suomessa siviilioikeudesta. Ennen muuta on syytä mainita *Simo Zittingin* 1950-luvun alussa julkaisemat työt (Zitting 1951 ja 1952). Artikkelissaan ”Ajatuksia juridisen kielen loogisesta analyysistä” Makkonen (1959, s. 60–61) esittelee Zittingin perinteisen omistusoikeus-käsitteen kritiikkiä ja tämän analyysia omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista. Zittingiin viitaten hän toteaa, että traditionaalisessa oikeustieteessä omistusoikeus-termin ”merkityssisältö on jäänyt varsin hämäräksi” ja että ”yhdenmukaisesti monien muiden käsitekonstruktioiden kanssa on koetettu selvittää omistusoikeuden ’olemusta’”. Tällöin ”se on käsitetty eräänlaisena valmiiksi annettuna, irrationaalisena substanssina, kaikkien esineoikeuksien perustana”. Zittingin mukaan ”kun oikeutettuna oleminen on suhteissa olemista, ei oikeusaseman eri momenteista saada täsmällistä kuvaa muuten kuin tarkastelemalla niitä eri korrelaatiosuhteiden pohjalla”. Zittingin tutkimuksessa ”’omistusoikeus’ merkitsee ... määrätyn henkilön lakiperusteista oikeusasemaa”, ja ”käsite ... määrää tietyn monipaikkaisen sosiaalisen relaation alueen”. Siten ”on löysästi käytetylle arkikielen termille an-

nettu täsmällinen ja arvovapaa merkityssisältö, jolloin enemmän tai vähemmän sumeasta ontologisesta substanssista on tullut kylmän puhdas tieteelle kelvollinen käsite, tai niin kuin jossain on sattuvasti sanottu, suhdeverkon silmukoista ovat kvaliteetit rapisseet pois”!

Zitting edustaa suomalaisen analyyttisen oikeustieteen ensimmäistä vaihetta, kun taas Makkonen avasi vuonna 1959 julkaisemallaan artikkelilla toisen kehitysvaiheen. Makkosen ajatteluun jäi kuitenkin pysyvästi, kenties eniten *Osvi Lahtisen* (erit. Lahtinen 1949 ja 1951) vaikutuksesta, piirteitä, jotka hän itse on liittänyt ensimmäiseen vaiheeseen. Makkonen on yleisen oikeustieteen luennoissaan todennut analyyttisen oikeustieteen ”pääideana” olevan ”juuri se modernissa filosofiassa esiintuotu tosiasia, että kieleen sinänsä, sen ominaisuuksiin ja rakenteeseen sisältyy tekijöitä, jotka sellaiseen voivat aiheuttaa sellaisia pulmia ja vaikeuksia, joiden selvittäminen on paljastanut jonkin pulmakysymyksen näennäisongelmaksi”. Suomalaisen analyyttisen oikeustieteen kehitys on kulkenut seuraavasti (kursivoinnit alkutekstissä):

”Aluksi inspiroi tutkijoita voimakkaasti looginen empirismi ja tällöin kiinnitettiin erityistä huomiota juuri *oikeustieteen kieleen* ja käsitteenmuodostukseen. Etsittiin myöskin välittömiä sovellutuksia luonnontieteellisille ajattelutavoille, jolloin ajatuksena oli se, että tällä tavoin saavutettaisiin parhaiten vaadittu metodinen puhtaus. Vähitellen siirryttiin, yleistä filosofista kehitystä seuraten, tieteen kielestä ns. *toimivaan kieleen*, jolla tarkoitetaan juridista kielenkäyttöä sellaisena, kuin se tosiasiallisessa juridisessa ajattelussa eri yhteisissä esiintyy.” (Makkonen 1998, s. 47.)

Lyhyt artikkeli ”Toimivalta” on esimerkki tällaisesta ”toimivan kielen” erittelystä. Makkosen mukaan pyrkimykseen luoda kiinteitä oikeudellisia peruskäsitteitä liittyy vaara ammattitermien jähmettymisestä ajatustottumukseksi, ”käsitteellisestä muumioitumisesta”. Tästä voi seurata todellisuudesta irronneita juridisia konstruktioita, jotka saattavat ”muodostua itsetarkoitukseksi, teoreettista ja käytännöllistä ajattelua suorastaan jarruttavaksi tekijäksi”. Siksi voikin joskus olla ”hyödyllistä eritellä vakiintuneen juridisen terminologian käyttöä ja tarkastella millaisia ajatustottumuksia siihen ehkä liittyy”. Makkonen ilmoittaaakin tarkastelevansa artikkelissaan ”eräitä semanttisia ongelmia ’toimivalta’ termin osalta, erittäinkin sitä silmällä pitäen, mitä reaalisesti merkitsee, kun sanomme, että jollakin on toimivaltaa ja että sitä siirretään”. (Makkonen 1964, s. 778–779.)

Makkosen esimerkkinä on kunnan toimivalta, joka vallitsevan mielipiteen mukaan ei ole kunnan itsenäistä vaan valtion sille delegoimaa, siirtä-

mää, valtaa. Makkosen (s. 779–780) mukaan delegointikonstruktio perustuu esineellistävään ajattelutapaan: ”kuvitellaan, että jotain esineeseen verrattavaa siirtyy valtiolta kunnille, kun viimeksi mainituille luodaan jokin kompetenssi lainsäädäntöteitse”. Näin ”toimivalta ajatellaan eräänlaisena substanssina, oliona, jota voidaan siirrellä niin kuin fyysistä kappaletta, vastaavassa mielessä kuin traditionaalisessa siviilioikeudessa vallitseva omistusoikeuden käsite on ymmärretty jonkinlaisena irrationaalisenä oliona”. Delegointikonstruktion toinen ”teoreettinen pääelementti” on siinä, että ajatellaan, että ”koko kysymyksessä oleva olioluokka, totaalinen valta, kuuluu valtiolle ikään kuin omistusoikeudella siten, että viimeksi mainittu voi mielensä mukaan joko pitää sen itsellään tai luovuttaa toisille”.

Makkosen (s. 780) mukaan tarkasteltavana on kuitenkin vain ”eräs yhteiskunnalliseen todellisuuteen kuuluva faktumi, se, että määrätty yhteiskunnalliset organit voivat toimia määrättyllä tavalla oikeusjärjestyksen puitteissa”. Hän (s. 781) korostaa, että ”kysymys on vain ja ainoastaan tietystä lakiperusteisesta oikeusasemasta, sosiaalisesta relaatiosta, jossa kullakin organilla tosiasiallisesti on oma toimivaltansa”. Hallinto-organisatorinen ratkaisu, toimivallan jako tietyllä tavalla, on toteutettu lainsäädäntöteitse, oikeusjärjestyksen edellyttämin juridisin muodoin. Jos näin on, Makkosen mielestä ”ei ole välttämätöntä eikä tarpeellistakaan asettaa kysymystä siitä, m i s t ä kunnan toimivalta on peräisin”, sillä ”faktillisesti on kysymys vain eräästä suhdejärjestelmästä, jossa eri orgaaneille kuuluva toimivalta kuuluu määrättyyn relaation alueeseen, ikäänkuin ... omaan silmukkaansa suuressa verkossa, joka sovitetaan yhteiskunnalliseen todellisuuteen”. Se, että oikeusjärjestys edellyttää eri ”yhteiskuntaorgaaneilla” olevan tietty kompetenssi, on Makkosen (s. 782–783) mukaan vain ilmaus ”määrätystä yhteiskunnallisesta tilasta, jossa ei, reaalisesti ottaen, ole mitään sijaa vallan substanssille”. Kun sanotaan, että jollakin organilla on toimivalta, tämä merkitsee vain sitä, että kyseessä olevilla toimenpiteillä on oikeudellisia vaikutuksia. Näin ”toimivalta tarkoittaa oikeustositseikkojen ja oikeusseuraamusten suhdetta, sitä, että oikeusjärjestys liittyy tiettyihin tosiseikkoihin tiettyjä seuraamuksia”. Tästä myös seuraa, että ”itse asiassa joku hallintotoimi ei ole pätevä siitä syystä, että asianomaisella instanssilla on kompetenssi, vaan päinvastoin sillä on kompetenssi sen vuoksi, että hallintotoimi on pätevä eli että tarkoitetut oikeusseuraamukset syntyvät”. Toimivaltaa siirrettäessä ei puolestaan luovuteta mitään, vaan se, mitä kutsutaan toimivallan siirtämiseksi, merkitsee ainoastaan, että ”vallitseva sosiaalinen relaatiojärjestelmä jäsenetään uudelleen, oikeustositseikka/oikeusseuraamussuhteet muuttuvat”.

Makkonen (s. 783) viittaa jälleen Zittingiin – erityisesti tämän artikkeliin ”Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista” (1952) – ja toteaa näyttävän siltä, että ”samalla tavoin kuin epäilemättä monien muidenkin juridisten käsittelyn selvittelyssä, siirtyminen suhdeajatteluun ontologisten spekulatioiden sijasta on omiaan tuomaan selvyttä käsillä olevaan probleemaa”.

Makkosen (s. 783–784) mukaan sellaisilla termeillä kuin ”toimivalta”, ”delegoiminen”, ”hallinto” jne. on eri yhteyksissä oma käyttösäätönsä, niitä voidaan ymmärrettävästi käyttää ja niiden avulla voidaan selvittää erilaisissa asiayhteyksissä. Wittgensteinin myöhäisfilosofian hengessä hän toteaa tämän kaltaisten seikkojen olevan ”omiaan viemään ajatuksen pois yksityisten sanojen ja erillisten ilmaisujen merkityssisällön selvittelystä yleisempien toimintasääntöjen ja kielen tosiasiallisen käyttämisen ongelmiin”. Artikkelin loppuun sitaattiin Wittgensteinin *Philosophische Untersuchungen* -teoksesta:

”Ehkä on niin, että sanojen merkityssisällöstä voidaan täsmällisesti puhua vain jonkun täysin määrätyn käyttötilanteen yhteydessä. ’Die Frage ’Was ist eigentlich ein Wort?’ ist analog der ’Was ist eine Schachfigur?’”

Pyrkimys soveltaa tavallisen kielen filosofiaa oikeudelliseen käsiteanalyysiin oli havaittavissa jo aikaisemmassa, vuonna 1959 julkaistussa artikkelissa ”Ajatuksia juridisen kielen loogisesta analyysistä”. Tässä artikkelissa Makkonen esittelee analyttisen (kieli)filosofian lähtökohtia ja sen käsityksiä erityistieteiden ja filosofian työnjaosta. Filosofian kohteena on tieteellinen kieli ”esityssysteeminä”, ja filosofia on luonteeltaan kielen kritiikkiä. Hän (s. 52) viittaa *Alf Rossiin*, joka *Om ret og retfaerdighed* -teoksessaan ”on ... tehnyt modernin filosofian luonteesta äärimmäiset johtopäätökset määrittelyssään oikeusfilosofian ainoaksi tehtäväksi oikeustieteen lauseiden kriittisen analyysin”. Tällöin oikeusfilosofia edustaa metakieltä suhteessa lainopin objektikieleen.

Makkosen (s. 54) arvion mukaan juridiikalla on taipumus käsitteiden ”muumiointiin” ja ”ns. käsitejuridiikkaan, jonka mukaan – niin voitaneen sitä luonnehtia – asianlaita oli siten, että jos käsite tai teoria ei vastannut todellisuutta, niin sen pahempi todellisuudelle”! Hän tulkitsee loogisesta empirismistä vaikutteensa saaneen, esimerkiksi Rossin edellä mainitussa teoksessaan edustaman epistemologisen oikeusrealismin reaktioksi tähän asiointilaan: ”Eräänä vaatimuksena tällaisten ilmiöiden ja niihin liittyvien metafysillisten spekulatioiden eliminoimiseksi ovat oikeusteoreetikot yhdenmukaisesti muiden yhteiskuntatieteilijöiden kanssa mm. esittäneet, että

oikeustieteen lauseiden tulee sisältää reaalitytöä ja käytettyjen käsitteiden olla reaalitykäsitteitä.” Makkonen ei kuitenkaan tässä artikkelissaan näytä olevan kiinnostunut analyttisen oikeustieteen empiristis-realistista epistemologiaa edustavista juonteista; myöhemmässä tuotannossaan hän on kyllä itsekin eräänlaista realistista minimiohjelmää noudattaen pyrkinyt osoittamaan eräille oikeudellisille peruskäsitteille kuten ”oikeusnormille” semanttisen referenssin ”empiirissä todellisuudessa”. Vuoden 1959 artikkelissaan hän (s. 55) esittää kysymyksen, mikä on loogisen empirismin koeteltavuusteesiä sovellettaessa oikeustieteen kohteena oleva todellisuus, mutta toteaa, että kysymykseen ei voida tuossa yhteydessä puuttua. Sen sijaan hän kiinnittää huomiota siihen, että ”myöhemmässä analyttisessä filosofiassa on pohdiskeltu reaalitytiedon luonteesta saanut väistyä semanttisten kysymysten tieltä”. Tämä olisi hänen luullakseen ”suositeltavaa myöskin juridisessä käsitteanalyysissä”.

Makkonen (s. 55) perääntyykin ehdottomasta reaalitytiedon vaatimuksesta. Juridisessä käsitteanalyysissä kysymys on asetettava semanttisesti, on kysyttävä mitä merkitsee, kun esimerkiksi sanomme, että jokin on juridinen henkilö. Mikään ei estä samalla pitämästä voimassa reaalitytiedon vaatimusta, mutta tämä ei saa määrätä kysymyksenasettelua. Juridiikassa on termejä, kuten ”hyvä kauppiastapa”, joille ”tuskin voidaan reaalitysisältöä antaa, mutta joiden merkityksestä silti on voitava keskustella, koska ne tosiasiallisesti kuuluvat juridiseen kielenkäyttöön”. Makkonen korostaa, että ”parempi kuin on modernin filosofian aseinen karkoittaa mainitunlaiset termit tieteen piiristä muun toimeentulon maailmaan, on koettaa samoin aseinen selvittää niiden merkitystä ja käyttöedellytyksiä”. Makkonen (s. 55–61) antaa esimerkkejä siitä, miten juridiikassa käsitteille voidaan antaa täsmällinen merkityssisältö ja joskus samalla täyttää myös reaalitytiedon vaatimus. Esimerkit ovat suomalaisen oikeusteorian historiaa siinä missä Makkosen artikkelikin: Osvi Lahtisen (1949) erittely oikeushenkilön käsitteestä ja Zittingin (1951 ja 1952) omistusoikeusanalyysi. Mutta, Makkonen (s. 61) toteaa, ”on olemassa lukemattomia termejä, jotka ovat vailla selvää merkitystä ja joille sellaista tuskin voitaisiin antaa, mutta joita siitä huolimatta on pakko tosiasiallisesti käyttää”.

Makkosen kirjoituksessa semanttinen kysymys viittaa eräiden juridiikassa käytettyjen ilmausten – kuten ”hyvän tavan” – kautta kielen pragmaattiseen ulottuvuuteen ja sitä korostavaan Wittgensteinin myöhäistuotantoon sekä tästä vaikutteita saaneeseen tavallisen kielen filosofiaan. Makkonen (s. 63–64) selostaa, miten Wittgensteinin *Philosophische Untersuchungen* -teok-

sessä metodina on ”tarkastella kielenilmiöitä niiden oikeissa ympäristöissä, ja siten pyrkiä paljastamaan niitä kätkeytyjä edellytyksiä, joita kieltä käyttäessämme aina joudumme tekemään”. Niinpä ”jos ylipäänsä halutaan puhua sanan merkityksestä (Bedeutung), voidaan useassa tapauksessa sanoa, että se on sanan käyttö kielen piirissä”. Ongelmana ei tällaisessa kielianalyysissä ole, ”miten joku käsite muodostetaan, vaan mitenkä tiettyä sanaa tosiasiallisesti käytetään eri yhteyksissä”. Makkonen ennakoi, että ”tällä tavoin tutkimalla todellisuudesta otettuja tai keinotekoisesti muodostettuja termin käyttötilanteita, kielipelejä, voidaan ehkä juridisenkin kielenkäytön kokonaisuudesta ’kuoria esiin’ sellaisia piileviä edellytyksiä erilaisten termien ja ilmausten käyttämiselle, että niiden paljastaminen kokonaan hävittää jonkun ongelman, tai että ainakin kysymys voidaan asettaa täsmällisemmin”.

Makkonen (s. 67) kokoaa johtopäätöksensä seuraavasti:

”Yhteenvetona voidaan todeta, että oikeustieteessä on periaatteessa mahdollista luoda käsitteitä, joita tarkoittavilla termeillä ei, ainakaan sanottavasti, ole käyttöä varsinaisen tieteellisen kielenkäytön ulkopuolella ja joita termejä voidaan käyttää varsin yksimerkityksellisinäkin. Samoin voidaan monille arkikielen sanoille antaa oma, melko täsmällinenkin juriidis-spesifinen merkityksensä. Mutta kaikesta huolimatta jää tosiasiaksi huomattava terminologinen väljyys ja epätäsmällisyys, tieteessäkin on pakko operoida arkikielellä.

Asianlaidan ollessa tällainen, lienee selvää, että käsite- ja kielianalyysi puolustaa paikkaansa oikeustieteen menetelmien joukossa.”

Makkosen artikkelille on leimallista horjunta analyttisen oikeustieteen kahden suuntauksen välillä: yhtäältä empiristis-realistisen tietoteoreettisen omakseen, esimerkiksi Rossin, Lahtisen ja *Theodor Geigerin* (erit. Geiger 1947) edustaman suuntauksen, ja toisaalta tämän kaltaisista ”puristisista”, tietoteoreettisessa mielessä positivistisista lähtökohdista irrottautuneen, tavallisen kielen filosofiasta innoituksensa saaneen suuntauksen. Kyse on tavallaan kahden Wittgensteinin, *Tractatus logico-philosophicus* ja *Philosophische Untersuchungen* -teosten Wittgensteinin välisestä taistelusta. Niinpä tavallisen kielen filosofian antia tarkasteltuaan Makkonen palaa vielä kirjoituksensa lopuksi realistiseen perusasennoitumiseen, jota hän kuitenkin puoltaa tieteen ”kielipelin” näkökulmaksi. Samalla hän (s. 69), ehkä hieman yllättävästi, painottaa oikeustieteen ja muiden yhteiskuntatieteiden välisiä yhteyksiä:

”Tarkasteltaessa jonkun menetelmän soveltuvaisuutta oikeustieteeseen, on tietysti huomattava, ettei viimeksi mainittuakaan ole mahdollista reväistä irti muiden yhteiskuntatieteiden muodostamasta yhteydestä. Kaikki suuntaavat

katseensa samaan yhteiskunnalliseen todellisuuteen, vaikka tarkastelukulma on erilainen. On helppo osoittaa, ettei minkään yhteiskunnallisen alan kysymyksiä voida tutkia täysin riippumattomana toisesta alasta. Vasta tämä kokonaisnäkemys antaa ongelmien ratkaisuille kantavuutta. Oikeustieteen päätehtävä, positiivisen oikeuden sisällyksen selvittäminen ja systematisointi, ei ole läpivietävissä täysin riippumatta sosiaalitutkimuksen muista sektoreista.”

Makkosen tietty sidonnaisuus analyttisen oikeustieteen ”ensimmäiseen sukupolveen” ja sen empiristisiin tietoteoreettisiin lähtökohtiin ilmenee hänen pyrkimyksessään osoittaa oikeusnormin käsitteelle semanttinen referenssi empirisessä todellisuudessa. Tässä hän seuraa Theodor Geigerin ja Osvi Lahtisen esikuvia. Lähtökohtana on, että järjestäytynyt yhteiskuntaelämä perustuu siihen, että yhteiskunnan jäsenet noudattavat tiettyjä käyttäytymismalleja: ”Jotta ylipäänsä voitaisiin puhua yhteiskunnasta, täytyy siis vallita sellainen säännönmukaisuus, että tiettyjen tyypillisten tilanteiden ja tyypillisten käyttäytymistapojen välillä vallitsee seuraamussuhde” (Makkonen 1968, s. 2). Yhteiskunnan jäsenet voivat kuitenkin tosiasiallisesti valita myös vallitsevasta kaavasta poikkeavan toimintamuodon. Oikeusnormi on kysymyksessä vasta sitten kun ”yhteiskunnan jäsenen tietynlaisen käyttäytymisen perusteella on mahdollista määrättyjä muotoja noudattaen aikaansaada toimenpiteitä organisoidun yhteiskunnan taholta eli orgaanireaktio” (Makkonen 1968, s. 2–3; ks. myös Makkonen 1981, s. 40–41).

Kuitenkin Makkonen muistaa oikeudellisen käsiteanalyysin tehtäviä esitellessään aina tähdentää, että kaikille oikeudellisille käsitteille ei voida osoittaa empiristä referenssiä ja että tämä ei vielä oikeuta näiden käsitteiden hylkäämiseen. Käsitteillä voi olla juridiikassa hyödyllinen tehtävänsä, vaikka ne eivät läpäisisikään koeteltavuus-testiä, ja käsiteanalyysin tavoitteeksikin riittää käsitteiden merkityksen selvittäminen niiden tosiasiallisia käyttöyhteyksiä erittelemällä. Vaatimus käsitteiden empirisestä semanttisesta referenssistä samaistaa merkityksen pelkkään nimorelaatioon ja edustaa näin Makkosen (1967, s. 112) ekstensionaaliseksi kutsumaa ajattelutapaa. Paradoksaalista ehkä on, että myös eräät perinteisen, käsitelainopillisen substanssiajattelun kriitikot kuten *Vilhelm Lundstedt* näyttävät syyllistyvän tällaiseen ekstensionaaliseen ajatteluun: kun ilmauksen ”subjektiivinen oikeus” ei voida osoittaa olevan nimorelaatiossa mihinkään empirisen todellisuuden ilmiöön, ilmauksella ei ole lainkaan mieltä (*Sinn*). On oletettavaa, että Makkosella (1967, s. 116) on mielessään juuri Lundstedtin kritiikki, kun hän toteaa, että on metodinen virhe lähestyä subjektiivisen oikeuden ongelmaa ekstensionaalisesti:

”Wenn man im Ausdruck ’subjektives Recht’ einen Namen erblicken will, der einen bestimmten Gegenstand im empirischen Sinn hat, wird die Frage nach den faktischen Anwendungsvoraussetzungen erschwert oder sogar vergessen. Und gerade das ist theoretisch und praktisch das wichtigste Problem, wenn man sich bemüht zu verstehen, was es eigentlich bedeutet, von subjektivem Recht zu sprechen. Der Forscher muss in erster Linie den alltäglichen rechtlichen Sprachgebrauch beachten, die Sprache als tatsächliches Geschehen betrachten und nicht so sehr als Zeichensystem.”

Lainaus *Philosophische Untersuchungen* -teoksesta selventää jälleen käsitelänsin lähtökohtia:

”Die Bedeutung eines Wortes ist sein Gebrauch in der Sprache. ... Mit dem Benennen eines Dings ist noch nichts getan. Es hat auch keinen Namen, ausser im Spiel. Das war auch, was Frege damit meinte: ein Wort habe nur im Satzzusammenhang Bedeutung.”

Tämän kritiikkinsä Makkonen toistaa *Kunnallisen säädösvallan* Johdanto-osassa. Hän toteaa viimeaikaisessa oikeusteoreettisessa keskustelussa kiinnitetyn huomiota siihen, että ”juridisia käsitteitä on yleensä lähestytty olettamalla, että ao. termit todella peittävät jotakin reaalista ja että voimme selvittää mikä se on”. Tarkoituksena on ollut antaa käsitteille oikea määritelmä. Mutta ”tämä traditionaalinen asennoituminen on ilmeisesti virheellinen ja saattaa viedä tutkimuksen harhaan”, sillä ”useimmat juridiset termit ovat ’tyhjiä’ sikäli, ettei niillä ole semanttista referenssiä empiirisessä todellisuudessa”. Juridisen kielen ilmaisuilla on yleensä muu tehtävä kuin kuvata todellisuutta. Ja ”tästä seuraa, että ehdottomien ja yleispätevien määritelmien laatiminen ei voi onnistua, vaan on sellaisen yrittäminen omiaan johtamaan näennäisproblematiikkaan ja hedelmättömään spekulointiseen sanoilla”. Johtopäätöksenä on myös, että emme voi tulkintaongelmien yhteydessä puhua ”oikeasta” tulkinnasta:

”Juristi liikkuu oikeusjärjestystä selvitellessään paljon kielen tasolla olevissa probleemoissa, hän antaa lakiteksteille ym. ilmaisuille merkityssisältöjä pikemmin kuin toteaa niitä (’on katsottava’, ’pitää’), hän systematisoi ja muodostaa käsitteitä jne. Hänellä ei ole edessään aksiomatisoitua järjestelmää loogisine päättelysääntöineen eikä tiettyjä lainmukaisuuksia noudattavaa fyysikaalista todellisuutta, vaan inhimillisellä kielellä, valtaosaltaan jokapäiväisellä arkikielellä ilmaistu ideoiden ja periaatteiden sokkelo, jota kutsutaan oikeusjärjestykseksi. Näin ollen oikeustieteilijä, sen paremmin kuin tuomariakaan, ei lainkaan voi asettaa kysymystä yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta tai pohtia sitä, mikä jonkun ilmaisun merkityssisältö todella on tai mikä on **oikea** tulkinta jossain tulkintaongelmassa.” (Makkonen 1968, s. 8–9.)

Lähtökohtien soveltaminen hallinto-oikeuteen

Toimivaltakäsitteen erittely on esimerkki siitä, miten Makkonen soveltaa yleisiä (filosofisia) lähtökohtiaan hallinto-oikeudellisiin kysymyksenasetteluihin. Väitöskirjan 6 § tarjoaa toisen esimerkin (Makkonen 1981, s. 164 ss.). Siinä on kyse hallinnon ja (hallinto)lainkäytön sekä sidotun ja vapaaharkintaisen hallintotoiminnan välisen eron analyysistä. Perinteisessä doktriinissa hallintoa on pidetty tulevaisuuteen suuntautuvana, oikeutta konservatiivisena. On kiinnitetty huomiota siihen, että ”lainkäyttö on tiukkojen prosessisääntöjen sitomaa, sen välittömänä tarkoituksena on oikeussäännösten soveltaminen konkreettisiin tapauksiin, jota vastoin oikeussäännöksiä hallinnossa käytetään vain sille ominaisten tarkoituksien saavuttamiseen”. Näin ”hallinnon perustana on harkinnan vapaus”. On myös katsottu, että ”hallinnossa ei tule esille lainkäytölle ominainen oikeussuojamomentti”: ”lainkäyttömenettelyn olennaisena tarkoituksena on nähty juuri oikeussuojan antaminen, koko lainkäyttökoneisto pannaan käyntiin nimenomaan sanotussa tarkoituksessa, mikä puuttuu hallintomenettelyltä”. (s. 165–166.)

Vapaaeharkintaisen hallinnon ohella perinteisessä doktriinissa puhutaan kuitenkin myös sidotusta harkinnasta, joka jakaa eräitä yhteisiä tunnusmerkkejä lainkäytön kanssa. Sille on pidetty ominaisena, että ”on olemassa oikeussäännös, joka selvästi osoittaa, miten asiassa toimivan viranomaisen on meneteltävä ja asia ratkaistava”. Näin ”sidottu hallintotoimintakin on ... oikeussäännösten soveltamista”. On myös korostettu, että se on ”periaatteessa loogista päättelyä, jossa vain yksi ainoa ratkaisu on oikea, vapaan harkinnan ollessa tahdonvaraista”, jolloin useat ratkaisut ovat mahdollisia. (s. 166.)

Makkonen määrittelee hallinnon ja lainkäytön sekä sidotun ja vapaaeharkintaisen hallinnon erot väitöskirjassaan kehrittelemänsä normiluokituksen avulla. Hän (s. 38 ss.) erottaa kolmentyyppisiä oikeusnormeja: käyttäytymisnormeja, reaktionormeja ja reaktiotapanormeja. Käyttäytymisnormit velvoittavat kansalaisia (x) tiettyyn käyttäytymiseen (g). Reaktionormien mukaan taas tuomioistuimen (y) on langetettava tietty seuraamus (m), silloin kun kansalainen (x) käyttäytyy käyttäytymisnormin vastaisesti (~g). Hallintotoiminta, niin vapaaeharkintainen kuin sidottukin, rinnastuu Makkosen mukaan (s. 167–168) siihen kansalaisen (x) käyttäytymiseen (g), jota käyttäytymisnormit sääntelevät. Kun kaupunginhallitus esimerkiksi myöntää virkamiehelle vuosiloman, kaupunginhallitus on muuttuja x:n arvo käyttäyty-

misnormin ilmaisevassa kaavassa eikä muuttuja y:n arvo reaktionormin ilmaisevassa kaavassa. Kaupunginhallitus käyttäytyy eikä sovelleta oikeusnormia. Jos kaupunginhallitus evää asianomaisen säännöksen vastaisesti vuosiloman, kysymyksessä on ~g, johon lainkäyttöelin esimerkiksi virkamiehen muutoksenhaun johdosta reagoi. Lainkäyttöelin on tällöin reaktionormin ilmaisevan kaavan muuttuja y:n arvo.

Sama viranomainen voi harjoittaa sekä hallintoa että lainkäyttöä, olla sekä käyttäytymisnormin kaavan muuttuja x että reaktionormikaavan muuttuja y (Makkonen 1981, s. 170). Se, mitä esimerkiksi Merikoski on kutsunut prosessuaaliseksi hallintomenettelyksi, eli hallintomenettely, jossa ”yleisissä tuomioistuimissa tapahtuvassa oikeudenkäynnissä seurattavien muotojen noudattamista on erityisesti tehostettu”, on Makkosen (s. 169–170) erittelyn mukaan rakenteellisesti lainkäyttöä, jossa reagoidaan käyttäytymisnormin vastaiseen käyttäytymiseen ~g. Merikosken esimerkkejä ”prosessuaalisesta hallintomenettelystä” olivat kurinpito, tilimuistutusasian käsittely ja irtolaisen määrääminen työlaitokseen.

Entä sitten sidotun ja vapaan harkinnan välinen ero hallintotoiminnassa? Makkonen (s. 172 ss.) kiinnittää huomiota siihen, että Suomen lainsäädäntö mahdollistaa eräissä tapauksissa valittamisen hallintopäätöksistä paitsi oikeus- myös tarkoituksenmukaisuusperusteilla. Esimerkiksi Merikoski on katsonut, että tarkoituksenmukaisuusvalituksen käsittely on vain eräänlaista toimivallan siirtoa, jossa toinen instanssi suorittaa tarkoituksenmukaisuusharkinnan uudestaan, eikä oikeastaan lainkaan lainkäyttöä. Makkonen puolestaan konstruoi aselman siten, että alemman instanssin velvollisuutena on ollut tehdä tarkoituksenmukainen päätös, jolloin asian päättäminen epätarkoituksenmukaisesti on kielletty eli siis ~g. Tarkoituksenmukaisuusvalituksen hyväksyvä muutoksenhakuelin on muuttuja y:n arvo, joka reagoi ensimmäisen instanssin käyttäytymiseen ~g. Makkonen (s. 174) katsookin, että ”vapaata harkintaa Suomen oikeusjärjestyksessä on ... vain sellainen tarkoituksenmukaisuusharkinta, johon ei ole muutoksenhakuoikeutta ja joka ei ole jälkikontrollin alaista”. Hänen mukaansa sidotun ja vapaaharkintaisen hallintotoiminnan välinen ero on periaatteessa mahdollista säilyttää. Niinpä hän (s. 176) korostaa, että ”se seikka, että kaiken hallintotoiminnan voidaan sanoa olevan johonkin määrään sidottua (vrt. objektiviteetti-, tarkoitussidonnaisuus ym. periaatteet), ei muuta asiaa, koska kysymys on vain siitä, että ainakin jossain rajoissa hallintotoiminta on juridisesti irrelevanttia toimintaa, joka ei voi perustaa viranomaisreaktioita”.

Kunnallinen säädösvalta -teoksen (1968) alaotsikkona on Hallinto-oikeudellinen tutkimus. Se ei ehkä monen lukijan mielestä kovinkaan paljon poikkea perinteisestä hallinto-oikeudellisesta dogmatiikasta. Makkonen (s. 2 ss.) kuitenkin soveltaa siinä esimerkiksi oikeusnormikäsitteen analyysiaan. Sen avulla hän rajaa tutkimuskohteensa vain sanktioituihin säädöksiin, jotka täyttävät reaktiomahdollisuuden avulla määritellyn oikeusnormin käsitteen tunnusmerkin. Hän myös (s. 82 ss.) erottaa samaan tapaan kuin väitöskirjassaan hallinnon ja lainkäytön oikeusnormiluokituksensa avulla. Samalla hän korostaa, että ”on täysin turha yrittääkään etsiä tyhjentävää määritelmää olettamalla, että olisi olemassa jotakin, joka on *todella* hallintoa, *todella* lainkäyttöä ja *todella* lainsäädäntöä”. Tutkijan lähtökohtana on vain se, että oikeudellisessa kielessä tosiasiallisesti käytetään ilmauksia ”hallinto”, ”lainkäyttö” ja ”lainsäädäntö”. Kysymystä ”näiden ilmausten o i k e a s t a merkitysisällöstä tai määritelmästä ei voida asettaa vaan tutkijan on tyydyttävä erittelemään niiden tosiasiallisia käyttöyhteyksiä ja näin pyrkiä valaisemaan pulmallisten termien merkitystä”. Omassa erittelyssään hän pitää silmällä yksinomaan rakenteellisia seikkoja; tämä on hänen mukaansa muuan tapa toteuttaa käsiteanalyysi (s. 83–84). Erittelynsä pohjalta hän (s. 89) myös toteaa, että kunnallisten säädösten hyväksyminen on rakenteellisesti hallintoa.

Makkonen hyödyntää *Kunnallinen säädösvalta* -teoksessaan myös ”Toimivallan käsitteestä” -artikkeliaan. Hän (s. 104) korostaa, että lainsäädännön kunnalle osoittama toimivalta ei vaadi oikeudelliseksi perustukseksi spekulointia vallan alkuperästä. Artikkelissaan hän oli arvostellut puhetta toimivallan delegoimisesta siitä, että se viittaa esineellistävään tai substanssijatteluun. Hivenen uudenvuoden painotuksesta ehkä todistaa se, että *Kunnallinen säädösvalta* -kirjassa pyrkimyksenä on – tavallisen kielen filosofian lähtökohtien mukaisesti – vain selvittää tosiasiallisen oikeudellisen kielen ilmausten käyttöedellytyksiä eikä karsia tällaisia ilmauksia substanssikäsitteinä juridisesta kielenkäytöstä: ”Jos joku viranomainen, jolla on valta päättää tietyistä asioista, suorittaa toimenpiteitä, joiden perusteella tuo valta sen jälkeen onkin toisella viranomaisella, voimme täysin luontevasti puhua päätösvallan ’siirtämisestä’, ’luovuttamisesta’ tai ’delegoimisesta’, kunhan vain muistamme, että näillä kuvainnollisilla sanoilla ei itse asiassa ilmaista muuta kuin tosiasiallisia kompetenssijärjestelyjä” (Makkonen 1968, s. 104–105).

Liian innokas oppipoika

Suomalaisessa hallinto-oikeudessa Makkosen uudet opit lankesivat otolliseen maaperään. Hallinto-oikeudellisen tutkimuksen uusi sukupolvi osoittautui eräissä suhteissa jopa paavillisemmaksi kuin paavi itse; vai pitäisikö sanoa luterilaisemmaksi kuin Luther itse. Analyytisesti suuntautuneet väitöskirjat seurasivat nopeasti toisiaan Makkosen väitöskirjan ilmestyttyä 1965 ja *Kunnallisen säädösvallan* 1968. *Toivo Holopainen* väitteli tutkimuksellaan *Kunnan asema valtiossa* 1969, *Eero Vilkkonen* tutkimuksellaan *Hallintotoimen mitättömyydestä* 1970 ja *Kari Sinisalo* tutkimuksellaan *Poliisin toimivallan määräytyminen* 1971.

Käsiteanalyysi on keskeisellä sijalla sekä Holopaisen että Vilkkosen väitöskirjassa. Holopaisen väitöskirja on teemamme kannalta sikäli mielenkiintoinen, että opponenttina oli Makkonen, joka näin saattoi arvioida oppinsa perille menoa. Holopaisen väitöskirja on eräänlainen käsitelainopin kritiikin *credo*, siksi painokkaasti tekijä ilmoittaa torjuvansa käsitelainopin konstruktivisen metodin positiivisen puolen – oikeudellisten johtopäätösten tekemisen käsitteistä – ja ottavansa käsitteiden sijasta lähtökohdakseen positiivisoikeudellisen normiston. Makkonen (1969, s. 467) toteaaakin vastaväittäjän lausunnossaan, että ”vaikka tekijä on pitänyt tarpeellisenä eritellä kunnallisoikeudellisia ns. peruskäsitteitä, tämä ei kuitenkaan ole tapahtunut siksi, että hän rakentamistaan käsitteistä ja konstruktioista käsin sitten pyrki johtamaan positiivisoikeudellisia kannanottoja”. Päinvastoin, ”käsiteanalyysin tarkoituksena on ... se, että tekijä haluaa *e l i m i n o i d a* useat niistä kunnan aseman selvittämistä vaikeuttavina tekijöinä”.

Käsitelainopin kritiikkiä julistaa Holopaisen ohjelmallisissa lausumissa myös substanssijattelun hylkääminen ja relaatioiden tutkiminen ”substanssien” tai ”olemusten” sijasta. Makkosen välittämiä myöhäiswittgensteinilaisia vaikutteita edustaa korostus, jonka mukaan olemusmääritelmien sijasta termien merkitystä on jäljitettävä niiden käyttöyhteyksiä erittelemällä; näin saman termin merkitys saattaa käyttöyhteyksistään riippuen vaihdella. Holopainen (1969 s. 281) toteaa tutkimuksestaan, että siinä ”lähtökohdaksi ei oteta sen enempää valtion, kunnan kuin itsehallinnonkaan käsitteitä, vaan tehtävänä on ilman ennakoasenneitumista voimassa olevan oikeusjärjestyksen mukaan selvittää, millainen on kunnan asema valtiossa”. Tässä tosin ”joudutaan kyllä operoimaan käsitteillä valtio ja kunta, mutta niille annetaan eri yhteyksissä toisistaan poikkeava ja kustakin käyttöyhteydestä ilmenevä merkitys”.

Esimerkiksi Holopaisen käsiteanalyttisesta lähestymistavasta käy valtio-käsitteen erittely (Holopainen 1969, s. 7–9). Hän korostaa valtio-sanana monimerkityksisyyttä ja toteaa olevan ”helppo huomata, ettei se valtio, joka maksaa avustuksia, ole sama kuin oikeusjärjestystä ylläpitävä valtio ja että valtiolla kulttuuritekijänä halutaan puolestaan ilmaista kokonaan muuta kuin kummallakin ensiksi mainitulla käsitteellä”. Tämän vuoksi ”kysymys, mikä on valtio, ei ... näitä tapauksia toisiinsa rinnastettaessa tunnu edes mielekkäältä”, vaan ”on pakko todeta, että se yhteinen tekijä – jos tällainen kaikesta huolimatta halutaan löytää –, joka oikeuttaa kaikissa mainituissa tapauksissa puhumaan samasta ilmiöstä, on niin kaukana, ettei sen etsiminen käytännön elämässä ole mahdollista eikä tarpeellista”. Kuitenkaan ”valtio-sanana käyttämisestä erilaisissa merkityksissä ei ... aiheudu haittaa eikä sekaannusta ihmisten keskinäisessä kanssakäymisessä”, koska ”valtion kulloinenkin merkitys ilmenee ... yleensä siitä yhteydestä, missä sanaa käytetään”. Siten ”valtio sanaa käytettäessä ei käytännön elämässä etsitä valtion ’olemusta’, vaan lähdetään yksinkertaisesti siitä, että sanalla valtio tarkoitetaan eri tapauksissa eri ilmiöitä”.

Käsiteanalyttisten lähtökohtiensa mukaisesti Holopainen perustaa kunnan oikeudellisen aseman selvittämisen Suomen oikeusjärjestyksen varaan. Kun Suomen oikeusjärjestys ei Holopaisen (s. 281) mukaan rakennu tietyn itsehallinnon käsitteen perustalle, kunnan asemaa koskevia kysymyksiä tutkittaessa ei ole aihetta itsehallinnon käsitteen selvittelyyn. Tällainen selvittely olisi ”mielekkästä ja hyödyllistä vain sillä edellytyksellä, että itsehallinnolla olisi tietynsisältöinen pysyvä olemus”, että ”on olemassa tai että on oltava olemassa yksi ainoa oikea ja hyväksyttävä itsehallinnon käsite, jonka etsimisellä ja löytämisellä voidaan ratkaista kunnan asemaan liittyvät ongelmat”. Varsinkin saksalaiset 1800- ja 1900-luvun taitteen tutkijat lähtivätkin tällaisesta olettamuksesta, ja Holopaisen kritiikin mukaan vielä 1950- ja 1960-luvun vaihteen suomalaisessa oikeustieteessäkin on todettavissa sama lähtökohta; Holopainen (s. 285–286) viittaa *Olli Ikkalan* (1959) teokseen *Kunnan yleinen toimivalta*. Sen sijaan Ståhlberg, Willgren ja Merikoski saavat Holopaiselta (s. 284–285) synninpäästön, koska he eivät näytä edellyttävän eri itsehallintomuotojen olevan ”tarkalleen samanlaisia ja yhteneviä”. Holopaisen mukaan Ståhlberg ja Merikoski tunnustavat, että ”itsehallinto-sanalla tarkoitetaan eri yhteyksissä erisisältöisiä entiteettejä”. Holopainen (s. 286) katsookin käyneen ”riidattomasti ilmi, ettei kunnan asemaa tutkittaessa voida lähtökohdaksi ottaa apriorisesti määrättyä yksiselitteistä itsehallinnon käsitettä, vaan että kunnan asema ja HM 51,2 §:ssä käytetyn itsehallintosa-

nan merkitys on määrättävä empiirisesti edellä esitettyjen tosiasioiden perusteella”. Pyrkimyksenä on kuvata kunnan asema voimassa olevan oikeuden mukaisena ”reaalisena ilmiönä”.

Vastaväittäjä Makkonen yhtyy Holopaisen käsiteanalyttisiin, käsitelainoppia kritikoiviin lähtökohtiin. Makkonen (1969, s. 472) luonnehtii olemuseli substanssijattelun torjumista Holopaisen tieteelliseksi perusasennoitumiseksi ja toteaa kiittäen, että ”juuri se on vaikuttanut ratkaisevasti uuden näkökulman avautumiseen tutkimukselle”. Makkosen (1969, s. 471) mukaan ”juridisessa tutkimuksessa on usein osoittautunut hedelmättömäksi asettaa sen tyyppisiä kysymyksiä kuin ’mikä valtio on’, ’onko kunta oikeushenkilö’, ’mikä on itsehallinnon käsite’ jne.” Tällaisiin kysymyksiin ei näet ole annettavissa yleispätevää vastausta: ”kokemus on osoittanut, että vastauksen etsiminen pyrkimällä kehittämään tietty määritelmä on johtanut konstruktioihin, joilla ei aina ole vastinetta positiivisessa oikeudessa”, ja ”kun konstruktioista sitten tehdään johtopäätöksiä, syntyy helposti näennäisongelmia”. Makkonen kytkee nämä ongelmat siihen, että ne on aina nähty ontologisina ja että esimerkiksi sellaisten termien kuin ”valtio” ja ”oikeushenkilö” on ajateltu olevan nimirelaatiossa joihinkin objekteihin. Makkosen mukaan ”vapautuminen tavoittamasta nimirelaatioon on häivyttänyt monia ongelmia”. Niinpä ”monet käsitteelliset probleemat selkiintyvät, jos luovutaan tavoittamasta yleispätevää määritelmää ja lähdetään siitä, että yksityisillä sanoilla voi olla merkitystä ainoastaan eri lauseyhteyksissä”, ja siten ”ongelma muodostuu usein kielenkäyttöprobleemaksi”.

Mutta oppipoika saa osakseen myös kritiikkiä. Makkonen (s. 471–472) oikoo Holopaisen erittelyä oikeushenkilön käsitteestä. Holopaisen mukaan ”oikeushenkilö” on samanlainen näennäisnimi kuin ”kentauri”. ”Oikeushenkilöön” ei siten voitaisi soveltaa ekstensionaalista ajattelua, koska siltä puuttuu empiirinen referenssi, vaan sitä olisi lähestyttävä intensionaalisesti, selvittämällä sen kulloisestakin käyttöyhteydestä riippuvaa merkitystä. Makkonen tähdentää, että ”kentaurista” poiketen molemmat näkökulmat ovat sovellettavissa ”oikeushenkilöön”. Niinpä ”Lahtinen on lähestynyt ongelmaa yksinomaan tunnusnimenäkökulmasta ja Aarnio puolestaan on, osoittan tämän riittämättömäksi, vienyt probleeman astetta pitemmälle, kielenkäyttöongelmaksi ylipäänsä”. Voimme ehkä ilmaista Makkosen Holopaiseen näiltä osin suuntaaman kritiikin niin, että Holopainen on vienyt ”esineellistävän” ajattelun arvostelun liian pitkälle: vaikka juridistenkin termien merkitys riippuu käyttöyhteydestä, tämä ei välttämättä sulje pois sitä, etteivätkö nämä joskus voisi olla nimirelaatiossa johonkin empiiriseen todellisuuteen

sijoittuvaan objektiin, etteikö niillä toisin sanoen voisi joskus olla semanttista referenssiä empirisessä todellisuudessa. Makkonen (s. 473) kirjoittaakin vastaväittäjän lausunnossaan, että ”väärinkäsitysten välttämiseksi on ... syytä huomauttaa, ettei nimirelaatio välttämättä k a i k i s s a yhteyksissä ole pois suljettu jonkun termin merkityssisällön analyysissa”. Kun sanojen merkityssisältöä tutkitaan niiden lauseyhteyksissä, ”sama termi voi jossakin yhteydessä olla nimi, toisessa yhteydessä taasen saattaa olla harhaanjohtavaa pyrkii nimirelaatioon”.

Toisaalta Makkonen (s. 472–473) myös epäilee, onko Holopainen kyennyt pitämään johdonmukaisesti kiinni substanssiajattelun vastaisesta lähtökohdastaan. Makkosen arvostelun mukaan Holopainen näyttäisi toisinaan vähintäänkin implisiittisesti oletavan olemus-ajattelua vastaavan nimirelaation sinne, missä siitä ei tutkimuksen julkilausuttujen lähtökohtien nojalla pitäisi voida puhua. Latinisti Makkosen mieleen on tullut Horatiuksen säe: *Naturam expellas furca, tamen usque recurret* (aja luonto pois heinähangolla, se tulee silti yhä takaisin). Holopainen (1969, s. 22) esimerkiksi lausuu organisaatioista ja orgaaneista, että niiden ”substanssina on oikeusjärjestyksessä konkretisoitu ihmisestä riippumaton oikeuspiiri ja siihen yhdistyvä kompetenssi”. Myös eräistä Holopaisen ”valtiota” koskevista luonnehdinnoista voi Makkosen mukaan ”saada käsityksen, että tekijä kuitenkin edellyttää valtion eräänlaisena oliona, ihmisistä riippumattomana substanssina”. Holopainen (s. 14) nimittäin toteaa valtion olevan yhtäältä se ”subjekti”, joka on välttämätön oikeusjärjestykselle, toisaalta se on kaikkien ihmisten yläpuolella oleva ”valtasubjekti”, joka pystyy huolehtimaan siitä, että valtion oikeusjärjestys on oikeudenmukainen.

Makkonen (s. 473) arvostelee Holopaista myös siitä, että tämä tuo nimirelaation toimivalta-käsitteenkin erittelyyn, vaikka ”näyttää ... siltä, että toimivaltaongelman selvittelyssä olisi vältettävä ekstensionaalista ajattelua, termin merkityssisällön selvittämistä nimirelaatioissa johonkin”. Holopaisen (s. 33) mukaan ”yksityisautonomia” ja ”julkinen valta” ovat kahden erilaatuisen toimivallan nimiä. Makkonen sen sijaan katsoo, että ””yksityisautonomia’, ’julkinen valta’, ’toimivalta’ ilmaisujen yhteydessä tuskin voidaan löytää mitään, jonka nimiä ne olisivat”, vaan ”kysymys on pikemminkin tietyistä asiantiloista, joiden vallitessa ilmaisuja on mielekästä käyttää”.

Vaikka Makkonen hyväksyykin Holopaisen julkilausutut käsiteanalyttiset lähtökohdat, hän pitää tämän ohjelmallisia lausumia eräässä mielessä liian radikaaleina; juuri tietynlaisessa ohjelmallisessa käsiteneihilismissään oppipoika on ehkä ollut luterilaisempi kuin Luther itse. Lisäksi Makkonen

(s. 474) toteaa tekijän esityksen tuntuvan muutamissa kohdin hämärältä ja lukijan saattavan ”jopa saada sen käsityksen, että kirjoittaja silloin tällöin syyllistyy siihen, minkä hän periaatteessa torjuu, nimittäin oikeudellisten johtopäätösten tekemiseen käsittekonstruktioista”. Saattaa tuntua yllättävältä, että Makkonen, jota on pidetty käsitelainopin kriitikkona *par excellence*, lisää tähän: ”Eri asia on, onko tätä a i n a edes pidettävä virheenä.”

Makkoselle Holopaisen esitys osoittaa, että ongelma käsitteiden käytöstä oikeustieteessä ei ole aina niinkään yksioikoinen. Makkonen (s. 474) muistuttaa, että kun käytämme kieltä, käytämme myös käsitteitä, joiden avulla kuvaamme todellisuutta. Ja kun annamme kielellisille ilmaisuille merkitysisältöjä, muodostamme käsitteitä, ajatuksellisia apuvälineitä. Niinpä ”kysymys ei ehkä ole niinkään siitä, käytämmekö käsitteitä tai ei, vaan siitä, miten ne muodostetaan tai eri yhteyksissä ymmärretään”. On myös ongelmallista sanoa, että eräät oikeusjärjestykset ovat käsitteellisiä ja toiset eivät. Makkonen kysyy, mitä itse asiassa tarkoittaa, että jokin oikeusjärjestys rakentuu tietyille käsitteille tai että jokin oikeusjärjestys on käsitteellisempi kuin jokin toinen. Käsitteiden avulla kuvataan oikeusjärjestyksiä, käsitteet ovat ”välttämättömiä ajatusvälineitä kaikissa yhteyksissä”: ”kyllä kai Suomenkin oikeusjärjestyksen kuvaamisen on tapahduttava käsittein, eri asia sitten on, mitä ne sisältävät”. Holopainen korostaa monessa yhteydessä, että kunnan asemaa on tutkittava ”reaalisena ilmiönä”, positiivisoikeudellisen lainsäädännön nojalla. Makkosen kritiikki taas tähdentää, että tähän ”reaaliseen ilmiöön” ei ole käsitteet ohittavaa oikotietä, että kunnan asemaa sääntelevää positiivisoikeudellista lainsäädäntöä ei voida kuvata ilman käsitteellisiä apuvälineitä. Makkonen (s. 476) arvostelea myös Holopaisen lakipositivistista purismia. Hän kysyy, ”mitä tarkoittaa se, että kunnan asema perustuu oikeusjärjestykseen eikä sen ulkopuolisiin sosiologisiin, ideologisiin ym. tekijöihin” ja jatkaa:

”Eivätkö mainitut tekijät aina ole oikeusjärjestyksien taustalla? Tuskin voidaan ajatella oikeusjärjestystä, joka ei ilmaisisi jotakin ideologiaa tai kytkeytyisi joihinkin sosiologisiin tekijöihin. Perustuessaan säädetyistä normeista muodostuvaan oikeusjärjestykseen, kunnankin asema kai liittyy niihin sosiologisiin ja ideologisiin tekijöihin, jotka ovat tämän oikeusjärjestyksen takana? Onko ylipäänsä mahdollista, että oikeusjärjestys pystyy, kuten tekijä sanoo, yksinomaan kunnan aseman funktionaaliseen säätelymiseen? Eivätkö niiden ideologisten ohjelmien ja päämäärien asettaminen, joka tekijän mukaan liittyy normatiivisten käsitteiden käyttämiseen, itse asiassa aina ole asian luonnosta johtuva välttämättömyys?” (s. 476–477.)

Nämä kysymykset viestivät Makkosen oman opettajan, Otto Brusiinin, vaikutuksesta. Makkosen tuotannon kokonaisuutta vasten niitä voi kuitenkin pitää jossain määrin vieraina: hänen omista tutkimuksistaan saa turhaan haakea oikeusjärjestyksen taustalla olevien sosiologisten ja ideologisten tekijöiden erittelyä.

Käsitelainopin itsepuolustus

Ohjelmallisen analyttisesti suuntautuneiden hallinto-oikeudellisten tutkimusten sarja päättyi Kari Sinisalon väitöskirjaan *Poliisin toimivallan määräytyminen*. Kirja on kiinnostava myös siksi, että vastaväittäjänä oli *Olavi Rytkölä*, jonka analytytikit ymmärsivät edustavan traditionaalista, käsitelainopillisesti asennoitunutta tutkimusta ja johon esimerkiksi Holopainen väitöskirjassaan suuntasi ankaraa kritiikkiä. Sinisalon väitöskirjan kautta voimme siis myös lähestyä edellisen tutkijapolven reaktiota osakseen saamaansa arvosteluun ja ylipäättään uuden tyypiseen lähestymistapaan.

Sinisalo ilmoittaa tutkivansa väitöskirjassaan poliisin vallankäyttöä ”siltä osin kuin sen tavoitteena on *yleisen järjestyksen ja turvallisuuden* voimassa pitäminen”. Hän toteaa, että ”näin ollen olisi tähdellistä ilmoittaa, minkälaisia ilmiöitä mainitun termikompleksin piiriin poliisilain mukaan luetaan”. Hie-man yllättäen hän jatkaa, että ”sellaista esitystä ei tämä teos varsinaisesti kuitenkaan sisällä, vaan asian selvittäminen on täytynyt jättää tutkimuksen ulkopuolelle”. Hänen mukaansa työssä ”tutkitaan sen vallan määräytymistä, joka poliisilla on yleisen järjestyksen ja turvallisuuden voimassa pitämiseksi, mutta ei kuvailla yksityiskohtaisesti, mitä tuolla termikompleksilla tarkoitetaan”. Valintaansa hän perustelee ensinnäkin sillä, että ”sanallisen analyysin” avulla ei voida saada merkittäviä tuloksia: ”emme voi irrallisesti pohtia, mitä tarkoitetaan sanalla järjestys, mitä sanalla turvallisuus jne.” Arkikielessä järjestyksestä ja turvallisuudesta puhutaan monessa merkityksessä, ja asiayhteydestä ja kielenkäyttäjistä riippuu, mitä niillä kulloinkin tarkoitetaan. Sinisalo viittaa siihen, mitä Makkonen kirjoitti huoneenvuokralain käsitteestä ”pahan tapainen elämä” artikkelissaan ”Ajatuksia juridisen kielen loogisesta analyysistä”. Makkosen (1959, s. 62) mukaan ”tuomioistuin omaksuu jokaisessa yksityistapauksessa termien käyttöedellytykset, joita voi olla yhtä monta kuin tuomioistuimen ratkaistavaksi kysymyksessä olevilla perusteilla saatettua oikeustapausta”. Vastaavasti tulisi siten Sinisalon mielestä ”voida osoittaa oikeustapauksia hyväksi käyttäen, minkälainen merkityssisältö termikompleksil-

le yleinen järjestys ja turvallisuus on poliisitoiminnan yhteydessä annettu”. Tällaisia tuomioistuinratkaisuja ei kuitenkaan juurikaan ole, eikä edes kante-luratkaisuista kerry riittävää aineistoa. (Sinisalo 1971, s. 28–29.)

Sinisalon tutkimuksen peruskäsite on ”toimivalta”, ja väitöskirjan II luku onkin otsikoitu *Toimivalta terminologisena käsitteenä*. Jo luvun ensimmäisessä kappaleessa Sinisalo (s. 43) omaksuu Makkosen vuonna 1964 esittä-män toimivaltakäsitteen määritelmän: ”orgaanin toimivallalla ... tarkoite-taan tässä teoksessa sen *valtaa liittää oikeustosisekoisiin tiettyjä oikeus-seuraamuksia*” tai – toisin ilmaistuna – ”sille kuuluvaa mahdollisuutta ai-kaansaada muutos hallintoalamaista tai toista orgaania koskevassa oikeudel-lisessä normistossa”. ”Toimivaltanormiksi” Sinisalo (s. 49) ilmoittaa ”kut-suvansa” ”oikeusohjetta, joka sääntelee jonkin orgaanin toimivaltaa”. Toi-mivaltaa taas käytetään siten, että ”orgaani reaali maailmassa havaittavalla tavalla liittää oikeustosisekkaan siihen kuuluvan seuraamuksen”.

Makkoseen vedoten Sinisalo (s. 50) viittaa ”esineellistävään ajatteluta-paan, jolla toimivallan siirtämiseen liittyviä probleemoja on koetettu ratkais-ta”. Sinisalon mukaan ”myös puhuttaessa toimivallan käyttämisestä ja ni-menomaan sen ylittämisestä syntyy helposti tämäntapainen mielikuva”: ”toi-mivalta on ikään kuin jokin alue, jolla orgaani liikkuu ja jonka rajan se liik-kuessaan saattaa ylittää”. Se, ”mitä todella tapahtuu”, kun toimivalta ”ylite-tään”, on Sinisalon (s. 50–51) erittelyn mukaan virheellinen kytkentä: ”toi-siinsa kuulumattomat tosiseikat ja oikeusseuraamukset liitetään yhteen tai sitten oikean kytkennän suorittaa väärä orgaani”. Itse asiassa jos ”toimivalta ylitettiin, sitä ei ollutkaan”, mutta jos orgaanin sanotaan toimineen ”toimi-valtansa rajoissa” tai ”toimivaltansa mukaisesti”, silloin orgaanilla yksinker-taisesti *oli* toimivalta. Sinisalon mukaan olisikin täsmällisempää puhua toi-mimisesta toimivaltanormien mukaisesti tai niitä rikkoen.

Sinisalon erittelyä, joka ponnistaa Makkosen ”Toimivalta”-artikkelis-ta, voi pitää julkisoikeudellisena esimerkkinä pyrkimyksestä korvata ”sub-stanssiajattelu” relaatioanalyysillä. Varovaiseksi kritiikiksi voi tulkita Sini-salon (s. 55) kommentin Makkosen toteamukseen, jonka mukaan päättely itse asiassa käy hallintotoimen pätevyystä asianomaisen instanssin kom-petenssiin eikä kompetenssista pätevyYTEEN. Sinisalo toteaa, että ”käytän-nössä ei kuitenkaan ole hallintotoimia, jotka apriorisesti *tiedettäisiin* päte-viksi ja joista niin ollen voitaisiin päätellä toimivallan olemassaolo”. Tilanne on päinvastoin se, että ”on hallintotoimia, joiden pätevyys halutaan tietää”. Kysymykseen vastataan toimivaltanormien nojalla, ja näin käytännössä päät-tely kulkee orgaanin toimivallasta hallintotoimen pätevyYTEEN.

Makkosen ohella Sinisalo (s. 60–63) nojautuu myös Hohfeldtin erittelyyn oikeudellisista perusrelaatioista. Näiden avulla hän etsii vastausta kahteen virkamiehen toimivallan ja virkavelvollisuuksien välistä suhdetta koskevaan kysymykseen. Ensinnäkin ”jos sanomme, että jonkin toimenpiteen suorittaminen on virkamiehen velvollisuus, sanommeko samalla, että hän on toimivaltainen suorittamaan tämän toimen”? Ja toiseksi ”jos sanomme, että virkamies rikkoo virkavelvollisuutensa, sanommeko samalla, että hän ylittää toimivaltansa”? Toimivallan ja velvollisuuden käsitteellisen suhteen kannalta olennaista on Sinisalon mukaan, ”aikaansaako velvollisuuden täyttäminen hallintoalamaista tai toista orgaania koskevan oikeustilan muutoksen”. Kun näin ei aina ole, Sinisalo päättelee, että ”orgaanin toimivallalla ja velvollisuudella ei ole sellaista yhteyttä, *että jommastakummasta esitettävät väitteet merkitsisivät sellaisinaan mitään toisen osalta*”. Niinpä ”positiivisen oikeuden pohjalta on erikseen ratkaistava, minkälaisia velvollisuuksia orgaanilla on, ja toisaalta, minkälainen toimivalta sillä on”.

Ei ole yllättävää, että vastaväittäjä Rytkölä ilmoitti pitävänsä teoksen positiivisoikeudellista toista osaa ”huomattavasti parempana” kuin ensimmäistä osaa, joka käsitti johdannon ja toimivalta-käsitettä koskevan luvun. Rytkölän mukaan ensimmäiseen osaan sisältyy ”liian paljon käsitelmärittelijä, jotka lisäksi eivät selvästi aina ilmaise, mitä kirjoittaja asianomaisilla käsitteillä kulloinkin tarkoittaa”. Rytkölä arvostelee erityisesti toimivaltakäsitteen erittelyä. Hän selostaa Sinisalon lähtökohtanaan käyttämää Makkosen toimivalta-käsitteen määritelmää ja toteaa, että hän ei omasta puolestaan ”voi hyväksyä enempää kirjoittajan omaksumaa lähtökohtaa kuin sitä varsin suppeaa toimivallan käsitettä, johon hän tutkimuksessaan päätyy”. Vastaväittäjän kritiikkiä ei voi pitää kovin vakuuttavana; siinä on vahvasti auktoriteettiargumentaation piirteitä. Rytkölä katsoo, että ”kun kysymys on niin keskeisestä asiasta hallinto-oikeudessa kuin viranomaisen ja virkamiehen toimivallasta, on ... *hallinto-oikeudellisessa tutkimuksessa* lähdettävä niistä toimivallan määrittelyistä, jotka hallinto-oikeustieteessä ja yleensä julkisessa oikeudessa ovat vallitsevia”. Ja sitten avoin auktoriteettiargumentti: ”Näin sitäkin suuremmalla syyllä, kun lukuisat hallinto-oikeuden tutkijat (*Forsthoff, Herlitz, Ståhlberg, Merikoski, Uotila* ym.) ovat samoin kuin allekirjoittanutkin määritelleet tai ainakin ymmärtäneet toimivallan paljon laajempisältöiseksi käsitteeksi.” (Rytkölä 1971, s. 752.)

Miten niin sanotun perinteisen doktriinin edustajat sitten yleisemmin vastasivat analyttikkojen kritiikkiin? Merikosken vastauksena oli vaikeneminen. Häneen olikin uuden sukupolven kirjoituksissa suhtauduttu sopivan

kunnioittavasti, ja arvostelu, silloin kun sitä esitettiin, oli puettu kohteliaaseen muotoon. Toisaalta se Makkosen väitöskirjan kritiikki yhden ainoan oikean ratkaisun oppia kohtaan, joka 1960-luvun lopulla ja 1970-luvulla eniten innosti ainakin oikeustieteellisen tutkijakunnan nuorta, radikaalia siipeä, kohdentui pitkälti juuri Merikoskeen. Merikosken aktiivinen tutkijauraa oli 1960-luvulla kuitenkin jo loppuillaan; sen päätepiirteenä voi pitää vuonna 1958 ilmestynyttä teosta *Vapaa harkinta hallinnossa*. Merikoskella ei enää seuraavalla vuosikymmenellä näyttänyt riittävän kiinnostusta vastata esimerkiksi siihen kritiikkiin, jota Makkonen oli väitöskirjassaan esittänyt yhden ainoan oikean ratkaisun mallista tai sidotun ja vapaaharkintaisen hallinnon määrittelemisestä. Vastaaminen perinteisen doktriinin kritikoille jäi lähinnä Rytkölän harteille.

Olisi epäoikeudenmukaista ja harhaanjohtavaa jättää Rytkölän vastargumentaation selostaminen pelkästään tämän Sinisalon väitöskirjasta kirjoittamaan lausuntoon. Sisällöllisempää argumentaatiota edustaa esimerkiksi Lakimiehessä vuonna 1965 julkaistu artikkeli ”Hallinto- ja finanssioikeudessa sovellettavista oikeusnormeista”. Suurin osa niistä analyttisten lähtökohtien nimiin vannovista tutkimuksista, joita olen yllä tarkastellut, oli tuolloin vielä julkaisematta; lukijoiden saatavilla oli vasta Makkosen kaksi ensimmäistä artikkelia, joista vain toinen, toimivaltakäsitetä eritelty, sijoitui nimenomaan hallinto-oikeuden alaan. Voikin ehkä sanoa, että Rytkölä kirjoituksellaan tavallaan ennakoii sitä perinteisen doktriinin käsiteanalyttistä kritiikkiä, jota Holopaisen väitöskirja ehkä kaikkein radikaaleimmin edusti.

Jos Holopaisen väitöskirjan ohjelmallisia jaksoja voi lukea eräänlaisena käsiteanalyttisenä uskontunnustuksena, Rytkölän kirjoitus alkaa oikeustieteellisen käsitteenmuodostuksen puolustuspuheella sitä kritiikkiä vastaan, jota käsitelainoppiin oli kohdistettu. Tämän päivän keskustelun kannalta mielenkiintoista on myös se, että Rytkölä pyrkii nimenomaisesti osoittamaan hallinto-oikeuden yleisten oppien merkityksen niin hallinto-oikeustieteelle kuin käytännön hallintotoiminnallekin.

Rytkölän mukaan ”oikeustiede pyrkii useiden muiden tieteiden tavoin oikeuselämän eri ilmiöiden perusteella muodostamaan tiettyjä käsitteitä sekä kokoamaan nämä käsitteet yhtenäiseksi järjestelmäksi”. Hallinto-oikeudessa tällaisella käsitteenmuodostuksella on hänen mielestään ehkä vielä suurempi merkitys kuin monilla muilla oikeudenaloilla. Syynä on se, että ”hallinto on siksi monivivahteista ja sen alalla esiintyvät oikeusilmiöt siksi moninaisia, että niiden oikea ymmärtäminen ja oikeussäännöksiin järjestäminen

vaatii ehdottomasti hallinnon kulkuun vaikuttavien johtavien periaatteiden selvittämistä ja tiettyjen yleiskäsitteiden muodostamista”. Rytkölä korostaa niin ikään, että ”myös lainkäytön yhtenäisyys hallinnon alalla edellyttää, että tapahtumia katsotaan tietyistä kiinteistä näkökulmista pyrkimällä arvos-telemaan samankaltaisia ilmiöitä samalla tavalla”. Kriitikoiden puoleen kääntyen Rytkölä toteaa, että ”vaikka tällaisella käsitelainopilla on varsinkin Skandinavian maissa runsaasti vastustajia, niin ei ainakaan hallinto- ja finanssioikeudessa ilman sanotunlaista käsitteenmuodostusta päästä lainkaan oikeudenmukaisiin tuloksiin”.

Rytkölä näyttää hyväksyvän myös käsitelainopin konstruktiivisen metodin deduktiivisen puolen, toisin sanoen käsitteiden käyttämisen perustana yksittäistapauksellisille oikeudellisille johtopäätöksille, mutta esittää tälle tärkeän reunaehdon. Hän näet tähdentää, että ”on aina muistettava, että tiettyihin käsitteisiin ja niihin liittyviin yleisluonteisiin oikeudellisiin periaatteisiin nojautuen ei ole koskaan lupa sivuuttaa yksityistapauksessa kenties toisensisältöisiä positiivisoikeudellisia säännöksiä”. Toisaalta yksittäisten oikeudellisten tilanteiden erityisluonnetta korostavaan kasuistiseen metodiin liittyvät myös omat vaaransa: ”kasuistinen metodi, pyrkiessään yleensä käsittelemään kunkin yksityistapauksen erillisenä ja siten pakostakin laajemmasta oikeudellisesta miljööstä riippumattomana ilmiönä sekä tekemään ratkaisunsa tämän mukaisesti, johtaa epäyhtenäiseen ja kirjavaan hallintokäytäntöön sekä vie helposti mielivallan tielle”. Rytkölän johtopäätöksenä on, että ”hallinto- ja finanssioikeudessa onkin erityisesti niillä oikeuskäsitteillä ja oikeusperiaatteilla, jotka sisältyvät ns. hallinto-oikeuden oppeihin, huomattava merkitys niin hallinto-oikeustieteen kuin myös käytännössä esiintyvien hallinnollisten ratkaisujen kannalta ... jopa niin suuri merkitys, että hallinto-oikeudellista tutkimusta ilman riittävää hallinto-oikeuden yleisten oppien tuntemusta ja huomioon ottamista ei juuri voida ajatella”.

Samaan tapaan kuin Paul Laband lähes 100 vuotta aikaisemmin, Rytköläkin joutuu vielä toteamaan julkisoikeuden olevan tieteellisen tutkimuksen kohteena yksityisoikeutta huomattavasti nuorempi oikeudenala. Niinpä ”hallinnon joutumisesta verraten myöhään laajemman oikeustieteellisen huomion ja tutkimuksen kohteeksi on ollut yhtenä seurauksena, että hallinto-oikeudellisessa käsitteenmuodostuksessa ja hallinto-oikeuden johtavien periaatteiden selvittelyssä on vielä olemassa paljon puutteita ja vajavaisuuksia”. (Rytkölä 1965, s. 172–173.)

Tilien päättämistä

Analyyttisen oikeustieteen kahta vaihetta tai sukupolvea voi kutsua analyyttiseksi realismiksi ja analyyttiseksi hermeneutiikaksi. Ensimmäisen vaiheen nimitys on tosin sikäli harhaan johtava, että kaikki tämän vaiheen edustajat Suomessa – erityisesti on mainittava Zitting – eivät olleet kiinnostuneita skandinaavisen realismin realistisesta puolesta. Mutta jos laajennamme tarkastelumme Suomesta pohjoismaiseen keskusteluun, luonnehinnat voitaneen yleistyksinä hyväksyä. Makkosen keskeinen merkitys on ehkä siinä, että hän on näiden kahden vaiheen välittäjä, joka suomalaisen oikeusteorian historiassa selkeästi viitoittaa tietä kohti *Aulis Aarniossa* henkilöityvään analyyttiseen hermeneutiikkaan. On kiinnostavaa havaita jo Makkosella viittauksia, joista Aarnio lähti kehrittelemään omaa ajatteluaan: Wittgensteinin myöhäisfilosofian ohella esimerkiksi *von Wrightin* praktisen syllogismin hyödyntäminen tuomioistuinten ratkaisutoiminnan erittelyssä tai argumentaatioteorian merkitys. Makkosesta Aarnioon johtava linja ei kuitenkaan ole tämän kirjoituksen teemana.

Ensimmäiselle vaiheelle voi asettaa kaksi tunnusmerkkiä: ensinnäkin käsite- ja kielianalyysin kohdentaminen oikeustieteen kieleen, oikeusfilosofian tai oikeusteorian tehtävän tulkitseminen nimenomaan oikeustieteen kielen ja käsitteistön puhdistamiseksi metafyyisisistä aineksistaan. Näinhän esimerkiksi Ross määritteli *Om ret og rettferdighed* -teoksessaan oikeusfilosofian tehtävät (Ross 1966, s. 9 ss.). Tässä on analyyttisen realismin analyttinen puoli. Realistinen puoli, ensimmäisen vaiheen toinen tunnusmerkki, ilmenee puolestaan empiristisessä ontologiassa ja tieteenfilosofiassa: oikeustieteen tieteellisyys oli pelastettava osoittamalla sen peruskäsitteille semanttinen referenssi empiirisessä todellisuudessa. Esimerkeistä käyköön vaikka Rossin (1966, s. 41 ss.) voimassaolo-käsitteen analyysi tai Lahtisen (1951) oikeusnormin käsite. Jos käsitteillä ei ollut empiiristä semanttista referenssiä, ne oli hylättävä metafyyysisinä spekulatioina. Tämähän oli esimerkiksi Lundstedtin johtopäätös subjektiivisen oikeuden käsitteen erittelystä (ks. esim. Lundstedt 1929). Käsiteanalyysiin voi vielä liittää vaatimuksen substanssi- tai olemusajattelun hylkäämisestä ja korvaamisesta käsitteillä, jotka substanssien sijasta viittaavat relaatioihin. Esimerkkinä voi käyttää Zittingin (1951 ja 1952) kritiikkiä traditionaalista omistusoikeus-käsitettä kohtaan ja yhtenäisen, etten sanoisi möhkälemäisen, omistusoikeus-käsitteen hajottamista omistajan oikeusasemiksi eri relaatioissa.

Makkonen suhtautuu ihaillen Zittingin omistusoikeus-käsitteen erittelyn kaltaisiin analyyttisen oikeustieteen ensimmäisen vaiheen saavutuksiin; esineellistävän substanssi- tai olemusajattelun kritiikki saa häneltä täyden tuen. Ja myös häneltä voidaan osoittaa realisteilta vaikutteita saaneita yrityksiä paikantaa keskeisille oikeudellisille käsitteille semanttinen referenssi empirisestä todellisuudesta; Makkonenhan esimerkiksi nojaa käyttämänsä oikeusnormin käsitteen Geigerin ja Lahtisen realistisiin esikuviiin. Tällaisten pyrkimysten ansio on Makkosen mielestä ennen muuta käsitteiden täsmällisyyssasteen kohottamisessa.

Kuitenkin ensimmäisen vaiheen tapa asettaa oikeusfilosofian tai oikeusteorian tehtävät on Makkosen mielestä liian ahdas. Hän allekirjoittaa käsiteanalyysin merkitystä painottavan ja samalla käsitelainoppiin kriittisesti suhtautuvan lähtökohdan. Mutta käsiteanalyysia ei ole suunnattava vain oikeustieteen kieleen vaan ylipäättään toimivaan oikeudelliseen kieleen, tosiasialliseen oikeudelliseen kielenkäyttöön. Empiristisen koeteltavuus-teesin käyttäminen oikeudellisten käsitteiden hyväksyttävyyden mittarina merkitsee puolestaan oikeudellisten käsitteiden tehtävien ymmärtämistä liian kapeasti: oikeudellisilla käsitteillä on oikeudellisessa kielenkäytössä muitakin tehtäviä kuin vain kuvata (empiristä) todellisuutta. Oikeudellistenkin käsitteiden merkitys riippuu niiden kulloisestakin käyttöyhteydestä – kielipelistä, jossa niitä käytetään. On mahdollista, että joissakin käyttöyhteyksissä oikeudellinen käsite on nimirelaatiossa johonkin empirisen todellisuuden ilmiöön, mutta näin ei suinkaan aina ole asia. Oikeusfilosofian tehtävänä ei ole niinkään karsia oikeudellisesta kielenkäytöstä käsitteitä, jotka eivät täytä empiristisen tieteenfilosofian puristisia vaatimuksia, kuin selventää käsitteiden merkitystä niiden käyttöyhteyksiä erittelemällä. Analyyttinen realismi äärimuodoissaan jakoi, paradoksaalista kyllä, käsitelainopin esineellistävän substanssijattelun kanssa saman perusvirheen: ekstensionaalisen ajattelun, jossa käsitteet nähtiin aina nimirelaatiossa johonkin ilmiökokonaisuuteen. Näin oli siitä huolimatta, että näillä suuntauksilla oli tietysti kokonaan eri käsitys siitä, minkälainen oli luonteeltaan se todellisuus, joka muodosti nimirelaation toisen puolen.

Muissa Pohjoismaissa, ennen kaikkea Norjassa mutta osin myös Tanskassa, analyyttinen realismi on toiminut porttina oikeussosiologiseen kiinnostukseen. Voimme viitata *Torstein Eckhoffiin* tai Tanskassa vaikuttaneeseen Theodor Geigeriin. Mutta porttiteoria yksinkertaistaa tässäkin yhteydessä vaikutussuhteita. On mahdollista, että oikeusrealismi tyytyy pelkästään oikeudellisten peruskäsitteiden määrittelemiseen uudelleen eikä etene oikeus-

sosiologiseen suuntaan. Esimerkeistä käyköön Rossin ja Lahtisen tuotanto. Ja vaikka Makkonen korostaakin, että oikeustiede on yhteiskuntatiede, hän ei omassa tuotannossaan pureutunut oikeuden sosiaalisiin, poliittisiin tai ideologisiin tausta- ja ympäristötekijöihin. Makkonen oli läheisessä yhteydessä *Otto Brusiiniin*, ja Brusiinin vaikutteita voi todeta siinä moitteessa oikeusjärjestyksen irrottamisesta sosiologisesta ja ideologisesta taustastaan, jonka Makkonen suuntaa Holopaiseen. Mutta moitteen voisi kääntää Makkoseen itseensäkin.

Ne hallinto-oikeuden tutkijat, jotka pyrkivät soveltamaan Makkoselta saamia analyttisiä vaikutteita, eivät enää olleet kiinnostuneita analyttisen realismin empiristisistä lähtökohdista. Esimerkiksi Holopainen tosin korostaa voimakkaasti, että hän tutkii kunnan asemaa empiirisenä ilmiönä. Mutta ”empirialla” hän ei viittaa ”sosiaaliseen todellisuuteen” vaan positiiviseen oikeusjärjestykseen. Kyse on tässäkin käsitelainopin kieltämisestä: kun käsitelainoppi Holopaisen mukaan lähtee esineellistävistä ja substanssi- tai olemusajattelua edustavista käsitteistä, Holopainen ilmoittaa kiinnittävänsä tutkimuksensa ikään kuin välittömästi positiiviseen lainsäädäntöön. Samoihin aikoihin, 1960- ja 1970-lukujen vaihteessa, jolloin Holopaisen väitöskirja ilmestyi, oikeustieteen metodikeskustelussa esitettiin myös vaatimuksia oikeustieteen lähentämisestä, ellei peräti liudentamisesta, (muihin) yhteiskuntatieteisiin (ks. Jyränki 1969, Kivivuori 1969, s. 25–26, ja 1971 sekä Riepula 1973). Nämä vaatimukset kohosivat kuitenkin muulta teoreettiselta perustalta kuin analyttisesta realismista.

Makkosta seuranneet hallinto-oikeuden tutkijat omaksuivat analyttisen oikeustieteen toisen vaiheen lähtökohdat, ennen kaikkea käsitteiden merkityksen sidonnaisuuden käyttöyhteyksiinsä. Makkonen tosin saattoi joutua arvostelemaan Holopaista nimorelaation etsimisestä sieltä, missä se ei ole mielekäästä tai käyttöyhteyksistä riippumattomien ”substanssien” jäänteistä.

Hermanson (1878, s. 2–3) erotti 1800-luvun loppupuolen käsitelainopillisessa vallankumouksessa kaksi puolta, negatiivisen ja positiivisen. Negatiivinen puoli yhdistyi käsitelainopin positivistisuuteen: se tarkoitti oikeustieteen tutkimuskohteen puhdistamista ulko-oikeudellisista aineksistaan, sen rajaamista positiiviseen lainsäädäntöön. Positiivinen puoli puolestaan kytkeytyi käsitelainopin konstruktiviseen metodiin. Metodi oli kaksivaiheinen. Ensimmäisessä vaiheessa positiivisen lainsäädännön ilmentämien oikeuslauseiden perustalta muodostettiin oikeuskäsitteitä; voimme kutsua tätä vaihetta induktiiviseksi. Toisessa, deduktiiviseksi kutsuttavassa vaiheessa näin muodostetuista käsitteistä puolestaan johdettiin – erityisesti aukkotapauk-

sisä – uusia oikeuslauseita. Tätä tarkoitti analyttisten kriitikoiden paljon arvostelema käsitteistä päättelyminen.

Painopiste kritiikissä, jota analyttinen oikeustiede yleensä sekä Makkonen ja hänen seuraajansa erityisesti kohdistivat perinteiseen doktriiniin, oli Hermansonin tarkoittamassa käsitelainopin positiivisessa puolessa, sen konstruktiivisessa metodissa. Negatiivisesta vaatimuksesta, oikeustieteen tutkimuskohteen puhdistamisesta ulko-oikeudellisista aineksistaan, analyttinen oikeustiede on ollut käsitelainopillisten edeltäjiensä kanssa samaa mieltä. Sallittakoon pitkäkö lainaus suomalaisen analyttisen oikeustieteen perustajaisältä, Simo Zittingiltä:

”Saadaksemme esille omistajan oikeusaseman eri momentit sekä niiden oikeudellisen luonteen ja keskinäiset suhteet yhtenäisen järjestelmän puitteissa, on työskenneltävä puhtailla oikeudellisilla käsitteillä ja oikeuslauseilla. Metodin puhtaus ja järjestelmän yhtenäisyys ovat erottamattomasti yhdistetyt ... Oikeudelliselta kannalta vieraat ainekset näet estävät järjestelmän osien aukotonta yhteenliittymistä. ... Vastaavasti on sosiaalinen, taloudellinen tms. intressi oikeudellisesti vierasta ainesta. Intressi sellaisenaan on riippumaton oikeusjärjestyksestä, joka voi sen suojata. Se voi olla aiheena käyttäytymistä koskevien imperatiivien antamiselle, mutta sitä ei voida asettaa viimeksi mainittujen rinnalle.” (Zitting 1952, s. 392.)

Toinen asia on, että positiivisen oikeuden ontologia hahmotettiin varsinkin Rossin tai Lahtisen edustamassa analyttisessä realismissa toisin kuin käsitelainopissa. Käsitelainopissa, sikäli kuin kysymystä ylipäätään pohdittiin, oletettiin uskantilaiseen tapaan erityinen normien todellisuus. Realistit taas pyrkivät palauttamaan oikeuden empiristisesti havainnoitavaan todellisuuteen; oikeuden normatiivisuutta voi jopa pitää oikeusrealismin sokeana pisteenä. Kohtaamme tässä oikeuspositivismin kaksinaismerkityksen: oikeuspositivismiksihan saatetaan kutsua yhtä hyvin oikeuden empiirisestä yhteiskuntatodellisuudesta jyrkästi erottavaa normativismia – ääripäänään Kelsenin puhdas oikeusoppi – kuin realismia, joka päinvastoin pyrkii palauttamaan kaiken oikeuden tähän todellisuuteen.

Sikäli kuin analyttikot kritikoivat edeltävän käsitelainopin negatiivista puolta, kyse oli – paitsi kuvailemistani ontologisten perusnäkemysten eroista – siitä, että käsitelainoppineiden katsottiin esineellistävillä substanssikäsitteillään luoneen spekulatiivisia, metafysisiä entiteettejä, kuten valtion ihmisistä ja näiden välisistä suhteista riippumattomana oliona. Tämän kritiikin mukaan käsitelainoppi ei siten olisi onnistunut negatiivisessa puhdistustyössään, vaan olisi päinvastoin olettanut uusia, positivismin negatiivisia rajoja rikkovia kuvitteellisia olioita.

Tällainen käsitelainopin negatiivisen puolen arvostelu liittyy jo konstruktivisen metodin tuomitsemiseen, missä analyyttikkojen kritiikin pääpaino oli. Toistuva arvostelun aihehan oli, että perinteiset käsitteet ilmensivät esineellistävää olemusajattelua ja että niitä käytettiin perustana oikeudellisille johtopäätöksille; oikeudelliset johtopäätökset oli, kuten esimerkiksi Holopainen väitöskirjassaan tähdensi, tuettava yksinomaan positiiviseen oikeuteen. Holopaiselle perinteiset käsitteet olivat verho, joka oli käsiteanalyysin avulla riisuttava, jotta oikeudelliset ongelmat voitaisiin asettaa ja ratkaista välittömästi positiivisen oikeusjärjestyksen avulla. Niin Makkosella kuin esimerkiksi juuri Holopaisella käsiteanalyysi on lainopillisen tutkimuksen kannalta ikään kuin esivaihe. Käsiteanalyysin avulla voidaan karsia esineellistävän substanssiajattelun synnyttämät näennäisongelmat.

Pääpaino Makkosen ja hänen julkisoikeudellisten seuraajiensa edustamassa analyyttisessä oikeustieteessä on pikemminkin de- kuin rekonstruktiossa. Siitä, miten tutkimuksen pitäisi edetä sen jälkeen, kun näennäisongelmat on käsiteanalyysillä häivytetty, näillä analyytikoilla ei ole kovin paljon sanottavaa. Holopainen näyttää jopa edustavan eräänlaista käsiteneihilismiä, josta Makkonen häntä moittiikin. Makkonen (1969, s. 474) tähdentää kaiken inhimillisen ajattelun käsitteellistä luonnetta; positiivinen oikeusjärjestys perustuu käsitteille, eikä sen sisällön selvittämiseen ole käsitteet ohittavaa oikeotietä. Makkonen ei kuitenkaan anna itsekään kovin pitkälle kantavia viitteitä siitä, miten oikeudelliset käsitteet pitäisi muodostaa ja miten niiden rooli oikeudellisessa tutkimuksessa ja muissa oikeudellisissa käytännöissä olisi ymmärrettävä. Viitteet rajoittuvat lähinnä monesti toistettuun vaatimukseen substanssikäsitteiden korvaamisesta relaatiokäsitteillä. Mutta sellaisia relaatiokäsitteitä, joita tyyppillisimmillään edustavat Zittingin omistajapositiot, ei julkisoikeuden puolella ole oikeastaan kyetty muodostamaan. Sinisalonkin kehitemiä Makkosen toimivalta-käsitteen pohjalta ja Hohfeldtiinkin tukeutuen voi pitää varsin vaatimattomina. Jos kiinnitämme Aarnion (1997, s. 242 ss.) tavoin edistyksen oikeustieteessä siihen, että entistä hienojakoisemmat ja analyyttisemmat käsitteet mahdollistavat uusia oikeudellisia kysymyksenasetteluita ja samalla uusia oikeudellisia vastauksia, on kyseenalaista, voimmeko juurikaan puhua tällaisesta edistyksestä analyyttisesti suuntautuneessa hallinto-oikeudellisessa tutkimuksessa.

Innustus analyyttisen oikeustieteen lähtökohtiin laantuikin hallinto-oikeudessa varsin nopeasti Holopaisen, Vilkkosen ja Sinisalon väitöskirjojen jälkeen. *Matti Niemivuo* (tuolloin vielä Nieminen) julkaisi vuonna 1976 Aarnion tutkijapiirissä pitämänsä alustuksen ruotsinkielisenä. Uutta materiaalia

teemasta ”Den senare analytiska rättsteorin och den förvaltningsrättsliga forskningen i Finland” ei kirjoituksen ilmestymisen jälkeen ole juurikaan kertynyt. Hallinto-oikeudellista tutkimusta kiinnostavampia näköaloja esimerkiksi Hohfeldtiin tukeutuva oikeudellisten relaatioiden analyysi saavutti julkisoikeuden puolella vasta 1980-luvun lopun ja 1990-luvun alun perusoikeustutkimuksessa (Karapuu 1986; Scheinin 1988 ja 1991).

Sen tapainen keskustelu yleisistä opeista, jota Suomessa on käyty 1980-luvulta alkaen, oli Makkoselle ja hänen hallinto-oikeudellisille seuraajilleen vierasta; ehkä on niin, että yleisten oppien katsottiin edustavan tyypillisimmillään sitä käsiteläinopillista ajattelua, josta analyytikot halusivat irtisanoutua. Yleisten oppien puolustaminen jäi traditionalisteiksi leimatuille, kuten Olavi Rytkölälle. Edellä lainaamani Rytkölän yleisten oppien puolustuspuhe vastaa itse asiassa hyvin pitkälle sitä luonnehdintaa, minkä Paul Laband aikoinaan esitti konstruktiivisesta menetelmästä. Sekä Rytkölä että Laband korostavat – konstruktiivisen metodin ensimmäisen vaiheen ”induktiivisuutta” alleviivaten – käsitteenmuodostuksen lähtevän positiivisesta oikeudesta; tämän valossa analyytikkojen moite spekulatiivisten tai metafyyssisten entiteettien olettamisesta tuntuu liioitellulta. Metodin toisesta, deduktiivisesta vaiheesta on taas syytä tähdentää esimerkiksi Rytkölän (1965, s. 172–173) painottavan, että siihen tukeudutaan vain aukkotilanteissa: ”tiettyihin käsitteisiin ja niihin liittyviin yleisluonteisiin oikeudellisiin periaatteisiin nojautuen ei ole koskaan lupa sivuuttaa yksityistapauksessa kenties toisensisältöisiä positiivisoikeudellisia säännöksiä”. Jos emme takerru käsiteläinopin ohjelmallisten luonnehdintojen – esimerkiksi Labandin edellä lainaamani esipuheen – viittauksiin logiikkaan oikeustieteen ainoana menetelmänä, voimme kenties löytää konstruktiivisen metodin järkevän ytimen. Mainitsen tässä *Markku Helinin* (1985) kirjoituksen ”Käsitteistä pääättelemisestä”, jossa tätä ydintä etsitään eräänlaisesta analogia-ajattelusta.

Tämän päivän perspektiivistä analyytikkojen kritiikki traditionaaliseksi kutsumaansa doktriinia kohtaan tuntuu monin paikoin yliampuvalta ja epäoikeudenmukaiselta. Sellaiset 1800-luvun lopun kirjoittajat kuin Laband Saksassa tai Hermanson Suomessa olivat tieteellisen kehityksen etulinjassa. Sen sijaan 1900-luvun loppupuolen ”traditionalisteilla” ei ollut käytettävissään yhtä sofistikoituja vuosisadan filosofisesta keskustelusta omaksuttuja välineitä kuin kritikoillaan. Tästä huolimatta siinä, mitä esimerkiksi Rytkölä vuonna 1965 kirjoitti hallinto-oikeuden yleisistä opeista, on paljon mihin voi yhtyä keskustelun nykyvaiheessa, jossa jo tehdään tilinpäätöstä analytikkojen kritiikistä.

Tämän kritiikin oikeutusta arvioitaessa on kuitenkin pidettävä mielessä, että kaikki käsitelainopin käsitteet eivät perustuneet Labandin ja Hermansonin tai myöhemmin Rytkölän korostamaan induktiiviseen metodiin. Käsitepyramidin huipulla oli käsitteitä, joita ei suinkaan johdettu positiivisen lainsäädännön ilmentämisestä normeista vaan joita päinvastoin pidettiin kaiken positiivisoikeudellisen sääntelyn edellytyksinä. Esimerkiksi valtio-oikeudessa nämä perustavat käsitteet vastasivat kysymykseen, mitä on edellytettävä, jotta valtio-oikeudellinen sääntely olisi ylipäätään mahdollista. Näihin käsitteisiin kuuluivat esimerkiksi ”valtio”, ”valtiovalta” ja ”valtio-orgaani”, toisin sanoen sen tyyppiset käsitteet, joihin esimerkiksi Makkonen ja Holopainen suuntasivat ankarimman esineellistävistä olemusajattelusta moittivan kritiikkinsä (Tuori 1987). Eikö analyytikkojen kritiikki osu maaliinsa ainakin tämän tyyppisten, positiiviseen lainsäädäntöön nähden aprioristen käsitteiden kohdalla?

Kysymykseen voi vastata myöntävästi sikäli kuin kritiikki koskee tällaisten käsitteiden välitöntä käyttämistä oikeudellisen deduktion välineinä, perustana positiiviseen lainsäädäntöön sisällyttämättömien normien johtamiselle tai ylipäätään yksittäistapauksellisille oikeudellisille johtopäätöksille. Toisaalta on tunnustettava sellaisen kysymyksenasettelun merkitys, jossa perätään oikeuden ”ilmitason” kuten positiivisoikeudellisen sääntelyn käsitteellisiä edellytyksiä. Tällainen kysymyksenasettelu suuntaa huomiomme oikeuden ”ilmitason” kulttuuriseen ja syvärakenteelliseen perustaan, jonka merkitys unohdetaan silloin, kun Holopaisen tavoin vaaditaan tutkimuksen pitäytymistä positiivisen oikeusjärjestyksen ”empiriassa”.

Kirjallisuus

- Aarnio, Aulis, *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*. Aldershot: Dartmouth 1997.
- Blomstedt, Yrjö, K. J. Ståhlberg. Keuruu 1969.
- Erich, Rafael, *Suomen valtio-oikeus I*. Porvoo 1924.
- Geiger, Theodor, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. Kobenhavn 1947.
- Helin, Markku, ”Käsitteistä päättelämisestä”, *Juhlajulkaisu Simo Zitting 1915–14/2–1985*. Vammala 1985, s. 82–92.
- Hermanson, Robert F., ”Om juridisk konstruktion i statsrätten I–II”, *JFT* 1878–1879, s. 1–32 ja 457–616.
- Hermanson, Robert F., *Om Finlands ständer, deras förhållande till monarken och folket*. Helsingfors 1884.
- Holopainen, Toivo, *Kunnan asema valtiossa*. Vammala 1969.

- Ikkala, Olli, *Kunnan yleinen toimivalta*. Vammala 1959.
- Jellinek, Georg, *Allgemeine Staatslehre*. Berlin 1914.
- Jyränki, Antero, "Teesejä juridiikasta ja juristeista". *Lakimies* 1980, s. 880–892.
- Kaira, Kaarlo, "Virallisen vastaväittäjän lausunto teoksesta Kastari, Paavo: Eduskunnan hajoitus Suomen oikeuden mukaan". *Lakimies* 1941, s. 450–464.
- Karapuu, Heikki, "Perusasioita perusoikeuksista". *Oikeustiede Jurisprudentia* XIX, s. 67–124. Vammala 1986.
- Kastari, Paavo, *Eduskunnan hajoitus Suomen oikeuden mukaan*. Vammala 1940.
- Kekkonen, Urho, *Kunnallinen vaalioikeus Suomen lain mukaan*. Helsinki 1936.
- Kivivuori, Antti, *Suomen vahingonkorvauslainsäädännön kehitys I*. Joensuu 1969.
- Laband, Paul, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*. Band I. Freiburg 1888.
- Lahtinen, Osvi, "Till läran om juridiska personer". *TfR* 1949, s. 47–58.
- Lahtinen, Osvi, *Zum Aufbau der rechtlichen Grundlagen*. Helsinki 1951.
- Lundstedt, Vilhelm, *Obligationsbegreppet*. Förra delen. Uppsala 1929.
- Makkonen, Kaarle, "Ajatuksia juridisen kielen loogisesta analyysistä". *Lakimies* 1959, s. 49–72.
- Makkonen, Kaarle, "Toimivalta". *Lakimies* 1964, s. 778–784.
- Makkonen, Kaarle, *Zur Problematik der juristischen Entscheidung*. Turku 1965.
- Makkonen, Kaarle, "Der Ausdruck 'subjektives Recht' in der juristischen Sprache". Teoksesta *Ius humanum*, Turku 1967, s. 112–123.
- Makkonen, Kaarle, *Kunnallinen säädösvalta*. Vammala 1968.
- Makkonen, Kaarle, "Tutkimus kunnan asemasta. Virallisen vastaväittäjän lausunto teoksesta Holopainen, Toivo: Kunnan asema valtiossa". *Lakimies* 1969, s. 467–480.
- Makkonen, Kaarle, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*. Vammala 1981.
- Makkonen, Kaarle, *Luentoja yleisestä oikeustieteestä*. Helsinki 1998.
- Merikoski, Veli, *Vapaa harkinta hallinnossa*. Vammala 1958.
- Nieminen, Matti, "Den senare analytiska rätts teorin och den förvaltningsrättsliga forskningen i Finland". *JFT* 1976, s. 266–279.
- Paschukanis, Evgenij, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*. Frankfurt/M 1969.
- Riepula, Esko, "Oikeudellisen tutkimuksen näköaloja". *Oikeus* 1973, s. 3–8.
- Ross, Alf, *Om ret og retfaerdighed*. Kobenhavn 1966.
- Rytkölä, Olavi, "Hallinto- ja finanssioikeudessa sovellettavista normeista". *Lakimies* 1965, s. 172–185.
- Rytkölä, Olavi, "Virallisen vastaväittäjän lausunto teoksesta Sinisalo, Kari: Poliisin toimivallan määräytyminen". *Lakimies* 1971, s. 750–754.
- Scheinin, Martin, *Aseistakieltäytymisoikeus*. Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitoksen julkaisuja D:3. Helsinki 1988.
- Scheinin, Martin, *Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa*. Jyväskylä 1991.
- Sinisalo, Kari, *Poliisin toimivallan määräytyminen*. Vammala 1971.
- Tuori, Kaarlo, "General Doctrines in Public Law". *Scandinavian Studies in Law* 1987, s. 177–197.
- Vilkkonen, Eero, *Hallintotoimen mitättömyydestä*. Vammala 1971.
- Zitting, Simo, *Omistajanvaihdoksesta*. Vammala 1951.
- Zitting, Simo, "Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista I–II". *Lakimies* 1952, s. 387–401 ja 501–531.

Valikoivia huomioita Aulis Aarnion analyttisesta hermeneutiikasta¹

1. Mistä analyttinen oikeusteoria oikeastaan nousi ja miten se kehittyi?

Vaikka analyttisen oikeusteorian kehitystä on Suomessakin eri yhteyksissä kuvattu, ei sitä voida olettaa niin yleisesti tunnetuksi, että asian kertauksesta voitaisiin tässä kokonaan luopua.² Analyttinen oikeusteoria lähti liikkeelle perinteisen, konstruktivistisen oikeusdogmatiikan (*käsiteläinopin*) kritiikistä. Osan innoituksestaan se sai loogisen positivismin mukaisesta tieteenkäsitelmästä, joka oli elänyt vahvana vuosisadan alkupuolella. Loogisesta positivismista periytyi kiinnostus filosofiaan tieteellisen kielenkäytön loogisena analyysinä. Aarnion mukaan analyttisessä oikeusteoriassa pitkälle toistui sama kehitys, joka analyttisessä filosofiassakin oli toteutunut.³

¹ Varasin professori (emer.) Aulis Aarniolle tilaisuuden tutustua artikkelikäsitelmään mahdollisten kommenttien toivossa. Oli erityinen ilo saada häneltä valaiseva kirjallinen kommentti, joka selvensi minulle muutamia hänen ajattelunsa avainkohtia. Tämä ei tietenkään merkitse sitä, että hänelle kuuluisi minkäänlaista osavastuuta esitetyistä tulkinnoista puhumattakaan siitä, että hän olisi ne hyväksynyt. Kiitokset muutamille muillekin kommenttejaan antaneille.

² Erityisesti Aarnio on asiaa lukuisissa yhteyksissä kuvannut. Ks. myös esim. Wikström, *Oikeuskäytännön tulkinnasta*, 1979, s. 29–50 ja Tuori, ”Kaarle Makkonen ja hallinto-oikeuden tutkimus” (toisaalla tässä teoksessa). – Koetan ainoastaan tiivistää analyttisen oikeusteorian itseymmärryksen kannalta keskeiset oletukset tarkastelun taustaksi, enkä pyri itseensä tutkimuspanokseen tässä kohdin.

³ Aarnio on laajassa esseessään kotimaisen oikeusteorian ja oikeusfilosofian virtauksista piirtänyt 1900-luvun kehityksen suuria linjoja. Kirjoituksessa tarkastellaan muun ohella analyttisen oikeustieteen murtautumista teoreettiseksi valtasuunnaksi 1950-luvulta lähtien sekä analyttisen oikeusteorian sisäistä kehitystä varhaisvaiheen opeista kritiikkien kautta myöhemmän analyttis-hermeneuttiseen oikeusteoriaan. Ks. ”The Development of Legal Theory and Philosophy of Law in Finland”, *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*, s. 9 ss.

Analyyttisen oikeustieteen kotimaiset varhaisvaiheen edustajat *Osvi Lahtinen* ja *Simo Zitting* olivat kumpikin kiinnostuneita tieteellisen kielen puhdistamisesta tarpeettomista ja kestäättömistä oletuksista. Tieteen kielen tieteellistämiseen tähtäsi myös skandinaavinen realismi. Filosofisesti pitävä tarkastelu pystyisi, niin uskottiin, osoittamaan oikeustieteen kieleen liittyvistä ongelmista monet ainoastaan näennäisongelmiksi.⁴ Tällainen oli esimerkiksi kysymys ”oikeussubjektista”. Sellaisesta ”oliosta” oli yksinkertaisesti tarpeetonta puhua. Aarnio korostaa erityisesti Lahtisen merkitystä myöhemmän analyttisen oikeusteorian harrastuksen viriämiselle.⁵

Kotimaisen siviilioikeuden teoriassa *Simo Zittingin* tunnetut analyysit omistajan oikeusasemasta suhteessa toisiin tahoihin yhtäältä staattisessa tilanteessa ja toisaalta dynaamisessa omistajanvaihdon tilanteessa loivat vahvan perustan analyttiselle siviilioikeustutkimukselle useiksi vuosikymmeniksi. Omistusoikeus pilkottiin osiinsa: omistajan primääriin oikeuteen, määräämisvaltaan ja sivullissuojaan dynaamisessa suhteessa. Aarnio ei kuitenkaan liitä Zittingiä niinkään loogisen positivismin tieteenfilosofiseen perinteeseen, vaan katsoo hänen saaneen vaikutteensa pikemminkin *Alf Rossilta*, joka puolestaan ehti uransa aikana harjoittaa hyvinkin monentyyppistä oikeusteoriaa.⁶

Alf Rossin oikeustiedekäsitys oli hänen uransa alkuvaiheissa lähinnä kelseniläinen. 1940-luvun mittaan hänestä tuli kansainvälisesti yksi tärkeimmistä skandinaavisen realismin edustajista. 1950-luvun kuluessa hän siirtyi kuitenkin tuotannossaan analyttisen filosofian suuntaan. Rossin Suomessa ehkä tunnetuin teos *Om ret og retfærdighet* (1953) oli varhaisesta ajankohdastaan huolimatta jo osaksi analyttisen filosofian hengessä kirjoitettu. Näin jällenpäin luettuna sieltä löytää myös Zittingiltä tuttuja oikeussuhteiden analyysia. Rossia ei voine luonnehtia loogiseksi positivistiksi, joskin skandinaavinen realismi toki toteutti tieteellisen realismin ohjelmaa. Loogisen positivismin näkökulmasta skandinaavinen realismi olisi ollut vain metafysiikan outo muoto.^{6a} 1950-luvun Ross siirtyi siis selvästi kielifilosofian suuntaan. Aarnion mukaan *Lahtinen* ja *Zitting* päättyivät tuloksiltaan toisiaan lähelle, vaikka pohjasivatkin erilaisiin teoreettisiin oletuksiin.

⁴ Ks. tästä myös Aarnio, *Perillisen oikeusasemasta*, 1967, s. 27.

⁵ ”The Development of Legal Theory...”, s. 26–27. Lahtinen oli niin ikään lähellä oikeusrealismia, mitä erityisesti Wikström on korostanut, *Oikeuskäytännön tulkinnasta*, 1979, s. 37–45. Ks. myös Helin, *Lainoppi ja metafysiikka*, 1988, s. 381–382.

⁶ ”The Development of Legal Theory...”, s. 29–30.

^{6a} Loogisesta empirismistä filosofisena suuntauksena ks. von Wright, *Looginen empirismi*, 1945.

Analyttinen filosofia vastaavasti on toisen maailmansodan jälkeen ollut kielifilosofiaa, erityisesti luonnollisen kielen filosofiaa.⁷ Tässä mielessä se on erkaantunut sotien välisestä loogisesta empirismistä, jolla oli vahva asema tuon ajan kontinentaalisisessä tieteenfilosofiassa. Looginen empirismi pyrki rajaamaan tieteellisesti pätevän tiedon siten, että viime kädessä väitelauseiden totuus olisi aina palautettavissa empiirisiin havaintoihin. Totuusteoreettiselta kannalta tämä ilmeni korrespondenssiteorian mukaisena vastaavuutena: väite on tosi, jos se vastaa sitä mikä maailmassa pätee. Wittgensteinin myöhäisvaiheen filosofian myötä tieteen kielen metafysiikan ankara puhdistusoperaatio lieventyi luonteeltaan, kun filosofinen ymmärrys kielen ja maailman suhteista muuntui perusteiltaan sallivampaan suuntaan.⁸ Oikeuksista ja velvollisuuksista katsottiin nyt voitavan puhua mielekkäästi yhtä hyvin tieteen kielessä kuin tavallisenkin kielenkäytön tasolla. Se, mikä tieteellisen kielen semanttisessa suhteessa oli ollut hölynpölyä – tietyt väitelauseet eivät siis kuvanneet maailmaa viittaamalla havainnoitaviin olioihin tai ominaisuuksiin – voitiinkin *pragmaattiselta* kannalta käsittää asiayhteydessään mielekkääksi ilmaisuksi.

Kielifilosofinen painotus merkitsi siten pragmaattista ja semanttista korostusta puhtaan teoreettisen korostuksen sijaan. Kieli ei ollutkaan pelkästään neutraali maailman kuvaamisen väline, vaan kielellisyys oli itsessään keskeinen piirre maailman ymmärtämisessä. Kielen avulla niin ikään *tehtiin* asioita. *Kielelliset käytännöt* oivallettiin inhimillisen toiminnan ydinalueeksi. Koska inhimillinen ajattelu oli sidoksissa kieleen, ei tuon kielen rajojen taakse ollut pääsyä. Ihmisen toimintaa selitettiin ja ymmärrettiin aina tuon kielen puitteissa, mistä syystä analyttinen kielifilosofia otti tehtäväkseen selvittää erilaisia kielenkäyttötapoja. ”*Käsitteen merkitys on sen käyttö kielessä*”, kuului tunnettu iskulause.⁹ Oikeustieteen puolella erityisesti H. L. A. Hartin oikeusajattelu (esimerkiksi *The Concept of Law* vuodelta 1961) edusti analyttisestä kielifilosofiasta keskeisesti vaikutteensa saanutta oikeusteoriaa.¹⁰

H. L. A. Hartin oikeusteoriaa kutsutaan oikeuspositivistiseksi, koska hänen näkemyksensä mukaan oikeus voitiin erottaa yhteiskunnassa vallitsevas-

⁷ 1800-luvun alkupuolella Englannissa vaikuttanutta, David Humen kriittisestä tietoteoriasta vaikutteita saanutta ns. *analyttista koulua*, jonka edustajiksi lasketaan mm. *Jeremy Bentham* ja *John Austin*, ei tässä käsitellä lainkaan. Ks. analyttisestä koulusta esim. Makkonen, *Luentoja yleisestä oikeustieteestä*, 1978, s. 26–29.

⁸ Ks. muutoksesta Niemi, *Päämäärien valtakunta*, 1996, s. 22–26.

⁹ Lauseessa tiivistyy Wittgensteinin myöhäisen pääteoksen *Filosofisia huomautuksia* (1981) sisältö (postuumi saksankielinen alkuteos oli vuodelta 1953).

¹⁰ Yksi tyylikkäämmistä tällaisista luonnollisen kielen filosofiaa edustaneista tutkimuksista oli H. L. A. Hartin ja Tony Honorén *Causation in the Law*, 1985 (1. painos 1959). Ks. siitä esim. Nuotio, *Teko, vaara, seuraus*, 1998, s. 237–250.

ta moraalista omaksi erityiseksi piirikseen. Tähän liittyi erottelu kahden tason sääntöjen välillä. Oikeusjärjestykseen kuului sen mukaan toisen asteen ”institutionaalisia” sääntöjä, jotka muilta sosiaalisilta säännöiltä puuttui.¹¹ Hartin teoriassa oli samalla pyrkimyksenä tietynlainen yhteiskunnallinen realismisuus. Oikeusteorian tulisi vastata erilaisten yhteiskunnallisten toimijoiden, kuten tuomareiden, itseymmärrystä, siis sitä miten toimijat itse mieltävät oman toimintansa. Tätä vastasi se, että keskeiseksi nousi sisäinen näkökulma oikeusnormeihin, osallistujaperspektiivi.

Aarnion mukaan nimenomaan Kaarle Makkonen kehitti sellaista analyyttisen filosofian mukaista käsitystä oikeudesta, joka pystyi vastaamaan varhaista analyyttistä oikeusteoriaa vastaan kohdistettuihin kritiikkeihin.¹² Makkonen edusti meillä ensimmäisenä sellaista myöhäis-wittgensteinilaista luonnollisen kielen filosofiaa, jota maailmalla yhä tiiviimmin harjoitettiin.¹³ Juridisen kielen pragmaattiset ulottuvuudet olivat esillä jo hänen vuonna 1959 Lakimieheen laatimassaan artikkelissa.¹⁴ Vuodelta 1965 olevassa väitöskirjassa Makkosen oikeusteoria kehittyi täyteen mittaansa.¹⁵

Kotimaisessa 1970-luvun oikeusteoriakeskustelussa analyyttinen oikeustiede leimattiin Aarnion mukaan oikeuspositivismin taustateoriaksi, vaikka se alkuaan oli itsekäin lähtenyt liikkeelle perinteisen lainopin teoreettis-filosofisesta kritiikistä. Kriittiset suuntauksat, empiristinen oikeustiede ja marxilainen oikeustiede, löysivät analyyttisessä oikeusteoriassa yhteisen vastustajan. Vaihtoehtoinen lainoppi sai alkunsa kriittisestä marxilaisesta oikeusteoriasta, mutta kehittyi sen piiristä omaksi lainopin suunnakseen. Vastauksena näihin kritiikkeihin analyyttinen oikeusteoria kehittyi suuntaan, jota kutsuttiin analyyttiseksi hermeneutiikaksi. Pääasiallisena tutkimuskohteena uudemmassa analyyttisessä oikeusteoriassa on ollut *oikeudellisen päättelyn ja ratkaisargumentaation teoria*.¹⁶

¹¹ Hartin ”traditionaalinen oikeuspositivismi” esiintyy Kaarlo Tuorin kehittelemän kriittisen oikeuspositivismin keskeisenä ”vastapelurina”; ks. *Kriittinen oikeuspositivismi*, 2000, s. 27 ss. ja monin kohdin.

¹² ”The Development of Legal Theory...”, s. 33–36.

¹³ Ks. Makkosen merkityksestä myös Kaarlo Tuorin kirjoitusta toisaalla tässä teoksessa.

¹⁴ ”Ajatuksia juridisen kielen loogisesta analyysistä”, *Lakimies* 1959, s. 49–72.

¹⁵ *Zur Problematik der juristischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie*. Suomennos: *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia*, 1981.

¹⁶ ”The Development of Legal Theory...”, s. 35. Ks. myös Aarnion huomautuksia vaihtoehtoisesta lainopista ja tieteenetiikasta teoksessa *Denkweisen der Rechtswissenschaft*, 1979, s. 195–199.

1980-luvulta alkaen analyyttinen oikeusteoria on Suomessa ollut useammin kritiikin kuin edelleen kehittelyn kohteena. Onkin tulkinnanvaraista, kuinka vahva tuo perinne tällä erää oikeusteoriankaan tasolla on. Uudempaa analyyttistä teoriaa edustanevat – Aarnion tuotannon ohella – *Eerik Lagerpetzin* (mm. *The Opposite Mirrors*, Kluwer: Dordrecht 1995) ja *Matti I. Niemen* (*Päämäärien valtakunta*, 1996) kehrittelemä konventionalismi sekä *Markku Helinin* luonnostelema *institutionaalinen oikeusteoria* (*Lainoppi ja metafysiikka*, 1988). *Juha Raition The Principle of Legal Certainty in EC Law* (julkaisematon, 2002) kuulunee sekin väljästi määritellyyn analyyttiiseen perinteeseen.

Analyyttiseen suuntaukseen nähden kriittisiin puheenvuoroihin voi laskea esimerkiksi *Päivi Paaston* oikeushistoriallisen tutkimuksen *Omistuskäsitteistön rakenteesta: tutkimus jaetun omistuksen mahdollisuudesta ja merkityksestä omistuskäsitteistössä 1700-luvun lopulle tultaessa* (1994), *Tapio Määtän* tutkimuksen *Maanomistusoikeus* (1999) sekä *Juha Pöyhösen Uuden varallisuus oikeuden* (2000). Post-analyyttistä filosofiaa on luonnosteltu *Raimo Siltalan* tutkimuksessa *A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law* (Hart: Oxford 2000). Kotimaisesta Aarnio-tutkimuksesta mainittakoon *Juha-Pekka Rentton* kolmiosainen artikkelisarja (*Lakimies* 5–6 ja 8/1991), jossa paikannetaan aarniolaista teoriaa kriittisesti vaihtoehtoista näkökulmasta, lähinnä luonnonoikeusopin filosofis-teoreettisista lähtökohdista.

2. Analyyttinen hermeneutiikka

Aarnio ei epäröi sijoittaa testamenttioikeudellista respiittikirjaansa (*Kysymyksiä testamenttioikeuden alalta*, 1969) analyyttisen oikeusteorian Mak-kosta seuraavaan vaiheeseen: taitteeseen kohti analyyttistä hermeneutiikkaa. Hermeneuttinen lisä aiempaan teoriaan näkyisi paikantuvan ennen muuta entistä korostuneempaan operointiin wittgensteinilaisella kielipelin käsitteellä. Elävän elämän oikeuskielessä testamentin käsite saa lukuisia erilaisia merkityksiä, joiden kesken vallitsee ainoastaan tietty perheyttä-läisyys.¹⁷

¹⁷ "The Development of Legal Theory...", s. 36.

Aarnio katsoo kehittäneensä analyyttisen filosofian mukaista tarkastelua myös toisessa suhteessa: kielipeli-ajatuksen sisältämä *tulkinnallisuus* ulotettiin oikeudelliseen ratkaisutoimintaan. Wittgensteinin kielifilosofia tuli näin yhteyteen oikeudellisen argumentaation teorian kanssa. Tätä lähtökohtaa on myöhemmin kehitetty erottamalla kolme eri näkökulmaa oikeudelliseen ratkaisuun: ratkaisun *oikeuttaminen*, ratkaisun *löytäminen* (*heuristiikka*) ja ratkaisun *intentionaalinen selittäminen*.¹⁸

Analyyttinen oikeusteoria on Aarnion mukaan edennyt tästä tienhaarasta kahteen eri suuntaan. *Kaarle Makkosen* työtä on jatkanut se haara, joka on kehittänyt oikeudellisen argumentaation teoriaa oikeudellisen ratkaisun normatiivisen justifiikaation teoriana. Toinen lähestymistapa on ollut teonfilosofisempi: siinä on sovellettu *G. H. von Wrightin* esittämää toiminnan selittämisen ja ymmärtämisen teoriaa tuomioistuimen ja lainvalmistelijoiden toimintaan. Viime mainittua suuntaa on edustanut erityisesti *Antti Kivivuori*.

Oikeudelliseen argumentaatioon kohdistunut analyyttinen tutkimus on Aarnion mukaan saanut vaikutteita Wittgensteinin lisäksi ennen muuta *Chaim Perelmanin* uusretoriikasta, *Stephen Toulminilta* ja *Jerzy Wróblewskilta*. Puolasta lähtöisin oleva, Ruotsissa elämäntyönsä tehnyt *Alexander Peczenik* on niin ikään ollut keskustelussa mukana 1970-luvun lopulta lähtien. Analyyttinen oikeusteoria näkyy saaneen paljon huomiota Puolassa, jossa se on yhdistynyt vahvaan logiikan harrastukseen. Myös saksalaisen *Robert Alexyn* tutkimuksissa oikeudellisen ratkaisun loogisesta muodosta (mm. *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978) on vaikutteita analyyttisestä filosofiasta, vaikka toisaalta Alexy liikkuu lähellä *Jürgen Habermasin* diskurssietiikkaa.

Aarnion oikeusajattelussa angloamerikkalainen analyyttinen kielifilosofia ei ole yksinomaisella sijalla. Tieteenfilosofisessa suhteessa erityisesti *G. H. von Wrightin* välityksin tällainen yhteys on nähtävissä. Aarnio edustaa sillä tapaa synteettistä tutkimusotetta, että hän pyrkii yhdistämään analyyttiseen oikeusajatteluunsa erityyppisiä vaikutteita, myös kontinentaalisia. Aarnion tutkimuskohde, oikeudellinen päättely, ei ole sellaisenaan alistunut perinteiselle luonnollisen kielen analyysille, vaan se on vaatinut teoreettisia vaikutteita eri suunnilta. Moderni argumentaatioteoria on toiminut yleisemminkin tällaisena vaikutteiden sulatusuunina, jossa esimerkiksi sekä ”kovalla” logiikalla että ”pehmeällä” arvoteorialla on sijansa. Esimerkiksi ruotsalaista rikosoikeustutkijaa ja oikeusteoreetikkoa *Nils Jareborgia* voisi aiheidensa ja

¹⁸ *Mt.*, s. 36–37.

lähestymistapansa puolesta pitää Aarniota ”puhdasoppisempana” analyyttisena teoreetikkona.¹⁹

Jos ajattelee kolmikkoon *Kelsen*, Hart ja Ross, Aarnio vaikuttaisi omaksuneen jotakin kultakin heistä. Kelseniläistä on käsitys olemisen ja pitämisen erosta, oikeuspositivistinen perusviritys sekä käsitys oikeuden systeemisydestä. Hartilaista on (wittgensteinilainen) käsitys sisäisen näkökulman välttämättömyydestä oikeudellisiin käytäntöihin ja yleisemminkin pyrkimys kuvata oikeus toiminnallisena järjestelmänä siten kuin toimijat itse sen näkevät ja ymmärtävät. Ross, joka eräällä tapaa on Aarnion ”rakas vihollinen”²⁰, on tuomarinideologiallaan hänkin tavoitellut lähes samaa. Ross on myös taitava analyytikko ja analyyttisen oikeusteorian tärkeitä kehittäjiä. Lisäksi Rossin instrumentalistinen oikeus- ja demokratiakäsitys vastannee paljolti pohjoismaista näkemystä ja lienee sen vuoksi puhutellut myös Aarniota. Yksilön oikeuksia valtiota vastaan korostavat näkemykset eivät tähän kuvaan sopineet.²¹ Tähän aiheeseen palataan tuonnempana.

Perusväriyksensä aarniolainen oikeusajattelu saa myöhäiswittgensteinilaisesta analyyttisestä teon- ja kielifilosofiasta (esim. *Laki, teko ja tavoite*, 1975). Argumentaatioteoriaan pohjautuva oikeudellisen ratkaisutoiminnan käsittely vie eteenpäin myös toisenlaista hermeneuttista ohjelmaa. Erityisen maininnan ansaitsee tässä suhteessa *Chaim Perelmanin* uusretoriikan analyysit ja niiden pohjalta sovellettu auditorioteoria (vasta 1980-luvulta lähtien). Aarnion oikeusajattelun kehittymistä yli kolmen vuosikymmenen aikana ei tässä kirjoituksessa voida kuitenkaan ottaa systemaattiseen tarkasteluun. Silti voinee sanoa, että juuri 1980-luvulla Aarnion oikeusteoria kehittyi merkittävästi ja oli myös kansainvälisesti eniten huomion kohteena. Yhteys von Wrightin ajatteluun ja osin hänen välittämäänsä Wittgensteinin filosofiaan muodostaa sen kestävä peruslinjan, joka on viitoittanut Aarnion työtä koko hänen tuotantonsa ajan. Yhteiskunnallinen ”realismi” lienee *Otto*

¹⁹ Ks. Jareborgilta esim. väitöskirjaa *Handling och uppsåt* (1969) sekä kognitivistista, arvoobjektivistista teoriaa edustavaa tutkimusta *Värderingar* (1975).

²⁰ Ks. Aarnion kirjoitusta toisaalla tässä teoksessa. Ks. myös Aarnio, ”Oikeussäännösten tulkinta...”, 1997, s. 39: ”... itse asiassa koko myöhempi tutkijanurani on ollut (kunnioittavaa) etäisyydenottoa Alf Rossiin...”.

²¹ Tuori, ”Käsitelainopin itsepuolustus”, *LM* 2002, s. 1318: ”Pohjoismaisessa katsannossa voi yleistäen väittää, että analyytikot liittivät oikeuden pikemminkin *Dworkinin* tavoin määriteltyihin politiikkoihin (*policies*) kuin periaatteisiin ja että analyyttinen siviilioikeus löi usein kättä sellaisen pragmatistisen oikeuskäsityksen kanssa, jossa korostettiin oikeutta reformistisesti suuntautuneen lainsäätäjän välineenä yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden toteuttamiseksi.”

Brusiinin peruja – Alf Rossiakaan unohtamatta. Aarniolle on tutkijana samalla leimallista tietty joustavuus ja kyky sulattaa erityyppisiä vaikutteita. Modernin argumentaatioteorian nousu 1970-luvulla esille kansainvälisessä oikeusteoreettisessa keskustelussa antoi lisää ”kaikupohjaa” hänen tutkimuksilleen ja osoitti, että suunta oli oikea.

Aarnion kiinnostus oikeusteoriaan ja -filosofiaan ei ole yksinomaan akateemis-teoreettista laatua, vaan pohjimmaltaan se perustuu siihen vakaumukseen, että oikeus on perusteiltaan syvästi *käytännöllinen, toiminnallinen ja yhteiskunnallinen* ilmiö ja että sitä tulee sellaisena myös tieteen puitteissa tarkastella. Häntä kiinnostaa erityisesti se, missä mielessä voidaan vastata siihen olennaiseen oikeusturvaodotukseen, että ratkaisut olisivat lakiin perustuvia ja siinä muodollisessa mielessä oikeusjärjestyksen mukaisia, mutta tämän lisäksi myös mahdollisimman oikeita ja järkeviä jonkinlaisen aineellisen oikeudenmukaisuuden mielessä.²² Oikeusajattelussa olisikin pyrittävä vastaamaan siihen kysymykseen, kuinka tulkinnan ja soveltamisen kautta tapahtuvaa vallankäyttöä voidaan kontrolloida niiden välineiden avulla, joita ihmiselle on annettu hänen järkensä ja ymmärryksensä myötä. Erityinen kiinnostus hyvään, hyvin perusteltuun ja oikeudenmukaiseen oikeudelliseen ratkaisuun erottaa Aarnion esimerkiksi H. L. A. Hartista ja Hans Kelsenistä. Rutiiniratkaisujen sijasta päähuomion saavat kiperät tapaukset.

Aarnio ei kuitenkaan pidä mahdollisena päästä yhtä vahvasti normativistiseen teoriaan kuin mitä *Ronald Dworkin* on esittänyt (esim. *Law's Empire*, 1986). Aarnio ei usko, että oikeusjärjestyksen sisältö voidaan rekonstruoida niin tarkkaan, että jokainen tulkintaongelma ratkeaisi yhdellä ja ainoalla oikealla tavalla, vaan ratkaisujen oikeellisuus jää perustavalla tavalla suhteelliseksi. Hän kuvaa omaa lähestymistapaansa *heikosti normatiiviseksi*.²³ Dworkinin oikeus- ja oikeusperiaateteoria muodostaa joka tapauksessa Aarniolle yhden keskeisen keskustelukumppanin.²⁴ Aarnion kirjoittamistapaa leimaa dworkinlaiseen maalailuun verrattuna analyttisyys. Eri tilanteita ja ulottuvuuksia eritellään tarkasti, jotta itse ilmiökenttään näin päästäisiin syvem-

²² Ks. Aarnion tärkeää ”yhteenvetoartikkelia” ”Onko oikeustiede yhteiskuntatiede?”, *LM* 5/1993, s. 695–710.

²³ *The Rational as Reasonable*, s. 23.

²⁴ Ks. esim. *mt.*, s. 161 ss. (erit. s. 165, jolla kritisoidaan Dworkinin teoriaa liiallisesta karkeudesta ja vajavaisesta semantiikasta: samanarvoisten vaihtoehtojen kielellisten merkitysten mahdollisuutta ei oteta sanotussa teoriassa esille). Ks. myös Aarnio, *Reason and Authority*, s. 217 ss.

mälle. Dworkin vastaavasti luultavimmin pitäisi Aarnion näkemyksiä turhan varovaisina: täyteen normativismiin ei edetä. Aarniolainen arvorelativistinen näkemys päättyy yhden ainoan oikean ratkaisun opin sijasta perustelemaan seuraavansisältöistä *regulatiivista (ohjaavaa) periaatetta* hyvälle oikeudelliselle argumentaatiolle²⁵:

”Koeta päästä kiperän tapauksen tilanteessa sellaiseen ratkaisuun ja sen justifiikaatioon, että enemmistö oikeusyhteisöön kuuluvista rationaalisesti ajattelevista ihmisistä voisi hyväksyä kannanottosi ja esittämäsi justifiikaatioperusteet.”

Regulatiivinen periaate ilmentää ihannetta, johon on syytä pyrkiä ja jolla on esikuvallinen merkitys silloinkin, kun sen vaatimuksia ei ole mahdollista täyttää. Aarniolle enin, mihin tulkintakannanoton oikeellisuudessa voidaan päästä, on *rationaalinen hyväksyttävyyys*. Tämän vaatimuksen täsmentäminen on Aarnion oikeusteorian yksi keskeisimmistä pyrkimyksistä ja myös sen tuloksista. Rationaalisen hyväksyttävyyden tarkempaan sisältöön palaamme tuonnempana.

Analyttisyys yhdistyy Aarniolla hermeneutiikkaan useammallakin tavalla. Yksi keskeinen yhteys on pyrkimys esittää ymmärtävä tulkinta oikeustieteelle tieteellisenä käytäntönä ja tuomitsemistoiminnalle ammatillisena oikeudellisena käytäntönä. Ajatuksena on, että tietynlainen käsitys lainopin luonteesta – esimerkiksi siihen tapaan kuin Pohjoismaissa asiasta ajatellaan – muodostaa keskeisen puitteen näitä oikeusjärjestelmiä koskevalle tieteelliselle tiedolle. Tiede kohdistaa kiinnostustaan osaksi tutkijoiden ja oikeudellisten toimijoiden yhteisiin uskomuksiin ja sitoumuksiin. Nämä koetetaan lausua julki. Tällaiset hiljaiset sitoumukset määrittävät omalla tavallaan sitä, mitä esimerkiksi lainoppi erilaisissa järjestelmissä on ja voi olla.

Aarnio kuvaa tällaista tulkinnan kehikkoa *Thomas Kuhnin* viitaten lainopin *matriisin* nimellä.²⁶ Pohjoismainen oikeuskäsitys ilmentää tietentyypistä jaettua, mutta yleensä erikseen julkilausumatonta käsitystä oikeuslähdeopista, laintulkintasäännöistä, jne. Pohjoismainen oikeuskäsitys on Aarnion mukaan ennemminkin oikeuspositivistinen kuin luonnonoikeuteen taipuvainen. Tällaisen matriisin avulla oikeustieteen tuloksia voidaan jäsentää

²⁵ *Reason and Authority*, s. 231.

²⁶ *The Rational as Reasonable*, s. 17–19.

ja ymmärtää, ja kyse onkin enemmän ymmärtämisestä kuin selittämisestä.²⁷ Jossakin mielessä malli samalla kuitenkin myös selittää lainopissa esitettyjä kannanottoja. Matriisi on jonkin tapainen ymmärtävän sosiologian tarkoittama tulkinta siitä, mihin oikeudelliset toimijat ovat sitoutuneet ja mihin he yhdessä uskovat.

Wittgensteinilainen kielifilosofia sisältää niin ikään olennaisen ymmärtävän piirteen. Kielelliset merkitykset määrittyvät suhteessa kielipeleihin. Analyttisessä kielifilosofiassa ontologiset (olemista koskevat) ja epistemologiset (tieto-opilliset, totuutta koskevat) kysymykset pyritään pääosin kääntämään merkityso pillisiksi. Oikeusnormin voimassaoloa koskeva ongelma kääntyy kysymykseksi siitä, mitä tarkoitamme, kun puhumme oikeusnormin voimassaolosta (pätevyydestä).

Voimassaolossa Aarnio erottaa, Wróblewskia seuraten, kolme ulottuvuutta: *systeemisen voimassaolon, voimassaolon tehokkuutena ja arvoperusteisen voimassaolon*. Näistä ensimmäinen tulee lähelle sitä, miten Hans Kelsenin puhtaassa oikeusopissa ymmärretään oikeusnormin voimassaolon perusta toisessa normissa. Tehokkuusperusteinen voimassaolo vastaavasti tulee lähelle oikeusrealistisia teorioita. Ja arvoperusteisessa voimassaolossa on puolestaan kyse oikeussysteemin ja oikeudellisen tulkinnan rationaalisesta hyväksyttävyydestä.²⁸

Oikeusteoreettisessa erittelyssä pyritään täsmentämään, mistä tarkkaan ottaen on kyse, kun otetaan kantaa oikeudellisen tekstin, kuten lainkohdan tekstin, tulkintaan. Aarniolaisessa tulkintaopissa pyritään oikeusteorian keinoin erottelemaan erityyppiset lauseet (väitelauseet), joita lainopissa voidaan esittää ja joiden totuutta ja oikeellisuutta voidaan tarkastella.²⁹ Normilauseet voivat olla luonteeltaan empiirisiä väitelauseita ("Oikeusyhteisössä hyväksytään normi N"), teknisiä normeja ("Jos halutaan palvella tavoitetta X, on syytä hyväksyä normi N"), normikannanottoja ("On rationaalista hy-

²⁷ Selittämisen ja ymmärtämisen suhteista käytiin 1960-luvulta alkaen laajasti tieteenfilosofista keskustelua. Von Wright puolusti vuonna 1971 julkaistussa, tärkeimpiin tutkimuksiinsa kuuluvassa *Explanation and Understanding* -teoksessaan kiistassa välittävää kantaa. Hän katsoi ymmärtämisen (kausaalista) selittämistä perustavammaksi, kun kyse on ihmisen toiminnan tulkinnasta. – Niiniluoto, "Oikeustiede ja hermeneutiikka", s. 17–18: "Tärkein analyttisen hermeneutiikan muoto on ainakin toistaiseksi ollut Wittgensteinin myöhäisfilosofian innoittama teoria intentionaalisesta inhimillisestä toiminnasta (Anscombe, Winch, Taylor, von Wright)."

²⁸ *The Rational as Reasonable*, s. 33 ss.

²⁹ *The Rational as Reasonable*, s. 47 ss.

väksyä normi N voimassa olevaksi”) ja normisuosituksia (”Normi N tulisi hyväksyä voimassa olevaksi”).

Aarnion erittelyssä keskeistä on, ettei normikannanotoilla ole totuusarvoa, joten normikannanoton oikeellisuutta ja totuutta ei voi ”tarkistaa” vertaamalla tällaisen väitteen sisältöä johonkin maailmassa olevaan. Normikannanoton pätevyys on suhteellista ja riippuvaista tietynlaisesta rationaalisuusmittapuusta. Rationaalisuusvaatimus tuo arvot mukaan normikannanottoon. Sellaista *objektiivista arvoteoriaa* ei voida perustella, joka tarvittaisiin mahdollistamaan ehdottomat normikannanotot. Toisin sanoen voidaan esittää erisisältöisiä, mutta silti rationaalisuuden vaatimukset täyttäviä normikannanottoja eli tulkintoja normien sisällöstä. Nimitystä tulkintakannanotto käytetään silloin, kun on epäselvyyttä oikeusnormin sisällöstä. Tulkintakannanotolla poistetaan tulkinnallinen epäselvyys. Tulkintakannanotto sisältää päätöksen, koska siinä otetaan kantaa yhden tulkintavaihtoehdon puolesta. Tulkintakannanotto on luonteeltaan *analyttinen*, koska juridisessa merkitystulkinnassa käytetään apuna muita kielellisiä ilmaisuja.³⁰

Aarnio paikantaa oikeustieteen tulkintatieteiden joukkoon, erilleen luonnontieteistä: ”Lainoppi tulkitsee ja systematisoi oikeussääntöjä. Se on ... tässä mielessä hermeneuttinen tiede, jonka sukulaiset löytyvät muiden tulkintatieteiden eivätkä empiiristen tieteiden piiristä.”³¹ Aarnion esityksessä hermeneutiikka ymmärretään yläkäsitteeksi, jonka puitteisiin voidaan sijoittaa sekä ihmistieteiden metodologiaa koskevat teoriat, mikä oikeustieteessä merkitsisi hermeneutiikan esittämistä jonkinlaisena laintulkinnan menetelmänä, että hermeneutiikka filosofisemmassa merkityksessä, teoriana siitä, millaisia oletuksia on tehtävä, jotta maailman ymmärtäminen ylimalkaan olisi mahdollista. Oikeustieteessä *filosofinen*, *Hans-Georg Gadamerin* tapaan ymmärretty hermeneutiikka merkitsisi Aarnion mukaan siirtymää oikeustieteen teoriasta oikeudellisen ajattelun *edellytysten* filosofiseen teoriaan. Aarnio ei halua loppuun saakka täsmentää omaa kantaansa hermeneuttisen lähestymistavan luonteeseen ja mahdollisuuksiin, vaan katsoo omalla teoriallaan olevan kosketuskohtia kummankin kanssa. Hän pitää puhtaan metodologista ymmärrystä hermeneutiikasta liian rajautuneena ja korostaa hermeneutiikan antia tulkitsijan itseymmärrykselle.

³⁰ *The Rational as Reasonable*, s. 56–61.

³¹ *Laintulkinnan teoria*, 1989, s. 143.

Aarnio ei siis ole valmis siirtoon kohden puhtaasti filosofista hermeneutiikkaa, mutta toisaalta hän pitää tulkintaa metodologisesti täysin tieteellisestä kontrolloitunakaan, koska tulkinta on perimmältään toimintaa. Tulkinta on *kielipelin pelaamista*, eikä ole mitään annettua lainopillista tulkintaa sellaiseenaan, johon tiede sitten voisi suunnata kiinnostuksensa. Toisaalta se, miten tulkintakielipelejä pelataan, ei ole myöskään täysin teorian ja sattumanvarainen ilmiö. Tulkintaan kohdistuu erityyppisiä odotuksia.³²

Aarnio tähtää sellaiseen laintulkinnan teoriaan, joka paitsi selittää mielekkäästi oikeudellisen käytännön sen osanottajan, kuten tuomarin, sisäisesti näkökulmasta, myös uskoo mahdollisuuteen muotoilla oikeustieteen piirissä oppeja juridisesti perustellusta laintulkinnasta. Oikeudellisessa tulkinnassa ymmärtäminen etenee pitemmälle kuin esimerkiksi tulkittaessa runoa lukemalla sitä yhä uudelleen ja uudelleen.³³ Tulkinnan kehäliike muuttuu tulkinnan eteneväksi spiraaliksi sen vaikutuksesta, että oikeudellisessa tulkinnassa voidaan tukeutua teorioihin ja juridisiin käsitteisiin, sanalla sanoen erilaisiin oikeustieteen piirissä kehiteltyihin teoreettisiin välineisiin ja käsitteisiin. Analyttisessä oikeusteoriassa korostetaan erityisesti teoreettisen lainopin merkitystä.³⁴ Tällaisten teoreettisten käsitysten perusta on siinä, että ne on laajasti hyväksytty oikeustieteen alan tiedeyhteisössä.

Tieteellisessä toiminnassa erityisesti *systematisointi* tukeutuu teoreettiseen ainekseen.³⁵ Analyttinen hermeneutiikka on konstruktivistista siinä, että se jossakin mielessä tunnustaa oikeudellisten käsitteiden normatiivisuuden. Yleisten oppien tutkimuksen tasolla käsitteanalyttinen panos on ollut vahvempi kuin se, joka on uhrattu normatiivisten oikeusperiaatteiden selvittämiseen.³⁶ Aarnio korostaa oikeuskäsitteisiin ja oikeusperiaatteisiin tukeutuvan systematisoinnin kautta välittyvää yhteyttä oikeudelliseen perinteeseen. Käsitteet ja periaatteet ovat teoreettista ainesta, johon joudutaan tukeutumaan aina, kun jotakin tulkitaan. Ne ovat kuin oikeudellisen kielen erityistä ”kielioppia”, jota ei useinkaan ajatella, kun oikeuden kielellä puhutaan.³⁷

³² *Oikeussäädännösten tulkinnasta*, s. 81–87.

³³ Tämä ei tietenkään sulje pois sitä, että myös runoutta voidaan tarkastella ”tieteellisin menetelmin”.

³⁴ Aarnio, ”Analyttisestä ja hermeneuttisesta...”, s. 6–7.

³⁵ *The Rational as Reasonable*, s. 70–71, 136–157.

³⁶ Ks. Tuori, ”Käsitelainopin itsepuolustus”, 2002, s. 1307–1309.

³⁷ ”Onko oikeustiede yhteiskuntatiede?”, *LM* 5/1993, s. 705–706.

Oikeudellinen tulkinta ei kuitenkaan tarkkaan ottaen ole ainoastaan yhdenlaisen kielipelin pelaamista, vaan tulkitsijat pelaavat – wittgensteinilaisittain asian ilmaisten – useita kielipelejä samanaikaisesti. Erimielisyydet tulkinnan lopputuloksessa aiheutuvat osaltaan myös tästä ilmiöstä. Aarnion ehdottama heikko normatiivisuus merkitsee sitä, ettei tulkinnallisten kielipelien ilmentämä tulkintakannanottojen eroavuus ole kokonaan poistettavissa. Silti jonkinlainen ideaali hyväksyttävälle oikeudellista tulkintaa koskevalle kielipelille voidaan asettaa: tulkintakannanoton tulisi palvella sen sisältöistä teknistä normia, jonka mukaan oikeusvarmuutta (oikeusturvaa) on syytä edistää yhteiskunnassa.³⁸

Aarniolle tärkeää on oikeudellisen tulkinnan kielellisyys, mutta analyttisen, toimintaan keskittyvän ja sitä analysoivan kielifilosofian tapaan, yrityksenä kuvata lainoppi toimintana ja lainopin edellä mainittu tulkintamatriisi. Käsiteanalyttinen puoli vastaavasti on yhteydessä oikeustieteen teoreettisuuteen, teorian sovittamiseen yhteiskunnallisiin tarpeisiin. Luultavimmin Aarnio pitää tätä lainopin teoreettista tehtävää selvemmin esillä siviilioikeudellisissa kuin oikeusteoreettisissa tutkimuksissaan. Tavanomaisen siviilioikeudellisen tutkimuksen yhteydessä nimittäin yleisten oppien eri ulottuvuuksia päästään käsittelemään konkreettisemmassa yhteydessään. Mahdollisesti se, että analyttinen oikeusteoria nousi alkuaan juuri käsitelainoppia vastaan, on heijastunut siihen, ettei oikeustieteen kielen erityistä käsitteellisyyttä ole pidetty keskeisimpänä tutkimuskohteena. Niin ikään oikeusperiaatteilla operointiin on suhtauduttu jonkin verran varauksellisesti, mikä taas liittyy siihen, että oikeusperiaateajattelu helposti murtaa oikeuspositivistisen teorian perusoletuksia. Hartilainen analyttinen oikeusteoria pyrkii olemaan deskriptiivistä ja positivistista, eikä analyttinen hermeneutiikkakaan ole kokonaan tätä ihannetta ainakaan kokonaan hylännyt.³⁹

Analyttisen hermeneutiikan voi sanoa liikkuvan deskriptivismiin ja normativismiin välimaastossa: analyttisen teorian perinteinen tehtävä, tarkka kuvaaminen, on osaksi jäänyt normatiiviseen justifikaatioon liittyvien tehtävien varjoon. Tähän asemaan deskriptiivisyyden ja normativismien välissä liittyy myös analyttisen hermeneutiikan perustava ongelma ja jännite. Heikosti normatiivinen analyttinen teoria ei tahdo tavoittaa vastauksia sellaisiin kysymyksiin, joita se on kuitenkin pakotettu itselleen esittämään. Tai

³⁸ *The Rational as Reasonable*, s. 75–76.

³⁹ Tässä voi viitata Hartin ja Dworkinin väliseen mielipiteenvaihtoon. Ks. erityisesti Hartin vastausta Dworkinille: ”Postscript” teoksessa *The Concept of Law*, 1994, s. 239–276.

toisin ilmaisten: analyyttinen teoria vastaa asettamiinsa kysymyksiin, kuten kaikki tieteelliset teoriat, niiden reunaehtojen puitteissa, jotka tuon teorian omat oletukset sallivat.

Analyyttisen teorian erityisenä vahvuutena on joka tapauksessa monien kysymysten täsmentäminen ja erittely, ja ehkä juuri tässä suunnassa onkin nähtävissä sen kestävin vaikutus. Systematisoinnin ja tulkinnan yhteyden korostaminen on selvästi lyönyt itsensä läpi tutkimuksen valtavirrassa. Oikeudellisiin käsitteisiin kohdistettu analyyttinen tutkimus on Aarnion sanoin tehnyt mahdolliseksi entistä hienosyisemmän oikeudellisen argumentaation. Juuri tässä mielessä Aarnio vastustaa sitä käsitystä, että analyyttinen oikeustiede, erityisesti siviilioikeuden tutkimuksessa, olisi merkinnyt jäämistä lakipositivismin vangiksi.⁴⁰ Aarnio katsoo itse nimenomaan avartaneensa lakipositivismia etsimällä modernin argumentaatioteorian välityksin keinoa vahvistaa oikeuden ja moraalien yhteyttä. Moderni argumentaatioteoria onkin omalla tavallaan lähentänyt analyyttistä oikeusteoriaa luonnonoikeusoppiin.

3. Uusretoriikasta

Aarnion oikeusajattelussa on usean tyyppisiä aineksia. Myöhäis-wittgensteinilainen kielifilosofia on yleisesti ottaen ollut siinä laajasti inspiraation lähteenä, mutta käytännöllisen päättelyn teoriassa vastaavasti Chaim Perelmanin (uus)retoriikka on ollut tärkeällä sijalla. Uusretoriikan avulla tuli mahdolliseksi työstää sellaista oppia käytännöllisestä päättelystä, jossa voitiin yhtäältä pitää kiinni rationaalisuuden vaatimuksesta, mutta kuitenkin käsitteellistää käytännöllinen päättely metodologisesti tiukkaa deduktiivista loogiikkaa samoin kuin induktiivista päättelyä vapaammin. Uusretoriikka ilmensi ja selvitteli rationaalisuutta varsin väljässä merkityksessä. Perelmanin uusretoriikka mahdollisti juridisen (tulkinta)argumentaation rationaalisuuden tarkastelun palauttamatta perusteen ja johtopäätöksen suhdetta dedukti-
on tai induktion päättelymalleihin.⁴¹ Juridisen argumentaation rationaalisuutta voitiin arvioida *vakuuttavuutensa* kannalta, siis suhteessa siihen, kuinka mää-
rätty auditorio, yhteisö oli valmis sen ottamaan vastaan. Argumentaation

⁴⁰ Aarnio, "Uusi varallisuus oikeus – vai vanha?", s. 527 ss.

⁴¹ *The Rational as Reasonable*, s. 144–146. Perelmanin tuotannosta ks. esim. *Retoriikan valtakunta*, 1996 (alkuteos 1977) ja *Justice et raison*, 1972. Uuden retoriikan *opus magnum* on: Perelman – Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric. A Treatise on Argumentation*, 1971.

vakuuttavuudessa saatettiin näin havaita aste-eroja, argumenttien painon vaihtelua. Uusretoriikka tutki käytännöllistä päättelyä nimenomaan tältä kannalta, juristien puheena juristeille.

Aulis Aarnio on eräässä esitelmässään valaissut uusretoriikan asemaa oikeusajattelussaan.⁴² Siinä hän sijoittaa uuden retoriikan *oikeusteorian* eikä oikeusfilosofian alaan: ”Uusi retoriikka on yritys rakentaa moderni oikeuteen soveltuvaa oikeusajattelun mallia. ... uusi retoriikka on eräänlaista ’tiedettä oikeusajattelusta’, se tarkastelee oikeustiedettä ja lainkäyttöä yhteiskunnallisina toimintoina ja pyrkii osoittamaan niiden olennaiset (teoreettiset) piirteet. Mallinrakentajana uusi retoriikka pyrkii muotoilemaan ideoita, mittapuun käytännön toiminnoille.”

Aarniolle olennaisinta uudessa retoriikassa oli se, että käytännöllinen päätely, jollaista oikeudellinenkin argumentaatio on, on sisällöllistä: lopputuloksen vakuuttavuus on kiinni perusteluiden vakuuttavuudesta, ja tulkintaerimielisyys voidaan ratkaista lähinnä dialektisesti, tai oikeastaan dialogisesti, argumentteja ’vaihtamalla’, argumentoimalla puolesta ja vastaan. Kullekin ihmiselle kuuluva käytännöllinen järki johtaa hänet meidän hyväksymään tietynlaisen tulkinta-argumentaation pätevänä, kun taas toisentyypin argumentaatio ei meitä vakuuta. Uusi retoriikka siirsi huomion pois kielen välineellisestä käytöstä, suostuttelusta, siihen, että vakuuttamisessa ja vakuuttavuudessa olikin kyse ensi sijassa puhujan auktoriteetista riippumattomasta *sisällöllisestä, argumentaation voimasta tapahtuvasta vaikuttamisesta*. Tämä avasi tien paitsi rationaalisen argumentaation teoriaan, myös sellaiseen arvoteoriaan, jossa voitiin yhtä aikaa tuoda esille sekä arvostusten perimmiltään relatiivinen luonne että arvostusten tietty perusteltavuus suhteessa tiettyyn auditorioon. Arvoistakin voitiin näin ollen järkevästi keskustella, vaikka niistä ei katsottaisikaan olevan mahdollista päästä lopullisesti yksimielisyyteen. Uusi retoriikka oli yhteydessä proseduraaliseen arvo- ja moraaliteoriaan, jossa tultiin tietoiseksi siitä menettelystä, jossa arvot ja moraalikannanotot, ja oikeudelliset tulkintakannanototkin muodostuvat.⁴³ Aarnio näkee argumentaatioteorian seuraavan aallon, diskurssietiikkaan ja kommunikatiiviseen rationaalisuuteen pohjaavan teorian käytännöllisen päätelyn tulosten menettelyllisestä oikeutuksesta, olennaisesti jatkavan siitä, mihin uusi retoriikka oli päässyt.⁴⁴

⁴² ”Retoriikan jalanjäljillä”, 2001.

⁴³ *Mt.*, s. 15–27.

⁴⁴ *Mt.*, s. 29.

Rationaalisuusvaatimus itsessään katsotaan voitavan perustaa jonkin tyyppiseen länsimaisen elämänmuodon käsitteeseen. Aarnio pyrkii eksplikoimaan sellaisen käsityksen rationaalisuudesta, joka jo olisi juurtunut kulttuurimme osaksi.⁴⁵ Rationaalisuuskin olisi siten suhteellista, meidän käsitystämme vastaavaa, eikä universaalista ja kaikille samanlaista. Viime kädessä kyse olisi siten sen tyyppisestä rationaalisuuden muodosta, jota Habermas on tavoitellut kommunikatiivisen rationaalisuuden käsitteellään, ja josta diskurssietiikka edustaa eräänlaista sovellusta. Länsimainen oikeuskäsitys sisältää tämän ehdotuksen mukaan sellaisia rationaalisuusodotuksia ja -vaatimuksia, että on mielekästä puhua oikeudellisille ratkaisuille ja niiden perusteluille asetettavasta rationaalisuuden vaatimuksesta. Ratkaisuilta ei edellytetä ainoastaan *loogista rationaalisuutta* (L-rationaalisuutta), mikä tarkoittaisi sitä, että johtopäätöksen pitää loogisesti seurata premisseistä. Tämän ohella vaaditaan *diskursiivista rationaalisuutta* (D-rationaalisuutta), joka tarkoittaa premisien perusteltavuutta rationaalisessa diskurssissa.⁴⁶

Oikeudellisessa tulkinnassa johtopäätöksen oikeuttaminen merkitsee parhaimmillaan sitä tukevan argumentaation *koherenssia*. Jotta tällaiseen koherenssiin päästään, kun kiperässä tapauksessa valitaan parasta tulkintavaihtoehtoa, joudutaan tukeutumaan sekä erityisiin oikeudellisiin tulkintasääntöihin että yleisen rationaalisuuden piirin kuuluviin sääntöihin.⁴⁷ Keskustelun (diskurssin) avulla tapahtuva erimielisyyksien selvittely edellyttää taustakseen yhteisen käsityksen siitä, missä mielessä jo kielen ”transsendentaaliin” toimintaedellytyksiin kuuluu mahdollisen yhteisymmärryksen horisontti.

Ajatus koherenssista argumentaation laatukriteerinä sen hyväksyttävyyttä harkittaessa vastannee varsin hyvin intuitiivistakin käsitystä. Argumenttien sisäiset ristiriitaisuudet heikentävät luonnollisesti esitettyä perusteluiden kokonaisuutta. Oikeudellinen argumentaatio onkin tässä mielessä ”holistista”: perusteluiden vakuuttavuutta voidaan arvioida vasta kokonaisuutena. Jos vastaavasti tällaisesta koherenssikäsityksestä etsii heikkouksia, voi ehkä sanoa, että tuon koherenssin tarkemman sisällön erittely on osoittautunut vaikeaksi. Koherenssista on hankalaa muodostaa tarkkaa teoriaa, koska kohe-

⁴⁵ *The Rational as Reasonable*, s. 193–195.

⁴⁶ Eri kirjoittajien esitykset asiasta eroavat jonkin verran. Aarnion kannasta ks. esim. *The Rational as Reasonable*, s. 195 ss. D-rationaalisuudessa korostuvat tässä tulkinnassa yleistettävyyden ja keskustelun avoimuus (auktoriteetti-argumenttien kielto).

⁴⁷ *The Rational as Reasonable*, s. 198–201.

renssia arvioidaan yhtä aikaa useammantyyppisen ja -tasoisen rationaalisuuden näkökulmasta. D-rationaalisuuden korostus on ikään kuin pakottanut ottamaan käyttöön sellaisen perusteiden ja johtopäätöksen suhdetta ilmaisevan käsitteen, joka avautuu loogista rationaalisuutta väljemmin määritellyn rationaalisuuden suuntaan. Laintulkinta ja lain soveltaminen yhteiskunnallisina käytäntöinä näyttäytyvät tämän mukaisesti oikeastaan rationaalisuuden institutionaalisina ilmentyminä. Toisaalta teoria kykenee ammentamaan tästä jo instituutioksi muodostuneesta ja kulttuuriimme ankkuroituneesta rationaalisuudesta täsmentyneitä mittapuita oikeudellisen ratkaisuarargumentaation ideaalisen hyväksyttävyyden kriteereiksi.

Tämän liittymän kautta, tukeutumalla kommunikatiivista rationaalisuutta korostavaan perinteeseen, aarniolaisessa analyyttisessä hermeneutiikassa vahvistuu reaalityson ylittävä, ideaalinen, kriittinen näkökulma. Keskustelusta, ja viime kädessä kulttuuriin ja ihmisjärkeen palautuvista näkökohdista etsitään kriittisiä mittapuita oikeudellisten käytäntöjen arvioinnille. Aarniolainen ajattelu ei kuitenkaan erityisesti pyri korostamaan tätä kriittisyyttään samassa mielessä kuin esimerkiksi Tuorin kriittinen oikeuspositivismi.⁴⁸ Oikeudellinen tulkinta-argumentaatiota on joka tapauksessa parhaimmillaan avointa, vaihtoehtoja aidosti tunnustavaa. Aarnio onkin johdonmukainen siinä, että hän puhuu oikeustieteen yhteydessä konsensuksesta ja varmuudesta eikä totuudesta – vaikka muuten tarskilaista totuus käsitystä edustaakin.

4. Chaim Perelman ja Ludwig Wittgenstein: sopivatko he samaan kuvaan?

Osoittavatko uusretoriikka ja wittgensteinilainen elämänmuodon käsite oikeastaan samaan suuntaan? – Uusretoriikassa näkemys puhetilanteen edellyttämästä puheen sovitamisesta vastaanottajien lähtökohtiin vaikuttaa konkreettisemmalla ja sisällöllisemmällä. Perelman kirjoittaa: ”Vakuuttavan esityksen premissit ja argumentit ovat yleistettävissä eli periaatteessa koko uni-

⁴⁸ Aarnio, *Järki ja auktoriteetti*, s. 106: ”... rationaalisen argumentaation teoriaa voidaan luonnehtia myös *kriittiseksi* teoriaksi.” [kurs. alkup.]. Ks. myös Aarnio, ”Uusi varallisuus-oikeus...”, s. 518 olevaa viittausta modernin argumentaatioteorian ”kriittiseen positivismiin”, jota Aarnion mukaan ”ei tule sekoittaa *Kaarlo Tuorin* edustamaan kriittiseen positivismiin”. Samassa yhteydessä Aarnio oudoksuu sitä, ettei Tuori ole esityksissään suhteuttanut näkemyksiään moderniin argumentaatioteoriaan, vaikka niidenkin piirissä on käsitelty vastaavia kysymyksiä.

versaaliyleisön hyväksyttävissä.”⁴⁹ Perelmanin mukaan ”puhuja voi valita päättelynsä lähtökohdiksi vain väitteitä, jotka kuulijat hyväksyvät.”⁵⁰ Argumentaatiossa ”ei pyritä todistamaan johtopäätöksiä, vaan siirtämään premisseille osoitettu *hyväksyntä* koskemaan myös johtopäätöksiä”.⁵¹

Kuinka syvällisessä mielessä argumentaatiota käyvän yhteisön voidaan sitten katsoa jakavan taustaoletuksia arvojen yhteisyydestä? – Perelmanin mukaan yleispätevillä arvoilla on tärkeä rooli argumentaatiossa, sillä niistä voidaan johtaa erilaisia yksittäistapauksia pienryhmäyksimielisyyden pohjaksi. Erityisarvojen liittäminen tällaisiin laajempiin puitteisiin ”osoittaa haluamme ylittää pienryhmäyksimielisyyden rajat ja universaaliyleisön hyväksynnälle antamaamme merkitystä”.⁵²

Argumentaatioteoreetikkona Aarnio on normativisti: ei riitä, että jokin ratkaisu tosiasiaassa hyväksytään, sen on myös oltava normatiivisesti hyväksyttävä. Hänen arvoteoriassaan lähdetään yleisestä perusjaosta arvoon ja arvostukseen. Edellinen on asian eli objektin ominaisuus, jälkimmäinen on vastaavasti subjektin uskomus.⁵³ Mutta voidaanko puhua arvostusten eli arvoarvostelmien rationaalisuudesta ja perusteltavuudesta?

Aarnion käsityksen mukaan arvoarvostelmaa voidaan perustella rationaalisesti tietyn arvojärjestelmän sisällä. Sosiaalisuus, yhteisön kuuluminen, tuo yksilön arvokannanotot julkisen kontrollin piiriin: arvokannanottojaan joutuu puolustamaan, jos ne riitautetaan. Yksilö ei toisin sanoen voi puolustautua ainoastaan siihen vedoten, että hän sattuu olemaan asiasta jotakin mieltä. Erityisesti tämä tietysti koskee niitä tilanteita, joissa väitän tietyn arvostukseni perusteella olevani oikeutettu johonkin sellaiseen toimintaan, jota muut ehkä vastustavat. Silloin joutuu arvokannanotolleen esittämään niin rationaaliset asiaperustelut kuin mahdollista. Aarnio koettaa osoittaa, että ”eräiden wittgensteinilaisen filosofian peruskäsitteiden avulla on mahdollista perustella non-deskriptiivinen ja samalla rationaalinen arvoteoria”.⁵⁴ Tätä kehitelmää, joka on myös teknisesti suhteellisen monimutkainen, on syytä tarkastella lähemmin.

⁴⁹ *Retoriikan valtakunta*, s. 25.

⁵⁰ *Mt.*, s. 28.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Mt.*, s. 34.

⁵³ *Oikeussäännösten tulkinnasta*, s. 178.

⁵⁴ *Mt.*, s. 181.

Wittgensteinin filosofiassa kielipeli on itsessään toimintaa, ja myös kielipelin perusta on kiinni toiminnassa, elämänmuotoja konstituovissa (primitiivisissä) teoissa. Elämänmuoto on sellainen ymmärtämisen ja toiminnan ei-kielellinen perusta, joka on otettava annettuna.⁵⁵ Eettinen valinta, kuten arvoarvostelman lausuminen, on erään kielipelin pelaamista. Eettinen valinta perustuu tekoihin, ja nämä teot ovat viime kädessä perustelemattomia, kiinni elämänmuodostamme. Eettisillä valinnoilla ei ole mitään tämän ulkoista perustaa.

Aarniolle arvojärjestelmien relatiivisuus on täsmälleen yhtä suurta kuin kielipelien ja elämänmuotojen hajonta. Maltillinen arvorelativismi, tärkeä lähtökohta, merkitsee elämänmuotojen erojen tunnustamista. Elämänmuotojen välisten erojen suhteellisuus merkitsee sitä, että niiden välinen ero on rationaalisen, ymmärryksen tähtävään kommunikaation keinoin ylitettävissä.

”Jos... elämänmuodot (kielipelit) ovat riittävän *perheyhtäläisiä*, voidaan eri elämänmuotoihin kuuluvien kesken saavuttaa *konsensus* arvostelmien kriteereistä.”⁵⁶ Tällöin ei ainoastaan ymmärretä toinen toista, vaan omataan valmius hyväksyä toisten näkemyksiä. Ellei riittävää perheyhtäläisyyttä ole, ei konsensus ole mahdollinen. Esimerkiksi: suomalaisessa yhteiskunnassa vallitsee ”suomalainen elämänmuoto”, joka saa jossakin perustavassa mielessä yhteisen merkityksen. Kuitenkin sille, mitä tähän kuuluu, voidaan antaa erilaisia tulkintoja: eri (yhteiskunta)ryhmät tulkitsevat sitä eri tavoin. Ryhmillä on siten yhtä aikaa sekä sama että eri elämänmuoto: elämänmuoto on pohjimmaltaan sama, mutta sille annetulta tulkinnaltaan eri. Tulkinnat, jotka ovat aina kielellisiä toisin kuin elämänmuoto itsessään, edustavat erilaisia ”elämänmuodon katkelmia”. Kahden eri tulkinnan (katkelman) välillä ei konsensus ole mahdollinen, ellei perheyhtäläisyys ole läheinen.

Onko elämänmuoto vain nimi sille yhteiselle, jota ei voi nimetä, sille, joka mahdollistaa toinen toisemme ymmärtämisen, vai onko se myös jonkinlainen yhteinen viimekätinen arvopohja? Viekö perelmanilainen vaikutus Aarniota Wittgensteinin elämänmuotoa tulkitessaan ”substantiaaliseen suuntaan”, lukemaan elämänmuodosta enemmän kuin mitä se tarkoittaa olla? Onko elämänmuodon käsite filosofisena käsitteenä näin otettuna jo samalla vahvasti sosiaalinen ja yhdistävä? Missä tulee yhteiskuntateoreettinen väli-

⁵⁵ Alexander Peczenik katsoo juuri Aarnion tuoneen Wittgensteinin elämänmuodon käsitteen oikeusteoreettiseen keskusteluun. *Vad är rätt?*, s. 474.

⁵⁶ *Oikeussäännösten tulkinnasta*, s. 182.

tys; yhteiskunnan kehitys, Systemit? – Uusretoriikassa tietty arvoyhteisöllisyys on luonnollisempi lähtökohta, koska elämänalueet ovat retoriikan perinteessä lähempänä toisiaan. Uusretoriikka onkin tutkinut laajasti aivan konkreettista retorista argumentaatiota.

5. Tiedosta, arvoista ja varmuudesta

Varmuus on Wittgensteinin mukaan kaiken tiedon edellytys, joten sitä itseään ei voida tietää.⁵⁷ Varmuus on sitä, mitä edellyttämme, kun tiedämme jotakin. *Maailmankuva* edustaa *propositionaalista*, kielellistä tulkintaa elämänmuodosta. Se ei ole vain yksi lause, vaan kokonainen ”lauseiden pesäke” (Wittgenstein, *Varmuudesta*, huomautus numero 225). Joukko lauseita on jo ”lyöty kiinni”, ennen kuin muita voidaan koetella. Wittgensteinilla varmuus tällaisena lausekkeiden pesäkkeenä on maailmankuva. Maailmankuvan alla on, siinä kiinni, erilaisia alajärjestelmiä, maailmankuvan *katkelmia*. Katkelmat puolestaan ovat kielipelien perustana.

Maailmankuvaa on se, mitä ei voi kielessä, kielellisesti kyseenalaistaa. Maailmankuva ei ole vakuuttautumisen asia. Maailmankuva on alati liikkeessä, mutta sitä ei voi tietoisesti liikuttaa. Maailmankuva ei siis ole pohjimmitaan propositionaalinen asia, vaan viime kädessä sitä määrää ei-propositionaalinen elämänmuoto. Elämänmuoto on *tekojen* asia, ei tietämisen. Elämänmuoto on kerroksittainen: sen pohjalla ovat inhimillisen kulttuurin perusasiat – jossakin vaiheessa mukaan tulevat myös moraali- ja oikeusnormit.

Aarniolle kieli on elämänmuodon ilmentymää. Kielipelit ovat toimintaa. Yksittäiset ilmaisut ovat osa kielipeliä, joka taas on yhteydessä elämänmuotoon. Kielen analysointi on elämänmuodon analysointia. Siirtyminen elämänmuodosta toiseen ei ole rationaalisen argumentoinnin asia, vaan argumentointi on mahdollista ainoastaan jonkin elämänmuodon puitteissa. Elämänmuotojen väliä ei voi ylittää argumentaatiolla, vaan ainoastaan suostuttelulla. Aarnio kytkee *elämänmuodon* käsitteen *tulkinnan* käsitteeseen: Tulkinta on kielellistä, mutta ei ainoastaan semanttisessa mielessä, vaan kielen käsite on laajempi: se ulottuu *asioihin*, elämänmuotoon.

⁵⁷ Ks. Wittgenstein, *Varmuudesta*. Wittgensteinin teos on lähinnä keskustelua G.E. Mooren kanssa: ”terveen järjen” filosofi Moore oli ”todistanut” ulkoisen maailman olemassaolon viittaamalla oikeaan käteensä! – Mooren eettisistä ja filosofisista näkemyksistä ks. Moore, *Etiikan peruskysymyksistä*, 1965, *passim*.

Rationaalinen hyväksyttävyyys ja elämänmuoto ovat käsitteinä toisiinsa myös siten yhteydessä, että ne molemmat liittyvät arvoihin ja arvostuksiin. Yhteinen kieli välittää ymmärtämistä ja tekee sen yksilöiden välillä mahdolliseksi.⁵⁸ Henkilöt voivat kuulua samaan elämänmuotoon, joten heillä on yhteiset merkitykset asioille. Elämänmuodoissa, kuten maailmankuvissakin, voi olla variaatioita: ne eivät ole välttämättä identtisiä. Elämänmuodon variaatiot ovat elämänmuodon katkelmia. Ne taas ovat erilaisia maailmankuvia. Elämänmuoto on siten käsitteenä perustavampi kuin maailmankuva.

Eriilaisten maailmankuvien puitteissa pelataan eri kielipelejä. Maailmankuvien erilaisuus perustuu myös valintoihin eri tekojen välillä: teemme erilaisia valintoja. Tietyt valinnat on mahdollista perustella maailmankuvan puitteissa, sen sijaan toisia ei voi perustella. Ne ovat ns. perusvalintoja. Teoissamme ilmennämme tiettyjä perusvalintoja. Sellaisiakin tekoja, jotka perustuvat toisenlaisille perusvalinnoille, voimme ymmärtää, mutta emme voi niitä ja niiden implikoimaa maailmankuvaa hyväksyä. Ymmärrämme niitäkin tekoja, koska meillä on siihen riittävästi elämänmuotoon ankkuroitua yhteistä käsitteistöä. Maailmankuvasta toiseen siirtyminen on vastaavasti eirationaalinen asia.

Yhteinen maailmankuva on Aarniolle sitä, että eri yksilöillä on yhteinen elämänmuodon katkelma. Yhteinen elämänmuoto perusteele Aarniolle arvostusten intersubjektiivisuuden.⁵⁹ Mitä tämä tarkkaan ottaen merkitsee? Merkitseekö se sitä, että arvostuksista voidaan käydä rationaalista keskustelua, vaiko jotakin tätä enemmän?

Aarnion käsityksen mukaan arvot eivät ole mielivaltaisella tavalla yksilöllisiä. Arvostusten intersubjektiivisuus perustuu elämänmuotoon, joka on aina pohjimmaltaan jotain yhteistä. Yksilö ei voi muotoilla elämänmuotonsa perusteita siten, että hän irtaantuisi tuosta jaetusta elämänmuodosta, maailmankuvasta ja kielestä, vaikka hän voikin tehdä tiettyjä valintoja. Elämänmuodon yhteisyys mahdollistaa kommunikaation. Elämänmuoto yhdistää kielen ja todellisuuden ja luo sosiaalisen yhteyden yksilöiden välille. Hermeneutiikka ja sen mukainen tulkintateoria näin ymmärrettynä on enemmän kuin vain kielellistä. ”Sosiaalinen elämä ja yhteiskunta itsessään luovat laa-

⁵⁸ Maailmankuva on jokseenkin sama asia kuin esitieto. Maailmankuva on ”yhteinen pohja, joka meillä on oltava yhteisenä muiden ihmisten kanssa, jotta ymmärtäisimme heidän toimintaansa ja sanojaan ja jotta saavuttaisimme heidän kanssaan yhteisymmärryksen arvostelmissamme.” Von Wright, ”Wittgensteinin varmuudesta”, s. 24.

⁵⁹ *The Rational as Reasonable*, s. 219.

jasti yhteyksiä ihmisten välille, ja sitä kautta myös arvot ja arvostukset ovat sosiaalisina asioina *yksilöryhmille* kuuluvia asioita. Arvot ovat juuri niin intersubjektivisia kuin yhteiskunta itse.”⁶⁰ Aarnio edustaa siten maltillista arvorelativismia: arvoista ei voi sen mukaan olla tietoa samassa mielessä kuin maailman tosiasioista. Arvoista voidaan kuitenkin *rationaalisesti keskustella* yhteisen elämänmuodon puitteissa.⁶¹

Mutta missä oikeastaan menee elämänmuodon raja? Onko elämänmuoto vain triviaali taustaoletus toiminnan ymmärtämisen perimmäisten perusteiden yhteisyydestä, jota ei voi sen paremmin osoittaa oikeaksi kuin kumotaan? Ja voiko elämänmuodon yhteisyydestä päätellä ylipäätään mitään siitä, mitä sosiaalisia arvoyhteisöjä on todella olemassa. Aarnion tulkinta Wittgensteinin elämänmuodon käsitteestä vaikuttaa lähtökohtaisesti varsin substantiaaliselta, sellaiselta että kielipelien perimmäinen perusta olisi *asiaan* palautuvaa yhteisyyttä, jopa tietynlaista fundamentaalia ja lähtökohtaista (perus)arvojen yhteisyyttä, johon vain tekojamme ilmentävät valinnat tuovat eroja. Voiko lähteä siitä, että kykenemme näin tarkkaan analysoimaan elämänmuotoamme, ja edes oikeastaan tietämään, millaisia lauseita maailmankuvassamme se kannattelee?

*Marcelo Neves*⁶² on tulkinut Aarniota siten, että ns. partikulaarisessa ideaaliauditoriossa, josta tarkemmin tuonnempana, siihen kuuluvat ihmiset todella olisivat omaksuneet yhteiset arvot, ja että Aarnion tulkinnassa elämänmuoto ulottuisi tässä suhteessa selvästi pidemmälle kuin vain yhteisiin kielipelissäntöihin asti: se merkitsi myös arvojen jakamista. Neves ei hyväksykään Aarnion Wittgenstein-tulkintaa, vaan katsoo sen menevän liian pitkälle. Näkemys jaetuista arvoista ei Nevesin mukaan sovi myöskään yhteen sen kanssa, että demokraattisessa oikeusvaltiossa moniarvoinen julkisuus juuri edellyttää arvojen heterogeenisyyttä.⁶³

⁶⁰ *Oikeussäännösten tulkinnasta*, s. 189.

⁶¹ Aarnio – Peczenik, ”On Values”, 1996, s. 323: ”Values are ‘reasonable’ matters”; *ibid.*, s. 328: ”Language-games, especially games dealing with morals and values, are *culturally bound*.” [kurs. alkup.]

⁶² Teoksessaan *Zwischen Themis und Leviathan: Eine schwierige Beziehung*, 2000, s. 158–159.

⁶³ Myös *Matti Sintonen* on epäillyt sitä, kuinka hyvin Wittgensteinin *On Certainty* -teoksessa kehitelty elämänmuodon käsite sopii tähän yhteyteen. Ks. ”Tieto, tilanne ja tulkinta: Aarnion oikeusteoria”, 1988, s. 199–202 (202): ”Wittgensteinin ei-propositionaalinen tieto muistuttaa erehdyttävästi sitä kilpikonaa, joka kannattaa elefanttia, jonka selässä maailma on...”

Voitaisiinko ajatella, että vaikkapa oikeusturvaodotus jonkinlaisena rationaalisen ”oikeus-varmuuden” arvostamisena (– kulttuurisesti varmana lähtökohtanamme) olisi todella näin perustavassa mielessä oikeudellisen tietämisen ja argumentoinnin edellytyksenä – vastaten varmuutta Wittgensteinin tarkoittamassa yleisemmässä mielessä kaiken tietämisen perusteena? Aarnion tulkinnassa jää tarkemmin selvittämättä, missä mielessä jotakin oikeuden kannalta relevanttia voisi sisältyä tuohon elämänmuodon perustaan. Onko kyse sittenkin vain yleisesti kommunikaation edellyttämästä yhteisen kielen ja yhteisten perusmerkitysten vaatimuksesta?

Ja onko edes mieltä vaatia, että elämänmuoto olisi erityisen järjestynyt ja rationaalinen? Von Wright tulkitsee Wittgensteinia siten, että maailmankuva ei ole tosi tai epätosi, vaan se muodostaa *kehyksen* totuutta koskeville kiistoille. Nämä kiistat – kielipelit – edellyttävät ennakkoehtonaan, että kiistelijät pelaavat samoja kielipelejä ja tarkoittavat samaa käyttämillään sanoilla. Henkilö, joka kieltäisi sen, mikä on osa yhteisön useimpien muiden ihmisten maailmankuvaa, olisi vaarassa leimautua häiriintyneeksi. Häntä sanottaisiin herkemmin mielenvikaiseksi kuin erehtyneeksi.⁶⁴ – Tämä esimerkkiinkin osoittanee, että maailmankuvien tasolla on todella kyse perustavista maailmaa koskevista oletuksista.

Mainittakoon samalla, että Aarniota on saattanut – hänen tulkitessaan elämänmuotoa tällä tavoin sisällöllisesti – inspiroida se von Wrightin huomio, että myös tieteensosiologisessa tarkastelussa voitaisiin soveltaa vastaavaa ajatusta: yhteiskuntatieteissä hyväksytyt paradigmat olisivat perusluonteeltaan ideologisia, ja kunkin erilaisen paradigman hiljaiset oletukset palautuisivat maailmankuvaeroihin ja jopa elämänmuotoon.⁶⁵ Näissä ideologioissa olisi siten pikemminkin kyse eroista todellisuudelle annettavissa tulkinnoissa kuin varsinaisesti eroista arvostuksissa.⁶⁶

6. Auditorio ja elämänmuoto

Perelmanin teorian mukaan argumentaatio suunnataan aina jollekin taholle, todelliselle tai kuvitellulle. Argumentaatio voidaan suunnata jollekin tietyllä

⁶⁴ Von Wright, ”Wittgenstein varmuudesta”, s. 27.

⁶⁵ Von Wright, *mt.* s. 28–30.

⁶⁶ Aihepiiriä oikeustieteen osalta käsittelevään Aarnion tuotantoon ei voida tässä yhteydessä laajemmin paneutua.

henkilöistä koostuvalle konkreettiselle ryhmälle. Rationaalinen argumentaatio suunnataan aina ns. universaaliauditoriolle. Universaaliauditorio koostuu rationaalisista ihmisistä, siis sellaisista jotka voivat tulla perusteluista vakuuttuneiksi ja jotka voivat myös muuttaa käsityksiään perusteluja kuultuaan (mutta eikö tämä ole vain rationaalisuusominaisuuden uusi, jokseenkin tautologinen muotoilu, rationaalisuuden puhdasta projisointia ja postulointia siihen uutta lisäämättä?). Universaaliauditorio koostuu valistuneista ihmisistä. Perelmanin universaaliauditorion käsitteessä arvoarvostelmat saavat universaalin luonteen, sanoo Aarnio. Arvoarvostelma on rationaalisesti perusteltu ainoastaan silloin, kun jokainen järkevä ihminen voi sen hyväksyä. Näin ollen universaaliauditorio ratkaisee arvostuksia koskevat kiistat aivan yhtä pätevästi kuin kysymyksen todellisuutta koskevan väitteen totuudesta.⁶⁷

Aarnio kehittää eräitä täsmennyksiä Perelmanin auditorioteoriaan.⁶⁸ Auditorion Aarnio määrittelee alustavasti sellaiseksi ryhmäksi, jossa on sitouduttu yleisiin rationaalisuusehtoihin ja jossa on hyväksytty tulkintakananoton perustana oleva arvojärjestelmä.⁶⁹ Tätä määrittelyä pitää nyt tämentää yhtäältä erottelulla konkreettiseen ja ideaaliseen auditorioon, ja toisaalta erottelulla universaaliin ja partikulaariseen auditorioon.⁷⁰

Universaali ja konkreettinen on auditorio, johon kuuluvat kaikki maailman tietyllä hetkellä elävät ihmiset siitä riippumatta, ovatko he rationaalisia. Tällä auditoriolla ei ole erityistä merkitystä argumentaation teoriassa. *Partikulaarinen konkreettinen* auditorio koostuu vastaavasti niistä reaalisesti olemassa olevista yksilöistä, jotka täyttävät auditoriota määrittävät tunnusmerkit. Tällainen auditorio voi reagoida sille esitettyyn rationaaliseseen perusteluun rationaalisesti, mutta siitä ei ole mitään takeita. Tällaisessa auditoriossa vallitsevaa käsityskantaa ei välttämättä voi perustella rationaalisesti.

⁶⁷ Wihuri pitää myös Perelmania arvorelativistina. Ks. Wihuri, "Auditorion käsitteestä ja auditoriosidonnaisesta argumentaatiosta", 1990, s. 370.

⁶⁸ *The Rational as Reasonable*, s. 221 ss.

⁶⁹ On aihetta huomauttaa siitä, että luultavasti Aarnio viittaa termillä "arvojärjestelmä" vastaavaan "pesäkeajatuksen" jonka Wittgenstein esitti maailmankuvan tunnusmerkiksi. Kyse ei siis olisi välttämättä mistään kehittyneestä "systeemistä", vaan siitä, mistä yhteisen maailmankuvan omaavat ihmiset ovat arvokysymyksissä "varmoja". – On niin ikään mahdollista, että arvojen yhteisyys olisi Aarniolla perua siitä alkuaan marxilaisesta näkemyksestä, että yhteisö "määrää" (osaltaan) ihmisten tajunnan ja yhdensuuntaistaa arvostuksia. Ks. kysymyksestä Aarnio, *Laki, teko ja tavoite*, s. 350–351.

⁷⁰ Wihuri on katsonut, että Aarnio todellisuudessa muotoilee oman, Perelmanin kannasta poikkeavan auditorion käsitteensä. Wihuri, "Auditorion käsitteestä...", s. 385.

Universaali ideaaliauditorio on vastaavasti ”kaikkien järkevien ihmisten” auditorio, joten käsitteenmäärittelyssä tullaan lähelle Perelmanin edellä sanottua kantaa.⁷¹ *Universaalia ideaaliauditoriota* vastaa pitkälle Jürgen Habermasin ideaalisen puhetilanteen käsite. Tällaisessa tilanteessa kaikki manipulointi on suljettu pois, ja kaikki osalliset ovat keskenään samanarvoisessa asemassa. Aarnio katsoo tämän näkemyksen johtavan ei-hyväksyttävään arvokognitivismiin, minkä vuoksi hän nojautuu neljanteen vaihtoehtoon, *partikulaariseen ideaaliauditorioon*.

Partikulaarinen ideaaliauditorio määritetään kahden kriteerin avulla: siihen kuuluvat sitoutuvat rationaalisen harkinnan pelisääntöihin. Lisäksi he ovat *osallisia yhteisiin arvoihin*.⁷² Auditorio on näin elämänmuotosidonnainen asia. Partikulaarinen ideaaliauditorio eroaa universaalista ideaaliauditoriosta siinä suhteessa, että siihen kuuluvat ihmiset ovat paitsi järkeviä, myös *jakavat saman elämänmuodon ja ovat osallisia yhteisistä arvoista*. Tällä tavoin Aarnio yhdistää tulkintansa wittgensteinilaisen kielifilosofian elämänmuodon käsitteestä Perelmanilta omaksuttuun, mutta kritiikin kautta edelleen kehitettyyn auditoriooteoriaan. Toisin kuin Perelmanin universaalialuditorio (ja Habermasin diskurssietiiikka), joka Aarnion mukaan edellytti kognitivistisen eettisen arvoteorian, partikulaarisen ideaaliauditorion yhteydessä sellaista oletusta ei tarvita. Partikulaarista ideaaliauditoriota määrittää elämänmuoto, ja elämänmuoto puolestaan määräytyy kulttuurisesti ja sosiaalisesti.⁷³

Voi kysyä, onko Aarnion ratkaisu ongelmaan täysin onnistunut. Hänen mukaansa juuri ideaalinen ja partikulaarinen auditorio on ”ryhmä, jossa on saavutettavissa rationaalinen konsensus”.⁷⁴ Tällainen määrittely on kuitenkin oikeastaan tautologia. Rationaalinen kommunikaatio arvoista ja arvotuksista on todettu mahdolliseksi jaetun elämänmuodon puitteissa, mutta tuon perimmiltään yhteisen elämänmuodon ”rajaa” ei ole oikeastaan lainkaan voitu määrittellä. Vastaavasti elämänmuodon katkelmat taas eroavat toisistaan perheyhtäläisesti asteittain, joten niiden välinen rationaalinen argumentaatio ja kommunikaatio ei toimi häiriöttä, vaan saattaa tehdä konsensuksen saavutta-

⁷¹ Eikö universaali ideaaliauditorio olisi pikemminkin partiaalinen konkreettinen auditorio – johon kuuluvat henkilöt on määriteltä erityismääreellä?

⁷² *The Rational as Reasonable*, s. 225.

⁷³ *Ibid.* – Habermas erottaa kyllä oikeusnormit moraalilormeista. Oikeusnormeja voidaan oikeuttaa muillakin kuin moraalilla perusteilla. Vastaavasti juuri näiden *muiden* perusteiden pätevyys on suhteellista, asiayhteydestä riippuvaista. Habermas, *Faktizität und Geltung*, s. 192–194.

⁷⁴ *Oikeussäännösten tulkinnasta*, s. 195.

misen mahdottomaksi perheyhtäläisyyden vähetessä. Argumentaatio on joko tarpeetonta tai mahdotonta – hiukan kärjistäen.

Partikulaarinen ideaaliauditorio pystyy tavoittelemaan konsensusta arvostuksia koskevista kysymyksissä, koska arvostukset jo määritelmällisesti ovat samoja – perustava samuus palautetaan elämänmuodon käsitteeseen (tai ainakin jonkinlainen perusarvojen varma ”pesä” olisi sen puitteissa yhteinen). Partikulaarinen ideaaliauditorio rationaalisen hyväksyttävyyden mittapuuna jää vajaaksi, koska se ulottuu vain siihen piiriin, jossa asiasta ei oikeastaan ole ongelmaa. Konsensus on luonnollinen argumentaation lopputulos – aivan kuin Perelmanilla, koska kaikki osallistujat (auditorion jäsenet) jo hiljaisesti hyväksyvät lähtöoletuksissaan lopputuloksen.

Perelmanilaista Aarnion määrittelyssä on se intentio, että epäasiallinen suostuttelu tulee sulkea pois sallituista keinoista rationaaliseen konsensukseen pääsemiseksi. Tuon kavennuksen mahdollistamiseksi auditoriosta on rajattu pois se asetelma, että argumentaation osapuolet eivät jakaisi yhteistä elämänmuotoa.

Aarnion auditorioteoriassa liikutaan kovin monella tasolla yhtä aikaa. Siinä postuloidaan yhteisön jäseniä yhdistäväksi yhteinen elämänmuoto, joka avaa rationaalisen konsensuksen perspektiivin arvoista puhuttaessa. Ilmeisesti arvoerimielisyydet yksittäisissä kysymyksissä kuitenkin jakavat ihmiset eri auditorioihin, jolloin reaalin yhteiskunnassa tapahtuva arvokeskustelu on tällaisten ”alaryhmien”, elämänmuotofragmenttien, välistä. Yhteiskunta on Aarnion sanoin ”suunnaton, lomittainen ja hierarkkinen käsitysten (maailmankuvien) verkko”.⁷⁵

Jää silti olennaisesti selvittämättä, miten arvostusten muutos kommunikaation ja argumentaation vaikutuksesta oikeastaan tapahtuu. Tapahtuuko yhteiskunnassa tämän jatkuvan kommunikaatioprosessin seurauksena hidasta rationaalistumista ja arvojen ja arvostusten yhdenmukaistumista? Kehittykö sosiaalinen moraalinen suuntaan vai uusintuuko se ainoastaan?

Aarnio ilmeisesti tulkitsee yksilön arvostusten aina ilmentävän jonkinlaista arvojärjestelmää, koska rationaalinen yksilö toimii pääosin arvostustensa mukaisesti, mutta hän voi ollessaan osallisena arvokeskustelussa – ja siis puolustaessaan omia arvostuksiaan keskustelussa – joutua muuttamaan alkuperäisiä käsityksiään ja ryhtyä toimimaan tämän mukaisesti. Silloin hän taas edustaa toisenlaista maailmankuvaa ja elämänmuodon fragmenttia. Kyse on argumentaation voimasta tapahtuvasta muutoksesta, joka heijastuu maailmankuvan tasolla ja joka voi koskettaa yksilön arvojärjestelmän perusteita. Lapsen

⁷⁵ *Mts.*, 194.

sairastuminen voi saada työnarkomaanin viettämään enemmän aikaa perheensä kanssa, koska työnarkomaani ei voi enää puolustaa sitä että hän laiminlöisi perhettään, jne. Vaikka henkilöt A ja B jakavat saman elämänmuodon perustusten tasolla, he voivat eri asioissa kuulua eri auditorioihin – eri ryhmiin, joissa jaetaan suhteellisen pitkälle sama maailmankuva (– sen fragmentti).

Aarnion lopputulokseksi on regulatiivinen periaate: tulkinta- tai normikannanottoja esittävän lainopin samaten kuin lainkäytön tulee pyrkiä tuloksiin, jotka voisivat rationaalisesti harkitsevassa oikeusyhteisössä saavuttaa enemmistön tuen. Periaate on luonnollinen ja välttämätön täydennys auditorio-teorialle, joka olisi ilman sitä vaarassa jäädä vaille mieltä. Periaatteen regulatiivisuus ilmentää mallin ideaalisuutta: tähän tulee pyrkiä, vaikka siihen ei päästäisikään. Silti vaarana on *Wihurin* sanoin, että ”rationaaliseen hyväksyttävyyteen vetoaminen voi jäädä mitäänsanomattomaksi ja *joudumme tyytymään tosiasialliseen hyväksymiseen hyväksyttävyyden sijasta*”.⁷⁶

Sanotunlaisessa auditorioiteorian kehittäessä on mielenkiintoista, että siihen ilmaantuu tietynlainen demokratia-aspekti. Ideaalimallissa järki pääsee hiljalleen voitolle: kahdesta tulkintasuosituksesta saa enemmän tukea se, joka on parempi, ja se on parempi, jolla on hyväksyttävämmät perustelut. Se, mikä Perelmanilla oli oikeastaan lähtöoletuksiin sisältyvää yhteistä tietoa, muuntuu toisenlaiseksi yleisyydeksi, kuvitteellisen rationaalisen oikeusyhteisön jäsenten enemmistön tueksi. Taustalla lieenee ajatus, että hyvät tulkintasuositukset saavat asteittain lisää tukea ja voivat periaatteessa nousta järkevien oikeusyhteisön jäsenten yhteisössä enemmistön asemaan. Tämä demokratia-elementti on toki puhtaasti ”moraalifilosofista” laatua, koska rationaalinen oikeusyhteisö itsessään on ideaalinen konstruktio, eikä voi muuta ollakaan. Ilmeisesti tällä vaatimuksella enemmistön tuesta tavoitellaan sitä ajatusta, että yhteisön (olkoon se sitten sanottu partikulaarinen ideaaliauditorio) enemmistön omaksu-ma arvojärjestelmä on se, mikä siinä kulttuurissa on vallitseva. Enemmistön arvojärjestelmä olisi samalla myös rationaalinen, minkä vuoksi olisi mielekasta ylipäätään tuoda auditorioiteoriaan sanottu enemmistövaatimus.⁷⁷

⁷⁶ Wihuri, ”Auditorion käsitteestä...”, s. 391.

⁷⁷ Tätä tulkintaa voi puolustaa sillä, että näin Aarnio voi ”kompensoida” sitä menetystä, ettei hän hyväksy objektiivista arvoteoriaa, tuomalla ”sosiaalisen” ulottuvuuden näin määrittyvään moraalisuuteen. Ilman tällaista kompensatiota olisi vaara siitä, että kuka tahansa eksentrikko voisi katsoa edustavansa yhteisönsä rationaalista mielipidettä ja saada yhteisönsään hämmennystä aikaan. Ks. *The Rational as Reasonable*, s. 226–228 (228): ”No better means to ‘measure’ the legitimacy of the norm referred to in the standpoint can be found in the society.”

Erityisesti myöhemmissä töissään Aarnio kehittelee laajasti oikeusturvan ja oikeusturvaodotuksen kulttuurista asemaa sellaisena elämänmuotoomme kuuluvana ilmiönä, joka oikeastaan osaltaan kannattelee edellä mainittua regulatiivista periaatetta.

Oikeastaan Aarnion käsitykselle tunnusomainen luova kehittely ja yhdistely vaikeuttaa kokonaiskuvan saamista. Aarnio toimii kuin oikea moraalifilosofi siinä, ettei hän tyydy siihen mitä on olemassa, vaan kehittää omaa tulkintaansa erilaisista teoria-aineiksista tietoisena siitä, että oikeusjärjestykseen ja oikeusnormeihin liittyy erityispiirteitä, jotka on juridisessa tulkinnassa otettava huomioon. Tietty kokonaisuskottavuus säilyykin, erityisesti juuri oikeudellisen ratkaisutoiminnan analyysin osalta. Tämä taas on, ehkä Makkosenkin perintönä, ollut se kohde, johon energiaa on erityisesti suunnattu ja jossa argumentaatioteoria on osoittanut voimansa.

7. Argumentaatioteoriasta poliittiseen filosofiaan

Aarnion maltillinen arvorelativismi kääntyy avoimesti tietäntyypin oikeusturvaideologian puolustukseksi. Aarnio pitää relativistista arvoteoriaansa myös demokratiaan soveltuvana: arvokognitivismia ei tarvitse olettaa:

”Yhteisten asioiden hoitamisen kannalta on välttämätöntä, mutta myös *riittävä*, että saavutetaan edustava konsensus oikeusjärjestyksen perustana olevasta arvojärjestelmästä. Se on länsimaisen demokratiakäsityksenkin ydin. Demokratia ei toki merkitse sitä, että pyritään saamaan aikaan *tosia* tuloksia. ... Pyrkimyksenä on luoda yhteisön kannalta järkevä toiminnallinen pohja.” Myös oikeus liittyy samaan konsensus-kertomukseen: ”Oikeus, sen tulkinta ja yhteiskunnassa eri kanavia myöten muotoutuva arvokonsensus muodostavat kokonaisuuden, josta yhtä osaa ei voida kokonaisuutta särkemättä erottaa.”⁷⁸

Oikeastaan hiukan yllättäen Aarnio liukuu tässä rationaalisen argumentaation teoriastaan jo syvälle poliittiseen filosofiaan. Arvorelativismin taustalla oleva ideaalinen, postuloitu konsensuspotentialiaali tuntuu kääntyvän myös reaalisien yhteiskunnallisen konsensuksen tavoitteluksi. Tämä johtaa myös hieman erikoiseen demokratian ja siihen liittyvän poliittisen argumentaation tulkintaan. Teoriakokonaisuus on toki johdonmukainen siinä suhteessa, että oikeusturvaideologialle on varmasti kannatusta järkevästi ajattelevien ihmisten piirissä. Oikeusturvaideologiaan vedoten voitaneen puolustaa ideaalisen

⁷⁸ Oikeussäännösten tulkinnasta, s. 197; *The Rational as Reasonable*, s. 228.

hyväksyttävyyden mittapuuta ratkaisujen perustelustandardina. Kummallakin on vastaavanasteinen intuitiivinen tuki, ja näin voidaan jopa jossakin mielessä osoittaa aito välitysmekanismi oikeusjärjestelmään kohdistuvista yhteisön odotuksista lainopin ja ratkaisutoiminnan harjoittamisen tapaan. Silti teorian eri osaset tuntuvat olevan niin monimutkaisella tavalla toisiinsa kiेतoutuneita, että niiden tarkka erottelu tuntuu hankalalta. Onko esimerkiksi mieltä sanoa, että elämänmuotomme puitteissa olisi jo näin pitkälle ratkennut kysymys siitä, millaista oikeutta meillä voi olla? Onko oikeusturvaideologiamme sellainen osa elämänmuotoamme, ettemme voisi toimia sitä vastaan?

Erityisen hämmästyttävältä vaikuttaa se näkemys, että lainsoveltajien ja lain tulkitsijoiden tulisi omaksua rooli tällaisen yhteiskunnan rationaalisen peruskonsensuksen ylläpitäjinä. On tietysti selvää, että oikeudellisissa käytännöissä ja lainopin harjoittamisessa tukeudutaan pitkälle joihinkin rationaalisuusoletuksiin ja että tämä oikeusjärjestelmään kuuluva ”suodatin” vaikuttaa myös siihen, kuinka politiikan suunnasta tulevia impulsseja muunnetaan oikeusjärjestyksen osaksi. Silti sanotussa teoriassa edetään jollakin tapaa takaperoisesti: argumentaatioteorian sosiaalis-poliittiset tehtävät koetaan osoittaa ja oikeuttaa osana sisällöllistä tulkintaa rationaalisesta yhteiskuntaelämästä. Kysymys on tietyn käsityksen osoittamisesta järkeväksi sillä perusteella, että se edustaa maailmankuvaa. Oikeusideologian tarkasteluna se ei syvene toivotulla tavalla.

Tällainen lainsoveltamisesta ja sille asettuvista vaatimuksista lähtevä oikeusteoria ja -filosofia jää niin ikään lähinnä viitteelliseksi, kun sitä yritetään laajentaa tulkinnaksi demokraattisesta oikeusvaltiosta. Wittgensteinin ajatus varmuudesta ja elämänmuodoista muodostaa kylläkin jonkinlaisen filosofisen perustan oikeudellisen argumentaation käsittelylle, mutta vaatisi oikeusfilosofisessa suhteessa selvästi kehittelyä erityisesti, jotta siihen voitaisiin perustaa suorastaan teoria modernista hyvinvointivaltiosta. Valtio, oikeus ja yhteiskunta tietyllä tapaa oletetaan hiljaisesti tunnetuiksi sen sijaan, että tieteellinen problematisointi kohdistuisi näihin ”puitteisiin”.⁷⁹

Eikö demokratiassa sittenkin olennaisempaa ole kansansuverenisuus ja siihen liittyvä poliittinen *muutosdynamiikka*, joka ei edellytä ideaalista, rationaalista eikä mitään muutakaan sisällöllistä konsensusta, vaan joka sallii kaikenlaisen sellaisen poliittisen toiminnan, joka ei uhkaa kansansuvereniteetin toteutumista? Eikö poliittinen yhteisö kaikkine repivine ristiriitoinen-

⁷⁹ Ks. myös lainausta Tuorin luonnehdinnasta edellä av. 21.

kin ole sekin samalla viime kädessä yhteisö, joka tunnustaa yhteisiä asioita – sanottakoon sitä elämänmuodoksi – vaikka siinä toisaalta myös riidellään asioista ja ajaututaan konflikteihin? Julkisuus kykenee suodattamaan poliittisessa keskustelussa järjestöimmät näkemykset, mutta mitään ehdottomia takeita ei ole siitä, että poliittinen yhteisö aina toimisi järkevästi.

Eikö konfliktin poliittisuus olennaisesti merkitse erimielisyyden *rakentavuutta*, koska poliittinen järjestelmä on päätöksentekojärjestelmä, joka tuottaa tuloksia niiden taustalla olevista mielipide-eroista huolimatta, konsensusta edellyttämättä? Vaikuttaa siltä, että Aarnion teoriassa korostetaan yhteistä toiminnallista perustaa konfliktielementtien kustannuksella jo liiaksi – tai ainakin asia olisi vaatinut täsmennyksiä.

*John Rawlsin*kaan uudemmassa teoriassa, poliittisessa liberalismissa, ei enää lähdetä siitä, että yhteisössä jaettaisiin mitään perustavia arvolähtökoh-
tia. *Comprehensive doctrine* -malli on hylätty, mutta tämä ei estä sellaisen-
kin yhteisön, jossa perustavaa arvojen yhteisyyttä ei ole saavutettavissa,
muodostamasta poliittista yhteisöä. Ainoa, mitä tarvitaan, on *overlapping
consensus*: kaikkien ryhmien riittävä hyväksyntä sille, että tietyt kysymyk-
set ovat poliittisia ja politiikan keinoin ratkaistavissa.⁸⁰ Rawlsin mukaan
Habermas edustaa *comprehensive doctrine* -mallia.⁸¹ Rawlskin toki edellyt-
tää tietynlaisen peruskonsensuksen poliittisen järjestelmän suhteen vallitse-
van, vaikka ei mitään arvokonsensusta oletakaan.

Poliittisena filosofiana aarniolainen konsensus-suuntautunut oikeusajat-
telu käsittelee kysymystä oikeusjärjestyksen legitimaatiosta valikoivasti: si-
nänsä se sopii ajatukseen valtiosäännön peruseriaatteiden ja perusoikeuksi-
en sisältämästä yleisesti hyväksyttävästä ja rationaalisesta yhteisestä taus-
tasta, josta kaikessa toiminnassa lähdetään ja joka muodostaa ehkä jonkin-
laisen taustakonsensuksen. Silti käytännössä demokraattisen päätöksente-
kojärjestelmän, erityisesti lainsäädännön suhde tähän tausta-arvojen koko-
naisuuteen on kaiken aikaa jännitteinen. Lakia pitää noudattaa, vaikka ei sen
sisältämiä arvoratkaisuja hyväksyisikään. Poliittisessa järjestelmässä on kyse
ihmisten sitomisesta yhteiseen lainsäädäntöön silloinkin, kun he eivät hy-
väksy päätösten sisältöjä.

⁸⁰ *Political Liberalism*, 1993, esim. s. xviii: "Political liberalism assumes that, for political purposes, a plurality of reasonable yet incompatible comprehensive doctrines is the normal result of the human reason within the framework of the free institutions of a democratic regime."

⁸¹ Ks. "Reply to Habermas", teoksen *Political Liberalism* toisessa painoksessa, 1996, s. 372–434.

Aarnio on joissakin uudemmissa puheenvuoroissaan⁸² katsonut, että kotimainen perusoikeuskeskustelu olisi etenemässä liian pitkälle: aineellisen oikeuden tutkimuksessa olisi kuunneltava pikemminkin lainsäätäjän ääntä sen sijaan, että aineellista lainsäädäntöä yhä tiiviimmin tarkastellaan perusoikeuksien valossa. Tutkija on muuten vaarassa astua itse lainsäätäjän saappaisiin. Lainopilliset tulkinnatkin kun näyttävät yhä useammin vain perusoikeusjärjestelmän alakohtaisilta sovelluksilta.

Aarnion käsityksissä perusoikeudet eivät saa yhtä vahvaa merkitystä yhteisöllisen arvokonsensuksen edustajina kuin mitä elämänmuotoon rakentuneet rationaaliset mutta perimmältään ideologiset arvovaatimukset. Ilmeisesti tämä merkitsee sitä, että hän katsoo yhteiskunnallisen oikeusturvaodotuksen ankkuroituneen elämänmuotoomme syvemmälle kuin mitä esimerkiksi perusoikeudet ovat toistaiseksi ennättäneet. Kysymys voinee myös olla siitä, että oikeusturvaodotus on ankkuroitunut *legalistiseen* oikeustraditioon sisällöllistä perusoikeusajattelua syvemmälle.⁸³

Konsensuslähtöinen argumentaatioteorian korostaminen ja oikeudellisen ratkaisutoiminnan ratkaisija-sidonnaisten, viime kädessä oikeuden taustalla olevaan auktoriteettiin (suvereenisuuteen) palautuvien kysymysten sivuuttaminen omalla tavallaan suuntaavat sitä, mitkä oikeusfilosofiset kysymykset ovat relevantteja teorian piirissä. Oikeusvaltiota koskevia poliittis-luonteisia näkökohtia ei nouse kovin nimenomaisesti esiin, koska kehiteltävänä on teoria hyväksyttävästä laintulkinnasta. Sellaiseen teoriaan on vaikea luontevasti yhdistää valtion tehtäviä ja oikeuden oikeutusta koskevia yleisempiä kysymyksiä ja näkökohtia. Niin ikään kysymykset oikeudellisen tulkinnan valankäytöllisistä piirteistä samoin kuin yhteiskunnallisiin suhteisiin liittyvien (etu)ristiriitojen luonteesta jäävät suhteellisen taka-alalla. Oikeusjärjestelmän oletetaan viime kädessä selviävän niistä tehtävistään, joita sille on historian saatossa asettunut. Oikeusyhteisö kantaa tätä traditiota eteenpäin.

Esimerkiksi habermasilainen demokraattisen oikeusvaltion rekonstruktioyritys puolestaan lähtee liikkeelle juuri kysymyksestä valtiovallan oikeutuksesta ylimalkaan, edeten sitten konkreettisempiin kysymyksiin.⁸⁴ Tämän

⁸² Erityisesti Aarnio, ”Uusi varallisuusoikeus...”, s. 515–534.

⁸³ Aarnio on vastikään korostanut, että juuri perusoikeusajattelun vahvistumisen myötä lakimiesten valmiuksia kohdata yhteiskunnallisia arvovalintoja tulisi parantaa. ”Oikeusvaltio – tuomarivaltio?”, 2002, s. 12.

⁸⁴ Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1992, *passim*. Teorioita oikeudellisesta diskurssista tarkastellaan *mt.*, s. 238–291.

teorian sisällä myös argumentaatioteoria voi saada oman paikkansa. Myös Tuorin kriittinen oikeuspositivismi lähtee liikkeelle vastaavasta laajemmasta yhteiskuntateoreettisesta kehikosta. Aarnio ei ole laajemmassa mitassa suhteuttanut analyttistä hermeneutiikkaansa 1990-luvun ”suuriin teorioihin”. 1980-luvulta angloamerikkalaisen yhteiskuntafilosofian piirissä käyty *liberalismi–kommunitarismi*-keskustelu olisi tarjonnut mahdollisuuksia selvittää paitsi käsitystä yksilön oikeuksien paikasta ja luonteesta (liberalismin erilaiset muunnelmat), myös yhteisöllisten arvojen ja yhteisöllisyyden luonteesta (kommunitaristiset teoriat).

Tärkeänä yhteiskuntafilosofisena avauksena voi kuitenkin pitää Aarnion ja Peczenikin yhteistä artikkelia ”Suum Cuique Tribuere” (*Ratio Juris*, 1995, s. 142–175). Siinä asettuu käsitys demokratiasta ja oikeudesta, mukaan luetuna lainsoveltamisen tehtävät, laajempaan teoreettiseen kehykseen. Ajatuksena on osoittaa oikeuden tietty väistämätön sosiaalisuus ja moraalisuus. Ihmisen itsekkyydestä lähtevät käsitykset (ihminen on omia päämääriään vapaasti toteuttava *homo finalis*) ja ihmisen sosiaalisuudesta lähtevät käsitykset (ihminen on oikeuteen ja oikeudenmukaisuuteen suuntautunut *homo socialis*) nähdään perustavalla tavalla erilaisiksi, yhteensovittamista vaativiksi. Ihmisen viisaus (ihminen on *homo sapiens*) luo kuitenkin edellytykset sille, että ihmisyyden eri tunnuspiirteet voidaan saada keskenään tasapainoon. Juuri poliittinen demokratia ja oikeusjärjestys edustavat sellaisia institutionaalisia välineitä, joiden puitteissa tällaista erilaisten rationaalisuusmuotojen synteisiä on voitu yrittää.⁸⁵

Kirjoittajien esitys modernista demokraattisesta oikeusvaltiosta kommentoi kiinnostavasti ajankohtaista keskustelua oikeus- ja hyvinvointivaltion haasteista. *Social engineering* -ajattelun kritiikistä nousee kiinnostava näkökulma suunnittelun mahdollisuuksiin ja välttämättömyyteen nyky-yhteiskunnassa. Näkemyksessä korostuu moraalien merkitys eräänlaisena siltana yhteiskunnan ja oikeuden välillä. Oikeuden avulla luodaan konsensusta, koordinoidaan toimintaa ja luodaan luottamusta ihmisten välille. Oikeus on ottanut perinteisesti moraalille kuuluneen tehtävän yhteisön kiinteyden ylläpitäjänä.⁸⁶ Aarnion ja Peczenikin käsitys ilmentää eräänlaista kommunitarismia, sillä järjestäytyneelle yhteiselämälle tunnustetaan siinä itseisarvo. Oikeusnormit nähdään sosiaalisen rakenteen tärkeäksi, turvaa ja ennakoitavuutta

⁸⁵ Aarnio – Peczenik, ”Suum Cuique Tribuere”, 1995, s. 162, 174.

⁸⁶ *Mt.*, s. 166–168.

arkielämässä takaavaksi osaksi. Tähän voidaan perustaa myös ihmisen, egoistinkin, moraalinen velvollisuus noudattaa lakia.

Erityisesti erilaiset myöhäismodernia oikeutta koskettelevat teoriat, joissa, toisin kuin analyyttisessä hermeneutiikassa, systematisoinnin ja oikeuskäytännön ”kahlitsemisen” sijasta korostetaan lainsoveltajien valinnanvaraa ja vastuuta, johtaisivat koko lailla toisentyypiseen käsitykseen oikeusjärjestyksen muutosdynamiikasta ja siitä, millaisia odotuksia lainkäyttöön todellisuudessa kohdistuu. Luontevimpana esimerkkinä voi mainita Thomas Wilhelmssonin uudemmat tutkimukset.⁸⁷ Filosofinen *vastuu-problematiikka* voisi niin ikään tarjota pohdittavaa ja palauttaa (kelseniläistä) syyksilukemisen näkökulmaa uudelleen oikeusteoriaankin.⁸⁸

Myöhäis-wittgensteinilainen teonfilosofia ”sosiaalisesti” ja brusiinlaisittain tulkittuna⁸⁹ lukevat mahdollisesti vahvempia oletuksia ihmisten kielelliseen maailmassa olemiseen liittyvästä keskinäisestä suhteesta kuin mitä tuo filosofia itse asiassa sisältää. Se on jo tietynlaista sosiaalista transsendentiaalifilosofiaa, tätä kuitenkin tunnistamatta. Tällainen analyyttinen oikeusteoria on filosofisilta perusteilta etääntynyt varsin paljon niistä lähtökohdista, joista suuntaus alun alkaen lähti liikkeelle. Se on toisaalta samalla lähestynyt oikeuden suuria kysymyksiä, ja näin myös vuoropuhelu analyyttisen oikeusteorian ja -filosofian sekä ajan muiden suuntausten välillä on helpottunut – ja olisi eri osapuolille entistä hyödyllisempää. Nähtäköön tämä esitellyni niin ikään tässä valossa: tavoitteena ei ole ollut eksegeesi, vaan keskeisten teorian piirteiden ja lähtökohtien hahmottaminen sekä niiden arviointi.

Kirjallisuus⁹⁰

Aulis, Aarnio, ”Analyyttisestä ja hermeneuttisesta oikeusteoriasta ja -tieteestä”, teoksessa Jukka Kekkonen (toim.), *Oikeustieteen perusteet, menetelmät ja tavoitteet*, Studia Juridica 1981, Helsinki 1981, s. 1–16.

Aarnio, Aulis, *Denkweisen der Rechtswissenschaft. Einführung in die Theorie der rechtswissenschaftlichen Forschung*. Springer-Verlag: Wien, New York 1979.

⁸⁷ Esim. Wilhelmsson, *Senmodern ansvarsrätt*, 2001.

⁸⁸ Esim. Ricoeur, *Le Juste*, 1995.

⁸⁹ Otto Brusiin oli korostanut mm. sitä, että voimme oivaltaa oikeutta kannattavat peruspäämäärät, arvotarkaisut, yhteiskuntastruktuurin historiallisen tuntemuksen avulla. Ks. Aarnio, *Laki, teko ja tavoite*, 1975, s. 355–365.

⁹⁰ Luettelo Aarnion kirjallisesta tuotannosta vuosilta 1963–1997 on liitetty teokseen *Juhlajulkaisu Aulis Aarnio 1937–1997*. Oikeustiede – Jurisprudencia XXX, 1997.

- Aarnio, Aulis, *Järki ja auktoriteetti. Puhuttua ja kirjoitettua vuosilta 1988–1994*. Tampere 1994.
- Aarnio, Aulis, *Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja*. Porvoo–Helsinki–Juva 1989.
- Aarnio, Aulis, *Laki, teko ja tavoite. Tutkimus tavoitteellisuudesta lain tulkinnassa ja sen soveltamisessa*. Forssa 1975.
- Aarnio, Aulis, "Onko oikeustiede yhteiskuntatiede?", *Lakimies* 5/1993, s. 695–710.
- Aarnio, Aulis, "Oikeussäännösten systematisointi ja tulkinta", teoksessa Juha Häyhä (toim.), *Minun metodini*. Helsinki 1997, s. 35–56.
- Aarnio, Aulis, *Oikeussäännösten tulkinnasta. Tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä*. Helsinki 1982.
- Aarnio, Aulis, "Oikeusvaltio – tuomarivaltio?", teoksessa Aulis Aarnio – Timo Uusitupa (toim.), *Oikeusvaltio*. Helsinki 2002, s. 1–12.
- Aarnio, Aulis, *Perillisen oikeusasemasta*. Porvoo–Helsinki 1967.
- Aarnio, Aulis, *Philosophical Perspectives in Jurisprudence*. Acta Philosophica Fennica Vol. 36. Helsinki 1983.
- Aarnio, Aulis, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*. D Reidel Publ. Comp.: Dordrecht ym. 1987.
- Aarnio, Aulis, *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics*. Ashgate: Aldershot ym. 1997.
- Aarnio, Aulis, "Retoriikan jalanjäljillä." Lectio honoraria 8.2.2001. Lapin yliopisto. Pohjois-Suomen tuomarikoulu. Julkaisu 1–2/2001.
- Aarnio, Aulis, "Uusi varallisuusoikeus – vai vanha?", *Lakimies* 4/2002, s. 515–534.
- Aarnio, Aulis – Peczenik, Aleksander, "On Values", *Ratio Juris* 9 (1996), s. 321–330.
- Aarnio, Aulis – Peczenik, Aleksander, "Suum Cuique Tribuere. Some Reflections on Law, Freedom and Justice". *Ratio Juris* 8 (1995), s. 142–179.
- Alexy, Robert, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. Suhrkamp: Frankfurt a.M. 1978.
- Dworkin, Ronald, *Law's Empire*. Harper Collins: 1986.
- Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Suhrkamp: Frankfurt a.M. 1992.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*. Second Edition. Clarendon Press: Oxford 1994.
- Hart, H. L. A. – Honoré, Tony, *Causation in the Law*, Second Edition. Clarendon Press: Oxford 1985.
- Helin, Markku, *Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960*. Vammala 1988.
- Jareborg, Nils, *Handling och uppsåt. En undersökning rörande doluslärans underlag*. P A Norstedt & Söners förlag: Stockholm 1969.
- Jareborg, Nils, *Värderingar*. P A Norstedt & Söners förlag: Stockholm 1975.
- Juhlajulkaisu Aulis Aarnio 1937 – 14/5 – 1997. Oikeustiede – Jurisprudentia XXX*. Helsinki 1997.
- Makkonen, Kaarle, *Luentoja yleisestä oikeustieteestä*. Helsinki 1978.
- Makkonen, Kaarle, *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Rakenneanalyttinen tutkimus*. Helsinki 1981.

- Moore, G. E., *Etiikan peruskysymyksistä*. Suom. Jaakko Hintikka. Keuruu 1965.
- Neves, Marcelo, *Zwischen Themis und Leviathan: Eine Schwierige Beziehung. Eine Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates in Auseinandersetzung mit Luhmann und Habermas*. Nomos Verlagsgesellschaft: Baden-Baden 2000.
- Niemi, Matti I., *Päämäärien valtakunta. Konventionalistinen analyysi lainopillisen tiedon edellytyksistä ja oikeusjärjestelmän perusteista*. Helsinki 1996.
- Niiniluoto, Ilkka, "Oikeustiede ja hermeneutiikka", teoksessa Jukka Kekkonen (toim.), *Oikeustieteen perusteet, menetelmät ja tavoitteet*, *Studia Juridica* 1981, Helsinki 1981, s. 17–23.
- Nuotio, Kimmo, *Teko, vaara, seuraus. Rikosvastuun filosofisista, kriminaalipoliittisista ja lainopillisista perusteista*. Helsinki 1998.
- Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Norstedts: Göteborg 1995.
- Perelman, Chaim, *Retoriikan valtakunta*. Suom. Leevi Lehto. Tampere 1996.
- Rawls, John, *Political Liberalism*, Columbia University Press: New York 1993.
- Rentto, Juha-Pekka, "Mitä lainoppi onkaan? Aulis Aarnion oikeusteorian filosofisista perusasettamuksista." *Lakimies* 5/1991, s. 488–515.
- Rentto, Juha-Pekka, "Lainopin kehityskulkuja. Juridisen päättelyn malleja Aarniosta Aarnioon." *Lakimies* 6/1991, s. 717–745.
- Rentto, Juha-Pekka, "Oikeuden ja vähän kohtuudenkin tähden. Rationaalisesta yksimielsyydestä ja oikeasta ratkaisusta", *Lakimies* 8/1991, s. 1233–1274.
- Ricoeur, Paul, *Le Juste*. Esprit: Paris 1995.
- Sintonen, Matti, "Tieto, tilanne ja tulkinta: Aarnion oikeusteoria", *Oikeus* 1988:2, s. 199–202.
- Tuori, Kaarlo, *Kriittinen oikeuspositivismi*. Vantaa 2000.
- Tuori, Kaarlo, "Käsitelainopin itsepuolustus", *Lakimies* 7-8/2002, s. 1295–1320.
- Wihuri, Antti-Juhani, "Auditorion käsitteestä ja auditoriosidonnaisesta argumentaatiosta", *Oikeustiede – Jurisprudentia XXIII* (1990), s. 339–398.
- Wikström, Kauko, *Oikeuskäytännön tulkinnasta. Erittely oikeusnormien soveltamistoiminnasta esitettävien väitteiden teoreettisista perusteista ja oikeuskäytännön rakenteesta*. Vammala 1979.
- Wilhelmsson, Thomas, *Senmodern ansvarsrätt*. Helsingfors 2001.
- Wittgenstein, Ludwig, *Filosofisia tutkimuksia*. Suom. Heikki Nyman. Porvoo ym. 1981.
- Wittgenstein, Ludwig, *Varmuudesta*. Suom. Heikki Nyman. Juva 1999 (alkuteos *On Certainty*, Basil Blackwell: Oxford 1969).
- von Wright, Georg Henrik, *Explanation and Understanding*. Routledge and K. Paul: London 1971.
- von Wright, G. H., "Wittgenstein varmuudesta". Em. teoksessa Wittgenstein, *Varmuudesta*, 1999, s. 11–30 (julkaistu englanniksi 1970).
- von Wright, G. H., *Looginen empirismi. Eräs nykyisen filosofian pääsuunta*. Suom. H. Kinos. Helsinki 1945.

Kirjoittajat

Aarnio, Aulis

Aulis Aarnio (OTT, emeritusprofessori). Helsingin yliopiston siviilioikeuden, erityisesti perhe- ja perintöoikeuden professori 1970–1996, Suomen Akatemian tutkijaprofessori 1974–82, Tampereen yliopiston Yhteiskuntatieteiden tutkimuslaitoksen johtaja 1991–2002, Tampere Klubin pääsihteeri 2002–. Julkaissut yli 40 teosta siviilioikeudesta, toistakymmentä teosta oikeusteoriasta ja yli 300 tieteellistä artikkelia 13 eri kielellä. Viisi kaunokirjallista teosta (WSOY) ja kahdeksan näytelmää. Nelisensataa sanomalehtikirjoitusta.

Lagerspetz, Eerik

Eerik Lagerspetz (VTT) on käytännöllisen filosofian professori Jyväskylän yliopistossa. Hän on julkaissut artikkeleita mm. vallasta, demokratiasta, oikeudenmukaisuudesta, ja oikeuden luonteesta. Teos *The Opposite Mirrors* (1995) käsittelee instituutioiden ontologiaa ja auktoriteetin ongelmaa.

Määttä, Tapio

Tapio Määttä (OTT) on ympäristöoikeuden professori Joensuun yliopiston oikeustieteiden laitoksella sekä Helsingin ja Vaasan yliopistojen ympäristöoikeuden dosentti. Määttä on väitöskirjastaan *Maanomistusoikeus* alkaen keskittynyt tutkimuksissaan erityisesti teoreettiseen ympäristöoikeuteen, ympäristöoikeuden tieteenhistoriaan ja monitieteisen ympäristöoikeuden menetelmälliseen kehittämiseen.

Nuotio, Kimmo

Kimmo Nuotio (OTT) on oikeustieteen professori Helsingin yliopistossa. Vastannut vuodesta 1996 lähtien tiedekunnan Vaasassa annettavasta kaksikielisestä koulutuksesta. Rikos-oikeuden teorian ohella julkaisuja mm. oikeudellisen muutoksen ja oikeuden kansainvälis-tymisen teemoista. SOFY ry:n puheenjohtaja (2001–).

Tuori, Kaarlo

Kaarlo Tuori (OTT) on Helsingin yliopiston yleisen oikeustieteen professori. Hän on julkaissut oikeusteorian sekä julkisoikeuden alalta. Viimeisimpiä teoksia ovat *Kriittinen oi-keuspositivismi* (2000, englanniksi 2002), *Foucault'n oikeus* 2002 sekä *Oikeusjärjestys ja oikeudelliset käytännöt* (2003). Venetsia-toimikunnan jäsen.

Oikeusteoria ei ala tyhjästä, vaan tälläkin alalla on aika ajoin tarpeellista palata koti- ja ulkomaisiin klassikoihin sekä arvioida erilaisten suuntausten ja traditioiden merkitystä. Tämä kirja sisältää, kattavuuteen ja edustavuuteen pyrkimättä, eräitä fragmentteja sanotusta teemasta. E-sarjassa aikaisemmin ilmestyneissä teoksissa *Filosofien oikeus 1–2* keskityttiin filosofien näkemykseen oikeudesta, mutta nyt on esillä selvemmin oikeusteorian näkökulma. Teoksen artikkeleissa esitellään ja arvioidaan Kyösti Haatajan kritiikkiä aikansa oikeustieteestä, Alf Rossin oikeusajattelua, Georg Henrik von Wrightin käsitystä normeista ja käytännöllisestä järjestä, Kaarle Makkosen vaikutusta kotimaiseen julkisoikeuden tutkimukseen sekä Aulis Aarnion nimeen liitettyä analyyttistä hermeneutiikkaa. Kirjoittajina on joukko alan kotimaisia kärkinimiä.



Suomalainen Lakimiesyhdistys
Kasarmikatu 23 A 17
00130 Helsinki
p. (09) 603 567, f. (09) 604 668
sly@lakimies.org
www.lakimies.org

ISSN 1458-0446
ISBN 951-855-208-8

