



K A A R L O T U O R I



# Oikeusjärjestys ja oikeudelliset käytännöt

OIKEUSJÄRJESTYS  
JA OIKEUDELLISET KÄYTÄNNÖT



Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan  
julkaisut

Kaarlo Tuori

OIKEUSJÄRJESTYS  
JA OIKEUDELLISET KÄYTÄNNÖT

Helsinki 2013

## FORUM IURIS

Helsingin yliopiston oikeustieteellisen  
tiedekunnan julkaisut

© Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta  
ja tekijä

Oikeustieteellinen tiedekunta  
PL 4  
00014 Helsingin yliopisto

Fax: (09) 191 22152  
e-mail: [forum-iuris@helsinki.fi](mailto:forum-iuris@helsinki.fi)  
<http://www.helsinki.fi/oik/tdk>

Tämän teoksen sähköisen version  
on julkaissut vuonna 2022 Helsingin  
yliopisto / Helsingin yliopiston  
kirjasto Helda Open Books -  
kokoelmassa Creative Commons -  
lisenssillä: CC BY 4.0 ([https://  
creativecommons.org/licenses/by/  
4.0/deed.fi](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.fi)).



ISBN 951-45-9476-2  
ISSN 1456-842X

ISBN: 978-951-51-8263-0 (pdf)  
DOI: 10.31885/9789515182630

Toinen muuttamaton painos

Unigrafia  
Helsinki 2013

# SISÄLLYS

|                |   |
|----------------|---|
| Sisällys ..... | 5 |
|----------------|---|

## I OSA

|                                      |   |
|--------------------------------------|---|
| OIKEUDEN TASOT JA ULOTTUVUUDET ..... | 7 |
|--------------------------------------|---|

|  |    |
|--|----|
| 1. Oikeus oikeusjärjestyksenä: spontaani ja teoreettinen<br>oikeuspositivismi .....        | 9  |
| 2. Oikeus oikeudellisina käytäntöinä .....   | 13 |
| <i>Mitä oikeudelliset käytännöt ovat?</i> .....  | 13 |
| <i>Lakien säätäminen oikeudellisten ja poliittisten<br/>käytäntöjen yhdistelmänä</i> ..... | 16 |
| <i>Oikeustieteen kaksoiskansalaisuus</i> .....   | 22 |
| <i>Oikeusjärjestyksen ja oikeudellisten käytäntöjen<br/>vuorovaikutus</i> .....            | 25 |
| <i>Oikeudellis-institutionaaliset tosiasiat</i> .....                                      | 26 |
| 3. Oikeusnormien pätevyyskriteerit .....   | 28 |
| 4. Oikeuden tasot .....  | 36 |
| <i>Diskursiivinen ja praktinen tieto oikeudesta</i> .....                                  | 36 |
| <i>Oikeuden pintatason ainesosat</i> .....   | 41 |
| <i>Oikeuslähdeoppi oikeuskulttuurin ainesosana</i> .....                                   | 43 |
| <i>Tulkintastandardit oikeuskulttuurin ainesosina</i> .....                                | 50 |
| <i>Normiristiriitojen ratkaisustandardit oikeuskulttuurin<br/>ainesosina</i> .....         | 55 |
| <i>Oikeuden syvärakenne</i> .....  | 60 |
| 5. Oikeuden tasojen väliset suhteet .....  | 63 |
| 6. Oikeuden autonomia .....  | 74 |

## II OSA

|                                    |    |
|------------------------------------|----|
| NÄKÖKULMIA YLEISIIN OPPEIHIN ..... | 81 |
|------------------------------------|----|

|                   |    |
|-------------------|----|
| 1. Johdanto ..... | 83 |
|-------------------|----|

|  |     |
|--|-----|
| 2. Yleiset opit: mitä ne ovat, mitä niillä tehdään ja miten niitä kehitetään? .....            | 90  |
| <i>Yleiset opit praktisen ja diskursiivisen tiedon tasolla</i> .....                           | 90  |
| <i>Yleisten oppien koherenssia luova tehtävä</i> .....   | 92  |
| <i>Yleisten oppien pedagoginen tehtävä</i> .....   | 95  |
| <i>Yleisten oppien konstitutiivis-epistemologinen tehtävä</i> .....                            | 96  |
| <i>Yleisten oppien heuristinen tehtävä</i> .....   | 98  |
| <i>Yleisten oppien argumentatiivis-normatiivinen tehtävä</i> .....                             | 101 |
| <i>Yleisten oppien kehittäminen</i> .....  | 105 |
| 3. Käsitelainopin itsepuolustus .....  | 113 |
| <i>Rytkölän puolustuspuhe</i> .....  | 113 |
| <i>Lakipositivistisen käsitelainopin tulo Suomeen</i> .....                                    | 115 |
| <i>Ekskurssi: oppi yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta</i> .....                             | 119 |
| <i>Käsitelainopin kritiikki: Makkonen ja Aarnio</i> .....                                      | 122 |
| <i>Käsitteiden analyyttinen de- ja rekonstruktio julkisoikeudellisessa tutkimuksessa</i> ..... | 131 |
| <i>Analyyttisen kritiikin arviointia</i> .....   | 134 |
| <i>Uusi keskusteluvaihe?</i> .....   | 144 |
| 4. Sosiaalisesta siviilioikeudesta myöhäismoderniin vastuu-<br>oikeuteen .....                 | 147 |
| <i>Jälkianalyttinen vaihe</i> .....  | 147 |
| <i>Yleiset opit – tarvitaanko niitä?</i> .....   | 149 |
| <i>Myöhäismoderni yhteiskunta ja kulttuuri</i> .....   | 154 |
| <i>Vastuuoikeus mikropolitikan välineenä</i> .....   | 157 |
| <i>Nimilapuista asiaan</i> .....   | 161 |
| Kirjallisuus.....  | 162 |

## I osa

### Oikeuden tasot ja ulottuvuudet





## *1. Oikeus oikeusjärjestyksenä: spontaani ja teoreettinen oikeuspositivismi*

Mitä oikeudella tarkoitetaan? Niin maallikot kuin lakimiehetkin luultavasti vastaisivat – ainakin Suomen kaltaisessa manner-eurooppalaisessa oikeuskulttuurissa – viittaamalla lakeihin ja asetuksiin, mahdollisesti myös ylimpien tuomioistuimien päätöksiin. Joku lakimieskoulutuksen saanut saattaisi muistuttaa myös oikeustieteen merkityksestä, erityisesti siitä panoksesta, mikä lainopin säännösten tulkinnasta esittämällä kannanotoilla on oikeuden kehityksessä. Oikeus koostuisi siis tämän kaltaisesta normatiivisesta aineistosta: laeista, asetuksista ja muista säädöksistä, tuomioistuinten päätöksistä, mahdollisesti myös lainoppineiden tulkintakannanotoista.

Olettamani vastaus ymmärtäisi oikeuden normatiiviseksi ilmiöksi, *oikeusjärjestykseksi* kutsutuksi normien joukoksi. Tämän lähtökohdan jakaa myös valtaosa 1900-luvun oikeusteoreettisesta kirjallisuudesta, esimerkiksi sellaiset viime vuosisadan kenties vaikutusvaltaisimmat oikeusteoreetikot kuin itävaltalais-amerikkalainen Hans Kelsen (1881-1973) ja englantilainen H. L. A. Hart (1907-1992). Kelsen ja Hart ovat oikeusteoreettisessa tuotannossaan – heidän pääteoksensa ovat *Reine Rechtslehre* (suomennettuna Puhdas oikeusoppi, 1969) ja *The Concept of Law* (1961) – antaneet

teoreettisen hahmon luonnehtimalleni oikeuskäsitykselle, jota voisi kutsua vaikkapa *spontaaniksi oikeuspositivismiksi*. Kelsenin ja Hartin oikeusteoreettisesta tuotannosta välittyvää kuvaa nykyaikaisesta oikeudesta voi puolestaan kutsua *teoreettiseksi oikeuspositivismiksi*.

Myös teoreettinen oikeuspositivismi ymmärtää oikeuden normatiiviseksi ilmiöksi ja sijoittaa oikeuden erityiseen normien maailmaan. Kelsenin ja Hartin edustamaa teoreettista oikeuspositivismia luonnehtii kolme keskeistä piirrettä. Ensinnäkin oikeus ymmärretään positiiviseksi eli asetetuksi oikeudeksi, joka perustuu tietoiseen inhimilliseen toimintaan, ennen muuta tietosiin oikeutta asettaviin akteihin, kuten lainsäätäjän ja tuomareiden päätöksiin. Teoreettinen oikeuspositivismi ei hyväksy ajatusta ikuisista, kaikkialla ja kaikkina aikoina pätevistä *luonnonoikeudellisista* periaatteista, jotka muodostaisivat kaiken oikeuden normatiivisen ytimen ja samalla rajoittaisivat inhimillisen lainsäätäjän ja inhimillisen tuomarin toimivaltaa. Kun kaikki oikeus ymmärretään asetetuksi, positiiviseksi oikeudeksi, luonnonoikeudellisten periaatteiden oikeudellinen merkitys kiistetään.

Kelsenin ja Hartin edustaman oikeuspositivismin toisena ominaispiirteenä on kaksijakoinen ontologia eli käsitys todellisuuden rakenteesta. Tässä ontologiassa oletetaan kaksi maailmaa: yhtäältä tosiasioiden tai olemisen (saksaksi *Sein*, englanniksi *Is*) ja toisaalta normien tai pitämisen (saksaksi *Sollen*, englanniksi *Ought*) maailma. Nämä kaksi maailmaa ovat jyrkästi toisistaan erotetut, ja oikeus sijoittuu jäännöksettä normien eli pitämisen maailmaan. Siten esimerkiksi oikeutta tutkivan oikeustieteen on rajoitettava tarkastelemaan yksinomaan oikeudellista pitämistä ja varottava horjahtamasta rajaviivan toiselle puolelle, yhteiskunnallisen olemisen maailmaan. Lainsäätämisen prosessi eduskunnassa äänestysnapin painamisineen ja puhemiehen nuijan kopautuksineen kuuluu yhteiskunnallisen olemiseen maailmaan, sellaiseen maailmaan, jonka tavoitamme empiiristen, aistimillisten havaintojemme avulla. Mutta kun lainsäätämisen prosessi päättyy ja uusi laki tulee voimaan, tapahtuu omalaatuinen loikkaus yhteiskunnallisesta olemisestä oikeudelliseen pitämiseen: uudet oikeusnormit, joita yhteiskunnalliseen ole-

miseen sijoittuva lainsäätämispöessi synnyttää, irtaantuvat tästä taustastaan ja saavat kotipaikkansa yhteiskunnallisesta olemisesta jyrkästi erotetussa oikeudellisen pitämisen maailmassa.

Olemisen ja pitämisen, tai tosiasioiden ja normien, kahtiajaon ohella traditionaalista oikeuspositivismia luonnehtii toinenkin tärkeä erottelu. Nyt erottava rajaviiva kulkee pitämisen maailman sisällä: oikeusjärjestys ymmärretään itsenäiseksi normijärjestykseksi, joka on katkaissut siteensä muihin yhteiskunnallisiin normijärjestyksiin, kuten moraalisiin. Oikeuden itsenäistäminen moraalista on Kelsenin ja Hartin oikeuspositivismin kolmas tunnusmerkki. Jälleen kysymys on etäisyyden ottamisesta luonnonoikeudelliseen ajatteluun. Luonnonoikeudelliset periaatteet, sellaisina kuin ne muotoiltiin esimerkiksi keskiajan lopulla Tuomas Akvinolaisen (n. 1224-1274) järjestelmässä tai uuden ajan alussa esimerkiksi sellaisten filosofien kuin Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) tai Immanuel Kant (1724-1804) tuotannossa, olivat yhtäaikaaisesti sekä perustavia moraaliperiaatteita että perustavia oikeusperiaatteita. Luonnonoikeudellisessa ajattelussa oikeus ja moraalit olivat erottamattomasti yhteen kietoutuneita. Kun luonnonoikeudellinen ajattelu menettää kulttuurisen perustansa ja kun oikeus positivoituu, kun kaikki oikeus toisin sanoen ymmärretään asetetuksi oikeudeksi, oikeuden ja moraalien ero näyttää väistämättömältä seuraukselta.

Positivistinen oikeusteoria ei tosin kiellä oikeuden ja moraalien kaikkia yhteyksiä. Niinpä on mahdollista, että positiivisen oikeuden normit, kuten kirjoitetun lainsäädännön säännökset, viittaavat moraalinormeihin tai moraalikäsitteisiin ja antavat näille näin myös oikeudellista merkitystä. Lainsäädännössä saattaa esimerkiksi olla viittauksia ”hyvään tapaan”, josta siten tulee myös oikeudellisesti merkityksellinen normisto. Oikeustoimilain 33 §:n mukaan sellainen oikeustoimi on pätemätön, joka on tehty olosuhteissa, joista tietoisesti olisi kunnianvastaista ja arvotonta vedota oikeustoimeen. Tämän kaltaiset oikeuden ja moraalien väliset siteet eivät tietenkään ole jääneet positivistisilta oikeusteoreetikoilta huomaamatta. Mutta heidän mukaansa ne eivät horjuta teesiä oikeuden ja moraalien erosta, oikeudellisen pitämisen itsenäisyydestä ei vain yhteiskun-

nallisen olemisen vaan myös moraalisen pitämisen suunnassa. Tällaiset siteet ovat heille luonteeltaan satunnaisia eivätkä välttämättömiä, ja ne on solmittu asetetun oikeuden ehdoilla: asetettu, positiivinen oikeus on itse antanut moraalinormeille oikeudellista merkitystä, ikään kuin oman suvereniteettinsa, oman vapaan harkintavaltansa, nojalla.

Allekirjoitan Kelsenin ja Hartin edustaman teoreettisen oikeuspositivismin ensimmäisen lähtökohdan, vaikkakin rajoitan sen vain tiettyyn historialliseen oikeustyyppiin, jota kutsun *nykyaikaiseksi oikeudeksi*. Nykyaikainen oikeus on positiivista, asetettua oikeutta: oikeusjärjestys perustuu tietoiseen inhimilliseen toimintaan, ennen muuta erityisiin oikeuden asettamisakteihin kuten lainsäätäjän ja tuomarin päätöksiin. Sen sijaan kyseenalaistan Kelsenin ja Hartin omaksumat kaksi jyrkkää erottelua ja yritän aukaista muurit, jotka eristävät toisistaan yhtäältä yhteiskunnallisen olemisen ja normatiivisen pitämisen maailmat sekä toisaalta pitämisen maailman sisällä oikeusjärjestyksen ja moraalijärjestyksen. Kutsun omaa oikeusteoreettista ehdotustani *kriittiseksi oikeuspositivismiksi* erotukseksi Kelsenin ja Hartin edustamasta *traditionaalisesta oikeuspositivismista*.

## *2. Oikeus oikeudellisina käytäntöinä*

### *Mitä oikeudelliset käytännöt ovat?*

Kriittisessä oikeuspositivismissa väitetään, että oikeuden tarkasteleminen normien joukkona, oikeusjärjestyksenä, paljastaa vasta toisen puolen oikeudesta. Oikeus on normeja, mutta se on myös jotain muuta. Oikeutta voidaan nimittäin lähestyä paitsi oikeusjärjestykseksi kutsuttavana normatiivisena ilmiönä myös erityisinä yhteiskunnallisina käytäntöinä, joissa oikeusjärjestyksen muodostavia normeja tuotetaan ja uusinnetaan. Nämä erityiset yhteiskunnalliset käytännöt, oikeudelliset käytännöt, kiinnittävät oikeuden oikeusjärjestyksenä yhteiskunnallisten tosiasioiden maailmaan. Oikeus oikeusjärjestyksenä ei pääse pakenemaan eristettyyn pitämisen maailmaan, vaan säilyttää oikeudellisten käytäntöjen välityksellä yhteytensä yhteiskunnalliseen olemiseen. Oikeudelliset käytännöt silloittavat sen kuilun, joka Kelsenin ja Hartin traditio-naalisessa oikeuspositivismissa erottaa yhteiskunnallisen olemisen ja oikeudellisen pitämisen toisiltaan suljettuja alueita.

Mitä sitten ovat nämä erityiset yhteiskunnalliset käytännöt, joissa oikeutta oikeusjärjestyksenä tuotetaan ja uusinnetaan ja jotka ikään kuin kantavat tai ylläpitävät oikeutta normatiivisena ilmiönä? Näille käytännöille voidaan antaa kaksi yleistä tunnusmerkkiä.

Ensinnäkin oikeudellisten käytäntöjen osanottajat lähestyvät oikeutta (oikeusjärjestyksenä) *osanottajan sisäisestä näkökulmasta* ja omaksuvat oikeuteen *performatiivisen* asenteen. Performatiivinen asenne sisältää ainakin implisiittisen, kätketyn, normatiivisen kannanoton oikeuden velvoittavuuteen. Juuri performatiivinen asenne erottaa osanottajan sisäisen näkökulman ulkopuolisen *tarkkailijan ulkoisesta näkökulmasta*. Ulkopuolisen tarkkailijan, kuten oikeutta sosiologisesti tutkivan yhteiskuntatieteilijän, asennetta voi luonnehtia *kognitiiviseksi*, tiedolliseksi: se ei sisällä samanlaista normatiivista kannanottoa kuin oikeutta sisäisestä näkökulmasta lähestyvän osanottajan asenne.

Toisena tunnusmerkkinä on, että oikeudelliset käytännöt ovat *viestintäkäytäntöjä*, joissa teemana on oikeuden (oikeusnormien) soveltaminen, tulkinta tai muuttaminen. Oikeus on erottamattomassa yhteydessä kieleen. Oikeutta oikeusjärjestyksenä on toisinaan luonnehdittu *objektivoituneiksi ajatussisällöiksi*; juuri kieli antaa ”normatiivisille ajatussisällöille” objektivoituneen hahmon. Oikeuden ja kielen välisen yhteyden vuoksi oikeusjärjestystä voi kutsua *symbolis-normatiiviseksi* ilmiöksi. Voimme tavoittaa oikeusnormit vain kielellisten muotoilujensa kautta; oikeusnormit ilmaistaan *oikeusnormilauseina* kuten lakien säännöksinä. Vaikka oikeusnormeihin ei ole kielen ohittavaa oikotietä, on tärkeä pitää erossa toisistaan yhtäältä oikeusnormi ja toisaalta ne oikeusnormilauseet, jotka antavat normeista informaatiota tai – toisin ilmaistuna – joiden merkityssisältöjä oikeusnormit ovat.

Oikeuden erottamaton yhteys kieleen selittää, miksi *tulkinnalla* on niin keskeinen asema lakimiesten ammatillisissa käytännöissä. Tulkinta on oikeusnormilauseiden, kuten lakien säännösten, merkityssisältöjen täsmentämistä. Esimerkiksi tuomioistuin ei voi soveltaa oikeusnormeja, ennen kuin se on tulkinnut niistä informaatiota antavia oikeusnormilauseita, kuten lakitekstiä: vain tulkinnan avulla tuomari voi saada selville oikeusnormin, jota lakiteksti ilmentää, edetä oikeusnormilauseesta oikeusnormiin. Oikeuden kieleen sidonnaisuuden vuoksi myös voimme – saksalaisen yhteiskuntafilosofi Jürgen Habermasin (s. 1929) tavoin – tarkastella sellaisia erikoistuneita oikeudellisia käytäntöjä kuin lakien säätämistä, lain-

käyttöä ja oikeustiedettä erityisten *kielitekojen* sarjana. Lainsäätäjän säätämät lait, tuomarin antamat päätökset ja oikeustieteilijän lakien tulkintaa koskevat kannanotot ovat oikeudellisia kielitekoja, joihin liittyy erityisiä oikeudellisia pätevyysvaatimuksia. Näihin pätevyysvaatimukseen taas otetaan kantaa siinä oikeusjärjestyksen sisällöstä käytävässä jatkuvassa keskustelussa, jossa puheenvuoroja käyttävät niin lainsäätäjä, tuomari kuin oikeustieteilijäkin. Oikeusnormien pätevyyskriteereihin palaamme vielä jäljempänä (s. 28).

Voimme puhua oikeudellisista käytännöistä kahdessa merkityksessä, laajassa ja suppeassa. *Oikeudellisia käytäntöjä laajassa merkityksessä* ovat kaikki ne yhteiskunnalliset viestintäkäytännöt, joissa otetaan kantaa oikeusjärjestyksen tulkintaan, soveltamiseen tai muuttamiseen. Tällaisista viestintäkäytännöistä on kyse esimerkiksi silloin, kun lehtien palstoilla tai televisiossa keskustellaan jostakin yleistä kiinnostusta herättävästä oikeustapauksesta, vaikkapa Vuotoksen tekoaltaan tai Vuosaaren sataman rakentamista tai säästöpankkien toimi- ja luottamushenkilöiden vahingonkorvausvastuuta koskevista jutuista, tai tarpeesta muuttaa jotakin lakia. Keskusteluun osallistuvat kuuluvat *laajaan oikeusyhteisöön*: laajan oikeusyhteisön jäseniä ovat kaikki, joita yhdistää performatiivinen asenne yhteistä elämäänsä ohjaavaan oikeusjärjestykseen.

On huomattava, että kaikki yhteiskunnallinen toiminta, jota voidaan arvioida oikeusnormien valossa, ei suinkaan edusta määritelmäni mukaisia oikeudellisia käytäntöjä. Tällaisista käytännöistä ei esimerkiksi ole yleensä kyse silloin, kun lakia, kuten jotain rikoslain säännöstä, rikotaan. Viestintäkäytännöksi, jonka osanottajilla on oikeusjärjestykseen performatiivinen asenne, lain rikkominen muuttuu kuitenkin silloin, kun se toteuttaa *kansalaistottelemattomuutta*, kun lain rikkomisella pyritään toisin sanoen kiinnittämään huomiota johonkin lainsäädännölliseen epäkohtaan ja käynnistämään julkista keskustelua esimerkiksi ympäristölainsäädännön muutostarpeesta.

Nykyaikainen yhteiskunta perustuu työnjakoon, ja tämä työnjako ulottuu myös oikeusnormien tuottamiseen ja uusintamiseen. Nykyaikaisen yhteiskunnan oikeusjärjestelmälle ovat ominaisia



oikeusnormien tuottamiseen ja uusintamiseen erikoistuneet yhteiskunnalliset käytännöt, joita voimme kutsua *oikeudellisiksi käytännöiksi suppeassa merkityksessä*. Näissä käytännöissä pääasiallisina toimijoina ovat lakimiehet erityisen koulutuksen saaneena ammattikuntana; voimme kutsua lakimiehiä *suppeaksi oikeusyhteisöksi* erotukseksi siitä laajasta oikeusyhteisöstä, jonka jäsenet osallistuvat oikeudellisiin käytäntöihin laajassa mielessä. Lakimiehillä suppeana oikeusyhteisönä on oma erityinen ammatillinen oikeuskulttuurinsa, joka jo kielensä ja käsitteidensä puolesta eroaa laajassa oikeusyhteisössä vallitsevasta yleisestä oikeuskulttuurista. Lakimiehet käyttävät sellaisia erityisiä käsitteitä kuin esimerkiksi ”oikeustoimi”, ”oikeusvoima”, ”hallintotoimi” ... Lakimiesten ammattikieli uhkaa siirtää suppeassa oikeusyhteisössä käytävät keskustelut oikeudellisten maallikoiden muodostaman laajan oikeusyhteisön ulottamattomiin. Sellaisissa erityisissä oikeudellisissä käytännöissä kuin lainkäytössä maallikoiden arkielämässään kohtaamat ongelmatilanteet myös muotoillaan ja käsitteellistetään uudelleen, käännetään kielelle, jota asianosaisten saattaa olla vaikea ymmärtää.

### *Lakien säätäminen oikeudellisten ja poliittisten käytäntöjen yhdistelmänä*

Oikeudellisia käytäntöjä käsitteen suppeassa tai varsinaisessa merkityksessä ovat selvästikin tuomioistuinten ratkaisutoiminta eli *lainkäyttö* ja *oikeustiede*, jotka molemmat osallistuvat oikeusjärjestyksen tuottamiseen ja uusintamiseen ja joissa molemmissa lakimiehet ovat pääasiallisina toimijoina. Entä sitten lakien säätäminen? Suomen kaltaisessa nykyaikaisessa oikeusjärjestelmässä kirjoitettu lainsäädäntö on tärkein uusien oikeusnormien lähde, ja tässä suhteessa näyttäisi kiistattomalta, että lakien säätäminen on yksi ja jopa tärkeinkin nykyaikaisen yhteiskunnan erikoistuneista oikeudellisista käytännöistä. Mutta jos suppeassa merkityksessään ymmärrettyjen oikeudellisten käytäntöjen tunnusmerkkinä pidetään myös sitä, että niissä pääasiallisina toimijoina ovat lakimiehet suppean oikeus-

yhteisön jäsenenä, lakien säätäminen näyttää jäävän määritelmän ulkopuolelle.

Lakien säätämässä keskeisessä osassa ovat poliitikot eivätkä lakimiehet: poliitikot päättävät ministereinä hallituksen esitysten antamisesta eduskunnalle ja kansanedustajina näiden esitysten hyväksymisestä tai – harvemmin – hylkäämisestä. Lakiesityksistä hallituksessa ja eduskunnassa käytävä keskustelu on luonteeltaan ensisijaisesti poliittista keskustelua, ja siinä käytettävät argumentit ovat luonteeltaan ensisijaisesti poliittisia eivätkä oikeudellisia. Poliittisessa keskustelussa ja argumentaatioissa lainsäädäntöä tarkastellaan ja arvioidaan *keinona yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden toteuttamiseksi*: kilpailulainsäädännöllä pyritään takaamaan vapaan taloudellisen kilpailun edellytykset, sosiaalilainsäädännöllä pyritään erityisiin sosiaalipoliittisiin tavoitteisiin jne. Näyttäisi siten siltä, että lakien säätäminen ei muodostuisi niinkään oikeudellisista kuin poliittisista käytännöistä.

Lakien säätämiseen kuuluu kuitenkin myös vaiheita, joissa pääasiallisina toimijoina ovat lakimiehet ja joissa käytettäviä argumenttejakin voi pitää pikemminkin oikeudellisina kuin poliittisina. Lakimiehet osallistuvat lainvalmisteluun, jossa heidän tehtävänä on pukea poliittisia tavoitteita palvelevat keinot oikeudellisten sääntelyjen muotoon, kääntää politiikan kieli oikeudelliselle kielelle. Tämän päivän Suomessa lakimiehet ovat pääosassa siinä lainvalmistelussa, josta vastaa oikeusministeriö, mutta myös muissa ministeriöissä on lakimieskoulutuksen saaneita lainvalmistelun oikeudellisia ammattilaisia. Lainvalmistelusta huolehtivat lakimiehet eivät tarkastele lainsäädäntöä pelkästään sellaisesta tavoitteellisesta, voisi myös sanoa *instrumentalistisesta*, näkökulmasta, joka on ominainen poliittisten tavoitteidensa toteuttamiseen pyrkiville poliitikoille. Lakimiesten on omaksuttava myös oikeuden *sisäinen* näkökulma, ja juuri tämä erottaa oikeudellisen argumentaation poliittisesta.

Kun lakimiehet lähestyvät lainsäädäntöä oikeuden sisäisestä näkökulmasta, he kantavat huolta, paitsi lainsäädännön kyvystä toteuttaa yhteiskuntapoliittisia tavoitteita, myös oikeusjärjestyksen sisäisestä johdonmukaisuudesta ja yhtenäisyydestä. Oikeuden si-

säisestä näkökulmasta on tärkeää, että uusi lainsäädäntö sopeutuu oikeusjärjestyksen kokonaisuuteen eikä järkytä sen yhtenäisyyttä synnyttämällä siihen sisäisiä ristiriitoja. Mahdolliset ristiriidat, joita lakimiehet jo lainvalmistelussa yrittävät karsia, voivat olla luonteeltaan suoranaisesti loogisia. Kaksi säännöstä on keskenään loogisessa ristiriidassa esimerkiksi silloin, kun toinen säännös asettaa velvollisuudeksi käyttäytymisen, jonka toinen säännös kieltää. Oikeusjärjestyksen sisäistä loogista ristiriidattomuutta voimme kutsua myös *konsistenssiksi* erotukseksi *koherenssista*, joka on eräässä mielessä jo vaativampi oikeusjärjestyksen yhtenäisyyttä kuvastava ominaisuus. Koherenssi on oikeusperiaatteiden tasoista yhtenäisyyttä. Siitä tulee myöhemmin tarkemmin puhetta.

Lakien säätämisessä voi olla myös lainvalmistelua myöhäisempiä vaiheita, joissa on oikeudellisten käytäntöjen piirteitä. Suomessa voidaan viitata eduskunnan perustuslakivaliokunnan asemaan. Perustuslakivaliokunta on tärkein lakien perustuslain mukaisuutta valvova elin; tämä valvonta tähtää omalta osaltaan oikeusjärjestyksen yhtenäisyyden takaamiseen. Perustuslakivaliokunta harjoittaa lakien säätämisyvaiheessa ennakkollista valvontaa ja antaa lausuntoja eduskunnan käsiteltävänä olevien lakiehdotusten perustuslain mukaisuudesta. Vaikka perustuslaissa ei ole nimenomaista säännöstä näiden lausuntojen oikeudellisesta sitovuudesta, eduskunta noudattaa niitä nykyisin poikkeuksetta.

Perustuslakivaliokunta koostuu eduskunnan muiden valiokuntien tapaan kansanedustajista. Se kuitenkin muodostaa kantansa kuultuaan valtiosääntöoikeudellisia asiantuntijoita, kuten yliopistojen julkisoikeuden professoreita, ja sen lausunnoissaan käyttämä argumentaatio on luonteeltaan pikemminkin oikeudellista kuin poliittista. Näin myös perustuslakivaliokunnan toiminnan voi katsoa tuovan lakien säätämismenettelyyn oikeudellisille käytännöille ominaisia piirteitä.

Kokonaisuutena ottaen lakien säätäminen on omalaatuinen poliittisten ja oikeudellisten käytäntöjen yhdistelmä, jossa poliittisilla käytännöillä on viime kädessä ratkaiseva asema: hallituksen ja eduskunnan poliittisperusteisista valinnoista riippuu, rikastetaanko

oikeusjärjestystä uudella säädöksellä vai ei. Nykyaikaisen yhteiskunnan oikeusjärjestelmän tunnuspiirteisiin kuuluu sen *autonomisuus*, sen suhteellinen itsenäisyys. Tämä autonomisuus ei kuitenkaan ole politiikankaan suunnassa ehdotonta sulkeutuneisuutta. Oikeusjärjestelmän yhteydet politiikkaan välittyvät – tai ainakin niiden tulisi välittyä – ensisijaisesti lakien säätämisen kautta. Laki-en säätäminen voi täyttää tämän yhteystehtävänsä juuri siksi, että se on omalaatuinen poliittisten ja oikeudellisten käytäntöjen yhdistelmä.

Lainkäyttö – tuomioistuinten ratkaisutoiminta – edustaa nykyaikaisen yhteiskunnan erikoistunutta oikeudellista käytäntöä ikään kuin puhtaimmillaan. Lainkäytössä näkökulma on oikeuden sisäinen. Kun lakien säätämiseen kuuluvissa poliittisissa käytännössä lainsäädäntö ymmärretään keinoksi jonkin oikeuden ulkopuolista yhteiskuntaa koskevan (poliittisen) tavoitteen toteuttamiseksi, lainkäytössä tavoitteellisuus – sikäli kuin tavoitteellisuudesta on ylipäätään asianmukaista puhua lainkäytön yhteydessä – on oikeuden sisäistä. Tavoitteena on yksinkertaisesti toteuttaa oikeuden vaatimukset käsiteltävänä olevassa tapauksessa, soveltaa lakia – oikeusnormeja – asianomaiseen tapaukseen.

Harkinta, jonka nojalla poliittisissa käytännöissä päädytään lakien säätämiseen, on luonteeltaan niin sanottua praktista päättelyä. Tällainen päättely voidaan ilmaista seuraavan kaltaisen *praktisen syllogismin* muodossa:

(1) Poliittisella päätöksentekijällä on yhteiskuntapoliittinen tavoite X

(2) Poliittinen päätöksentekijä uskoo lain Y olevan sopiva keino X:n toteuttamiseksi

---

Poliittinen päätöksentekijä päättää säätää Y:n

Lainkäytölle kuuluvaa oikeuden soveltamistehtävää, jossa tavoitteellisuus on luonteeltaan enintään sisäistä, oikeuden vaati-

musten toteuttamista tarkoittavaa, ilmentää taas tuomioistuimen ratkaisun pukeminen seuraavan kaltaisen *loogisen syllogismin* muotoon:

(1) Joka syyllistyy tappoon, on tuomittava vankeuteen

(2) X on syyllistynyt tappoon

---

X on tuomittava vankeuteen

Kutsukaamme tuomioistuimen ratkaisua kuvaavaa syllogismia *ratkaisusyllogismiksi*. Ratkaisusyllogismin yläauseena (1) on jutussa sovellettava oikeusnormi, alalauseena (2) jutun tosiasioden kuvaus ja johtopäätöksenä tuomio. On kuitenkin korostettava, että looginen syllogismi on eräänlainen jälkikäteinen kuvaus, joka sivuuttaa käytännön ratkaisutoiminnan merkittävimmät ongelmat. Looginen syllogismi ilmentää samalla tuomioistuinratkaisujen hyväksyttävyyden eli justifioitavuuden vähimmäisedellytyksiä. Tuomioistuimen ratkaisua ei voida pitää hyväksyttävänä, ellei se perustu *yleiseen* oikeusnormiin, jonka soveltamiseksi yksittäiseen tapaukseen tuomioistuimen päätös voidaan ymmärtää. Tämän kaltaisen yleistettävyyden vaatimus on seurausta muodollisen yhdenvertaisuuden tai muodollisen oikeudenmukaisuuden periaatteesta. Periaate edellyttää, että samanlaisia tapauksia on kohdeltava samalla tavalla. Tuomioistuimen ratkaisu ei täytä muodollisen yhdenvertaisuuden vaatimusta, ellei sitä voida saattaa loogisen syllogismin muotoon.

Päätöksen muotoileminen loogiseksi syllogismiksi on sen *sisäistä justifikaatiota*. Käytännön ratkaisutoiminnan ongelmat eivät kuitenkaan koske niinkään sisäistä kuin *ulkoista justifikaatiota*. Ulkoinen justifikaatio on ratkaisusyllogismin ylä- ja alalauseen perustelemista: siinä on kyse yhtäältä ratkaisunormin ja toisaalta jutun tosiasiakuvauksen muodostamisesta. Ulkoisen justifikaation perustaviin ongelmiin kuuluu, miten voidaan murtaa sovellettavan oikeusnormin valinnan ja muotoilemisen sekä jutun tosiasioden

kuvaamisen suhteissa ilmenevä *hermeneuttinen kehä*. Mitä hermeneuttisella kehällä tuomioistuimen ratkaisutoiminnan yhteydessä tarkoitetaan?

Jutussa sovellettavan oikeusnormin valinta ja tulkinta sekä jutun tosiasioiden kuvaaminen ovat omalaatuisella tavalla toisistaan riippuvaisia. Jutun tosiasioista riippuu, mitä oikeusnormia siihen sovelletaan ja miten oikeusnormin ilmaisevaa lausetta, esimerkiksi lakitekstiä, tulkitaan. Oikeustoimilain 33 §:n mukaan oikeustoimi on pätemätön, jos se on tehty ”sellaisissa olosuhteissa, että niistä tietoisesti olisi kunnianvastaista ja arvotonta vedota oikeustoimeen”. Kulloisenkin tapauksen erityispiirteistä esimerkiksi riippuu, miten oikeustoimilain 33 §:n ilmausta ”kunnianvastaista ja arvotonta” juuri siinä tapauksessa tulkitaan ja täsmennetään. Näin ratkaisusyllogismin oikeudellisen premissin, toisin sanoen jutussa sovellettavan oikeusnormin eli *ratkaisunormin*, muotoileminen on riippuvaista jutun tosiasioista. Mutta toisaalta tosiasiapremissin muotoileminen, eli jutun tosiasioiden kuvaaminen, on riippuvaista jutussa sovellettavasta oikeusnormista, joka siis muodostaa ratkaisusyllogismin ylälauseen. Ratkaisunormi näet osaltaan määrää, mitä juttuun liittyviä tosiasioita on pidettävä sillä tavoin oikeudellisesti merkityksellisinä, että ne otetaan mukaan tosiasiakuvaukseen. Jos jutussa sovelletaan oikeustoimilain 33 §:ää, oikeudellista merkitystä on nimenomaan niillä tosiasioilla, joiden valossa arvioidaan, onko oikeustoimi syntynyt olosuhteissa, joista tietoisesti olisi kunnianvastaista ja arvotonta vedota oikeustoimeen.

Yhtäältä siis jutussa sovellettava oikeusnormi voidaan valita ja täsmentää vain jutun tosiasioiden pohjalta, mutta toisaalta se, mikä ovat jutun tosiasioita oikeudellisessa mielessä, voidaan päätellä vain jutussa sovellettavan oikeusnormin perusteella. Tässä on lainkäytön hermeneuttinen kehä: tuomarin kohtalona näyttää olevan kiertää normien ja tosiasioiden välistä kehää. Oikeudellisten käytäntöjen välisessä työnjaossa oikeustieteen tehtävänä on opastaa tuomaria ratkaisemaan hermeneuttisen kehän ongelma.

## *Oikeustieteen kaksoiskansalaisuus*

Myös oikeustiede kuuluu oikeusjärjestyksen tuottamiseen ja uusintamiseen erikoistuneisiin oikeudellisiin käytäntöihin, vaikka se eräissä tärkeissä suhteissa poikkeaaakin lakien säätämisestä ja lainkäytöstä. Oikeustiede tuottaa tulkintasuosituksia ja systematisointiehdotuksia. *Tulkintasuosituksissaan* oikeustieteilijä esittää, miten esimerkiksi jotakin epäselvää tai sanonnaltaan avointa lain säännöstä olisi tulkittava, ja myös tukee suositustaan erityisillä perusteilla. Tulkintasuosituksissaan oikeustieteilijät pyrkivät esimerkiksi täsmentämään, minkälaiset oikeustoimen syntyolosuhteet täyttävät oikeustoimilain 33 §:n mukaisen pätemättömyysperusteen. Oikeustieteilijöiden *systematisointiehdotukset* taas koskevat eri oikeudenalojen, kuten rikosoikeuden, varallisuus oikeuden tai hallinto-oikeuden, yleisiä oppeja. Kyse voi olla ensinnäkin oikeuskäsitteistä, joilla oikeudenalan normeja systematisoidaan ja/tai käytännössä esiintyviä ongelmatilanteita jäsennetään ja määritellään. Systematisointiehdotukset voivat painottaa myös oikeudenalan oikeusperiaatteita: oikeustieteilijä koettaa perustella oikeudenalalle – esimerkiksi perheoikeudelle – ominaisia periaatteita ja niiden keskinäisiä suhteita.

Tulkintasuosituksillaan ja systematisointiehdotuksillaan oikeustiede täyttää tärkeitä tehtäviä oikeudellisten käytäntöjen keskinäisessä työnjaossa. Yleisiä oppeja kehittämällä oikeustiede vaalii oikeusjärjestyksen yhtenäisyyttä, ennen muuta sen koherenssia. Tulkintasuosituksillaan oikeustiede palvelee ensisijaisesti lainkäyttöä. Tulkintasuositukset esitetään eräänlaisista tyypitapauksista, joissa lainkäytön ratkaisusyllogismin ylälauseena oleva oikeusnormi ja alalauseena oleva tosiasiakuvaus on ikään kuin alustavasti suhteutettu toisiinsa. Tuomarin ei tarvitse aloittaa normien ja tosiasioiden välistä sukkulointia tyhjästä, valmistautumattomana, vaan oikeustiede auttaa häntä murtamaan hermeneuttisen kehän.

Oikeudellisena käytäntönä oikeustieteellä on tärkeitä tehtäviä oikeusjärjestelmän toiminnassa. Se kuitenkin poikkeaa joissakin suhteissa sellaisista oikeudellisista käytännöistä kuin lakien säätä-

misestä ja lainkäytöstä. Ensimmäinen ero liittyy oikeudellisten käytäntöjen tuotosten velvoittavuuteen. Lainsäätäjän säätämien lakien ja tuomarin antamien päätösten noudattamisen takaa viime kädessä erityinen pakotuskoneisto ulosottomenettelyineen, poliiseineen ja vankiloineen. Oikeustieteilijöiden lausumilla ei ole samankaltaista pakotuskoneiston tukemaa velvoittavuutta kuin lainsäätäjän säätämällä laeilla tai tuomareiden antamilla päätöksillä. Tällaisen velvoittavuuden oikeustieteen tulokset voivat saada vasta muiden oikeudellisten käytäntöjen välityksellä, esimerkiksi siten, että tuomioistuin omaksuu tuomiossaan tulkintasuosituksen, jonka oikeustieteilijä on esittänyt oikeustoimilain 33 §:stä.

Toiseksi oikeustiede eroaa lakien säätämisestä ja lainkäytöstä siinä, että se ei ole organisaatioltaan tai menettelyltään samassa määrin oikeusnormein säänneltyä. Lakien säätäminen on perustuslaissa uskottu siinä määriteltyjen valtioiden, lähinnä eduskunnan ja hallituksen, yksinoikeudeksi, ja myös lakien säätämisessä noudatettavasta menettelystä on annettu säännökset perustuslaissa ja eduskunnan työjärjestyksessä. Vastaavasti lainkäyttö on perustuslaissa ja muussa lainsäädännössä määriteltyjen tuomioistuinten asiaana, ja niissä noudatettavaa menettelyä puolestaan sääntelevät oikeudenkäymiskaari ja hallintolainkäyttölaki. Lakien säätämisestä ja lainkäytöstä huolehtivat elimet samoin kuin niissä toteutuvat lainsäätämisen- ja lainkäyttöprosessitkin ovat jäljempänä (s. 26) selostettavassa mielessä oikeudellis-institutionaalisia tosiasioita.

Oikeustieteen institutionalisoimisen aste on sen sijaan merkittävästi alhaisempi. Oikeustiedettä harjoitetaan lähinnä yliopistoissa, niiden oikeustieteellisissä tiedekunnissa ja muissa oikeustieteellisissä koulutusyksiköissä. Näillä ei kuitenkaan ole samantyyppistä oikeudellisesti taattua yksinoikeutta oikeustieteellisessä tutkimuksessa kuin eduskunnalla ja hallituksella on lakien säätämisessä tai tuomioistuimilla lainkäytössä. Tieteen vapauden periaatteen mukaisesti lähtökohtana on, että oikeustiedettä voi harjoittaa kuka tahansa missä tahansa. Oikeustieteessä noudatetaan tiettyjä vakiintuneita menettelytapoja, mutta nämäkään eivät ole samalla tavoin oikeusnormein määriteltyjä kuin lakien säätämisessä tai lainkäytössä noudatettavat menettelyt. Kysymys on pikemminkin tie-



teellisistä pelisäännöistä, joiden noudattamista valvovat tieteen sisäiset kontrollimekanismit, kuten tieteellisten opinnäytteiden arviointi ja vapaa tieteellinen keskustelu.

Oikeustiedettä luonnehtii omalaatuinen kaksoiskansalaisuus: oikeustiede on samanaikaisesti oikeudellinen ja tieteellinen käytäntö. Tästä kaksoiskansalaisuudesta paljolti seuraavat ne oikeustieteen erityispiirteet, jotka erottavat sen muista oikeudellisista käytännöistä, kuten lakien säätämisestä ja lainkäytöstä. Niinpä *tieteen vapaus*, joka nykyisin on Suomessa taattu nimenomaisella, perustuslain 16 §:n 3 momenttiin otetulla säännöksellä, ei salli oikeustieteen harjoittamisen oikeutta rajoitettavan eikä siinä noudatettavia menetelmiä säänneltävän tieteen ulkopuolelta käsin. Mutta toisaalta oikeustieteen asema yhtenä oikeusjärjestyksen tuottamiseen ja uusintamiseen osallistuvista oikeudellisista käytännöistä on jättänyt jälkensä sen luonteeseen tieteellisenä käytäntönä.

Oikeustieteellä on erilainen suhde kohteeseensa kuin tieteellä yleensä. Oikeustiede, varsinkin tulkintasuosituksia ja systematisointiehdotuksia tuottava lainoppi, näet vaikuttaa – tai ainakin saattaa vaikuttaa – välittömästi oman tutkimuskohteensa kehitykseen. Oikeustiede ei ole samalla tavoin erotettavissa kohteestaan kuin tieteestä olemme tottuneet ajattelemaan. Kun oikeustieteilijä esittää suosituksensa siitä, miten oikeustoimilain 33 §:ää olisi tulkittava, hän esittää puheenvuoron siinä oikeusjärjestyksestä käytävässä jatkuvassa keskustelussa, jossa voimassa olevan oikeusjärjestyksen kulloinenkin sisältö määräytyy. Kun tuomioistuimet oikeustieteilijän puheenvuoron jälkeen soveltavat oikeustoimilain 33 §:ää, tämä puheenvuoro on yksi niistä lähteistä, joiden perusteella ne tulkitsevat ja täsmentävät säännöksen sisältöä.

Oikeustiede on *normatiivinen tiede* kahdessa eri merkityksessä: sekä kohteensa että tulostensa kannalta arvioituna. Oikeustiede yhtäältä tutkii normeja, oikeusjärjestystä, ja toisaalta sillä on oikeusjärjestyksen kehitykseen vaikuttaessaan normatiivisia seurauksia. Oikeustieteen tieteellisyyttä on aika ajoin epäilty. Epäilyksiä ei ole esitetty ainoastaan oikeustieteen ulkopuolelta, vaan ne ovat ahdistaneet myös oikeustieteilijöitä itseään. Näiden epäilyjen taustana on juuri se normatiivisuus, joka liittyy oikeustieteen tuloksiin ja

joka ilmentää oikeustieteen asemaa paitsi tieteellisenä myös oikeudellisena käytäntönä.

### *Oikeusjärjestyksen ja oikeudellisten käytäntöjen vuorovaikutus*

Oikeudella on siis kahdet kasvot. Oikeus ei ole vain normatiivinen ilmiö, oikeusjärjestys, vaan se koostuu myös erityisistä oikeudellisista käytännöistä, jotka jatkuvasti tuottavat ja uusintavat tätä oikeusjärjestystä ja näin tarjoavat sille ontologisen tukinojan. Oikeus oikeusjärjestyksenä on riippuvainen oikeudesta oikeudellisina käytäntöinä. Oikeuden kahden ulottuvuuden välinen riippuvuus-suhde on kuitenkin vastavuoroinen: oikeudelliset käytännöt ovat puolestaan riippuvaisia oikeudesta oikeusjärjestyksenä. Oikeusjärjestykseen kuuluvat normit määrittelevät lainsäätämistä ja lainkäytöstä huolehtivat elimet ja näiden noudatettavana olevan menettelyn; vasta asianomaisten oikeusnormien välityksellä tietyt yhteiskunnalliset käytännöt saavat erityisen oikeudellisen leiman, muuntuvat oikeusjärjestystä tuottaviksi ja uusintaviksi lainsäätämisen ja lainkäytön oikeudellisiksi käytännöiksi.

Oikeuden kahden ulottuvuuden, oikeusjärjestyksen ja oikeudellisten käytäntöjen, vuorovaikutus riitauttaa ensimmäisen niistä tiukoista eroista, joille Kelsenin ja Hartin traditionaalinen oikeuspositivismi rakensi oikeuskäsityksensä: oikeudellisen pitämisen ja yhteiskunnallisen olemisen, normien maailman ja tosiasioiden maailman, ylittämättömän rajan. Oikeus ei ole vain pitämistä vaan myös olemista, eikä oikeutta oikeusjärjestyksenä voi olla olemassa ilman oikeutta oikeudellisina käytäntöinä.

Samalla on tähdennettävä, että oikeus ei myöskään ole pelkkää olemista, siinä merkityksessä kuin olemisen ontologinen maailma traditionaalisessa oikeuspositivismissa ymmärrettiin. Vaikka oikeuspositivismia voikin pitää 1900-luvun oikeusteoreettista keskustelua hallinneena ajattelutapana, sille on tarjottu *realistisiksi* kutsuttuja vaihtoehtoja. Vaikutusvaltaisimmat realistiset koulukunnat ovat olleet yhtäältä amerikkalainen ja toisaalta skandinaavinen realis-

mi. Oikeusteoreettiselle realismille on ollut ominaista pyrkimys palauttaa oikeusnormit ja sellaiset perustavat oikeudelliset käsitteet kuin ”oikeus” ja ”velvollisuus” empiiriseen, havainnoitavissa olevaan yhteiskunnalliseen todellisuuteen. Voimassa oleva oikeusjärjestys on saatettu määritellä tuomareiden käyttäytymisen nojalla: voimassa olevaan oikeusjärjestykseen on tällöin katsottu kuuluviksi ne normit, joita tuomarit todellisuudessa soveltavat ratkaisuisaan. Alf Ross (1899-1979), skandinaavisen realismin johdettava edustaja, piti puolestaan voimassa olevaa oikeutta erityisenä sosiaalipsykologisenä tosiseikkana, sinä tuomari-ideologiana, joka ohjasi tuomareita näiden ratkaisutoiminnassa.

Yritykset palauttaa oikeus jäännöksettä empiiriseen, havaittavissa olevaan yhteiskunnalliseen todellisuuteen ja näin kitkeä oikeudesta sen normatiivinen ulottuvuus eivät kuitenkaan onnistu. Jos oikeus esimerkiksi määritellään tuomareiden käyttäytymisen tai heitä ohjaavan tuomari-ideologian avulla, oikeusnormeja tarvitaan jo niiden henkilöiden tunnistamiseksi, joiden käyttäytymiseen tai joita ohjaavaan ideologiaan oikeuden väitetään samaistuvan. Tuomaritkin ovat näet *oikeudellis-institutionaalisia tosiasioita*, jotka pystytään tunnistamaan ainoastaan tuomari-ominaisuuden määrittelevien oikeusnormien välityksellä.

### *Oikeudellis-institutionaaliset tosiasiat*

Institutionaalisen tosiasian käsite perustuu ajatukseen, että todellisuuteen kuuluu kahden tyyppisiä tosiasioita, raakoja ja institutionaalisia. *Raa'at tosiasiat* ovat sellaisia fyysikaalisia, mentaalisia tai yhteiskunnallisia entiteettejä tai asiantiloja, joista voimme saada tietoja empiirisillä havainnoilla. Tällaisiin raakoihin tosiasioihin kuuluu ihminen biologisena yksilönä. *Institutionaaliset tosiasiat* puolestaan koostuvat yhtäältä raaoista tosiasioista ja toisaalta normatiivisesta kehikosta, jonka avulla raakoja tosiasioista tulkitaan ja niille annetaan erityinen merkityksensä. Tuomari ei ole pel-

kästään biologinen yksilö, pelkkä raaka tosiasia. Tuomariksi biologisen yksilön tekee vasta se, että hän täyttää tietyt oikeusnormeissa määritellyt tuomari-ominaisuuden tunnusmerkit, että hänet on esimerkiksi nimitetty virkaansa asianomaisten oikeusnormien sääntelemässä järjestyksessä. Tuomarit ovat institutionaalisia tosiasioita, joissa tulkintakehikkona toimivat tuomari-ominaisuuden määrittelevät oikeusnormit. Institutionaalisia tosiasioita, joissa juuri oikeusnormit täyttävät tulkintakehikon tehtävää, voidaan kutsua oikeudellis-institutionaaliksi. Oikeudellis-institutionaalisia tosiasioita ei voida typistää pelkiksi raaoiksi tosiasioiksi, pelkäksi empiriseksi, havainnoitavissa olevaksi todellisuudeksi, vaan niihin kuuluu aina myös erityinen normatiivinen ulottuvuus.

Oikeudellis-institutionaalisilla tosiasioilla on tärkeä asema oikeuden ja (muun) yhteiskunnan välisissä suhteissa. Oikeusnormit toteutuvat yhteiskunnassa paljolti juuri oikeudellis-institutionaalisten tosiasioiden välityksellä. Tällaisia tosiasioita ovat esimerkiksi sopimukset ja muut oikeustoimet, avioliitto, eduskunta, tuomioistuimet ja hallintoviranomaiset. Usein juuri oikeudellis-institutionaaliset tosiasiat ovat ensimmäinen askel oikeuden toteutumisen tiellä. On tosin myös oikeudenaloja, joilla oikeus toteutuu päinvastoin siten, että oikeus-institutionaalisia tosiasioita ei synny. Näin on asianlaita erityisesti rikosoikeudessa: rikokset, kuten tapot, varkaudet ja ryöstöt, ovat sellaisia oikeudellis-institutionaalisia tosiasioita, joiden syntymättä jäämiseen ne määrittelevällä oikeudellisella sääntelyllä pyritään.

### 3. *Oikeusnormien pätevyyskriteerit*

Palatkaamme lähtökohtaamme, oikeuteen oikeusjärjestyksenä, siihen oikeuden ulottuvuuteen, johon niin maallikot kuin lakimiehetkin ovat spontaanissa positivismissaan taipuvaisia samastamaan oikeuden ja johon myös Kelsen ja Hart teoreettisessa positivismissaan oikeuden tyypistivät. Mitä oikeastaan kuuluu oikeusjärjestykseen, miten voimme tunnistaa ja rajata normit, jotka muodostavat tämän järjestyksen?

Oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa oikeusjärjestykseen kuuluvat normit on määritelty erityisten oikeudellisten pätevyyskriteerien avulla: oikeusjärjestykseen kuuluvat normit, jotka täyttävät nämä oikeudelliset pätevyyskriteerit. Näistä kriteereistä ei kuitenkaan ole oltu yhtä mieltä, vaan erilaisia pätevyysteorioita on puollettu. Teoriat voidaan ryhmitellä seuraavasti:

#### I Normatiiviset teoriat

Ia. Traditionaalinen oikeuspositivismi

Ib. Kriittisnormatiiviset teoriat

## II Realistiset teorit

### Ila. Tehokkuusteorit

### Ilb. Empiiriset legitimiisysteorit

*Normatiivisissa* teorioissa (I) pätevyyskriteerit ovat luonteeltaan normatiivisia, kun taas realistisissa teorioissa pätevyyttä mitataan empiirisesti havainnoitavissa olevaan yhteiskuntatodellisuuteen palautuvilla tunnusmerkeillä. *Realistiset* pätevyysteorit (II) eivät itse asiassa lainkaan myönnä oikeudelle itsenäistä normatiivista ulottuvuutta ja ajautuvat näin niihin ongelmiin, joita edellisen jakson lopussa tarkasteltiin oikeudellis-institutionaalisten tosiasioiden avulla. *Tehokkuusteorioissa* (IIa) pätevinä oikeusnormeina pidetään vain yhteiskunnassa tosiasiallisesti noudatettuja ja/tai sovellettuja normeja. Tehokkuutta saatetaan mitata joko laajan tai suppean oikeusyhteisön keskuudessa. Edellisessä vaihtoehdossa ratkaisevaa on, noudattavatko yhteiskunnan jäsenet käyttäytymisessään asianomaisia normeja, kun taas jälkimmäisessä vaihtoehdossa ensisijainen merkitys on tuomioistuimien ja muiden oikeutta soveltavien viranomaisten toiminnalla. Amerikkalaiseksi ja skandinaaviseksi realismiksi kutsut oikeusteoreettiset suuntaukset omaksuivat tehokkuusteorioiden jälkimmäisen vaihtoehdon, joka pitäytyy suppean oikeusyhteisön näkökulmaan.

*Empiirisille legitimiisysteorioille* (IIb) oikeusnormin pätevyyden tunnusmerkiksi ei riitä pelkästään sen noudattaminen laajassa oikeusyhteisössä ja/tai soveltaminen suppeassa oikeusyhteisössä. Oikeusnormien noudattamiselta tai soveltamiselta vaaditaan lisäksi tiettyä motivaatiota, tiettyä velvoitettuna olemisen tunnetta: päteviä oikeusnormeja noudatetaan ja sovelletaan sen vuoksi, että ne koetaan velvoittaviksi tai – toisin sanoen ilmaistuna – että niitä pidetään legitimeinä eli hyväksyttävänä.

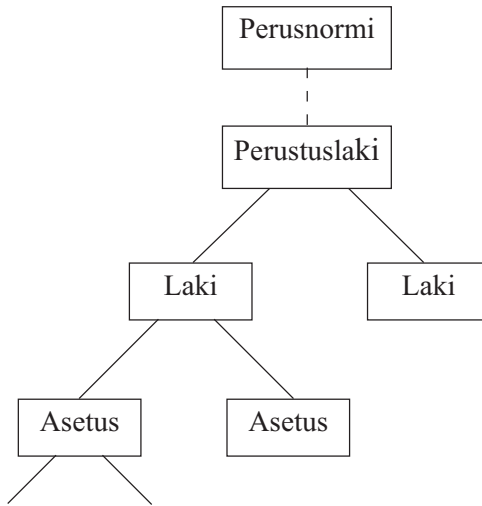
Miten oikeusnormien pätevyyttä sitten lähestytään normatiivisissa teorioissa? Kelsen esittää oikeusjärjestyksen hierarkkisena portaikkona – *Stufenbau*'na – jossa alemmalle askelmalle sijoittuvat oikeusnormit saavat aina pätevyytensä ylemmän asteisilta nor-

meilta. Asetusten pätevyys perustuu siihen, että ne on säädetty laissa (tai perustuslaissa) annetun valtuutuksen nojalla sekä laissa (tai perustuslaissa) ilmaistua menettelyä noudattaen. Vastaavasti lakien pätevyyskriteerit on määritelty perustuslaissa: päteviä ovat ne lait, jotka on säädetty perustuslaissa säännellyssä menettelyssä. Hierarkkisen portaikon huipulla *Stufenbau*-teoria törmää ongelmaan: mihin perustuu puolestaan perustuslain pätevyys? Ongelmaa voidaan siirtää taaksepäin ja viitata aikaisempaan perustuslakiin. Esimerkiksi Suomen uusi, maaliskuun alussa 2000 voimaan tullut perustuslaki saa tämän mukaan pätevyytensä niistä vuoden 1919 hallitusmuodon ja vuoden 1928 valtiopäiväjärjestyksen säännöksistä, joiden mukaisesti se käsiteltiin. Mutta ketjua ei voida jatkaa loputtomiin, vaan valtiosääntöhistorian alku- tai taitekohdissa vetoaminen aikaisempaan perustuslakiin ei enää ole mahdollista. Kun esimerkiksi vallankumousajan Ranskassa perustuslakia säättävä kansalliskokous hyväksyi 1791 uuden perustuslain, tämä ei tapahtunut aikaisemman perustuslain säännösten mukaisesti. Perustuslain pätevyysperustaa koskevaa kysymystä voidaan täsmentää: mistä historiallisesti ensimmäinen perustuslaki saa pätevyytensä?

Kelsenin vastaus on omaperäinen: hierarkkisen normiportaikon sulkee ylhäältä käsin erityinen *perusnormi*. Perusnormi on omalaa- tuinen normi. Se on ensinnäkin sisällöltään köyhä: se vain velvoittaa noudattamaan perustuslakia (tai täsmällisemmin: historiallisesti ensimmäistä perustuslakia). Toiseksi perusnormi ei ole asetettu vaan pelkästään edellytetty ja tässä mielessä hypoteettinen normi. Kelsenin ajatuksena on, että perusnormi on välttämätön taustaoletus, joka omaksutaan kaikissa oikeusnormien pätevyyttä koskevissa arvioissa. Oikeusnormien pätevyyttä ei voida hänen mukaansa arvioida, ellei samalla oleteta perusnormia, joka katkaisee alemmasta normista ylempään, edellisen normin pätevyuden perustavaan normiin johtavan ketjun.

Kelsenin ajatus oikeusjärjestyksen hierarkkisesta rakenteesta voidaan esittää seuraavan kuvion muodossa:

Kuvio 1. Oikeusjärjestyksen hierarkkinen rakenne Kelsenin mukaan



Hart seuraa Kelsenin perustuslain – tai jälleen täsmällisemmin: historiallisesti ensimmäisen perustuslain – tasolle asti. Normihierarkian huipulla Kelsenin perusnormin kuitenkin Hartilla korvaa hänen *tunnistamissäännöksi* kutsumansa sääntö. Tunnistamissääntö on sääntö kahdessa merkityksessä: se on yhtäältä empiirinen yhteiskunnallinen säännönmukaisuus, josta saadaan tietoa yhteiskuntatodellisuutta havainnoimalla, ja toisaalta tuomareiden sisäisestä näkökulmasta heitä velvoittava normi. Empiirisenä säännönmukaisuutena tunnistamissääntö viittaa niihin kriteereihin, joihin tuomioistuimet ja muut oikeutta soveltavat viranomaiset tosiasiallisesti tukeutuvat arvioidessaan sitä, mitkä normit kuuluvat oikeusjärjestykseen, mitkä normit toisin sanoen ovat päteviä oikeusnormeja. Tämän ulkoisesta näkökulmasta empiirisenä säännönmukaisuutena ilmenevän säännön tuomarit puolestaan kokevat sisäisestä näkökulmastaan velvoittavaksi normiksi. Suomessa Hartin tarkoittaman tunnistamissäännön keskeinen ainesosa olisi varmaankin jotain sellaista kuin ”eduskunnan perustuslain mukaisessa jär-



jestyksessä säätämät lait ilmentävät päteviä oikeusnormeja”. Tämä sääntö olisi ulkoisesta näkökulmasta säännönmukaisuus, sillä tuomioistuimet todella soveltavat sitä, kun ne arvioivat mitkä normit ovat Suomessa päteviä oikeusnormeja. Tuomareiden sisäisestä näkökulmasta sääntö on samalla velvoittava normi, jota heidän pitää noudattaa pätevyysarvioinneissaan.

Ongelmana yhtä hyvin Kelsenin kuin Hartinkin ehdotuksessa oikeusnormien pätevyysketjun katkaisemiseksi on, että pätevyysteorian sa huipulla he näyttävät ajautuvan ristiriitaan omien positivististen lähtökohtiensa kanssa. Oikeuspositivistisissa teorioissa oletetaan, että oikeusjärjestys koostuu yksinomaan positiivisista oikeusnormeista, että oikeusnormit ovat toisin sanoen tulosta tietoisesta inhimillisestä toiminnasta. Kuitenkin Kelsenin hierarkkinen oikeusjärjestys, *Stufenbau*, huipentuu pelkästään oletettuun, edellytetyyn normiin, joka ei täytä nykyaikaiselle oikeudelle ominaista positiivisuuden tunnusmerkkiä. Hartin ratkaisuehdotuksessa taas puretaan ensimmäinen traditionaalisen oikeuspositivismin perustavista erotteluista, yhteiskunnallisen olemisen ja normatiivisen pitämisen välinen raja-aita. Tunnistamissääntö on samanaikaisesti sekä olemisen että pitämisen maailman asukas. Tunnistamissäännössä yhteiskunnallinen oleminen, tietty empirinen säännönmukaisuus, saa välitöntä oikeudellis-normatiivista merkitystä.

Traditionaalinen oikeuspositivismi näyttääkin olevan kyvytön kehittämään sellaista oikeudellista pätevyysteoriaa, joka olisi loppuun asti uskollinen omille lähtökohdilleen: kaiken oikeuden positiivisuuden tunnustamiselle samoin kuin olemisen ja pitämisen sekä moraalin ja oikeuden välisille jyrkille eroille.

Pätevyysteoriat, joita olen kutsunut *kriittisnormatiivisiksi* (Ib), riitauttavat näistä erotteluista jälkimmäisen, vähintäänkin madaltavat sitä muuria, jonka eri puolille Kelsenin ja Hartin positivismi sulkee oikeuden ja moraalin. Kriittisnormatiivisiin teorioihin kuuluvat ensinnäkin *luonnonoikeusajattelun* eri muunnelmat. Luonnonoikeudellisessa ajattelussa inhimillisen lainsäätäjien antamien positiivisten lakien pätevyyttä mittaavat viime kädessä luonnolliset lait, luonnonoikeudelliset periaatteet.

Luonnonoikeudellisia teorioita voi ryhmitellä sen perusteella, miten niissä määriteltiin se ”luonto”, josta luonnolliset lait johdettiin. *Klassisessa luonnonoikeudellisessä ajattelussa*, jonka suuren synteesin esitti Tuomas Akvinolainen keskiajan lopulla, ”luonto” viittasi ikuisten lakien hallitsemaan maailmankaikkeuteen, kosmokseen. Tässä maailmankaikkeudessa myös ihmisillä ja ihmisten yhteisöillä oli oma luonnollinen paikkansa ja oma luonnollinen tavoitteensa eli *teloksensa*. Luonnolliset lait ymmärrettiin siksi osaksi ikuista lakia, joka koski nimenomaan ihmisiä ja ihmisten muodostamia yhteisöjä. Luonnollisia lakeja noudattava ihminen eli hyvää elämää ja toteutti näin ihmisen *telosta*.

*Uuden ajan alun luonnonoikeudellisessa ajattelussa*, jota edustivat esimerkiksi Hobbes, Locke, Rousseau ja Kant, ”luonto” subjektiivitui. Kyse ei ollut enää objektiivisesta luonnosta, ikuisten lakien hallitsemasta maailmankaikkeudesta, vaan ihmisen subjektiivisesta luonnosta: ihmisten vieteistä ja tarpeista ja heille ominaisesta rationaalisuudesta. Luonnollisten lakien tehtävä määriteltiin uudestaan. Nyt niiden tehtävänä oli raivata esteet, jotka ehkäisivät ihmisen subjektiivisen luonnon toteutumista. Uuden ajan alun individualistisessa luonnonoikeusajattelussa ensisijaista olivat subjektiivisen ihmisluonnon perustelemat luonnolliset oikeudet, joiden toteutumista luonnolliset lait palvelivat.

Klassinen ja uuden ajan alun luonnonoikeus erosivat siis jyrkästi toisistaan tavassa, jolla ”luonto” luonnollisten lakien perustana ymmärrettiin. Sisällöllisessä suhteessa luonnollisina lakeina muotoiltiin sellaisia yleisiä käyttäytymisvaatimuksia, jotka vastasivat aikakauden perustavia moraalikäsitteitä. Luonnonoikeuteen kuuluvat luonnolliset lait koostuivat yleisistä moraaliperiaatteista, jotka ymmärrettiin ikään kuin ulkoa käsin annettuina rajoina ja pätevyyssehtoina inhimillisen lainsäätäjän säätämille laeille. Positiivinen, säädetty laki, joka oli luonnollisen lain kanssa ristiriidassa, menetti pätevyytensä; se ei oikeastaan ollut laki lainkaan.

*Kriittinen oikeuspositivismi*, jota itse puollan, kuuluu myös kriittisnormatiivisten teorioiden luokkaan. Kriittinen oikeuspositivismi kiistää, kuten luonnonoikeusteoriakin, oikeuden ja moraa-

lin välisen jyrkän eron, mutta tekee tämän tavalla, joka kunnioittaa nykyaikaisen oikeuden positiivista luonnetta. Kriittisessä oikeuspositivismissa moraalit eivät määrittele positiivisen oikeuden pätevyyskriteereitä ulkoa käsin, ajasta ja paikasta riippumattomina, universaaleina periaatteina. Tarkastelen jäljempänä oikeuden kerrostuneisuutta. Tämä tarkastelu osoittaa, että moraalit ovat ikään kuin vaeltaneet positiivisen oikeuden sisälle; moraalisesti värityneet periaatteet, jotka osallistuvat oikeudellisten pätevyyskriteereiden määrittelyyn, ovat positiivisen oikeuden itsensä sisältämiä periaatteita. Oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen tasoille kerrostuneet periaatteet määrittelevät kriteerit oikeusnormien sisällölliselle pätevyydelle eli hyväksyttävyydelle.

Kriittisen oikeuspositivismin käsitys oikeusnormien pätevyydestä eroaa Kelsenin ja Hartin traditionaalisesta oikeuspositivismista nimenomaan tässä: asettamalla oikeusnormien pätevyyden edellytykseksi myös niiden hyväksyttävyyden. Voimme purkaa oikeudellisen pätevyyden seuraaviin ulottuvuuksiinsa, joihin kaikkiin on kiinnitettävä huomiota pätevyysarvioinnissa, tilanteissa, joissa oikeusnormin – tai täsmällisemmin: oikeusnormiehdokkaan – pätevyys ylipäättänsä osoittautuu ongelmaksi:

- empiirinen pätevyys (tehokkuus)
- muodollinen pätevyys (oikeudellisesti säännellyn asettamisen noudattaminen)
- sisällöllinen pätevyys (hyväksyttävyys)

Realistisissa teorioissa pätevyys tyypistetään pelkästään *empiiriseen pätevyyyteen* eli tehokkuuteen. Kelsenin ja Hartin oikeuspositivismissa tehokkuusarviointi on eräänlainen esikarsinta, jonka läpäisseet normit vasta voidaan asettaa varsinaiseen pätevyystestiin. Tässä testissä taas on ratkaisevaa *muodollinen pätevyys*, toisin sanoen se, onko normi säädetty ylemmänasteisten oikeusnormien mukaisessa järjestyksessä. Kriittisen oikeuspositivismin näkökulmasta tehokkuus ja muodollinen pätevyys eivät vielä riitä, vaan oikeusnormeilta vaaditaan lisäksi myös *sisällöllistä pätevyyttä* eli

hyväksyttävyyttä. Teesinä on, että periaatteessa on mahdollista kiistää sisällöllisin perustein myös sellaisten normien oikeudellinen pätevyys, jotka on asetettu valtiosäännön edellyttämässä järjestyksessä, esimerkiksi säädetty asianmukaisesti eduskunnan hyväksyminä lakeina, ja jotka siksi täyttävät muodollisen pätevyyden vaatimuksen. Jäljempänä (s. 71) tosin perustelen teesiä, jonka mukaan muodollisesti päteviin normeihin liittyy oletus myös niiden sisällöllisestä pätevyydestä. Tämä oletus voidaan kuitenkin riitauttaa.

Kun kriittisessä oikeuspositivismissa näkökulmaa siirretään muodollisesta sisällölliseen pätevyYTEEN, vältetään samalla se takautuminen, pätevyysketjun katkaisemisen pulma, jonka ratkaisua ehdottaessaan Kelsen perusnormissaan ja Hart tunnistamisäännössään ajautuivat ristiriitaan omien positivististen lähtökoh-  
tiansa kanssa. Tämä pulma syntyy ainoastaan silloin, kun pätevyys-  
arviointi rajoitetaan muodolliseen ulottuvuuteensa ja kielletään  
sisällöllisen ulottuvuuden merkitys.

Mutta miten voimme täsmentää sisällöllisen pätevyyden eli hyväksyttävyyden mittapuut, kun luonnonoikeuden tie ei enää ole avoinna? Vastauksena on oikeusjärjestyksen avaaminen syvyys-  
suunnassaan, oikeuden pinnanalaisten kerrostumien valaiseminen.

#### 4. Oikeuden tasot

##### *Diskursiivinen ja praktinen tieto oikeudesta*

Maallikoiden ja usein lakimiestenkin edustamassa spontaanissa positivismissa oikeusjärjestys samaistetaan sellaiseen normatiiviseen aineistoon kuin lainsäätäjän antamat lait ja muut säädökset sekä tuomioistuinten, ennen kaikkea ylimpien tuomioistuinten, tekemät päätökset. Mutta voidaan perustellusti väittää, että oikeusjärjestys ei ole vielä tässä ja että itse asiassa spontaanille positivismille teoreettisen hahmon antanut traditionaalinen oikeuspositivismi erehtyi nimenomaan siinä, että se oli taipuvainen typistämään oikeusjärjestyksen vain tällaiseen *pintatason* oikeudelliseen aineistoon. Oikeusjärjestykseen kuuluu muutakin, eräänlaisia pinnanalaisia kerrostumia. Nämä kerrostumat yhtäältä mahdollistavat oikeusjärjestyksen pintatason tapahtumat, sen, että lainsäätäjä voi ylipäätään antaa lakejaan ja tuomari päätöksiään. Mutta toisaalta ne asettavat näille pintatason tapahtumille myös rajoituksia määrittelemällä, minkälaisia lakeja lainsäätäjä voi – oikeudellisesti pätevästi – säätää ja minkälaisia tuomioita tuomari voi – jälleen oikeudellisesti pätevästi – antaa. Nimitän näitä oikeusjärjestyksen pinnanalaisia kerrostumia *oikeuskulttuuriksi* ja *oikeuden syvä-rakenteeksi*.

Nykyaikaiseksi oikeudeksi kutsuttavan oikeustyypin ominaispiirteisiin kuuluu erityisen lakimiesten ammattiryhmän ja tätä ammattiryhmää osaltaan luonnehtivan *ammattillisen oikeuskulttuurin* muodostuminen. Syntyy erityinen lakimiesten käyttämä käsitteistö ja kieli, joka etäännyttää lakimiesten suppean oikeusyhteisön ammatillista oikeuskulttuuria laajan oikeusyhteisön yleisestä oikeuskulttuurista. Se on myös vaarassa eristää lakimiesten oikeudellisen argumentaation tavasta, jolla maallikot käsittelevät arkielämänsä ongelmien normatiivisia ratkaisuperusteita. Erilaiset oikeuskulttuurit törmäävät toisiinsa ehkä kouriin tuntuvimmin tuomioistuinkäsitelyssä, jossa maallikot joutuvat toteamaan, miten heidän arkielämänsä ongelmatilanteet tulkitaan ja käännetään heille käsitämättömälle kielelle.

Kun puhun oikeuskulttuurista oikeusjärjestyksen ainesosana, viittaan nykyaikaisen oikeuden yhteydessä nimenomaan lakimiesten ammatilliseen oikeuskulttuuriin. Voimme sanoa, että nimenomaan ammatillisen oikeuskulttuurin sisäistäminen tekee lakimiehestä lakimiehen. Vastaavasti esimerkiksi yliopistollisen lakimieskoulutuksen tavoitteena ei ole niinkään välittää opiskelijoille mahdollisimman paljon pintatason oikeudellista aineistoa – kuten yksittäisiä säädöksiä ja tuomioistuinratkaisuja – koskevaa tietoa kuin auttaa heitä sisäistämään lakimiesten ammatillisen oikeuskulttuurin alaan kuuluvia aineksia. Oikeuskulttuurin tarjoamat työvälitteet hallitseva lakimies kykenee puolestaan sitten ammatillisissa käytännöissään itse hankkimaan kulloinkin tarvitsemansa pintatason tiedon.

Lakimiesten ammatillisissa käytännöissä oikeuskulttuuri vaikuttaakin ensisijaisesti eräänlaisena *hiljaisena tekijän tietona*, jota ei vaikkapa yksittäisten oikeusjuttujen käsittelyssä nimenomaisesti tematisoida esimerkiksi kirjoittamalla se tuomioperusteisiin. Englantilaisen sosiologin Anthony Giddensin (s. 1938) käsittein voimme puhua oikeuskulttuurista myös lakimiesten *praktiseen* tietovarastoon kuuluvana tietona erotukseksi pintatason oikeudellista aineistoa koskevasta *diskursiivisesta* tiedosta.

Giddensin (1984, s. 24 ss.) ajatuksena on, että kaikessa yhteiskunnallisessa toiminnassa toimijat hyödyntävät ja soveltavat kah-

den tyyppistä tietoa: diskursiivista ja praktista. Diskursiivista on kielellisesti ilmaistu tai ilmaistavissa oleva tieto, josta toimija on välittömästi tietoinen. Suurin osa siitä tietovarannosta, jota päivittäisissä arkitoiminnoissamme käytämme, ei kuitenkaan ole diskursiivisessa vaan praktisessa hahmossa. Praktinen tieto koostuu eräänlaisista kulttuurisista itsestään selvyyksistä, joiden varassa toimimme mutta jotka kohotamme tietoiselle tasolle vasta silloin, kun päivittäiset rutiinimme syystä tai toisesta häiriintyvät. Me tiedämme, että jalankulkijoiden on määrä kulkea jalkakäytävällä eikä ajotiellä, ja myös toimimme tämän tiedon varassa, vaikka emme sitä jatkuvasti kadulla kulkiessamme pitäisikään mielessämme.

Vastaavasti suurin osa lakimiesten oikeuskulttuuria ja oikeuden syväkennettä koskevasta tiedosta vaikuttaa heidän ammatillisissa toiminnoissaan praktisena tietona. Tuomari on rutiiniluonteisissa rikosjutuissa päätöstä tehdessään välittömästi tietoinen sen rikoslain säännöksen sisällöstä, johon hän päätöksensä perustaa; hän jopa luultavasti tarkistaa säännöksen sisällön lakikirjasta ja soveltaa siten päätöksenteossaan säännöstä koskevaa diskursiivista tietoaan. Mutta samalla tuomari soveltaa jokaisessa rikosjutussaan myös sellaista oikeuskulttuurin tasoista periaatetta kuin *nulla poena sine lege* eli rikosoikeudellista laillisuusperiaatetta. Tämän perustuslaissamme nykyisin nimenomaisesti vahvistetun periaatteen (PL 8 §) mukaan rikosjutuissa voidaan tuomita rangaistus vain eduskuntalakiin sisältyvän ja teon tekohetkellä voimassa olleen rangaistus-säännöksen nojalla. Tuomari tarkistaakin kussakin jutussa sovellettavan rangaistussäännöksen lakikirjasta juuri siksi, että *nulla poena sine lege* kuuluu hänen tietovarastoonsa. Yleensä periaate kuitenkin vaikuttaa tuomarin praktisen tiedon välityksellä. Tuomari nostaa periaatteen diskursiivisen tiedon tasolle vain silloin, kun periaatteen soveltamiseen esillä olevassa jutussa liittyy ongelmia, kun periaatteen merkitys jutussa ei olekaan itsestään selvä. Ongelmana voi olla vaikkapa se, salliiko rikosoikeudellinen laillisuusperiaate sen, että tuomari tuomitsee rangaistuksen teosta, jota ei ole määritelty laissa vaan kunnallisessa järjestyssäännössä.

Oikeuden pinnanlaiset ainesosat vaikuttavat siis oikeudellisissa käytännöissä ennen kaikkea lakimiesten praktisen tiedon välityk-

sellä, ja juuri tällaisen praktisen tiedon sisäistäminen tekee lakimiehistä lakimiehiä. Kuitenkin oikeudellisissa käytännöissä oikeuskulttuurin tai oikeuden syvärakenteen ainesosia voidaan ottaa myös nimenomaisesti tarkasteltaviksi, jolloin praktisen tiedon tasolta tavallaan nouseaan diskursiivisen tiedon tasolle. Nykyaikaisen yhteiskunnan kulttuurille leimallisiin piirteisiin kuuluu *refleksiivisyys*. Tätä refleksiivisyyttä voi valaista vertailemalla sitä edeltävän, *traditionaalisen yhteiskunnan* suhtautumiseen kulttuuriperintöönsä. Seuraavassa traditionaalista yhteiskunnasta luonnosteltu kuva on tietysti väistämättömän yksinkertaistettu.

Traditionaalisen yhteiskunnan jäsenet hyväksyivät yhteisönsä kulttuurisen perinnön itsestään selvyyksinä, jotka nojautuivat ikimuistosiin yhteisöllisiin käytäntöihin. Tämän perinnön yksittäisiä ainesosia voitiin kyseenalaistaa ja arvostella vain hyvin rajoitetusti. Tällaisen yhteiskunnan itsestään selvyyksinä hyväksytyyn ja yhteisöllisten käytäntöjen uusintamaan kulttuuriseen perintöön kuului myös *tavanomainen oikeus*. Nykyaikaisessa yhteiskunnassa kulttuurin osa-alueet, sellaiset kuin tiede, moraalit ja oikeus sekä taide, irtaantuvat toisistaan, ja kulttuurisia ilmiöitä arvioida kullekin osa-alueelle ominaisten pätevyyskriteerien avulla. Tieteen alueen kriteeriä voimme kutsua totuudeksi, moraalin ja oikeuden normatiiviseksi oikeellisuudeksi ja taiteen vaikkapa kauneudeksi tai autenttisuudeksi. Samalla kun nykyaikaisen kulttuurin osa-alueet irtaantuvat toisistaan, mahdollistuu kulttuurisen tradition kritiikki kullekin osa-alueelle ominaisten kriteerien avulla. Myös nykyaikaisessa yhteiskunnassa kulttuurin ainesosat vaikuttavat yhteiskunnan jäsenten jokapäiväisessä elämässä heidän praktisen tietonsa välityksellä; tämä praktinen tietovarasto luo sen perusvarmuuden, jota yhteiskunnan toimintaan osallistuminen edellyttää. Mutta nykyaikainen yhteiskunta eroaa edeltävästä traditionaalista yhteiskunnasta siinä, että se voi omaksua refleksiivisen suhtautumiseen kulttuuriseen perintöönsä ja kysellä tämän perinnön yksittäisten ainesosien pätevyyttä. Tieteellisen tutkimuksen tulokset voidaan kiistää uudella tutkimuksella, vakiintuneiden moraalinormien oikeutus voidaan kyseenalaistaa ja nykyaikaisen yhteiskunnan taidetta luonnehtii jatkuva uusien sisältöjen ja ilmaisumuotojen etsintä.



Jo oikeuden positivoituminen sinänsä edellyttää ja samalla ilmentää nykyaikaiselle yhteiskunnalle ominaista refleksiivisyyttä. Positiivinen oikeus on jatkuvasti muutettavissa olevaa oikeutta: oikeus ei enää perustu ikimuistoisten yhteisöllisten käytäntöjen pyhittämiin tapoihin, vaan tietoiseen inhimilliseen toimintaan, jonka välityksellä oikeusnormeja synnytetään, muutetaan ja lakkautetaan. Tällainen jatkuva muutos on ominainen erityisesti oikeuden pinta-tasolle.

Oikeuskulttuuri ja oikeuden syvärakenne oikeuden pinnan-alaisina kerrostumina sen sijaan muuttuvat hitaammin ja tavallaan hillitsevät pintatason keskeytymätöntä myrskyisää liikettä, jonka tuottavat lainsäätäjän uudet säädökset, tuomareiden päätökset ja oikeustieteilijöiden kannanotot. Pinnanalaiset kerrostumat edustavat oikeuden muistia, ja niiden välityksellä nykyaikainen oikeuskin ylläpitää yhteyttä perinteeseensä. Nykyaikaisen yhteiskunnan refleksiivisyys vaikuttaa kuitenkin myös pinnanalaisten kerrostumien eikä vain pintatason oikeudellisen aineiston asemaan. Nykyaikaisen yhteiskunnan oikeudellinen perinne poikkeaa traditionaalisen yhteiskunnan oikeudellisesta traditiosta siinä, että siitä voidaan oikeudellisissa käytännöissä kuten oikeustieteessä ja lainkäytössä keskustella diskursiivisesti, että se on avointa kritiikille ja että siihen voidaan pyrkiä tietoisesti vaikuttamaan.

Kriittisen oikeuspositivismin ajatusta oikeusjärjestyksen kerrostuneisuudesta ei pidä samaistaa Kelsenin ja Hartin positivistisissa pätevyysteorioissa omaksuttuun käsitykseen oikeusjärjestyksen hierarkkisesta rakenteesta. Kelsenin ja Hartin teorioiden ongelmana päinvastoin on eräänlainen yksitasaisuus. He eivät hahmota oikeusjärjestyksen pinnanalaisia kerrostumia vaan heidän hierarkkinen normatiivinen *Stufenbau*'nsa sijoittuu – kriittisen oikeuspositivismin käsitteitä käyttäen – kokonaisuudessaan pintatasolla

## *Oikeuden pintatason ainesosat*

Minkälaisia ainesosia oikeuden eri tasoilla voidaan erottaa? Olemme edellä tutustuneet nykyaikaisen yhteiskunnan tärkeimpiin erikoistuneisiin oikeudellisiin käytäntöihin, jotka kaikki täyttävät omaa tehtäväänsä oikeusjärjestelmän toiminnassa: lainsäätämiseen, lainkäyttöön ja oikeustieteeseen. Nämä käytännöt vastaavat oikeusnormien jatkuvasta tuottamisesta ja uusintamisesta, ja juuri ne myös tuottavat oikeusjärjestyksen pintatasolle kuuluvaa normatiivista materiaalia. Oikeusjärjestyksen pintataso koostuu ennen muuta lainsäätäjän antamista laeista ja muista säädöksistä, tuomareiden päätöksistä ja oikeustieteilijöiden tuotoksista.

Oikeustieteen tulosten lukeminen oikeusjärjestyksen pintatason normatiiviseen aineistoon saattaa synnyttää vastaväitteitä, koska nämä tulokset eivät ole samalla tavalla välittömästi velvoittavia kuin lainsäätäjän säätämät lait tai tuomarin tekemät päätökset. Olemme kuitenkin havainneet, että oikeustiede täyttää tulkintasuosituksillaan ja systematisointiehdotuksillaan tärkeitä tehtäviä oikeusjärjestelmässä, että oikeustieteilijän tulkintasuosituksilla on normatiivisia vaikutuksia ja että oikeustiede auttaa näillä suosituksillaan osaltaan tuomaria murtamaan ratkaistavanaan olevissa oikeusjutuissa oikeusnormien ja tosiasioiden hermeneuttisen kehän. Myös oikeustiede osallistuu siihen jatkuvaan normatiiviseen keskusteluun, jonka väliaikaiseksi tilinpäätökseksi kunakin hetkenä voimassa oleva oikeusjärjestys voidaan pintatasollaan nähdä.

Puheenvuoroja oikeusjärjestyksen sisällöstä käytävässä keskustelussa käyttävät siis yhtä hyvin lainsäätäjä, tuomarit kuin oikeustieteilijäkin. Puheenvuorojen keskinäinen paino vaihtelee erilaisissa oikeuskulttuureissa; itse asiassa nykyaikaisen oikeustyyppin oloissa ehkä keskeisimmät oikeuskulttuureja erottavat piirteet liittyvät juuri tähän. Angloamerikkalaista *Common law* -oikeuskulttuuria – korostuneimmin USA:n oikeuskulttuuria – luonnehtii tuomioistuinten keskeinen asema. Pohjoisamerikkalainen oikeusfilosofi Ronald Dworkin (s. 1931) on kaunopuheisesti kutsunut tuomioistuimia oikeuden valtakunnan pääkaupungeiksi, joista käsin

tuomarit oikeuden ruhtinaina hallitsevat valtakuntaansa (Dworkin 1986, s. 407). Mannereurooppalaisen romaanis-germaanis oikeuskulttuurin näkökulmasta saattaa olla vaikea ymmärtää, että USA:n oikeusjärjestyksen tulevan kehityksen kannalta tärkeämpää kuin kongressivaalien lopputulos voi olla se, kuka nimitetään Korkeimman oikeuden avoinna olevaan tuomarinvirkaan. Mannereurooppalaisessa oikeuskulttuurissa, jonka piiriin myös Suomen oikeuskulttuuri kuuluu, olemme tottuneet pitämään selvänä, että ratkaiseva sana oikeusjärjestyksen sisällöstä käytävässä keskustelussa kuuluu lainsäätäjälle, että oikeuden valtakuntaa hallitsee lainsäätäjä.

Nykyaikaisen oikeuden varhaisvaiheissa oikeuden ruhtinaan valtaistuimelle on pyrkinyt myös kolmas kruununtavoittelija: oikeustiede. Ruhtinaan viittaa oikeustieteelle sovitti muun muassa 1800-luvun alkupuolella Saksassa vaikuttanut historiallinen koulukunta, jonka johtavia nimiä oli Friedrich Carl von Savigny (1779-1861). Hänen mukaansa oikeuden ytimessä oli kansan oikeusvakaumus, jolle oikeustiede antoi systemaattisen ilmauksen. Oikeustieteilijän erityisasema perustui siihen, että hänellä oli ikään kuin suurempi ja luotettavampi yhteys oikeuden alkulähteille kuin lainsäätäjällä tai tuomarilla.

Oikeustiede ei enää tämän päivän keskustelussa tavoittele oikeuden valtakunnan ruhtinaan viittaa. Silti sille oikeudellisten käytäntöjen työnjaossa lankeavat tehtävät puoltavat yhä sen tulosten lukemista siihen normatiiviseen aineistoon, josta oikeusjärjestyksen pintataso koostuu.

Pätevyyskriteerit, joista esitettyihin normatiivisiin ja realistisiin teorioihin olemme edellä tutustuneet, koskevat oikeusjärjestystä pintatasollaan. Pätevyyden arvioinnin tyyppitilanteessa tuomari tai oikeustieteilijä arvioi lainsäädännön ilmentämän oikeusnormin – tai täsmällisemmin oikeusnormiehdokkaan – pätevyyttä. Totesin edellä, että niin lainsäätäjän, tuomarin kuin oikeustieteilijänkin puheenvuoroja voi tarkastella kielitekoina, joihin liittyy erityisiä oikeudellisia pätevyysvaatimuksia. Tyyppitilanteessa arvioitavana on, täyttääkö lainsäätäjän kieliteko siihen liittyvät oikeudelliset pätevyysvaatimukset.

## *Oikeuslähdeoppi oikeuskulttuurin ainesosana*

Siirtykäämme oikeuden pintatasolta *oikeuskulttuuriin*. Lakimiesten ammatillisessa oikeuskulttuurissa voi erottaa kolmen tyyppisiä ainesosia: käsitteellisiä, normatiivisia ja menetelmällisiä. Käsitteellisiä ja normatiivisia ainesosia kokoavat eri oikeudenalojen – siviilioikeuden, rikosoikeuden, hallinto-oikeuden jne. – *yleiset opit*, joiden keskeiset ainesosat ovat oikeudenalan yleiset oikeuskäsitteet ja yleiset oikeusperiaatteet. Yleisiä oppoja tarkastelen lähemmin teoksen toisessa osassa. Seuraavassa keskityn oikeuskulttuurin menetelmälliseen puoleen.

Menetelmällisiin ainesosiin kuuluu ensinnäkin *oikeuslähdeoppi*, jossa määritellään, minkälaiset puheenvuorot osallistuvat oikeuden sisällöstä käytävään keskusteluun ja mikä näiden puheenvuorojen keskinäinen painoarvo on. Toiseksi oikeuskulttuurin menetelmällisiä ainesosia edustavat ne *tulkintastandardit*, joiden avulla pyritään selvittämään oikeusnormilauseiden, kuten lakitekstin, merkitysisältö. Ja kolmanneksi on syytä viitata niihin normatiivisiin standardeihin, joiden mukaisesti oikeusnormien välisiä loogisia *ristiriitoja* ratkaistaan. Aloitan oikeuskulttuurin menetelmällisen ulottuvuuden tarkastelu oikeuslähdeopista.

Oikeuslähteet antavat informaatiota voimassa olevan oikeusjärjestyksen sisällöstä, toisin sanoen oikeusjärjestyksen pintatason muodostavista normeista. Oikeuslähdeoppi tyypittelee oikeuslähteitä sekä erittelee niiden keskinäisiä suhteita ja etusijajärjestystä. Olen luonnehtinut oikeusjärjestystä pintatasollaan väliaikaiseksi tilinpäätökseksi keskustelusta, jossa puheenvuoroja käyttävät niin lainsäätäjä, tuomarit kuin oikeustieteilijätkin. Oikeuslähdeopissa määritellään keskustelun osanottajat ja heidän käyttämiensä puheenvuorojen keskinäinen paino. Eri oikeuskulttuureissa keskustelun tärkeimpien osanottajien – lainsäätäjän, tuomarien ja oikeustieteilijöiden – kannanottojen painot vaihtelevat; eri oikeuskulttuureissa noudatetaan erilaisia oikeuslähdeoppeja.

Oikeuslähdeoppi voidaan jakaa deskriptiiviseen eli kuvailevaan ja normatiiviseen osaan. *Deskriptiivinen oikeuslähdeoppi* kuvaa

oikeuslähteiden tosiasiallista käyttöä. *Normatiivinen oikeuslähdeoppi* puolestaan antaa normatiivisia ohjeita oikeuslähteistä ja niiden keskinäisistä suhteista. Normatiivinen oikeuslähdeoppi on osa oikeutta, osa oikeusjärjestystä. Seuraavassa huomion kohteena on lähinnä oikeuslähdeopin normatiivinen puoli.

Oikeuslähdeoppi on totunnaisesti pitänyt silmällä oikeudellista ratkaisutoimintaa ja siinäkin etupäässä lainkäyttöä. Olemme edellä jo todenneet, että tuomioistuinratkaisuja voidaan analyysisessä erityylyssä kuvata loogisen syllogismin avulla. Syllogismin yläauseena on ratkaisunormina käytettävä oikeusnormi, jonka soveltaminen alalauseena olevaan tapauksen tosiseikaston kuvaukseen tuottaa johtopäätöksenä tapauksen ratkaisun. Oikeuslähdeopin keskeisenä ongelmana on, miten ratkaisunormi määräytyy: minkälaisista lähteistä tuomioistuimet ammentavat tai niiden tulisi ammentaa normatiiviset perusteet, jotka täsmentävät tapauksessa sovellettavan oikeusnormin?

Skandinaavisessa kirjallisuudessa oikeuslähteet on tapana jakaa velvoittavuudeltaan kolmeen ryhmään:

- (a) vahvasti velvoittavat oikeuslähteet,
- (b) heikosti velvoittavat oikeuslähteet ja
- (c) sallitut oikeuslähteet.

Luokitus sisältää kannanoton oikeuslähteiden *etusijajärjestykseen*. Velvoittavilla oikeuslähteillä on aina etusija siten, että ne sivuuttavat heikosti velvoittavat ja sallitut lähteet. Sen sijaan sallituista oikeuslähteistä ammennetut painavat argumentit saattavat joskus syrjäyttää perusteet, jotka nojautuvat heikosti velvoittaviin lähteisiin.

Tuomarin velvollisuutena on aina ottaa huomioon *vahvasti velvoittavat oikeuslähteet* (a). Tällaisina oikeuslähteinä on Suomessa totunnaisesti pidetty *kirjoitettua lainsäädäntöä* ja niin sanottua *maan tapaa*, johon tavanomainen oikeus perustuu. Kirjoitettu lainsäädäntö ei ole nykyisin pelkästään kotoperäistä, vaan tuomioistuihimme velvollisuutena on soveltaa myös EU-säädöksiä ja kansainvälisiä

sopimuksia, ennen kaikkea ihmisoikeussopimuksia. Osa EU-oikeudellisista säädöksistä ei edellytä kansallista implementaatiota (toimeenpanoa), vaan on sellaisenaan jäsenvaltioiden tuomioistumisessa sovellettavaa oikeutta. Tällainen asema on perustamissopimuksilla ja asetuksilla. Sen sijaan direktiivien kohdalla pääsääntönä on, että niiden velvoittavuus kansallisissa tuomioistuimissa vaatii, että ne ensin implementoidaan jäsenvaltion perustuslain mukaisessa järjestyksessä, Suomessa ensisijaisesti eduskunnan säätäminä lakeina.

Kansainväliset sopimuksetkin saatetaan Suomessa valtiosisäisesti voimaan lailla tai asetuksella, ennen kuin niistä tulee osa sitä kansallista oikeusjärjestystä, jota tuomioistuimet ovat velvolliset soveltamaan. Suomi noudattaa kansainvälisen oikeuden ja valtiosisäisen oikeuden välisissä suhteissa niin sanottua dualistista mallia: pääsääntönä on, että sopimusten kansainvälisoikeudellinen velvoittavuus ei vielä tee niistä valtiosisäisesti velvoittavaa oikeutta.

Nykyaikainen oikeus on positiivista, nimenomaisesti asetettua oikeutta. Niinpä myös Suomessa lainsäädännön ala on laajentunut, ja samalla maantapa, toisin sanoen tapaoikeus, on jatkuvasti menettänyt merkitystään. Sen asema itsenäisenä oikeuslähteenä voidaankin asettaa kyseenalaiseksi. Se, mitä on ollut tapana kutsua tapaoikeudeksi, vaikuttaa paljolti sellaisten kirjallisten oikeuslähteiden kuin oikeuskäytännön ja oikeuskirjallisuuden välityksellä.

*Heikosti velvoittavat oikeuslähteet* (b) on otettava huomioon, ellei ole osoitettavissa vahvoja vasta-argumentteja. Tällaisilla lähteillä on presumatiiivinen eli oletettu sitovuus. Heikosti velvoittavina oikeuslähteinä on mainittu ensinnäkin oikeuskäytännön *ennakkopäätökset*, joita antavat ennen kaikkea korkein oikeus ja korkein hallinto-oikeus. Varsinaisina ennakkopäätöksinä pidetään meillä kuitenkin vain ratkaisuja, jotka nämä tuomioistuimet ovat julkaisseet vuosikirjoissaan. EU-oikeuden tulkinta kuuluu Luxemburgissa toimivalle EY-tuomioistuimelle, joka antaa kansallisia tuomioistuuksia sitovia ennakkoratkaisuja. EY-tuomioistuimen oikeus-

käytäntö vastaakin oikeuslähdearvoltaan korkeimman oikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden ennakkopäätöksiä.

Tuomioistuintemme on päätöksenteossaan otettava kansallisen oikeuskäytännön ohella huomioon myös ihmisoikeussopimusten kansainvälisten valvontaelinten, kuten Strasbourgissa toimivan Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen, kannanotot. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimenkin päätöksiä voi pitää ennakkopäätösarvoltaan ylimpien tuomioistuintemme ratkaisujen veroisina. Ihmisoikeussopimusten tulkinnassa soveltamiskäytännöllä on yleensä tärkeämpi merkitys kun kotoperäisen oikeusjärjestyksen sisällön selvittämisessä. Sopimusmääräykset ovat lyhyitä, ja niiden sisältö täsmentyy vasta valvontaelinten käytännössä.

Heikosti velvoittavina on pidetty myös *lainsäädännön esitöitä*, kuten hallituksen eduskunnalle antamien lakiesitysten perusteluja sekä eduskunnan valiokuntien eduskuntakäsittelyssä laatimia mietintöjä ja lausuntoja. Tällaisilla esitöillä on sitä enemmän painoa, mitä tuoreemmasta lainsäädännöstä on kysymys. Niiden merkitykseen vaikuttavat tosin muutkin seikat, kuten lain säännösten täsmällisyys- ja väljyysaste sekä valmistelutyön perusteellisuus.

Vahvasti ja heikosti velvoittavia oikeuslähteitä täydentävät *sal-litut oikeuslähteet* (c), joihin päätöksentekijän on erityisesti kiperissä tapauksissa lupa turvautua. Sallittuihin lähteisiin on skandinaavisessa kirjallisuudessa luettu muu kuin ennakkopäätösten kaltainen *oikeuskäytäntö* ja *oikeustieteellinen kirjallisuus*. Tässä tarkoitettuun oikeuskäytäntöön kuuluvat korkeimman oikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden julkaisemattomien ratkaisujen ohella myös muiden tuomioistuinten, kuten hovioikeuksien ja hallinto-oikeuksien, päätökset varsinkin asioissa, jotka eivät ole edenneet korkeimpaan oikeuteen tai korkeimpaan hallinto-oikeuteen asti. Oikeuslähdearvoltaan hovioikeuksien ja hallinto-oikeuksien ratkaisuihin voidaan rinnastaa eduskunnan oikeusasiamiehen ja valtioneuvoston oikeuskanslerin kannanotot.

Selostamani skandinaavinen oikeuslähdeoppi kuvastaa käsitystä, jonka mukaan lainsäätäjän puheenvuoroilla on suurin painoarvo oikeusjärjestyksen sisällöstä käytävässä keskustelussa: lainsäädäntö luetaan vahvasti velvoittaviin oikeuslähteisiin, ja lainsäädännön

esityötkin on kohotettu heikosti velvoittavien oikeuslähteiden luokkaan yhdessä tuomioistuinten ennakkopäätösten kanssa. Oikeustieteen paikka skandinaavisen oikeuslähdeopin luokituksessa viimeisessä, sallittujen oikeuslähteiden ryhmässä ilmentää sen lainsäätämisen ja lainkäytöstä poikkeavaa asemaa nykyaikaisen yhteiskunnan oikeudellisissa käytännöissä, positiivisen oikeuden oloissa: oikeustieteen lausumilla ei ole samanlaista välitöntä, pakko-koneiston tukemaa velvoittavuutta kuin lainsäätäjän säädöksillä ja tuomioistuimen päätöksillä. Sallittujen oikeuslähteiden merkitys päätöksenteossa ei vahvasti ja heikosti velvoittavien oikeuslähteiden tavoin perustu niinkään muodolliseen auktoriteettiin kuin argumenttien sisällölliseen vakuuttavuuteen.

Suomessa noudatettava oikeuslähdeoppi on tällä hetkellä liiketilassa. Niinpä 1980-luvulla muotoiltu skandinaavinen oikeuslähdeoppi, jota olen edellä käyttänyt lähtökohtanani, saattaa vaatia jo lähitulevaisuudessa tarkistuksia. Tärkeimpänä syynä tähän on kotoperäisten ja kansainvälisten oikeuslähteiden uudenlainen lomittuminen ja vuorovaikutus EU-oikeuden ja kansainvälisten ihmis-oikeussopimusten valtiosisäisten vaikutusten takia. EU-oikeudella saattaa myös olla välillisiä vaikutuksia esimerkiksi siten, että lainsäädännön esitöiden asemaa tullaan arvioimaan uudestaan. Esitöiden merkitys EU-oikeuden lähteenä on näet suhteellisen vähäinen. Niin ikään on mahdollista, että ennakkopäätösten asema yhtä hyvin EU-oikeudessa kuin esimerkiksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen määräysten tulkinnassa tulee osaltaan vaikuttamaan välillisesti myös kansallisten tuomioistuinten ennakkopäätösten oikeuslähdeopillista painoa lisäävästi.

Toisinaan myös *oikeusperiaatteet* mainitaan yhtenä oikeuslähteiden ryhmänä. Oikeusperiaatteita voidaankin pitää vähintäänkin sallittuna oikeuslähteenä. Kuitenkin keskusteltaessa oikeusperiaatteista oikeuslähteenä on pidettävä mielessä oikeusperiaate-käsitteen kaksinaismerkitys. Käsite viittaa näet sekä oikeusjärjestyksen pintatasolla sijaitseviin ja esimerkiksi yksittäisissä tuomioistuinratkaisuisa sovellettaviin normeihin että oikeuden pinnanalaisten tasojen, oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen, normatiivisiin ainesosiin.



Eräs viime vuosikymmenien oikeusteoreettisen keskustelun valtavirtauksista on eritellyt oikeusnormien kahden tyyppin, *oikeussääntöjen* ja oikeusperiaatteiden, välisiä eroja. Molemmat oikeusnormityypit, yhtä hyvin oikeussäännöt kuin oikeusperiaatteetkin, ovat oikeusjärjestyksen pintatasolle kuuluvia normeja. Oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden väliset erot tulevat esille juuri soveltamistilanteissa kohdattavissa normiristiriidoissa. Palaankin pintatason normeja koskevaan erittelyyn jäljempänä (s. 58), kun tarkastelen normiristiriitujen ratkaisemisessa sovellettavia standardeja.

Kun oikeusperiaatteita luonnehditaan oikeuslähteiksi, kyse ei ole periaatteista pintatason diskursiivisesti muotoiltuina normeina vaan pinnanalaisten kerrostumien asukkaina. On tosin huomattava, että periaatteet myös tässä toisessa merkityksessään on pääteltävä, rekonstruoitava, pintatason kielellisesti muotoillusta ilmauksistaan. Tämä koskee ylipäättäänkin oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen hahmottamista, jossa ei voida tukeutua sen kaltaisiin muodollisiin (pätevyys)kriteereihin, joita voidaan käyttää pintatason oikeusjärjestyksen rajaamisessa. Oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen sisältö on pääteltävä pintatason aineiston edellytyksistä ja implikaatioista. Oikeuskulttuuri ja oikeuden syvä rakenne on rekonstruoiva niiden pintatasolle jättämistä jäljistä, mutta silti on tärkeitä pitää ne erossa tällaisista nimenomaisista diskursiivisista ilmauksistaan.

Oikeusperiaatteiden omalaatuinen huokuva asema oikeuden tasojen välisessä erottelussa ilmentää oikeusjärjestelmälle ominaista *rekursiivisuutta*. Rekursiivisuus on hankalasti suomennettavissa oleva ilmaus, joka viittaa jonkin prosessin alkupisteeseen palaamiseen. Yhtäältä oikeusperiaatteet oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen ainesosina ovat riippuvaisia pintatasosta. Kuten jäljempänä (s. 66) tarkemmin esitän, nykyaikaisen oikeuden oloissa pinnanalaisille tasoille sijoittuvat periaatteet ovat tulosta sedimentaatioprosessista, jolla on alkupisteensä siinä diskursiivisesti muotoilussa oikeudellisessa aineistossa, jota oikeudelliset käytännöt tuottavat oikeuden pinnalle. Sedimentaatiolosuhteet myös takaa pinnanalaisten kerrostumien positiivisuuden, sen, että positiivisuus nyky-

aikaisen oikeuden perustavana tunnusmerkkinä luonnehtii myös oikeuskulttuuria ja oikeuden syvärakennetta.

Toisaalta oikeuden pinnanalaisille tasoille kerrostuneilla periaatteilla on oma osuutensa oikeusjärjestyksen pintatason kehityksessä, mihin viitataan silloin, kun oikeusperiaatteet sisällytetään oikeuslähteiden luetteloon. Diskursiivisesti muotoillut pintatason normit voivat saada oikeuslähteen tukea periaatteista, joiden oma muotoutuminen on ymmärrettävä pintatasolta alkaneen sedimentaation tuloksena. Mutta, saatetaan kysyä, emmekö kulje kehässä, jos samanaikaisesti väitämme, että periaatteet ovat pintatason normatiivisen aineiston tiivistymiä ja että niillä voidaan oikeuslähdeopin mukaisesti perustella tällaista aineistoa?

Emme välttämättä. Kuvaamani rekursiivisen prosessin alku- ja loppupisteet eivät nimittäin ole identtiset. Sedimentaatioprosessi alkaa lainsäätämisen- ja lainkäyttöelinten nimenomaisilla päätöksillään tuottamasta normatiivisesta aineistosta. Sen sijaan normeja, joita perustellaan oikeuslähteinä käytetyillä periaatteilla, ei ole nimenomaisesti muotoiltu tällaisessa pintatason aineistossa. Esimerkkinä voimme käyttää kohtuusperiaatetta, jota enemmistö hallinto-oikeuden tutkijoistamme pitäneenä nykyisin yhtenä yleisistä hallinto-oikeudellisista periaatteista. Kantansa tueksi tutkijat ovat vedonneet nimenomaisiin säännöksiin, joissa on esimerkiksi säädetty kohtuusperusteisista lievennyksistä vero- tai maksuvelvollisuuteen, samoin kuin korkeimman hallinto-oikeuden ennakkopäätöksiin, joissa on esimerkiksi kohtuullistettu velvollisuutta maksaa takaisin aiheettomasti suoritetuista sosiaalisista etuuksista. Silloin kun hallinto-oikeus tukeutuu kohtuusperiaatteeseen oikeuslähteenä, se perustellee sillä sellaisen uuden tilanteen kattavaa normia, joka ei kuulu aiempien institutionaalisten päätösten nimenomaisesti vahvistamien normien alaan. Näin hallinto-oikeus menettelee esimerkiksi silloin, kun se sosiaalisin perustein kohtuullistaa aiheettomasti maksetusta etuudesta takaisin perittävää määrää, vaikka tätä etuutta koskevassa lainsäädännössä ei ole kohtuullistamisen mahdollistavaa säännöstä eikä tällaisesta mahdollisuudesta myöskään ole korkeimman hallinto-oikeuden antamaa ennakkopäätöstä.

## *Tulkintastandardit oikeuskulttuurin ainesosina*

Oikeuslähteet antavat kielellisesti muotoiltua informaatiota oikeusjärjestyksen sisällöstä, voimassa olevasta oikeusjärjestyksestä. Esimerkiksi lait sisältävät oikeusnormilauseita, joiden merkityssisältönä on oikeusnormi. Oikeustoimilain 33 §:ssä on seuraava oikeusnormilause, joka antaa informaatiota vastaavasta oikeusnormista:

”Oikeustointa, jota muuten olisi pidettävä pätevänä, älköön saatettako voimaan, jos se on tehty sellaisissa olosuhteissa, että niistä tietoisena olisi kunnian vastaista ja arvotonta vedota oikeustoimeen, ja sen, johon oikeustoimi on kohdistettu, täytyy olettaa niistä tietäneen.”

Oikeusnormilauseetta ja oikeusnormia välittää tulkinta, joka voidaan määritellä *oikeusnormilauseen merkityssisällön täsmentämiseksi*. Esimerkiksi oikeustoimilain 33 §:n tulkinnassa pyritään täsmentämään niitä oikeustoimen tekemisen olosuhteita, joista tietoisena olisi kunnianvastaista ja arvotonta vedota oikeustoimeen. Laintulkintaa harjoittavat yhtä hyvin tuomioistuimet täsmentäessään ratkaisusyllogismin ylälauseeksi asetettavaa normipremissiä (ratkaisunormia) kuin oikeustieteilijät muotoillessaan ja perustellessaan tulkintasuosituksiaan. Tulkinta kuuluu olennaisena osana sellaisiin oikeudellisiin käytäntöihin kuin lainkäyttö ja oikeustiede. Siksi on myös luonnollista, että oikeuskulttuurin menetelmällisiin ainesosiin kuuluu erityisiä oikeuslähteiden, lähinnä lainsäädännön sisältämien oikeusnormilauseiden, tulkinnassa noudatettaviksi tarkoitettuja standardeja. Esittelen seuraavassa niistä tärkeimpiä:

- (a) sanamuodon mukainen tai kieliopillinen tulkinta
- (b) supistava ja laajentava tulkinta
- (c) systemaattinen tulkinta
- (d) analogia-päätelmä

- (e) *e contrario* -päätelmä
- (f) historiallinen tulkinta
- (g) teleologinen tulkinta

(a) *Sanamuodon mukainen* tai *kieliopillinen tulkinta* käyttää semanttisia argumentteja, jotka liittyvät oikeusnormilauseissa, kuten lakitekstissä, esiintyvien yksittäisten ilmausten merkitykseen joko arkikielessä tai lakimiesten ammatillista oikeuskulttuuria leimaavassa erityiskielessä. Lähtökohtana tätä tulkintastandardia noudatettaessa on, että lakitekstin ilmauksille tulee antaa yleiskielen mukainen merkitys. Tästä merkityksestä poikkeamiselle tulee aina olla erityisiä perusteita. Tällainen peruste voi olla se, että lakitekstissä käytetään oikeudellista erityistermiä, jolla saattaa olla jopa lainsäädännössä nimenomaisesti vahvistettu ja yleiskielestä poikkeava merkitys. Mahdollista myös on, että jollakin oikeudellisella eritystermillä ei yleiskielessä edes ole vakiintunutta merkityssisältöä. Näinhän asia on vaikkapa ”lainhuudon” tai ”oikeusvoiman” kohdalla.

(b) *Supistavassa tulkinnassa* lakitekstin ilmaukselle annetaan ahtaampi merkityssisältö kuin sillä yleiskielessä on. Supistavasta tulkinnasta voisi olla kyse vaikka silloin, jos kaupungin järjestys säännön määräystä, jossa kielletään polkupyörällä ajo puistossa, tulkittaisiin siten, että se ei koske pikkulasten kolmipyöräisiä polkupyöriä. *Laajentavassa tulkinnassa* taas ilmaus ulotetaan sellaisiin asiantiloihin, joita se ei yleiskielessä koske. Laajentavaa tulkintaa edustaisi vaikkapa siipikarja-asetuksen tulkinta, jossa käytetyn ”kana”-sanon katsottaisiin viittaavan myös kukkoihin. Niin supistavaan kuin laajentavaankin tulkintaa täytyy olla erityinen peruste, minkä vuoksi on kyseenalaista luonnehtia niitä itsenäisiksi tulkintastandardeiksi. Käyttämässäni esimerkeissä perusteena supistavaan ja laajentavaan tulkintaan saattaisi olla vaikkapa päämäärä, jota tulkittavalla säännöksellä katsotaan tavoiteltavan: kaupungin

järjestyssäännön määräyksellä pyritään lisäämään puistossa jalan liikkuvien turvallisuutta ja viihtyvyyttä, ja siipikarja-asetuksen tavoitteena taas on taata elintarvikkeiden laatu ja terveellisyys. Näin kysymys itse asiassa olisikin jäljempänä käsiteltävästä teleologisesta tulkinnasta.

(c) Lakitekstin *systemaattisessa tulkinnassa* huomiota ei kohdisteta pelkästään yksittäisiin oikeusnormilauseisiin, vaan pyrkimyksenä on hahmottaa laki tai useiden lakien joukko johdonmukaisena kokonaisuutena. Tämä näkökohta esimerkiksi puoltaa olettamusta, että jonkin lain eri säännöksissä samaa ilmausta on käytetty samassa merkityksessä. Suomen perustuslain 2 §:n 3 momentti edellyttää, että ”julkisen vallan käytön on perustuttava lakiin”. Perustuslain 124 §:ssä puolestaan säädetään, että ”merkittävää julkisen vallan käyttöä voidaan ... uskoa vain viranomaisille”. Systemaattista tulkintaa noudatettaessa oletetaan, että ilmaus ”julkinen valta” esiintyy molemmissa säännöksissä samassa merkityksessä.

Lopullinen kannanotto ei kuitenkaan välttämättä noudata tätä systemaattiseen tulkintastandardiin perustuvaa oletusta. Perustuslain 80 §:n 2 § sääntelee mahdollisuutta perustaa lailla muilla *viranomaisille* kuin tasavallan presidentille sekä valtioneuvostolle ja sen ministeriöille toimivaltaa antaa oikeussääntöjä. Perustuslain 124 § puolestaan sääntelee mahdollisuutta uskoa hallintotehtäviä muille kuin *viranomaisille*. Ei ole poissuljettua, että viranomais-käsitteen ala 80 §:n 2 momentissa ja 124 §:ssä on joissain suhteissa erilainen. Tällaiseen tulkintaan saatetaan päätyä erittelemällä säännöksillä tavoiteltuja päämääriä, toisin sanoen noudattamalla teleologista tulkintaa.

(d) *Analogia-päätelyssä* lähtökohtana on, että oikeusnormilauseen, kuten lakitekstin tai ylimmän tuomioistuimen ennakkopäätöksen, ilmaisema normi soveltuu riidattomasti tietyn tyyppiseen tilanteeseen. Käsiteltävänä olevaan tilanteeseen normi ei sen sijaan näyttäisi soveltuvan. Kuitenkin tämä tilanne vastaa jossakin oikeudellisesti merkityksellisenä pidettävässä suhteessa tilannetta, johon normi

on riidattomasti sovellettavissa. Tilanteiden välillä vallitsee analogia-suhde. Tästä tuomioistuin päättelee, että myös sen käsiteltävänä oleva asia on ratkaistava normin edellyttämällä tavalla. Analogia-päätelyssä olennaista on niin sanotun analogia-avaimen löytäminen ja perusteleminen: on perusteltava, miksi tilanteiden välillä vallitseva yhtäläisyys on oikeudellisesti merkityksellisempi kuin niitä erottavat piirteet.

Analogia-päätelyä on usein pidetty erityisen tyypillisenä *common law* -oikeuskulttuurille, jossa ennakkopäätöksillä on keskeinen asema oikeuslähteinä. Oikeustapaukset eivät ole koskaan kaikissa suhteissa toistensa kaltaisia. Ennakkopäätösten velvoittama tuomioistuin joutuu aina ennakkopäätökseen vedotessaan osoittamaan, että kulloinkin ratkaistavana oleva juttu on nimenomaan oikeudellisesti merkityksellisissä suhteissa samankaltainen kuin ennakkopäätöksellä ratkaistu.

Oletetaan, että ennakkopäätöstuomioistuimen asemassa oleva ylin oikeusaste on ratkaisussaan katsonut, että virvoitusjuoman valmistaja oli vahingonkorvausoikeudellisessa vastuussa vahingosta, joka kuluttajalle oli aiheutunut tämän nielaistua virvoitusjuomapullosta olleen naulan. Alioikeuden käsiteltävänä olevassa jutussa kuluttaja vaatii hampurilaisketjulta korvausta vahingosta, jonka hampurilaisen jauhelihapihvissä ollut sormus oli aiheuttanut hänen hampailleen. Alioikeuden on arvioitava, vallitseeko ennakkopäätöksellä ratkaistun ja käsiteltävänä olevan jutun välillä sellainen analogia-suhde, joka painaa vaa'assa enemmän kuin juttuja erottavat piirteet ja näin oikeuttaa soveltamaan jälkimmäisessä tapauksessa edellisen tapauksen ratkaisun ilmentämää oikeusnormia.

(e) *E contrario* eli vastakohtaispäätelmässä päätellään, että oikeusnormilauseen ilmaisemaa normia ei sovelleta lauseen sanamuodon ulkopuolelle jääviin tilanteisiin. Jos kaupungin järjestyssäännössä kielletään koirien ulkoiluttaminen satama-alueella, *e contrario* -päätelmän mukaan kissojen ulkoiluttaminen satama-alueella on sallittua. Myös *e contrario* -tulkinta saattaa edellyttää lisäperusteluja. Voidaan näet kysyä, miksi vaikkapa esimerkkitapauksessamme tu-

lisi päätyä juuri *e contrario* -tulkinnan eikä esimerkiksi laajentavan tai analogia-tulkinnan mukaiseen tulokseen. *E contrario* -tulkinta saattaa vaatia tuekseen esimerkiksi teleologista tulkintaa ilmentäviä viittauksia sääntelyn tarkoitukseen.

(f) *Historiallisessa tulkinnassa* lakitekstin ilmaukselle annetaan merkitys, jonka katsotaan vastaavan lainsäätäjällä aikanaan ollutta tarkoitusta. Esimerkiksi USA:ssa vaikutusvaltainen koulukunta lähete siitä, että perustuslain tulkinnassa on vielä nykyaikanakin pitäydyttävä perustuslain ”isien” (*Founding Fathers*) tarkoituksiin. Edellä esittelemässäni skandinaavisessa oikeuslähdeopissa historiallisen tulkintastandardin merkitystä puolestaan ilmentää se paino, joka siinä annetaan lainsäädännön esitöille.

Historiallisen tulkinnan noudattaminen voi kuitenkin olla vaikeaa jo siitä syystä, että lainsäätäjien tarkoituksesta ei ole jäänyt dokumentteja tai että lainsäätämiseen osallistuneet henkilöt eivät ole olleet säännöksen tarkoituksesta yhtä mieltä. Voidaan myös kysyä, eikö tulkinnassa tulisi ottaa huomioon myös yhteiskunnallisten olosuhteiden muuttuminen ja eikö ole väärin lukita oikeusnormilauseiden merkityssisältö sellaiseksi, mikä niille on annettu nykypäivään nähden aivan toisenlaisissa olosuhteissa. Voidaan jopa epäillä, vastaisiko tällainen merkityssisällön ”jäädymättä” välttämättä edes historiallisen lainsäätäjän tarkoitusta. Skandinaavisessa oikeuslähdeopissa onkin korostettu, että esitöillä on sitä enemmän lakitekstin tulkintaa ohjaavaa merkitystä, mitä perusteellisemmat ne ovat ja mitä tuoreemmasta lainsäädännöstä on kysymys.

(g) *Teleologisessa tulkinnassa* arvioidaan eri tulkintavaihtoehtojen tosiasiallisia seurauksia ja valitaan vaihtoehdoista se, jonka katsotaan parhaiten edistävän sääntelyllä tavoiteltavia päämääriä. Nämä päämäärät taas saatetaan – historiallista tulkintaa vastaavasti – selvittää lainsäädäntöasiakirjoista. Mikäli esitöillä ei (enää) katsota olevan tulkinnallista merkitystä, tulkitsija – kuten tuomari tai oikeustieteilijä – arvioi, mitä tavoitetta sääntelyn on perusteltua katsoa toteuttavan kulloinkin käsillä olevissa yhteiskunnallisissa

oloissa. Kaupungin järjestyssäännön valmisteluasiakirjoissa ei ehkä ole perusteltu polkupyörien ajokieltoa puistoissa tai koirien ulkoi-luttamiskieltoa satama-alueella, vaan käräjäoikeuden tuomarin on itse pohdittava, mihin päämääriin järjestyssäännön määräyksillä pyritään.

### *Normiristiriitojen ratkaisustandardit oikeuskulttuurin ainesosina*

Oikeuskulttuurin menetelmällisiin aineksiin kuuluvat myös stan-dardit, joiden avulla on määrä ratkaista oikeusnormien välisiä risti-riitoja. Näiden standardien tehtävänä on taata oikeusjärjestyksen *konsistenssi* eli looginen ristiriidattomuus. Yleensä erotetaan seu-raavat kolme normiristiriitojen ratkaisustandardia:

- *lex superior derogat legi inferiori* (ylemmäntasoinen normi voittaa alemmantasoinen normin)
- *lex posterior derogat legi priori* (myöhempi normi voittaa aikaisemman normin)
- *lex specialis derogat legi generali* (erityinen normi voittaa yleisen normin).

*Lex superior* -sääntö merkitsee esimerkiksi, että jos asetuksen tasoinen normi on ristiriidassa lain tai perustuslain ilmentämän normin kanssa, se on jätettävä soveltamatta. *Lex superior* -sääntö kuvastaa sitä nykyaikaista oikeusjärjestystä pintatasollaan luon-nehtivaa hierarkkisuuutta, jolle Kelsen ja Hart perustivat positivistisen pätevyysteorian. Nyt kyse ei ole siitä, että alemmanasteinen nor-mi saa (muodollisen) pätevyytensä ylemmänasteisesta normista, vaan siitä, että ristiriita ylemmänasteisen normin kanssa johtaa alemmanasteisen normin pätevyuden – tai ainakin sovellettavuuden – menettämiseen.

Suomessa *lex superior* on saanut nimenomaisen, diskursiivisen ilmauksen uuden, vuoden 2000 maaliskuun alussa voimaan tulleen



perustuslain 106 ja 107 §:ssä. Näistä edellinen, jonka otsikkona on *Perustuslain etusija*, sääntelee tavallisen lain ja perustuslain väliä ristiriitatilanteita. Säännös kuuluu seuraavasti:

”Jos tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa asiassa lain säännöksen soveltaminen olisi ilmeisessä ristiriidassa perustuslain kanssa, tuomioistuimen on annettava etusija perustuslain säännökselle.”

Perustuslain 106 §:n mukaan lain säännöksen sivuuttaminen siis edellyttää, että sen soveltaminen johtaisi *ilmeiseen* ristiriitaan perustuslain kanssa. Samanlaista ilmeisyyden vaatimusta ei sen sijaan ole otettu perustuslain 107 §:ään, joka koskee alemmanasteisten säännösten ristiriitaa lain tai perustuslain kanssa. Perustuslain 106 ja 107 § eroavat toisistaan myös siinä, että kun 106 § oikeuttaa ja velvoittaa vain tuomioistuinta, 107 § koskee tuomioistuinten ohella myös hallintoviranomaisia. Perustuslain 107 §, jonka otsikkona on *Lakia alemmanasteisten säädösten soveltaminen*, kuuluu seuraavasti:

”Jos asetuksen tai muun lakia alemmanasteisen säädöksen säännös on ristiriidassa perustuslain tai muun lain kanssa, sitä ei saa soveltaa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa.”

*Lex posterior* -periaate koskee saman tasoisia normeja, kuten esimerkiksi kahta lain tasoista normia. Jos Suomessa olisi perustuslain mukaisessa järjestyksessä säädetty kaksi lakia, joista toisen mukaan vanhuuseläkkeen saamiseen oikeuttava ikä kansaneläkejärjestelmässä on 63 vuotta ja toisen mukaan 65 vuotta, *lex posterior* -periaate edellyttäisi sovellettavaksi näistä laeista myöhemmin säädettyä.

*Lex posterior* -periaatteesta ei perustuslakimme sisälly samankaltaista nimenomaista säännöstä kuin *lex superior* -säännöstä perustuslain 106-107 §:ssä. Sillekin voidaan kuitenkin osoittaa perustuslaista oikeusjärjestyksen pinnan tasoista tukea. *Lex posterioria*

perustele perustuslain mukaisten lainsäädäntöelinten toimivalta, joka puolestaan ilmentää oikeuden positiivisuutta. Oikeusjärjestyksen jatkuva muuttaminen, sen keskeytymätön pintatason liike, olisi mahdotonta, ellei lainsäätäjällä voisi myöhemmillä päätöksillään muuttaa tai kumota aikaisemmin säätämiään lakeja.

*Lex specialis* -periaate koskee *lex posterior* -periaatteen tavoin saman tasoisia normeja. *Lex specialis* -periaate edellyttää esimerkiksi, että jos jostakin asiasta on jonkin rajatun henkilöryhmän osalta säädetty toisin kuin yleisessä laissa, joka koskee kaikkia Suomen oikeudenkäyttöpiirissä olevia, tähän henkilöryhmään sovelletaan yleislain sijasta heitä koskevaa erityislakia. Laissa maahanmuuttajien kotouttamisesta ja turvapaikanhakijoiden vastaanotosta on erityisiä säännöksiä toimeentulotuesta ja työmarkkinatuesta. *Lex specialis* -periaatteen mukaisesti maahanmuuttajiin sovelletaan toimeentulotuesta ja työmarkkinatuesta annettujen lakien sijasta kotouttamislain säännöksiä.

*Lex specialis* -periaatteelle ei voi osoittaa kirjoitetusta perustuslaista samanlaista nimenomaista tukea kuin *lex superior* ja *lex posterior* -standardeille. Lisäksi ongelmana on, että niihin normiristiriitoihin, joiden ratkaiseminen saatetaan ajatella perustettavaksi *lex specialis* -periaatteeseen, näyttäisi yleensä soveltuvan myös *lex posterior*. Palatkaamme hypoteettiseen esimerkkiimme, jossa perustuslain mukaisessa järjestyksessä on säädetty kaksi keskenään ristiriidassa olevaa säännöstä vanhuuseläkkeeseen oikeuttavasta iästä. Olettakaamme, että aikaisemmin säädetty laki, jonka mukaan eläkeikä on 63 vuotta, ei koske kaikkia kansaneläkkeeseen oikeutettuja, vaan ainoastaan tiettyä ryhmää, kuten esimerkiksi leskiä. Kumman standardin mukaisesti ratkaistaan, mitä lakia leskiin sovelletaan? Onko leskien vanhuuseläkkeen ikäraja *lex specialiksen* mukaisesti 63 vuotta vai *lex posteriorin* mukaisesti 65 vuotta?

Esimerkki osoittaa, että esittelemäni standardit eivät aina välittömästi, ikään kuin mekaanisesti sovellettuina osoita ratkaisua käytännössä mahdollisesti kohdattaviin normiristiriitoihin. Mahdollista on, että ristiriidan ratkaisemiseksi on siirryttävä toisen tyyppiseen argumentaatioon, jossa tukeudutaan oikeuskulttuurin tasoihin periaatteisiin.

Olen edellä jo maininnut siitä, että oikeusperiaatteen käsitteellä on kaksinainen merkitys. Käsite viittaa sekä pintatasolle sijoittuviin, diskursiivisesti muotoiltuihin normeihin, joita esimerkiksi tuomioistuimet soveltavat ratkaisuisaan, että oikeusjärjestyksen pinnanalaisten kerrostumien normatiivisiin ainesosiin. Silloin kun keskustellaan oikeusperiaatteista oikeuslähteinä, käsitettä käytetään jälkimmäisessä, pinnanalaisille tasoille osoittavassa merkityksessään. Nyt on aika tarkastella oikeusperiaatteita ensimmäisessä merkityksessään, jossa ne esiintyvät oikeussääntöjen rinnalla toisena pinta-tason normityypinä.

Oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet käyttäytyvät eri tavalla normien välisissä ristiriitatilanteissa. *Oikeussäännöille* on ominaista *kaikki-tai-ei-mitään -sovellettavuus*. Oikeussääntöä joko sovelletaan tai ei sovelleta, ja jos kaksi oikeussääntöä on keskenään ristiriidassa, vain toinen niistä voi olla sovellettavissa. Jos toisen normin mukaan vanhuseläkkeeseen oikeuttava ikä on 63 vuotta ja toisen puolestaan 65 vuotta, vain toinen näistä normeista voi olla sovellettavissa. Tarkastelemamme ratkaisustandardit *lex superior*, *lex posterior* ja *lex specialis* koskevat nimenomaan oikeussääntöjen välisiä ristiriitoja. Niiden tehtävänä on osoittaa, mitä keskenään ristiriidassa olevista oikeussäännöistä kulloinkin esillä olevaan oikeudelliseen ongelmaan on sovellettava.

*Oikeusperiaatteiksi* kutsuttavien normien soveltamista puolestaan luonnehtii kaikki-tai-ei-mitään -sovellettavuuden sijasta *paino-ulottuvuus*. Oikeusperiaatteita voidaan soveltaa myös enemmän tai vähemmän, ja normiristiriitatilanteessa häviävä periaate ei yleensä menetä kokonaan oikeudellista merkitystään, vaan sitäkin sovelletaan siinä määrin kuin voittava periaate jättää sille sijaa. Oikeusperiaatteiden välisiä ristiriitoja ei voida ratkaista edellä tarkasteltujen standardien avulla. Näihin standardeihin tukeutumisen sijasta ristiriitaisten oikeusperiaatteiden soveltaminen edellyttää niiden keskinäistä punnintaa, jossa arvioidaan niiden painoarvoa juuri kulloisessakin soveltamistilanteessa.

Perustuslain 2 luvun säännökset perusoikeuksista ilmentävät yhtäältä oikeussääntöjä ja toisaalta oikeusperiaatteita. Kullakin perusoikeudella on tietty loukkaamaton ydinalue, jota suojaava

normi on luonteeltaan oikeussääntö. Ydinaluetta ympäröi eräänlainen rajavyöhyke, jolla perustuslain antama suoja ei ole ehdotonta vaan jolla perusoikeutta voidaan tietyin edellytyksin rajoittaa. Ydinalueen ulkopuolella perusoikeutta suojaavaa normia voi pitää luonteeltaan oikeusperiaatteena. On tosin myös perusoikeuksia, joita perustuslaki ei lainkaan salli rajoitettavan ja joita suojaava normi on kokonaisuudessaan luonteeltaan oikeussääntö. Tällaisiin perusoikeuksiin kuuluvat perustuslain 7 §:ssä turvatut oikeus elämään sekä kuolemantuomion, kidutuksen ja muun ihmisarvoa loukkaavan kohtelun kielto.

Periaatteiden kaltaiset perusoikeusnormit saattavat yksittäisissä lainsoveltamistilanteissa olla keskenään ristiriidassa, jolloin jutun ratkaisu riippuu siitä, minkälaiseksi niiden keskinäinen painoarvo juuri siinä tilanteessa arvioidaan. Oikeudenkäynnin julkisuudesta annettu laki mahdollistaa julkisuuden rajoittamisen yksityiselämän suojaan liittyvien näkökohtien nojalla. Kun tuomari yksittäisessä jutussa harkitsee, onko oikeudenkäynnin julkisuutta syytä rajoittaa, hän joutuu punnitsemaan eri suuntiin viittaavien perusoikeusperiaatteiden merkitystä juuri tässä jutussa. Kysymys on yhtäältä julkisuus- ja sananvapausperiaatteista, toisaalta taas yksityiselämän suojasta. Vastaavanlaiseen perusoikeusperiaatteiden väliseen punnintaan on perustettava myös arvio siitä, voidaanko tiedotusvälineissä julkaista jonkun oikeudenkäynnissä esiintyneen henkilön henkilöllisyys.

Palaan vielä oikeussääntöjen välisiin ristiriitoihin, jotka ovat edellä esittelemieni standardien soveltamisaluetta. Kun kaksi pintatason oikeussääntöä on keskenään ristiriidassa, on mahdollista, että *lex superior*, *lex posterior* ja *lex specialis* eivät yksin riitä ratkaisuun ristiriitaa. Näin on erityisesti silloin, kun kaksi samantasoista sääntöä on keskenään ristiriidassa ja *lex posterior* ja *lex specialis* johtavat toisilleen vastakkaisiin ratkaisuihin. Tällöin argumentaatio on ulotettava oikeuskulttuuriin kerrostuneisiin periaatteisiin, on arvioitava niiden periaatteiden merkitystä, jotka perustelevat keskenään ristiriidassa olevia sääntöjä, ja mahdollisesti myös kilpailevia standardeja *lex posterior* ja *lex specialis* tukevia oikeuskulttuurin taseisia näkökohtia.

## *Oikeuden syvärakenne*

Ainakin lakimiehet myöntänevät oikeuskulttuurin aseman oikeusjärjestyksessä ja sen vaikutuksen oikeudellisissa käytännöissään praktisena tietona, ”hiljaisena tekijän tietona”, vaikka eivät tätä arkipäivän toiminnoissaan ehkä tule ajatelleeksikaan. Sen sijaan oletus sellaisesta oikeuskulttuuriakin perustavammasta oikeusjärjestyksen kerrostumasta, jota voitaisiin kutsua oikeuden syvärakenteeksi, saattaa herättää vastaväitteitä. Miksi oikeuden ”pinnanalaisessa elämässä” tulisi erottaa kaksi tasoa? Eikö riitä, että osoitamme sen kaltaisten käsitteellisten, normatiivisten ja menetelmällisten aineiden merkityksen, jotka olen sijoittanut oikeuskulttuurin tasolle ja jotka ovat ominaisia erityisesti lakimiesten ammatilliselle oikeuskulttuurille?

Ajatukseni on, että oikeushistorian virrasta voidaan erottaa erityisiä *historiallisia oikeustyyppiä*, joista kutakin luonnehtii sille ominainen syvärakenne. Niihin kuuluu myös nykyaikaiseksi oikeudeksi kutsumani oikeustyyppi, joka poikkeaa eräissä olennaisissa suhteissa historiallisesti aikaisemmista oikeustyypeistä, kuten siitä, mitä voidaan kutsua traditionaaliseksi oikeudeksi. Olen edellä kiinnittänyt huomiota eroihin mannereurooppalaisissa ja *common law* -maiden oikeuskulttuureissa. Erot liittyvät esimerkiksi tuomioistuinlaitoksen asemaan. Ja eroja voidaan havaita myös mannereurooppalaiseen romaanis-germaaniseen oikeusperheeseen kuuluvien oikeuskulttuurien välillä. Silti voimme väittää, että sellaisissa toisistaan monissa suhteissa poikkeavissa oikeuskulttuureissa kuin vaikkapa Suomen, Saksan, Englannin ja USA:n oikeuskulttuureissa on yhteinen ydin, joka oikeuttaa puhumaan nykyaikaiselle oikeudelle ylipäätään ominaisesta syvärakenteesta.

Tämän syvärakenteen rekonstruoiminen on oikeusfilosofisen tutkimuksen päätehtäviä. Alustavasti voimme kuitenkin erottaa oikeuden syvärakenteessa – samaan tapaan kuin oikeuskulttuurissakin – kolmentyyppisiä ainesosia: käsitteellisiä, normatiivisia ja menetelmällisiä.

Oikeuden syvärakenteen *käsitteellisiä* ainesosia edustavat kaikkein perustavimmat oikeudelliset kategoriat, jotka ikään kuin avaavat sen käsitteellisen tilan, jossa oikeudellinen argumentaatio ja oikeudellinen sääntely ylipäättään tulevat mahdollisiksi. Tällaisiksi perustaviksi oikeuskategorioiksi voidaan nykyaikaisen oikeuden oloissa ehdottaa esimerkiksi oikeussubjektuuden ja subjektiivisen oikeuden käsitteitä. Oikeussubjektuus tarkoittaa kykyä omata (subjektiivisia) oikeuksia. Yleinen ja yhtäläinen oikeussubjektuus, joka kuuluu kaikille ihmisille, on jotain vasta nykyaikaiselle oikeudelle ominaista. Roomalaisessa oikeudessa orjilta puuttui oikeussubjektuus, ja tyypillisessä keskiaikaisessa oikeusjärjestelmässä, jonka jäänteitä eli suomalaisessakin sääty-yhteiskunnassa pitkälle autonomian ajalle asti, oikeusasema vaihteli yhteiskunnallis-taloudellisen aseman mukaisesti: esimerkiksi aateliston, talonpoikien, papiston ja porvariston oikeudet ja velvollisuudet olivat erilaisia. Subjektiivisen oikeuden käsite puolestaan alkoi kehittyä keskiajan lopulla samaa tahtia yksilöllisen, individualistisen ihmiskäsityksen kanssa.

Oikeuden syvärakennetta määrittelevät oikeuskategoriat eivät vain avaa oikeudellisen argumentaation tilaa, vaan samalla myös sulkevat sen, asettavat esteitä perustavalla tavalla toisenlaiselle oikeudelliselle ajattelulle. Jos pitää paikkansa, että nykyaikaisen oikeuden käsitteelliseen syvärakenteeseen kuuluu yleinen oikeussubjektuus kaikkien ihmisten yhtäläisenä ominaisuutena, tämä selittää, miksi ajatus eläimille tai ylipäättään luonnolle kuuluvista oikeuksista on niin vaikeasti nivellettävissä oikeusjärjestyksemme. Perustuslakimme perusoikeusluvussa on säännös (20 §), jonka otsikkona on *Vastuu ympäristöstä*. Tätä säännöstä ei ole muotoiltu luonnolle kuuluvina oikeuksina vaan ihmisille kuuluvana vastuuna: ”Vastuu luonnosta ja sen monimuotoisuudesta, ympäristöstä ja kulttuuriperinnöstä kuuluu kaikille.”

Oikeuden *normatiivisen* syvärakenteen muodostavat kulloisestikin oikeustyyppien perustavimmat oikeusperiaatteet. Nykyaikaisen oikeuden oloissa voidaan perustella kantaa, jonka mukaan niihin kuuluvat

- ihmisoikeudet yleisinä normatiivisina ideoina,
- muut oikeusvaltiota luonnehtivat periaatteet
- demokratiaperiaate.

*Menetelmällisessä* suhteessa voidaan puhua erityisestä *rationaliteettimuodosta*, joka on leimallinen tietyille historialliselle oikeustyypille, kuten nykyaikaiselle oikeudelle. Saksalainen 1800- ja 1900-lukujen vaihteessa vaikuttanut oikeussosiologi Max Weber (1864-1920) piti nykyaikaiselle oikeudelle ominaisena erityistä formaalia rationaalisuutta, kun taas nykykeskustelussa Jürgen Habermas katsoo nykyaikaisen oikeuden menettelyjen – ennen kaikkea lainsäätämisen- ja lainkäyttömenettelyjen – kuvastavan kommunikatiiviseksi kutsuttavaa rationaalisuutta. Keskustelu, jota nykyaikaista oikeutta luonnehtivasta rationaalisuudesta käydään, osoittaa, että syvärakenteen rekonstruoiminen riippuu osaltaan tulkin-  
nasta ja painotuksista.

## 5. *Oikeuden tasojen väliset suhteet*

Luonnostelemani kuva nykyaikaisen oikeuden tasoista – pinta-tasosta, oikeuskulttuurista ja syvärakenteesta – ja kullekin tasolle sijoittuvista ainesosista on tietystä mielessä idealisoitu. Sen kohteena on sellainen idealisoitu oikeusjärjestelmä, jota voi kutsua *kypsäksi nykyaikaiseksi oikeudeksi*. Tällaisessa oikeusjärjestelmässä pintatason oikeudellisia sääntelyjä tukevat niitä vastaavat oikeuskulttuuri ja oikeuden syvärakenne.

Edellä esitetty kuva antaa nykyaikaisesta oikeudesta vasta eräänlaisen staattisen läpileikkauksen. Liikkeen kuvaan tuovat suhteet, joita tarkoittamassani idealisoidussa oikeusjärjestelmässä, kypsässä nykyaikaisessa oikeudessa, tasojen välillä vallitsee. Samalla tasojen välisten suhteiden erittely suuntaa jälleen huomion myös oikeuden toiseen ulottuvuuteen, oikeuteen erityisinä oikeudellisina käytäntöinä. Oikeuden tasot ovat nimenomaan oikeusjärjestyksen tasoja. Niiden väliset suhteet eivät kuitenkaan toteudu suljetussa normien maailmassa, eristetyllä pitämisen alueella, sen sisäisen automatiikan tuloksena. Oikeusjärjestyksen tasoja yhdistäviä suhteita välittävät oikeudelliset käytännöt, toisin sanoen lainsäätäminen, lainkäyttö ja oikeustiede.

On jossain määrin sopimuksenvaraista, kuinka monta tasoa oikeudessa oikeusjärjestyksenä erotetaan. Tärkeintä oikeusjärjes-



tyksen tasotteluideassa on ajatus siitä, että oikeusjärjestys ei koostu vain normeista, joista voimme saada välittömästi tietoa sellaisesta pintatason normatiivisesta aineistosta kuin yksittäisistä laeista ja muista säädöksistä tai tuomioistuinten ennakkopäätöksistä. Oikeusjärjestyksessä on myös pinnanalaisia tasoja, jotka oikeudellisten toimijoiden praktisen tiedon kautta yhtäältä mahdollistavat sen mitä oikeuden pinnalla tapahtuu ja toisaalta asettavat pinnan tapahtumille myös rajoituksia. Lisäksi oikeuden historiallisuuden tavoittamisen kannalta on olennaista pitää kiinni ajatuksesta kullekin historialliselle oikeustyypille erityisestä syvärakenteesta.

Tietyissä määrin sopimuksenvaraista on myös se, minkälaisia suhteita oikeuden tasojen välille hahmotetaan. Suhteiden ryhmittäminen riippuu osaltaan siitä, mitä oikeusjärjestelmän piirrettä tasotteluidean avulla kulloinkin pyritään valottamaan. Niinpä seuraavassa esitykseni pohjaksi omaksumassani luokittelussa on päällekkäisyyksiä varsinkin rajoitus-, justifikaatio- ja kritiikkisuhteiksi kutsumieni suhdetyyppien välillä. Olen kuitenkin rajoitus-, justifikaatio- ja kritiikkisuhteiden avulla pyrkinyt valaisemaan erilaisia nykyaikaisen oikeusjärjestelmän toiminnassa keskeisinä pitämiäni piirteitä.

Oikeuden (oikeusjärjestyksen) tasojen välillä voidaan erottaa seuraavan kaltaisia suhteita, jotka toteutuvat oikeudellisissa käytännöissä, ennen kaikkea lakien säätämisessä, tuomioistuinten tehtävänä olevassa lainkäytössä ja oikeustieteessä:

- (a) sedimentaatio-suhde
- (b) konstituutio-suhde
- (c) konkretisaatio-suhde
- (d) rajoitussuhde
- (e) justifikaatio-suhde ja
- (f) kritiikkisuhde

a) Olen edellä kyseenalaistanut ne kaksi perustavaa erottelua, joille Kelsenin ja Hartin edustama traditionaalinen oikeuspositivismi perustui. Oikeuden kahden ulottuvuuden välinen vuorovaikutus suhteellistaa olemisen ja pitämisen maailman, yhteiskunnallisten tosiasioiden ja oikeudellisten normien, välistä eroa: oikeutta oikeusjärjestyksenä tuottavat ja uusintavat oikeudelliset käytännöt erityisinä yhteiskunnallisina käytäntöinä. Nämä oikeudelliset käytännöt myös välittävät oikeusjärjestyksen tasojen yhteyksiä. Toisaalta sellaiset oikeudelliset käytännöt kuin lainsäätäminen ja lainkäyttö ovat oikeudellis-institutionaalisia käytäntöjä, joita ei olisi olemassa ilman niitä säänteleviä oikeusnormeja. Oikeuden ja moraalin välinen jyrkkä raja taas liudentuu, kun oikeusjärjestyksestä avataan syvyysuunnassa, kun toisin sanoen tarkastellaan oikeuskulttuuriin ja oikeuden syvärakenteeseen kuuluvia oikeusperiaatteita. Juuri oikeusperiaatteet pitävät avoinna oikeusjärjestyksen kanavia yhteiskunnan moraaliperiaatteisiin ja eettisiin arvoihin.

Kriittiseksi oikeuspositivismiksi kutsumani oikeuskäsitys kuitenkin allekirjoittaa kolmannen niistä lähtökohdista, joille Kelsenin ja Hartin traditionaalinen oikeuspositivismi nojautui. Myös kriittinen oikeuspositivismi pitää nykyaikaisen oikeuden keskeisenä tunnusmerkkinä sen positiivisuutta: nykyaikaisen oikeuden oloissa oikeuden ymmärretään perustuvan tietoiseen inhimilliseen toimintaan. Tällainen oikeuskäsitys ei jätä sijaa ikuisille luonnonoikeudellisille periaatteille, ja tavanomaisen oikeudenkin se näkee vaikuttavan ensisijaisesti sellaisten kirjoitettujen oikeuslähteiden välityksellä, joita nykyaikaisen yhteiskunnan erikoistuneet oikeudelliset käytännöt tuottavat. Mutta eikö oletus oikeusjärjestykseen kuuluvista pinnanalaisista kerrostumista – oikeuskulttuurista ja oikeuden syvärakenteesta – ole ristiriidassa nykyaikaisen oikeuden positiivisuutta tähdentävän lähtökohdan kanssa?

Oikeuden tasojen välillä vallitseva *sedimentaattiosuhde* saattaa myös oikeusjärjestyksen pinnanalaiset kerrostumat osalliseksi nykyaikaisen oikeuden positiivisesta luonteesta. Myös oikeuskulttuurilla ja oikeuden syvärakenteella on alkunsa oikeuden pinnan

tapahtumissa, kuten yksittäisissä säädöksissä, tuomioistuinratkaisuisissa tai oikeustieteilijöiden kannanotoissa. Oikeuskulttuuri ja oikeuden syvärakenne ovat syntyneet verkkaisen sedimentaatioprosessin tuloksena: oikeuden pinnan normatiivisista elementeistä on vähittäin tiivistynyt yhteisiä käsitteellisiä, normatiivisia ja menettelmällisiä aineksia oikeuskulttuuriin ja oikeuden syvärakenteeseen.

Nykyaikaisen oikeuden oloissa myös sellaiset oikeuden syvärakennetta määrittelevät periaatteet kuin ihmisoikeudet on ymmärrettävä tuloksiksi sedimentaatioprosesseista, jotka ovat saaneet alkunsa pinnan tapahtumista. Prosessien alkuvaiheissa voimme viitata erityisesti Ranskan ja USA:n 1700-luvun lopun vallankumouksellisiin valtiosääntöasiakirjoihin ja lähemmäksi omaa aikaamme tultaessa toisen maailmansodan jälkeisiin kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin sekä kansainvälisten valvontaelinten ja eri maiden kansallisten tuomioistuinten ihmisoikeuksia ja perusoikeuksia suojaaviin ratkaisuihin. Myös uuden ajan alun luonnonoikeusajattelijoiden kirjoituksilla on ollut oma vaikutuksensa tämän kehityskulun käynnistämisessä. Näin on siitä huolimatta, että näissä kirjoituksissa ihmisoikeudet vielä ymmärrettiin tavalla, joka on ristiriidassa nykyaikaisen oikeuden perustavan positiivisen luonteen kanssa. Luonnonoikeuden teoreetikothan käsittivät ihmisoikeusperiaatteet kaikkialla ja kaikkina aikoina vaikuttaviksi periaatteiksi, joita perusteli ihmisen muuttumaton luonto ja jotka saatettiin paljastaa filosofisen ajattelun keinoin. Nykyaikaisen oikeuden kypsyminen on osaltaan luonnonoikeudellisten periaatteiden positivoitumista.

Jos ymmärrämme ihmisoikeusperiaatteet ehdottamallani tavalla nykyaikaisen oikeuden normatiivisen syvärakenteen keskeisiksi määrittelijöiksi, otamme samalla kantaa myös kysymykseen oman aikakautemme luonteesta. Esittämäni tulkinnan valossa oma aikakautemme, jolle on leimallista ihmisoikeuksien lisääntynyt painoarvo, on pikemminkin nykyaikaisen oikeuden kypsyminen kuin uuden, postmoderniksi kutsuttavan vaiheen läpimurtautumisen aikaa.

(b) Sedimentaatio- ja kerrostumien suhdetta tarkastellessamme katseemme suuntautuu oikeusjärjestyksen pintatasolta syvempiin kerrostumiin: arvioimme panosta, jonka pintataso antaa oikeuskulttuurin ja oikeuden syvärakenteen muodostumiseen. *Konstituutiosuhteen* erittelyssä katseemme suunta on päinvastainen. Nyt olemme kiinnostuneet siitä, miten syvemmät kerrostumat vaikuttavat puolestaan pintatason kehitykseen. Sedimentaatio- ja konstituutiosuhteiden yhteisvaikutuksessa kohtaamme jälleen sen nykyaikaiselle oikeusjärjestelmälle ominaisen piirteen, jota olen kutsunut rekursiivisuudeksi. Yhtäältä syvempien kerrostumien muodostumisella on alkunsa oikeusjärjestyksen pinnan tapahtumissa, toisaalta taas pintatason kehitys on riippuvainen syvempien kerrostumien luomista mahdollisuuksista.

Konstituutiosuhteella tarkoitan sitä, että oikeuskulttuuri ja oikeuden syvärakenne tarjoavat ne käsitteelliset, normatiiviset ja menetelmälliset voimavarat, jotka vasta tekevät pintatason tapahtumat mahdollisiksi. Ilman näitä kulttuurisia voimavaroja lainsäätäjä ei voisi säätää lakejaan, tuomari antaa päätöksensä tai oikeustieteilijä kirjoittaa artikkeleitaan ja kirjojaan. Toimiminen oikeudellisissa käytännöissä edellyttää kaiken muun yhteiskunnallisen toiminnan tavoin ”hiljaista tekijän tietoa”, sellaista praktista tietoa, joka muun muassa mahdollistaa kussakin tilanteessa – esimerkiksi tuomioistuimen päätöksenteossa – tarvittavan diskursiivisen tiedon hankkimisen. Oikeudellisilla toimijoilla, lakimiehillä, tämä praktinen tieto on ennen muuta tietoa oikeusjärjestyksen pinnanalaisista kerrostumista. Niinpä tuomari ei kykenisi hoitamaan tehtäviään, ellei hänellä olisi sisäistettyä tietoa sellaisista oikeuskulttuurin ainesosista kuin oikeuslähdeopista taikka tulkinnassa ja normiristiriitojen ratkaisemisessa noudatettavista standardeista. Ja ilman eri oikeudenalojen yleisten oppien antamaa apua hän ei kykenisi murtamaan sitä hermeneuttista kehää, joka lainkäytössä ilmenee jutun ratkaisunormin ja sen tosiasiakuvauksen keskinäisissä riippuvuuksissa.

(c) Myös *konkretisaatiosuhdetta* voi valaista ihmisoikeusperiaatteiden avulla. Konkretisaatiosuhteella viitataan siihen, että oikeusjärjestyksen ainesosat saavat yhä konkreettisemmän hahmon, kun syvärakenteesta edetään ensin oikeuskulttuurin tasolle ja sieltä edelleen pinnan yksittäisiin sääntelyihin ja tuomioistuinratkaisuihin.

Ihmisoikeudet ovat läsnä nykyaikaisen oikeuden syvärakenteessa eräänlaisina yleisinä normatiivisina ideoina, joita sitten eri oikeuskulttuureissa tulkitaan ja painotetaan keskenään hieman eri tavoin. Esimerkiksi USA:n oikeuskulttuurissa sananvapausperiaate on noussut hyvin keskeiseen asemaan ja korostunut tavalla, joka poikkeaa mannereurooppalaisten oikeuskulttuurien yleiskuvasta. Manner-Euroopassa ja ehkä erityisesti Pohjoismaissa puolestaan annetaan taloudellisille, sosiaalisille ja sivistyksellisille perusoikeuksille enemmän merkitystä kuin USA:ssa. Konkreettisimman hahmonsäilyksen ihmisoikeusperiaatteet saavat oikeusjärjestyksen pintatasolla, esimerkiksi eri valtioiden perustuslakien säännöksissä ja niiden noudattamista valvovien tuomioistuinten ratkaisuisissa.

(d) Oikeuden pinnanalaiset kerrostumat luovat eräässä mielessä pintatason tapahtumien mahdollisuuden: ne antavat oikeudellisten käytäntöjen toimijoille välttämättömät käsitteelliset, normatiiviset ja menetelmälliset voimavarat. Mutta toisaalta oikeusjärjestyksen syvemmät tasot asettavat myös rajoituksia sille, mitä pinnalla voi oikeudellisesti pätevästi tapahtua, minkälaisia lakeja lainsäätäjät esimerkiksi voi oikeudellisesti pätevästi säätää tai minkälaisia päätöksiä tuomari voi oikeudellisesti pätevästi antaa. Oikeuden tason välillä vallitsee myös *rajoitussuhde*.

Rajoitussuhteen eräästä puolesta, nimittäin käsitteellisestä rajoituksesta, on edellä ollut jo puhetta. Oikeuden syvärakenteeseen kuuluu perustavia oikeuskategorioita, jotka yhtäältä avaavat oikeudellisen argumentaation ja oikeudellisen ajattelun edellyttämän tilan mutta samalla sulkevat sen perustavassa mielessä vaihtoehtoisilta tavoilta ajatella ja argumentoida oikeudellisesti. Niinpä nykyaikaisen oikeuden peruskategoriat näyttävät asettavan esteitä ajatukselle eläimille tai ylipäätään luonnolle kuuluvista oikeuksista;

oikeussubjektin ja subjektiivisen oikeuden kategoriat sulkevat oikeudet ihmisten välisiin suhteisiin.

Mutta myös oikeuskulttuuriin ja oikeuden syvärakenteeseen kuuluvilla periaatteilla on tärkeä rajoittava tehtävä. Voimme puhua oikeusjärjestyksen sisäisestä normatiivisesta sensuurista, joka kohdistuu oikeusjärjestyksen pinnan tapahtumiin, kuten yksittäisiin säädöksiin ja tuomioistuinratkaisuihin, ja jossa sensorin osassa ovat pinnanalaisten kerrostumien oikeusperiaatteet. Tämä sensuuri toimii aina, kun tuomari esimerkiksi tulkitsee yksittäistä lainsäädännöstä oikeusperiaatteiden valossa, kun esimerkiksi hallinto-oikeudessa tulkitaan aiheettomasti myönnetyn toimeentulotuen takaisinperintää koskevia säännöksiä kohtuusperiaatteen avulla. Lisäksi voidaan osoittaa oikeuden itserajoitustehtävään erikoistuneita oikeudellisia käytäntöjä ja instituutioita, joiden tehtävänä on huolehtia perusoikeuksien ja yleensä perustuslain noudattamisesta yhtä hyvin lainsäätäjän kuin hallintoviranomaistenkin toiminnassa. Joissakin maissa, kuten Saksassa, tätä tehtävää varten on perustettu erityinen valtiosääntötuomioistuin, joissakin maissa sitä hoitavat yleiset tuomioistuimet. Näin on asia Pohjoismaissa, uuden, maaliskuun alussa 2000 voimaan tulleen perustuslain mukaan myös Suomessa. Tuomioistuimilla on edellä (s. 56) jo lainaamani perustuslain 106 §:n mukaan oikeus ja velvollisuus antaa etusija perustuslaille, milloin tavallisen lain säännöksen soveltaminen käsiteltävänä olevassa asiassa johtaisi ilmeiseen ristiriitaan perustuslain kanssa. Suomessa lakien perustuslain mukaisuuden valvonnassa pääpaino on kuitenkin edelleen siinä ennakkolisessa, jo lakien säätämisvaiheessa toteutuvassa valvonnassa, josta huolehtii eduskunnan perustuslaki-valiokunta.

Perustuslaki, jonka noudattamista valvomaan on luotu tällaisia erityisiä oikeudellisia instituutioita ja käytäntöjä, on oikeusjärjestyksen pintatasolle kuuluva säädös. Se on kuitenkin siinä mielessä erikoislaatuinen säädös, että se ilmentää ikään kuin muita yksittäisiä säädöksiä välittömämmin oikeuden syvärakenteen normatiivista sisältöä, sellaisia periaatteita, jotka liittyvät ihmisoikeuksiin, oikeusvaltioon ja demokratiaan. Tämän vuoksi voimme väittää, että perustuslain noudattamista koskevassa valvonnassa toteu-

tetaan samalla sitä oikeusjärjestyksen sisäistä sensuuria, jossa sensorina ovat oikeusjärjestyksen syvempien tasojen periaatteet.

Oikeusjärjestyksen sisäinen rajoitussuhde mahdollistaa ratkaisun erääseen nykyaikaisen oikeuden perustavaan ongelmaan, jonka edessä Kelsenin ja Hartin traditionaalinen oikeuspositivismi on osoittautunut neuvottomaksi. Oikeusjärjestys on pakkojärjestys, jonka noudattamista takaavat erityiset pakotuskoneistot, kuten poliisi ja vankilalaitos. Mikä tahansa pakon käyttö oikeuden nimissä ei kuitenkaan voi olla oikeutettua, vaan inhimillisen lainsäätäjän, lainkäyttäjän ja täytäntöönpanijan toimivallalle on voitava osoittaa raja. Länsimaisen oikeuden historiassa raja on perinteisesti vedetty luonnonoikeuden avulla: luonnonoikeuden vastainen laki ei ollut pätevä, eikä se voinut oikeuttaa pakon käyttöä. Kun nykyaikaisen oikeuden oloissa kaiken oikeuden ymmärretään perustuvan tietoiseen inhimilliseen toimintaan, luonnonoikeudellinen vastaus kysymykseen oikeuden rajoista ei enää ole mahdollinen. Nykyaikaisen oikeuden ongelmana onkin, mikä voi korvata luonnonoikeudelliset periaatteet oikeuden rajojen määrittelyssä. Ratkaisun tuo ajatus oikeusjärjestyksen jakautumisesta eri tasoihin ja näiden tasojen välillä vallitsevasta rajoitussuhteesta. Kun myös oikeusjärjestyksen syvemmät tasot ovat saaneet sedimentaatio-suhteen välityksellä alkunsa oikeuden pinnan tapahtumista, oikeuden rajat vedetään tavalla, joka on sopuosinnassa nykyaikaisen oikeuden positiivisuuden kanssa. Oikeuden rajat ovat positiivisen oikeuden sisäisiä rajoja.

(e) Tasojen välinen *justifikaatiosuhde* on tavallaan rajoitussuhteen kääntöpuoli. Silloin kun oikeusjärjestyksen pintatason ainesosat ovat sopuosinnassa syvempien kerrostumien kanssa, kun esimerkiksi lainsäätäjän säätämä laki tai tuomarin antama päätös vastaa oikeuskulttuuriin tai oikeuden syvärakenteeseen kerrostuneita periaatteita, voimme sanoa, että pintatason ainekset saavat justifikaationsa, oikeutuksensa, pinnanalaisista kerrostumista. Justifikaatiosuhde voi ilmetä myös siten, että oikeudellisissa käytännöissä nimenomaisesti vedotaan oikeuskulttuuriin tai oikeuden syvärakenteeseen kuuluviin periaatteisiin. Lainsäädännön esitöissä, kuten Suomessa halli-

tuksen eduskunnalle antamissa esityksissä, saattaa olla viittauksia ehdotuksia perusteleviin periaatteisiin, tuomari saattaa kiperissä jutuissa nimenomaisesti vedota ratkaisunsa tueksi oikeusperiaatteen ja myös oikeustieteilijät ammentavat kannanottojaan tukevia argumentteja pinnanalaisen tasoisten periaatteista.

Oikeuden tasojen välille hahmottelemani rajoitus- ja justifikaatio-suhteet antavat mahdollisuuden jatkaa edellä (s. 35) keskeytynyttä keskustelua oikeusnormien pätevyyskriteereistä. Oikeusnormien pätevyyttä voidaan tarkastella empiirisen pätevyyden eli tehokkuuden sekä muodollisen ja sisällöllisen pätevyyden käsittein. Tehokkuudessa on kuitenkin käsitykseni mukaan kyse oikeastaan eräänlaisesta pätevyyskysymyksen esiehdosta: jollei jokin normiehdokas täytä tehokkuuden minimivaatimusta, jolleivät yhteiskunnan jäsenet sitä lainkaan noudata eivätkä tuomioistuimet myöskään reagoi tähän, normi ei ole tehokas, eikä ole mieltä asettaa kysymystä sen pätevyydestä.

Tässä teoksessa puoltamani kriittinen oikeuspositivismi edustaa kriittisnormatiivisia pätevyysteorioita. Niiden mukaan oikeusnormien pätevyysehtoja ei vielä täytä muodollinen pätevyys, joka lähinnä tarkoittaa oikeusnormin asettamista perustuslain edellyttämässä järjestyksessä ja jota Kelsen ja Hart painottivat traditionaalisessa oikeuspositivismissaan. Oikeusnormien pätevyyteen kuuluu myös sisällöllinen ulottuvuus. Mutta millä kriteereillä pintatasolle sijoittuvien oikeusnormien (täsmällisemmin: oikeusnormiehdokaiden) sisällöllistä pätevyyttä mitataan, kun positiivisen oikeuden aikakaudellamme ei ole enää mahdollista turvautua ikuisiin, ajasta ja paikasta riippumattomiin luonnonoikeudellisiin periaatteisiin?

Tämänkin ongelman ratkaisee oikeusjärjestyksen kerrostuneisuus. Sisällölliset kriteerit, joiden nojalla ratkaistaan pintatason normikandidaattien oikeudellinen pätevyys, ovat annettuina oikeusjärjestyksen pinnanalaisille tasoille, viime kädessä oikeuden syvä-rakenteeseen, kerrostuneissa periaatteissa. Nämä periaatteet myös perustelevat teesiä, jonka mukaan ideaalituypisessä kypsässä nykyaikaisessa oikeusjärjestelmässä oikeusnormin (oikeusnormikandidaatin) muodolliseen pätevyyteen liittyy myös sisällöllisen pätevyyden oletus.



Nykyaikaisen oikeuden normatiivisen syvärakenteen ainesosina voidaan pitää ihmisoikeusperiaatteiden ohella oikeusvaltion ja demokratian periaatteita. Perustuslain säännökset, jotka sääntelevät lainsäätämisen noudatettavaa menettelyä, ilmentävät osaltaan näitä periaatteita. Näin oikeusnormit, jotka on säädetty perustuslain edellyttämässä järjestyksessä ja ovat muodollisesti päteviä, vastaavat ainakin joissakin suhteissa syvärakenteeseen kuuluvia periaatteita siten kuin sisällöllinen pätevyys edellyttää. Silti on tietysti mahdollista, että tällaiset normit ovat muissa suhteissa ristiriidassa sisällöllistä pätevyyttä mittaavien periaatteiden kanssa, että ne esimerkiksi loukkaavat ihmisoikeusperiaatteita. Siksi muodollinen pätevyys ei voi vielä lopullisesti ratkaista sisällöllistä pätevyyttä, vaan ainoastaan perustaa sitä koskevan oletuksen.

(f) Myös *kritiikkisuhteessa* on rajoitus- ja justifikaatiosuhteiden tavoin kyse tasojen välisistä sisällöllisnormatiivisista ristiriidoista ja/tai vastaavuuksista. Kritiikkisuhteella tarkoitan sitä, että oikeuden pinnanalaiset tasot tarjoavat ei-mielivaltaiset kriteerit pintatason ainesosien, kuten yksittäisten säädösten tai tuomioistuinratkaisujen, sisällölliselle arvostelulle. Olen erottanut kritiikkisuhteen erillisen tarkastelun kohteeksi siksi, että sen avulla voidaan perustella kriittisen oikeustieteen mahdollisuus. Kritiikkisuhte varmistaa sen, että arvostelu, jota oikeustieteilijä suuntaa yksittäisiin lakeihin tai tuomioistuinten päätöksiin ei ole tuomittu jäämään mielivaltaiseksi ja riippuvaiseksi oikeustieteilijän henkilökohtaisista normatiivisista mieltymyksistä. Kritiikissä voidaan käyttää oikeusjärjestyksensä itsensä tarjoamia ja tässä mielessä ”objektiivisia” mittapuita.

Samalla kun kritiikkisuhte perustelee kriittisen oikeustieteen mahdollisuuden, se kuitenkin muistuttaa myös sen rajoista. Oikeustieteessä harjoitettava kritiikki on oikeuden *sisäistä* kritiikkiä kahdessakin mielessä. Se ensinnäkin hyödyntää oikeusjärjestyksen sisäisiä mittapuita. Toiseksi sitä harjoitetaan oikeudellisena käytäntönä, joka osallistuu oikeusjärjestyksen jatkuvaan tuottamiseen ja uusintamiseen. Tästä seuraa se mitä voimme kutsua *kriittisen oikeustieteilijän dilemmaksi*: kriittinen oikeustieteilijä myötävaikut-

taa omalla kritiikillään arvostelunsa kohteen eli oikeusjärjestyksen uusintamiseen. Kun oikeustieteen kritiikki on väistämättä oikeuden sisäistä kritiikkiä, se ei voi laajentua sellaiseksi fundamentaalikritiikiksi, joka kieltää oikeutuksen ylipäätään yhteiskunnan oikeudelliselta sääntelyltä. ”Anarkistinen oikeustiede” on sisäisesti ristiriitainen käsite!

## 6. *Oikeuden autonomia*

Edellä luonnostelemani käsitys nykyaikaisesta oikeusjärjestelmästä perustuu kahden tyyppisiin erotteluihin. Olen erottanut oikeudessa kaksi ulottuvuutta: oikeuden symbolis-normatiivisena ilmiönä eli oikeusjärjestyksenä ja oikeuden erityisinä oikeudellisena käytäntöinä, jotka jatkuvasti tuottavat ja uusintavat oikeutta ensimmäisessä ulottuvuudessaan. Oikeusjärjestyksessä olen puolestaan erottanut eri tasoja – pintatason, oikeuskulttuurin ja syvärakenteen – joiden keskinäisiä yhteyksiä välittävät nykyaikaisen yhteiskunnan erikoistuneet oikeudelliset käytännöt, sellaiset kuin lainsäätäminen, lainkäyttö ja oikeustiede.

Näin on hahmottunut kuva ideaalityypisistä ”kypsästä” nykyaikaisesta oikeusjärjestelmästä sellaisena kuin se näyttäytyy *oikeuden sisäisestä näkökulmasta*. Tämän näkökulman seurausta on, että en ole juurikaan viitannut siihen ympäröivään yhteiskuntaan ja kulttuuriin, johon nykyaikainen oikeusjärjestelmä sijoittuu ja jonka kanssa se on jatkuvassa vuorovaikutuksessa. Tämä saattaa antaa aiheen väärinkäsitykseen, tulkintaan, jonka mukaan oikeuden ”elämä”, sen kehitys ja muutos, olisi oikeusjärjestelmän sisäistä liikettä, johon ulkopuolisen yhteiskunnan ja kulttuurin vaikutukset eivät ulotu. Tällainen väärinkäsitys on syytä torjua. Oikeudellisia muutoksia ja oikeusjärjestelmän rakennetta ja toimintaa selittävät vii-

me kädessä oikeuden ulkopuoliset yhteiskunnalliset ja kulttuuriset tekijät.

Niinpä nykyaikainen oikeusjärjestelmä ei olisi mahdollinen ilman nykyaikaista yhteiskuntaa ja nykyaikaista kulttuuria. Siitä, mikä luonnehtii nykyaikaisen yhteiskunnan rakennetta, on esitetty monia tulkintoja; itse asiassa kokonainen tieteenala eli sosiologia syntyi 1800-luvun loppupuolella pohtimaan nimenomaan tätä kysymystä. Useimpia tulkintoja yhdistää kuitenkin käsitys nykyaikaisesta yhteiskunnasta eräänlaisen eriytymisprosessin tuloksen. Tämä Euroopassa uuden ajan alussa alkanut vuosisatainen eriytymisprosessi tuotti toisessa kohtiossaan *keskitetyn valtiokoneiston* muusta yhteiskunnasta irtautuneine organisaatioineen ja toisessa kohtiossaan omien sisäisten mekanismiensa ohjaaman *markkinatalousjärjestelmän*. Sekä markkinatalous että julkisen vallan koneisto edellyttivät, kuten sosiologian klassikoista varsinkin Max Weber tähden, nykyaikaisen oikeuden kaltaista suhteellisen itsenäistä sekä luotettavasti ja ennakoitavasti toimivaa oikeusjärjestelmää.

Nykyaikaisen oikeusjärjestelmän synty on yhteydessä myös kulttuurisiin muutoksiin. Olemme edellä (s. 39) jo tutustuneet yhteen keskeisimmästä: nykyaikaista kulttuuria luonnehtivaan *refleksiivisyyteen*. Nykyaikaisessa kulttuurissa mikään ei ole suojassa kritiikiltä, vaan yhtä hyvin tieteelliset totuudet, moraalinormit kuin esteettiset kauneuskäsityksetkin voidaan kyseenalaistaa ja niille voidaan perätä perusteluja. Tämä koskee myös oikeudellista kulttuuria ja oikeudellista traditiota. Ikimuistoinen ja yhteisöllisten käytäntöjen uusintama oikeudellinen traditio ei enää suojaa – kuten asianlaita oli niin sanotussa traditionaalisessa oikeudessa – oikeusnormeja arvostelulta, vaan oikeusnormeja voidaan kumota tai muuttaa ja uusia normeja asettaa nimenomaisilla lainsäätäjän päätöksillä. Nykyaikaisen kulttuurin refleksiivisyys on taustana oikeuden positivoitumiselle, sille, että nykyaikaisen oikeuden oloissa kaikki oikeus ymmärretään tulokseksi tietoisesta inhimillisestä toiminnasta.

Nykyaikainen oikeus historiallisena oikeustyypinä saa selityksensä nykyaikaisen yhteiskunnan ja kulttuurin erityispiirteistä. Myöskään oikeudellinen muutos tämän oikeustyypin sisällä ei selity

vain – eikä edes ensisijaisesti – oikeusjärjestelmän sisäisistä tekijöistä, kuten oikeudellisten käytäntöjen välittämistä oikeusjärjestyksen tasoa yhdistävistä suhteista. Oikeudellisen muutoksen viimekätiset liikkeelle panevat voimat ovat oikeusjärjestyksen ulkopuolisia, esimerkiksi taloudellisia ja poliittisia tekijöitä. Näitä tekijöitä ei kuva, joka oikeusjärjestelmästä edellä on piirretty oikeuden sisäisestä näkökulmasta, pysty eikä edes pyri vangitsemaan. Se kuitenkin muistuttaa siitä, että ulkopuoliset, esimerkiksi juuri taloudelliset tai poliittiset tekijät eivät määrää oikeudellista kehitystä suoraan, vaan oikeusjärjestyksen sisäisten vuorovaikutussuhteiden välittämistä. Avainasemassa ovat oikeudelliset käytännöt, joista tärkeimmiksi olemme todenneet lainsäätämisen, lainkäytön ja oikeustieteen. Samalla kun oikeudelliset käytännöt välittävät oikeuden tasojen välisiä, oikeusjärjestyksen sisäisiä yhteyksiä, ne kanavoivat oikeuteen myös ulkoisia vaikutuksia.

On sanottu, että oikeus sijaitsee *politiikan ja moraalin* välissä. Tällä on viitattu siihen, että oikeus täyttää tärkeitä tehtäviä yhtäältä politiikan ja toisaalta moraalien suunnassa ja että se myös saa sisällöllisiä vaikutteita molemmista suunnista. Poliitiikan näkökulmasta oikeus on väline yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden toteuttamiseksi. Oikeus palvelee kuitenkin myös moraalista vahvistamalla moraalisten normien sitovuutta ja näin lujittamalla yhteiskunnan moraalista kiinteyttä. Olemme jo havainneet, että oikeudellisten käytäntöjen työnjaossa nimenomaan lainsäätämisen tehtävänä on välittää politiikan vaikutuksia oikeuteen. Niinpä valtaosa Suomessa eduskunnan nykyisin hyväksymästä lainsäädännöstä palvelee erilaisia yhteiskuntapoliittisia – sosiaalipoliittisia, koulutuspoliittisia, työllisyyspoliittisia jne. – tavoitteita. Tosin on myös lainsäädäntöä, jonka päämerkityksen voi nähdä yhteiskunnan moraalisten rakenteiden lujittamisessa. Voidaan viitata vaikkapa rikoslakiin tai perheoikeudelliseen lainsäädäntöön. Kuitenkin päävastuun oikeuden ja moraalien suhteiden ylläpitämisessä voi väittää kuuluvan muille oikeudellisille käytännöille kuin lainsäätämislle, ensisijaisesti lainkäytölle ja oikeustieteelle. Yhteiskunnassa vallitsevat moraalikäsitteet pääsevät lainkäytössä ja oikeustieteessä vaikut-

tamaan oikeusjärjestelmään ennen muuta oikeusperiaatteiden välityksellä.

Oikeus on vuorovaikutuksessa ympäröivään yhteiskuntaan ja kulttuuriin, ja näitä vuorovaikutussuhteita kanavoivat samat oikeudelliset käytännöt kuin oikeusjärjestyksen sisäisiäkin, eri tasoja toisiinsa kytkeviä yhteyksiä. Nykyaikaista oikeutta luonnehditaan kuitenkin usein autonomiseksi oikeudeksi. Mitä puhe oikeuden autonomiasta voisi tarkoittaa? Oikeuden autonomiassa, sen suhteellisessa itsenäisyydessä, voidaan erottaa useita eri ulottuvuuksia. Oikeuden autonomia voi tarkoittaa

- (a) normatiivista autonomiaa
- (b) menetelmällistä autonomiaa
- (c) institutionaalista autonomiaa ja
- (d) professionaalista autonomiaa

(a) Kun arvioidaan oikeuden *normatiivista autonomiaa*, kyse on oikeudesta oikeusjärjestyksenä. Eräs mahdollisuus on kiinnittää tämä arviointi oikeuden suhteisiin yhtäältä politiikkaan ja toisaalta moraaliin. Oikeuden autonomia näissä suhteissa näyttää tasottelun kehikossa käyttäytyvän eri tavoin. Oikeuden yhteydet politiikkaan välittyvät ennen kaikkea oikeuden pintatasolla, jolla niitä ylläpitää uusi lainsäädäntö. Kun pinnalta siirrytään oikeuskulttuuriin ja sieltä edelleen oikeuden syvärakenteeseen, oikeuden autonomia suhteessa politiikkaan kasvaa.

Sen sijaan oikeuden normatiivinen autonomia moraaliin nähdessä on korostuneimmillaan pintatasolla. Tällä tasolla oikeusjärjestyksen rajaamiseksi moraalinormeista voidaan tukeutua sen kaltaisiin muodollisiin kriteereihin, joita Kelsen ja Hart tähdensivät pätevyysteorioissaan. Voimme jopa väittää, että Kelsenille ja Hartille oli mahdollista pitää kiinni oikeuden ja moraalin välisestä erosta vain sen vuoksi, että he tarkastelivat oikeusjärjestyksen normatiivista sisältöä ainoastaan pintatason näkökulmasta. Oikeuden

ja moraalin väliset yhteydet tiivistyvät oikeuskulttuurissa, jossa niitä välittävät eri oikeudenalojen yleiset oikeusperiaatteet. Oikeuden syvärakenteeseen kuuluvat periaatteet, ennen muuta ihmisoikeusperiaatteet, puolestaan vastaavat sisällöllisesti nykyaikaisen yhteiskunnan perustavia moraalinormeja. Näin oikeuden ja moraalin sisällöllinen ero liudentuu syvärakenteessa. On kuitenkin muistettava, että periaatteiden moraalinen hyväksyttävyyys ei vielä tee niistä oikeudellisia periaatteita. Lisäksi vaaditaan oikeuden pinnalta lakien säännösten tai tuomioistuinten päätösten muodossa saatavaa *institutionaalista tukea*, joka sedimentaatio-suhteen välityksellä antaa myös pinnanaalaisten kerrostumien oikeusperiaatteille positiivisen luonteen.

(b) Oikeuden *menetelmällinen autonomia* viittaa erityisiin menettelyllisiin ohjenuoriin, joita argumentaatio ja päätöksenteko oikeudellisissa käytännöissä noudattaa. Näihin ohjenuoriin olemme edellä tutustuneet luodassamme oikeuskulttuurin menetelmällisiä ainesosia. Oikeudellisessa argumentaatioissa ja päätöksenteossa on noudettavana erityinen oikeuslähdeoppi. Se rajoittaa käytettävissä olevien argumenttien ja päätöspenusteiden alaa tavalla, jolla ei ole vastinetta esimerkiksi taloudellisessa argumentaatioissa ja päätöksenteossa. Samoin oikeuslähdeoppi määrittelee jo ennakkolisesti sitä keskinäistä painoa, mikä annetaan erityyppisille argumenteille, kuten esimerkiksi kirjoitettuun lainsäädäntöön, tuomioistuinten enakkopäätöksiin, lainsäädännön esitöihin tai oikeustieteelliseen kirjallisuuteen vetoaville perusteille. Oikeuden menettelyllisestä autonomiasta todistavat myös ne oikeuskulttuuriin kerrostuneet standardit, joihin oikeudellisissa käytännöissä tukeudutaan oikeusnormilauseita tulkittaessa ja normiristiriitoja ratkaistaessa.

(c) Nykyaikaisen yhteiskunnan erikoistuneita oikeudellisia käytäntöjä toteutetaan erityisissä institutionaalisissa rakenteissa. Lainsäätämistä huolehtivat perustuslain mukaiset lainsäätämiselimet, Suomessa ennen muuta eduskunta ja hallitus, lainkäytöstä vastaavat riippumattomat tuomioistuimet ja oikeustiedettä harjoitetaan

ensisijaisesti yliopistojen oikeustieteellisissä tiedekunnissa, vaikka tiedekunnilla ei olekaan tutkimukseen samanlaista oikeusnormein taattua yksinoikeutta kuin eduskunnalla ja hallituksella lakien säätämiseen ja tuomioistuimilla tuomiovallan käyttämiseen. Oikeudellisten käytäntöjen työnjaollinen eriytyminen niihin erikoistuneisiin instituutioihin ilmentää nykyaikaiselle oikeusjärjestelmälle ominaista *institutionaalista autonomiaa*.

(d) Olen edellä erottanut oikeudelliset käytännöt laajassa merkityksessä nykyaikaisen yhteiskunnan erikoistuneista oikeudellisista käytännöistä. Vastaavasti olen puhunut laajasta ja suppeasta oikeusyhteisöstä. Laajaan oikeusyhteisöön kuuluvat kaikki yhteiskunnan jäsenet, joita yhdistää performatiivinen eli normatiivista kantaa ottava asenne yhteistä elämäänsä järjestävään oikeusjärjestykseen. Suppea oikeusyhteisö sen sijaan rajoittuu pelkästään oikeudellisen yliopistokoulutuksen saaneisiin lakimiehiin.

Nykyaikaisen yhteiskunnan erikoistuneissa oikeudellisissa käytännöissä pääasiallisina toimijoina ovat lakimiehet suppean oikeusyhteisön jäseninä. Koulutuksensa ansiosta he ovat sisäistäneet sen ammatillisen oikeuskulttuurin, joka praktisena tietona mahdollistaa lakimiehenä toimimisen lainsäätämisen, lainkäytön ja oikeustieteen oikeudellisissa käytännöissä. Lakimieskunnan keskeinen asema näissä oikeudellisissa käytännöissä kuvastaa nykyaikaisen oikeusjärjestelmän *professionaalista autonomiaa*.





## II osa

### Näkökulmia yleisiin oppeihin



## *1. Johdanto*

Olen tämän teoksen ensimmäisessä osassa hahmotellut kuvaa niin sanotusta kypsästä nykyaikaisesta oikeusjärjestelmästä. Olen erottanut oikeudessa kaksi ulottuvuutta: oikeuden symbolis-normatiivisena ilmiönä, oikeusjärjestyksenä, ja oikeuden erityisinä oikeudellisina käytäntöinä, jotka jatkuvasti tuottavat ja uusintavat oikeutta ensimmäisessä ulottuvuudessaan. Tällaisia oikeudellisia käytäntöjä ovat ennen kaikkea lainsäätäminen, lainkäyttö ja oikeustiede. Oikeutta oikeusjärjestyksenä olen ehdottanut tarkasteltavaksi kolmitasoisena ilmiönä: oikeuden pintatason ohella olen eritellyt oikeusjärjestykseen kuuluvia syvempiä kerrostumia, joita olen kutsunut oikeuskulttuuriksi ja oikeuden syvärakenteeksi. Oikeusjärjestyksen sisäisestä dynamiikasta, liikkeestä, vastaavat oikeuden tasojen välillä vallitsevat suhteet, joita oikeudelliset käytännöt toteuttavat. Samalla nämä käytännöt myös kanavoivat oikeuteen ulkopuolisen yhteiskunnan ja kulttuurin vaikutuksia.

Teoksen toisessa osassa tarkennan kuvaa eräältä keskeiseltä kohdaltaan. Otan tarkemman erittelyn kohteeksi eri oikeudenalojen yleiset opit. Nämä yleiset opit kuuluvat kokonaisuudessaan oikeuskulttuuriin, täsmällisemmin sanottuna suppean oikeusyhteisön eli lakimiesten ammatilliseen erityiskulttuuriin. Yleiset opit il-

mentävät osaltaan oikeustieteen asemaa yhtenä nykyaikaisen oikeusjärjestelmän oikeudellisista käytännöistä. Erityisesti Manner-Euroopan oikeuskulttuureissa yleisten oppien kehittäminen on ollut paljolti oikeustieteen tehtävänä. Tähän tehtävään erikoistunutta oikeustieteen haaraa on tapana kutsua *teoreettiseksi lainopiksi*.

Oikeusjärjestyksen kutakin tasoa – pintatasoa, oikeuskulttuuria ja oikeuden syvärakennetta – luonnehtii sille ominainen muutosrytmi tai historisiteetti, kuten myös voimme asian ilmaista. Pintataso on jatkuvassa muutoksen tilassa uusien säädösten, uusien tuomioistuinratkaisujen ja oikeustieteilijöiden uusien artikkelien ja kirjojen vaikutuksesta. Oikeuskulttuuri ja syvärakenne muuttuvat nekin, mutta muutoksen tahti on verkkaisempi kuin myrskyisällä pintatasolla. Seuraavissa luvuissa avaan kolme näkökulmaa oikeuskulttuuriin kuuluvien yleisten oppien muutokseen.

Tarkastelu kohdentuu suomalaiseen oikeuskulttuuriin, joskaan kansainvälisiä vaikutteita ei voi tällaisessakaan tarkastelussa kokonaan sivuuttaa. Tutkijan- ja opettajantaustani on julkisoikeudessa. Siksi painotan julkisoikeudellisen doktriinin, varsinkin hallinto-oikeuden yleisten oppien, kehitystä. Kuten seuraavista luvuista ilmenee, julkisoikeus on kuitenkin usein seurannut yksityisoikeudellisia esikuvia. Siksi esityksessä on välttämätöntä poiketa aika ajoin myös yksityisoikeuden puolelle.

Taustaksi on lyhyesti esiteltävä suomalaisen oikeustieteen, varsinkin julkisoikeudellisen tutkimuksen, kehitystä. Julkisoikeutemme omaksui 1800-luvun lopulla saksalaisen *myöhäisperustuslaillisen koulukunnan* lähtökohdat. Tätä koulukuntaa voidaan luonnehtia *lakipositivistiseksi*. Se korosti oikeuden positiivisuutta ja viittasi positiivisella oikeudella nimenomaan säädettyihin lakeihin. Menetelmällisessä suhteessa se edusti niin sanottua *käsitelainoppia*. Oikeudellinen normiaineisto jäsenettiin ja systematisoitiin oikeudellisten käsitteiden avulla. Oikeudellisista käsitteistä katsottiin voitavan myös varsinkin niin sanotuissa aukkotilanteissa johtaa uusia oikeusnormeja. Aukkotilanteilla tarkoitettiin sellaisia tilanteita, joiden ratkaisunormia kirjoitettu lainsäädäntö ei näyttänyt osoittavan.

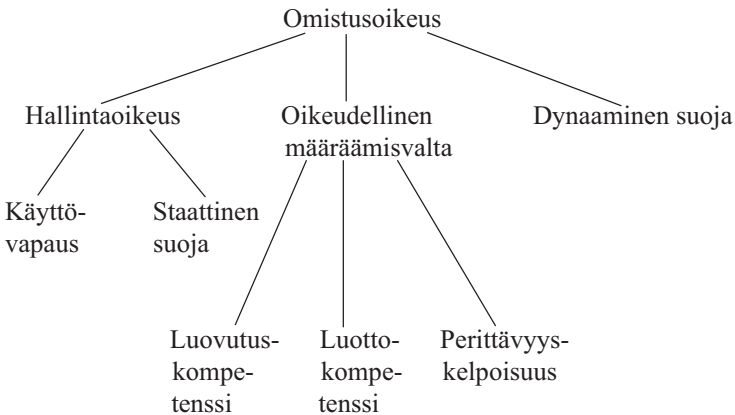
Käsitelainopille ominaista metodia kutsuttiin *konstruktiviseksi menetelmäksi*.

Myöhäisperustuslaillisen koulukunnan lähtökohtia esitteli suomalaiselle tiedeyhteisölle Robert F. Hermanson (1846-1928) vuosina 1878-1879 julkaisemassaan kaksiosaisessa artikkelissa. Suomessa puhuttiin tuolloin vielä yhtenäisestä valtio-oikeuden oikeudenalasta ja tieteenhaarasta, joka vasta 1900-luvun alussa alkaa eriytyä valtiosääntö- ja hallinto-oikeudeksi. Myös uusi hallinto-oikeuden tieteenala omaksuu Suomessa myöhäisperustuslaillisen koulukunnan lakipositivistiset ja käsitelainopilliset lähtökohdat. Helsingin yliopiston hallinto-oikeuden professuurin ensimmäinen haltija oli K. J. Ståhlberg (1865-1952), joka myös kirjoitti ensimmäisen suomalaisen hallinto-oikeuden yleisesityksen.

Käsitelainopillisella ajattelutavalla oli vahva asema suomalaisessa yksityisoikeudessaakin. Käsitelainopin valta-asetat alkoivat horjua vasta toisen maailmansodan jälkeen, 1950-luvulla. Murros alkoi yksityisoikeudesta. Uutta suuntausta alettiin kutsua *analyttiseksi oikeustieteeksi*. Se ei hyväksynyt edeltäneen käsitelainopin konstruktivistista menetelmää, oikeudellisten käsitteiden käyttämistä normatiivisten johtopäätösten premisseinä. Se myös arvosteli käsitelainopillisia käsitteitä möhkälemäisyydestä ja puutteellisesta erottelukyvystä. Se vaati, että käsitelainopin ”substanssikäsitteet” oli korvattava uuden tyyppisillä ”relaatio-käsitteillä”.

Suomalainen analyttinen oikeustiede voidaan jakaa kahteen vaiheeseen. Ensimmäistä vaihetta voi kutsua *analyttiseksi realismiksi*. Tämän vaiheen keskeisiä taustavaikuttajia oli tanskalainen skandinaavisen realismin edustaja Alf Ross ja hänen välityksellään myös Hans Kelsen. Ensimmäisen vaiheen saavutuksista on erityisesti mainittava Simo Zittingin (s. 1915) 1950-luvun alussa esittämä omistusoikeuskäsitteen erittely. Zitting hajotti käsitelainopin yhtenäisen omistusoikeuskäsitteen omistajan erilaisiksi oikeusasemiksi erilaisissa oikeudellisissa suhteissa. Zittingin (1951 ja 1952) erittely voidaan esittää seuraavan kuvion muodossa:

Kuvio 2. Zittingin erittely omistajan oikeusasemasta



Toista vaihetta voimme puolestaan nimittää *analyyttiseksi hermeneutiikaksi*. Sen keskeinen edustaja on Aulis Aarnio (s. 1937). Aarnion vuonna 1969 ilmestynyt väitöskirja *Perillisen oikeusasemasta* kantaa vielä selviä Zittingin vaikutteita, mutta 1970-luvun alusta alkaen hän yhdistää näihin vaikutteisiin aineksia, joiden innoitus on ennen kaikkea Ludwig Wittgensteinin (1889-1951) myöhäisfilosofiassa. Aarnion ajattelun tärkein synteesi on vuonna 1987 ilmestynyt *Rational as Reasonable* -teos.

Wittgensteinin myöhäistuotantoa ja siihen pohjautunutta niin sanottua tavallisen kielen filosofiaa oli suomalaisille oikeustieteilijöille esitellyt Kaarle Makkonen (1923-2000) jo vuonna 1959 ilmestyneessä artikkelissaan *Ajatuksia juridisen kielen loogisesta analyysistä*. Makkosta voikin pitää analyyttisen oikeustieteen kahden vaiheen – analyyttisen realismin ja analyyttisen hermeneutiikan – välittäjähahmona. Makkosella oli tärkeä välittäjän rooli myös toisessa suhteessa. Makkonen oli näet paitsi oikeusteoreetikko myös hallinto-oikeuden tutkija, joka ensimmäisenä suomalaisessa julkisoikeudessa sovelsi analyttisestä yksityisoikeudellisesta tutkimuksesta saatuja vaikutteita. Hallinto-oikeudellisessa tutkimuksessa

analyyttisen suuntauksen ”kultakausi” oli kuitenkin lyhyt. Makkosen oman monografian *Kunnallinen säädösvalta* (1968) aloittama vaihe kattaa oikeastaan vain muutaman seuraavan vuoden, jolloin toisiaan seurasivat Toivo Holopaisen (s. 1929), Eero Vilkkosen (1933-1995) ja Kari Sinisalon (1940-1976) väitöskirjat. Valtiosääntöoikeudellisessa tutkimuksessa analyttisiä vaikutuksia voi havaita vasta myöhemmin, 1980- ja 1990-luvun vaihteen perusoikeustutkimuksessa.

Puollan jäljempänä kantaa, jonka mukaan 1980-luvulta alkaen voidaan puhua eräänlaisesta *jälkianalyttisestä* vaiheesta. Sen tunnuspiirteitä ovat muun muassa kiinnostus yleisten oppien yhteiskunnallisiin yhteyksiin ja oikeusperiaatteiden korostuminen yleisten oppien kokonaisuudessa. Jälkianalyttinenkin vaihe on alkanut tärkeillä yksityisoikeudellisilla töillä, kuten Thomas Wilhelmssonin (s. 1949) monografialla *Social civilrätt* (1987) ja Juha Pöyhösen (s. 1953) väitöskirjalla *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* (1988).

Wilhelmssonin tavoitteena olivat siviilioikeuden yleiset opit, jotka ottaisivat hyvinvointivaltioideologian vakavasti. Wilhelmssonin mukaan hyvinvointivaltion ideologia edellytti laintulkinnassa noudatettavaksi erityistä tarvesuuntautunutta menetelmää, jossa tulkintavaihtoehtojen arvioinnissa olennaisia ovat niiden vaikutukset asianosaisten konkreettisten tarpeiden kannalta. Tarvesuuntautunut tulkinta puolestaan vaati tuekseen vastaavia oikeusperiaatteita ja oikeuskäsitteitä. Sosiaalisessa siviilioikeudessa solidaarisuuden oli määrä korvata yksityisautonomia oikeudenalan johtavana periaatteena. Pöyhönen puolestaan pyrki kehittelemään hyvinvointivaltiota vastaavaa sopimusoikeuden järjestelmää, joka korvaisi aiemmat tahto- ja luottamusmallit. Ehdotustaan hyvinvointivaltion sopimusoikeus-oikeuden järjestelmäksi hän kutsui oikeudenmukaisen yhteisöllisen käytännön malliksi. Tässä mallissa johtava periaatteena ei enää ole sopimusvapaus, kuten tahtomallissa, eikä vaihdannan intressi, kuten luottamusmallissa, vaan kohtuusperiaate.

Oikeusperiaatekorostuksessa tärkeitä taustavaikuttajia olivat Ronald Dworkin ja Robert Alexy (s. 1945). Dworkinin teos *Taking*



*Rights Seriously* (1978) käynnisti vilkkaan kansainvälisen oikeusteoreettisen keskustelun, jossa eurooppalaisittain ehkä painavimmat puheenvuorot käytti Alexy. Dworkinilta ja Alexyltä muun muassa omaksuttiin edellä (s. 58-59) jo esittelemäni oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden erottelu niiden voimassaolon tai sovellettavuuden erilaisten tapojen avulla. Oikeussäännöillehän on tämän mukaan ominaista kaikki-tai-ei-mitään -voimassaolo, kun taas oikeusperiaatteiden sovellettavuutta luonnehtii erityinen paino- ulottuvuus. Näiden normityyppien erot ilmenevät erityisesti normiristiriitatilanteissa. Kahdesta keskenään ristiriitaisesta säännöstä vain toinen voi olla pätevä. Sen sijaan ristiriitaisista oikeusperiaatteista kumpikaan ei menetä pätevyyttään, vaan häviävääkin periaatetta on pyrittävä toteuttamaan oikeudellisten ja tosiasiallisten mahdollisuuksien rajoissa. Olennaista oikeusperiaatteiden soveltamisessa on niiden keskinäisen painoarvon punninta juuri kulloisenkin ratkaisutilanteen erityispiirteiden valossa.

Suomessa oikeusperiaatteiden asemaa eri oikeudenaloilla on edelleen lujittanut perustuslakimme perusoikeussäännösten uudistus, joka tuli voimaan elokuun alussa 1995. Monia eri oikeudenalojen yleisistä oikeusperiaatteista voidaan näet perustella perustuslain 2 luvun perusoikeussäännöksillä. Jotkin periaatteet on perustuslaissa nimenomaisestikin vahvistettu, kuten rikosoikeudellinen laillisuusperiaate tai hallinto-oikeuden yleisiin periaatteisiin kuuluva yhdenvertaisuus.

Seuraavat luvut perustuvat hiljattain kirjoittamiini artikkeleihin, joita olen muokannut tämän teoksen tarpeisiin. Lukuihin on jäänyt toistoja, joita en ole katsonut aiheelliseksi kokonaan karsia. Ne näet saattavat helpottaa lukijan ponnistuksia paikoin ehkä hankalasti avautuvien kysymysten parissa. Luku 2 käsittelee yleisten oppien tehtäviä ja yleisten oppien kehittämistä. Se hyödyntää suomalaisen oikeustieteen tarjoamia esimerkkejä. Seuraavan luvun teemana on suomalaisen oikeustieteen analyttinen murros ja analyttikkojen käsitelainoppiin kohdistama kritiikki. Käytän lähtökohtanani hallinto-oikeudellisen käsitelainopin edustajana pidetyn Olavi Rytköjän (1917-2001) vuonna 1965 julkaisemaa artikkelia *Hallinto- ja finans-*

*sioikeudellisista oikeusnormeista*, jonka tulkitseen eräänlaiseksi käsitelainopin itsepuolustukseksi analyytikkojen kritiikin edessä. Yritän myös tehdä alustavaa tilinpäätöstä analyytikkojen esittämän arvostelun oikeutuksesta. Viittaan lopuksi uuden, jälkianalyyttiseksi kutsumani vaiheen alkamiseen.

Viimeinen luku on omistettu eräälle jälkianalyyttisen vaiheen tuoreista merkkiteoksista, Thomas Wilhelmssonin kirjalle *Senmodern ansvarsrätt* (2001). Wilhelmssonin teos voidaan ymmärtää yleisten oppien kyseenalaistamiseksi eräänlaisessa jälkimodernistisessä hengessä. Teoksen arviointi mahdollistaakin paluun siihen keskusteluun yleisten oppien tehtävistä, jonka avaan 2 luvussa. Kun keskustelen teoksen päättävässä luvussa yleisten oppien ajankohtaisuudesta, viittaan myös Juha Pöyhösen äskettäiseen teokseen *Uusi varallisuus oikeus* (2000), joka on toinen jälkianalyyttisen oikeustieteen tuoreista keskusteluista teoreettisen lainopin saralla. Wilhelmsson ja Pöyhönen edustavat jännittävällä tavalla erilaisia käsityksiä yleisten oppien tämän päivän merkityksestä.

2. *Yleiset opit: mitä ne ovat, mitä niillä tehdään ja miten niitä kehitetään?*

### *Yleiset opit praktisen ja diskursiivisen tiedon tasolla*

Eri oikeudenalojen yleisten oppien perusaineksia ovat oikeudenalalle ominaiset yleiset käsitteet ja periaatteet. Yleiset opit käsitteineen ja periaatteineen antavat oikeudenaloille – siviilioikeudelle, rikosoikeudelle, hallinto-oikeudelle jne. – niiden identiteetin. Niinpä Manner-Euroopan saksalaisvaikutteisissa oikeuskulttuureissa hallinto-oikeus itsenäistyi valtio-oikeuden kokonaisuudesta 1800-luvun loppupuoliskolta alkaen juuri kehittelemällä omia yleisiä oppejaan, jäsentämällä hallinto-oikeudellisia normistoja ja ilmiöitä esimerkiksi sellaisin käsittein kuin ”toimivalta” ja ”hallintotoimi” tai eräänlaisena lähtökohtakäsitteenä ”oikeusvaltio”.

Eri oikeudenalojen yleiset opit ovat keskeinen osa sitä lakimiesten omaksumaa ja päivittäisissä ammatillisissa käytännöissä jatkuvasti hyödyntämää ”hiljaista tekijän tietoa”, jonka hallitseminen oikeastaan vasta tekee lakimiehestä lakimiehen. Esimerkiksi tuomarit soveltavat jokaisessa rikosjutussa rikosoikeudellista laillisuusperiaatetta eli *nulla poena sine lege* -periaatetta, vaikka eivät sitä tuomioperusteissa yleensä lausukaan julki eivätkä päätöstä tehdesään tai sen perusteluja kirjoittaessaan tietoisesti sitä edes ajattele.

Rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen mukaan rikosjutussa sovellettavan oikeusnormin on perustuttava lain säännökseen, ja juuri tämä periaate saa tuomarin kussakin jutussa tarkistamaan ratkaisunormin lakikirjasta. Tuomioistuinkäytännöissä yleisiä oppeja tematisoidaan ja kirjoitetaan avoimesti ulos oikeastaan vain niin sanotuissa kiperissä tapauksissa. Jutun kiperyysastetta voidaan jopa ajatella mitattavan sillä, missä määrin sen ratkaiseminen edellyttää oikeuden sellaisten kerrostumien avaamista, jotka rutiinijutuissa vaikuttavat lakimiesten hiljaisena tekijän tietona. Tuomioistuin saattaa esimerkiksi rikosjutussa joutua pohtimaan rikosoikeudellisen laillisuusperiaatteen täsmällistä merkitystä ja sisältöä silloin, kun lain tasolla on vain niin sanotulla *blanco*-säännöksellä säädetty rangaistuksesta, mutta rangaistavan teon tarkempi kuvaus sisältyy asetuksen tasoiseen säännökseen, tai kun syyttäjän vaatima rangaistus perustuu kunnalliseen järjestyssääntöön.

Tuomioistuinratkaisut kiperissä jutuissa osoittavat, että ne oikeuden syvemmät kerrostumat, jotka yleensä vaikuttavat hiljaisena tekijän tietona, voidaan ottaa myös tietoisien kehittelyn kohteeksi, ikään kuin siirtää oikeuden tasolta toiselle, yleisistä opeista keskusteltaessa oikeuskulttuurista pintatasolle. Oikeuskulttuurin pysymmekin rekonstruoimaan vain niistä jäljistä, joita se on jättänyt pintatasolle esimerkiksi tuomioistuinten päätöksissä tai lainoppien kirjoituksissa. Toisaalta yleisiin oppeihin, kuten muihinkin oikeuden pinnanalaisten tasojen aineosiin, pätee se, että ne voivat kerrostua oikeuskulttuuriin tai oikeuden syvärakenteeseen vain tuloksena pintatasolta alkavasta sedimentaatioprosessista. Niinpä yleisten oppien uudistuminenkin osana oikeuskulttuuria alkaa aina yksittäisistä oivalluksista, lainsäätäjän, tuomarin tai oikeustieteilijän innovaatioista. Kaikki pintatason innovaatiot eivät tosin aloita menestyksellistä kerrostumista, joka aikaa myöten johtaisi oikeuskulttuuriin tai syvärakenteellisiin muutoksiin. Oikeudenkin historia on voittajien historiaa; hävikki on suuri.

Mannereurooppalaisessa oikeuskulttuurissa oikeustieteelle lankeaa päävastuu eri oikeudenalojen yleisten oppien muotoilemisessa ja uudistamisessa. Minkälaisia metodisia ohjenuoria noudattaen yleisiin oppeihin keskittyvän teoreettisen lainopin tulisi tehtävään

tarttua? Vastausta on lähdeittävä hakemaan kiertotietä, keskustelemalla ensin siitä, mitä yleisillä opeilla oikein tehdään, mikä on niiden tehtävä oikeusjärjestelmän kokonaisuudessa. Tarkastelen näitä tehtäviä seuraavan jäsenyyksen avulla:

- systematisoiva, koherenssia luova tehtävä
- pedagoginen tehtävä
- konstitutiivis-epistemologinen tehtävä
- heuristinen tehtävä
- argumentatiivis-normatiivinen tehtävä

### *Yleisten oppien koherenssia luova tehtävä*

Lainsäätäjä on oikullinen, kuten esimerkiksi Kaarle Makkonen ja Aulis Aarnio ovat käsiteläinoppia kritikoidessaan todenneet. Oikeuteen kuuluu kuitenkin myös pyrkimys yhtenäisyyteen eli koherenssiin: pyrkimys luoda järjestystä lainsäätäjän oikullisten puheenvuorojen aiheuttamaan epäjärjestykseen. Miksi? Koherenssi ei ole itseisarvo vaan se palvelee tiettyjä perustavia periaatteita, joiden voi katsoa osaltaan määrittävän nykyaikaisen oikeuden ydinerakenteita. Sellaiset periaatteet kuin yhdenvertaisuus, oikeusvarmuus tai lainkäytön ennakoitavuus eivät voi toteutua ilman vähintäänkin pyrkimystä koherenssiin. Koherenssi on kuitenkin herkkä ominaisuus, joka on oikeudellisissa käytännöissä tuotettava jatkuvasti uudelleen. Lainsäätäjän oikullisuuden vuoksi tämä tehtävä lankeaa oikeudellisten käytäntöjen välisessä työnjaossa ennen kaikkea lainkäytölle ja oikeustieteelle.

Klaus Günther (s. 1957) on vuodelta 1988 olevassa väitöskirjassaan koettanut osoittaa, että koherenssi toimii tuomioistuinten ratkaisutoiminnassa eräänlaisena sisään rakennettuna ihanteena tai regulatiivisena ideana: tuomareiden tulisi pyrkiä siihen, että oikeus-

järjestys olisi heidän kulloistenkin puheenvuorojensa – tuomioidensa – jälkeen (edelleen) koherentti normatiivinen kokonaisuus. Tässä pyrkimyksessä tuomioistuintia tukee teoreettinen lainoppi, joka yleisillä opeillaan luo eräänlaista ennakkollista eli *prima facie* koherenssia.

Eri aikoina erilaiset oikeustieteelliset koulukunnat ovat määritelleet toisistaan poikkeavin tavoin yleisten oppien käsitteellisten ja normatiivisten ainesosien painoa ja työnjakoa muun muassa juuri systematisoinnissa ja oikeusjärjestyksen koherenssin takaamisessa. Käsitelainopissa, niin yksityis- kuin julkisoikeudessakin, tavoitteena oli järjestää normiaineisto hierarkkisen käsitepuun tai -pyramidin muotoon. Pyramidin huipulla olivat käsitteet, joiden ymmärrettiin ilmentävän oikeuden muuttumatonta, yleispätevää ainesta ja jotka tavallaan määriteltiin positiiviseen oikeuteen nähden apriorisesti; esimerkiksi yksityisoikeuden järjestelmässä vapauden, (oikeudellisen) henkilön ja subjektiivisen oikeuden käsitteet, valtio-oikeuden järjestelmässä taas valtiovallan ja valtion oikeushenkilöllisyyden käsitteet. Käsitelainopin lakipositivistiset lähtökohdat eivät näin ulottaneet vaikutustaan käsitepyramidin huipulle.

Myös analyttinen oikeustiede on painottanut yleisissä opeissa käsitteellistä puolta, ja oikeudellinen systematisointi on esimerkiksi Aarniolla nimenomaan käsitteellistä systematisointia. Parin viime vuosikymmenen suomalainen keskustelu, johon vaikutteita on saatu erityisesti Ronald Dworkinilta ja Robert Alexylta, on kuitenkin siirtänyt systematisointi- ja koherenssin luomistehtävää käsitteiltä periaatteille. Tätä suuntausta on voimistanut perusoikeusajattelun murtautuminen alkuperäisen valtiosääntöoikeudellisen kotipaikkansa ulkopuolellekin ja perustuslain perusoikeussäännösten *Drittwirkung* -vaikutusten ottaminen vakavasti. Perusoikeussäännösten *horisontaalivaikutuksesta* tai *Drittwirkung*’ista keskusteltaessa painotetaan, että säännökset eivät ilmennä vain julkisen vallan ja yksityisten välisiin hierarkkisiin suhteisiin vaan myös yksityisten keskinäisiin suhteisiin sovellettavia normeja. Jos yksittäisiin periaatepainotusta kuvastaviin töihin haluaa viitata, Juha Pöyhösen kaksi kirjaa, vuonna 1988 ilmestynyt väitöskirja *Sopimus-*

*oikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* sekä vuonna 2000 ilmestynyt *Uusi varallisuusoikeus* ovat edustavia esimerkkejä.

Systeemi- ja koherenssipyrkimystä on nykykeskustelussa arvosteltukin. Normiaineiston systematisoiminen on helppo leimata joustavuuden kahlitsevaksi pakkopaidaksi, joka estää luovat, tilannesidonnaiset oikeudelliset ratkaisut; historian hämärään vaipumassa olevan modernin aikakauden Suureksi Kertomukseksi, joka tukahduttaa jälkimodernin aikakautemme ongelmiin helpotusta tuovat pienet kertomukset.

Tämä arvostelu osuu nähdäkseni harhaan. Tarvitsemme sekä koherenssia että joustavuutta; tarvitsemme sellaista systematisointia, joka ei estä tilanne- ja tapauskohtaista joustavuutta. Tähän haasteeseen tavallaan vastaakin systematisoinnin painopisteen siirtyminen käsitteistä periaatteisiin ja käsitteiden heuristisen panoksen korostaminen käsiteläinopillisen konstruktivisen systematisointitehtävän sijasta. Viime vuosikymmenten keskustelussa on tähdentämistään tähdennetty, että periaatteiden soveltamiseen kuuluu aina tapauskohtainen punninta. Lainoppinut voi yleisiä oppeja muotoillessaan saattaa oikeusperiaatteet vain ennakkolliseen ja ehdolliseen *prima facie* etusijajärjestykseen; niiden keskinäinen painoarvo on esimerkiksi tuomioistuimissa punnittava kussakin ratkaisutilanteessa erikseen. Joustavuus ja tilannesidonnaisuus ovat näin sisään rakennettuina siinä periaatekäsitelyssä, jonka juuret ovat Dworkinin ja Alexyn kirjoituksissa.

On tietysti totta, että yleiset opit saattavat asettaa esteitä uudentyyppisten oikeudellisten ongelmien luovalle ratkaisemiselle. Yleiset opit ovat perinteisesti olleet oikeudenalakohtaisia, määritelleet eri oikeudenalojen identiteettiä. Vaarana on, että ne estävät yksittäisten oikeudellisten ongelmatilanteiden vaatimaa rajanylitystä, että ne eivät toisin sanoen salli tilanteiden samanaikaista arviointia eri oikeudenalojen näkökulmista. Kuitenkin oikeudellinen sääntely tai käytännössä esiintyvät oikeudelliset ongelmatilanteet kunnioittavat yhä vähemmän niitä oikeudenalajakoja, joita lainoppineet ovat perinteisellä systematiikallaan ja sitä ylläpitävillä yleisillä opeillaan luoneet ja varjelleet.

Tämän kaltaisessa arvostelussa on paljon perää, mutta näen senkin pikemminkin haasteena yleisten oppien kehittämiseksi kuin perusteena luopua kokonaan koherenssia tuottavista yleisistä opeista. Kuten Tapio Määttä (s. 1965) on ympäristöoikeudesta kirjoittaessaan tähdentänyt, yleisten oppien tulisi olla pikemminkin (perinteisten) oikeudenalojen yhteyksiä avaavia kuin oikeudenaloja toisistaan eristäviä (Määttä 2000). Tässäkin suhteessa periaatteiden asemaa painottava viimeaikainen keskustelu tarjoaa lupaavia näkymiä. Yleisten oppien systematisointi- ja koherenssitehtävästä voimme luopua vasta sitten, kun on perusteltua väittää, että koherenssia edellyttävät perustavat periaatteet, kuten muodollinen yhdenvertaisuus ja lainkäytön ennakoitavuus, eivät enää ole – tai niiden ei ainakaan tulisi olla – osa oikeutemme normatiivista ydintä.

### *Yleisten oppien pedagoginen tehtävä*

Yleisten oppien pedagoginen tehtävä ei kaipaakaan kovin pitkiä perusteluja. Yleisten oppien avulla systematisoitu oikeusjärjestys voidaan esittää pedagogisesti mielekkäällä tavalla, esimerkiksi oikeudenalakohtaisiin oppiaineisiin ryhmiteltynä. Oikeusjärjestystä ei tarvitse opiskella lukemalla ja tenttimällä ensin Suomen Laki I ja jatkamalla sitten opintoja Suomen Laki II:n parissa. Myös oppikirjatasolla voidaan keskittyä normistojen yhteisiä piirteitä ja soveltamisedellytyksiä jäsentäviin esityksiin pelkän säädösaineiston siteeraamisen sijasta.

Yleisten oppien pedagogisellekin tehtävälle annettu paino on vaihdellut eri aikoina. Esimerkiksi Alf Rossille, jota voimme luonnehtia analyttiseksi realistiksi, oikeuskäsitteillä, sellaisilla kuin ”oikeus” ja ”velvollisuus”, ei muita tehtäviä juuri ollutkaan. Oikeuskäsitteet mahdollistivat oikeustositseikka- ja oikeusseuraamusryvästen kokoamisen pedagogisesti tarkoituksenmukaisella tavalla. Aarniokin on tähdentänyt käsitteellisen systematisoinnin peda-



gogista merkitystä. Hän ei kuitenkaan ole Rossin tavoin typistänyt oikeuskäsitteiden tehtävää pelkästään tähän; etualalla Aarniolla on jäljempänä tarkasteltavaksi tuleva heuristinen tehtävä.

### *Yleisten oppien konstitutiivis-epistemologinen tehtävä*

Institutionaalinen oikeusteoria on terävöittänyt käsitystämme oikeudellisten normien ja samalla myös yleisten oppien konstitutiivis-epistemologisesta tehtävästä. Tätä tehtävää täyttävät erityisesti oikeuskäsitteet. Juuri oikeudellisten käsitteiden välityksellä yhteiskunnalliset tai psykologiset asiantilat muuntuvat *oikeudellis-institutionaaliseksi tosiasioiksi*: sopimuksiksi, avioliitoiksi, rikoksiksi, tuottamukseksi tai tahallisuudeksi, oikeushenkilöiksi, hallintotoimiksi ... Tarkoittamillani oikeudellisilla käsitteillä on omalaatuinen suhde ”todellisuuteen”: ne eivät niinkään ilmennä tai heijasta ”todellisuutta” kuin tuottavat sitä. Eräässä mielessä oikeus elää elämäänsä ja samalla kiinnittyy yhteiskunnalliseen ja psykologiseen ympäristöönsä juuri oikeudellis-institutionaalisisina tosiasioina.

Toisaalta me emme pysty tunnistamaan tällaisia tosiasioita muutoin kuin oikeuskäsitteiden välityksellä; käsitteillä ei ole vain konstitutiiviseksi vaan myös epistemologiseksi kutsuttava tehtävä, eikä toista voida ajatella ilman toista. Jo oikeussosiologisen tutkimuksen klassikko Max Weber oli perillä oikeusnormien ja oikeuskäsitteiden konstitutiivis-epistemologisesta tehtävästä. Hän esimerkiksi korosti, että vain oikeusnormien ja oikeudellisen prosessin käsitteen välityksellä aistein havaittavissa olevan yhteiskunnallisen todellisuuden virrasta voidaan erottaa se mikä kuuluu oikeudelliseen prosessiin, se mikä on prosessin kannalta merkityksellistä (ks. Tuori 2000, s. 318-319). Weber tarkasteli konstitutiivis-epistemologista tehtävää sosiologina, mutta vastaava tehtävä niillä on myös oikeudellisissa käytännöissä. Vain oikeuskäsitteiden kautta tuomari pystyy siivilöimään Helsingin katujen öisistä tapahtumista kertovista todistajanlausunnoista sen, mikä on käsiteltävänä olevan

rikossyytteen kannalta merkityksellistä, tai arvioimaan mikä paperille kirjoitetusta tekstikokonaisuudesta kuuluu oikeudellisesti arvioitavaan asiakirjaan, vaikkapa sopimukseen tai testamenttiin. Oikeuskäsitteiden epistemologinen rooli oikeudenkäynnissä on olennainen puoli sitä oikeus- ja tosiasiakäsymyksen toisiinsa kietoutumista, josta oikeusteorian hermeneuttinen siipi on hermeneuttisesta kehästä kirjoittaessaan muistuttanut.

Oikeudelliset käsitteet ovat konstitutiivis-epistemologisen tehtävän kannalta välttämätöntä oikeudellista erityiskieltä, sitä kieltä, jonka oppiminen, sisäistäminen ja hallitseminen erottaa oikeuden ammattilaiset maallikoista. Oikeus ei voi toteutua oikeudellis-institutionaalisina tosiasioina, punoa yhteiskunnallisia suhteita – yhteiskuntaa ylipäättään – ylläpitäviä oikeudellis-institutionaalisia verkkoja ilman oikeudellisia käsitteitä, ilman oikeudellista erityiskieltä. On kaikki syy yhtyä Thomas Wilhelmssoniin, joka tuoreessa *Senmodern ansvarsrätt* -kirjassaan haluaa lähentää lainkäytön ympärille kiertyvää oikeudellista diskurssia yleiseen yhteiskunnalliseen normi- ja moraalikeskusteluun ja samalla madaltaa keskusteluja erottavia raja-aitoja. Oikeudellisesta erityiskielestä ei kuitenkaan voida kokonaan päästä eroon, eikä tähän ole syytä pyrkiäkään. Tämän myös Wilhelmsson näyttää myöntävän, vaikka hän ehkä argumentoikin hieman yllä esittämästäni poikkeavasti. Wilhelmsson peräänkuuluttaa tilanne- ja tapauskohtaista argumentaatiota, mutta toteaa samalla, että oikeuden sisällöllisen hajautumisen vastapainoksi tarvitaan yhteistä oikeudellista kieltä, jotta sisällöllinen keskustelu voitaisiin ylipäättään aloittaa. (Wilhelmsson 2001, s. 219-220.)

Oikeudellis-institutionaaliset tosiasiat ovat tärkeä vaihe oikeuden yhteiskunnallisten tehtävien ja tavoitteiden toteutumisessa, eräästä näkökulmasta ensimmäinen askel tällä tiellä. Mutta oikeuskäsitteet eivät ole vain tärkeä linkki oikeuden ja (muun) yhteiskunnan yhteyksissä. Ne ovat myös tärkeä linkki, jonka kautta voi tarkastella oikeustieteen ja (muiden) yhteiskuntatieteiden välisiä yhteyksiä. Voimme esittää (hypo)teesin, jonka mukaan yleiset opit ja erityisesti niihin kuuluvat oikeuskäsitteet ilmentävät myös aina tiettyä vähintäänkin *implisiittistä, kätkeytä, yhteiskuntateoriaa*, tiet-

tyä käsitystä oikeudellisen sääntelyn kohteena olevasta yhteiskunnan osa-alueesta, kuten taloudesta (varallisuus-oikeus), hallinnosta (hallinto-oikeus), poliittisesta järjestelmästä (valtiosääntö-oikeus). Ja – voimme lisätä – vaihtoehtoiset yleiset opit ilmentävät myös vaihtoehtoisia ”yhteiskuntateoriaa”.

Yleisten oppien kehittäjien tietoisuus tällaisesta kytkennästä tietysti vaihtelee. Kytkennän avoin paljastaminen ja perusteleminen on valitettavan harvinaista, vaikka esimerkkejä myös tällaisesta pohjatyöstä voidaan osoittaa. Niinpä Pöyhönen on uudessa kirjassaan avoimesti kirjoittanut ulos sen käsityksensä taloudellisen toiminnan muuttuneesta luonteesta ja ympäristöstä, jolle hän uutta varallisuus-oikeuttaan rakentaa. Taloudellisen toiminnan muutoksen ydin tiivistyy kirjan 4 luvun otsikkoon *Kaupasta projektiin*, ja toimintaympäristön muutoksia taas jäsentävät hankalahkot ilmaukset ”sosiaalistuminen”, ”markkinaistuminen”, ”ekologistuminen” ja ”informatisoituminen”. ”Sosiaalistumisella” Pöyhönen tarkoittaa yhteiskuntapolitiikkaa, jossa jokaiselle yhteiskunnan jäsenelle pyritään turvaamaan tietyn toimeentulon ja elämässä selviytymisen perusedellytykset. ”Markkinaistuminen” merkitsee markkinatalousjärjestelmän asemien vahvistumista niin kansallisella kuin kansainväliselläkin tasolla. ”Ekologistuminen” ilmenee ”kasvavana tietoisuutena siitä, että taloudellisten toimintojen ympäristövaikutuksille on annettava keskeinen merkitys toimintojen oikeudellisessa sääntelyssä”. ”Informatisoituminen” taas viittaa niihin tietoverkkojen asemaa korostaviin muutoksiin, joiden julkisessa keskustelussa usein katsotaan kuvastavan erityisen informaatioyhteiskunnan syntymistä. (Pöyhönen 2000, 20-23.)

### *Yleisten oppien heuristinen tehtävä*

Yleisten oppien heuristinen tehtävä ilmentää yhtä olennaista puolta oikeustieteen asemasta oikeudellisten käytäntöjen työnjaossa, erityisesti oikeustieteen suhteissa lainkäyttöön. Tosiasia- ja oikeuskäytännön hermeneuttinen kehä tarjoaa yhden näkökulman yleis-

ten oppien ja ylipäätään lainopillisen tutkimuksen heuristiseen tehtävään tuomioistuinten ratkaisutoiminnassa. Näyttää siltä, että jutun merkitykselliset tosiasiat pystytään pelkistämään vain juttuun sovellettavien oikeusnormien ja niiden hyödyntämien oikeuskäsitteiden välityksellä. Mutta toisaalta jutussa merkitykselliset oikeusnormit pystymme tunnistamaan vain jutun tosiasioita erittelemällä, ja oikeusnormilauseen, kuten lakitekstin, sisältöä voimme täsmentää ja tulkita vain jutun tosiasioiden valossa. Jos pelkistämme tuomioistuimen ratkaisun loogiseksi syllogismiksi, syllogismin ylälauseena olevaa ratkaisunormi voidaan muodostaa vain tuntemalla jutun oikeudellisesti merkitykselliset tosiasiat. Mutta sen mitkä ovat jutussa oikeudellisesti merkityksellisiä tosiseikkoja, joista ratkaisusyllogismin alalauseena oleva tosiseikastokuvaus muodostetaan, määrittelevät juttuun sovellettavat oikeusnormit. Ratkaisija näyttää kulkevan kehässä: normien täsmentäminen ja tulkitseminen edellyttää jutun tosiasioiden tuntemista, mutta toisaalta jutun tosiasiapuolen täsmentäminen edellyttää siihen sovellettavien normien tuntemista.

Oikeustieteen tehtävänä on auttaa tämän kehän murtamisessa. Tuomari ei heittäydy valmistautumattomana sukkuloimaan tosiasioiden ja normien välillä. Hänellä on osana juridista ammattitaitoaan tietty ennakkokäsitys oikeusnormien ja eräänlaisten tyyppitapausten välisistä suhteista, hän tietää suunnan missä hän voi pysäyttää normien ja tosiasioiden välisen liikkeen. Suunnan näyttäjänä palvelee lainopillinen tutkimus, jonka tuomari on ainakin yleisten oppien tasolla sisäistänyt jo lakimieskoulutuksessaan ja jota hän voi myös yksittäisissä ratkaisutilanteissa, kiperän jutun tullen, konsultoida.

Yleisillä opeilla on tässä tärkeä tehtävä. Yleisten oppien sisältämän käsitteistön avulla yhtä hyvin tuomarit, asianajajat kuin tulkintajuridiikkaa harjoittavat oikeustieteilijätkin paikantavat ja muotoilevat oikeudelliset ongelmat: oikeuskäsitteiden avulla ongelmaksi määritellään vilpittömän mielen suoja tertiusta vastaan, testamentin tulkinta tai hallintopäätöksen oikeusvoima. Oikeuskäsitteet ovat keskeinen väline, jolla lakimiehet ottavat yhteiskunnalliset ja jokapäiväisen arkielämänkin ongelmat haltuunsa – krii-

tikit saattavat puhua jopa riistämisestä – kääntävät ongelmat kielelle, joka saattaa siirtää ne asianosaisten kulttuuristen voimavarojen ulottumattomiin.

Analyttisessä perinteessämme Aarnio on monasti tähdentänyt oikeuskäsitteiden heuristista, oikeudellisten ongelmien jäsentämistä ja muotoilemista palvelevaa tehtävää. Tässä hän on selvästi irtautunut Rossin oikeuskäsitteiden merkitystä koskevista ohjelmallisista lausumista, vaikka Ross muutoin kuuluukin suomalaisen analyttisen oikeustieteen tärkeimpiin oppi-isiin. Suomalaisen analyttisen siviilioikeustieteen kritiikki perinteistä käsitejärjestelmää kohtaan ei ollut luonteeltaan käsiteneihilististä tai pelkästään de-konstruktivistista. Analyttikot tähtäsivät aiempaa eriytyneempiin, erottelukykyisempiin käsitteellisiin apuvälineisiin, joiden avulla käytännöstä nousevat oikeudelliset ongelmat voitaisiin jäsentää entistä vivahteikkaammin. Kritiikin kärki suuntautui sellaisten käsitteiden kuin perinteisen omistusoikeus-käsitteen möhkälemäisyyteen; analyttikkojen usein toistamia vaatimuksia oli ”substanssikäsitteiden” korvaaminen ”relaatiokäsitteillä”. Malliesimerkkejä jälkimmäisistä oli käsitteistö, jolla Zitting 1950-luvun alkuvuosina julkaisemissaan töissään hajotti omistusoikeuden omistajan erilaisiksi oikeus-asemiksi eri suhteissa (ed. s. 86).

Kun Aarnio painottaa oikeuskäsitteiden heuristista tehtävää, hän samalla ottaa toisessakin suhteessa etäisyyttä oppi-isä -Rossista. Rossille oikeudelliset käsitteet olivat normatiivisesti neutraaleja pedagogisia apuvälineitä. Aarnio sen sijaan korostaa, että kun käyttämämme käsitteet rajoittavat sitä, minkälaisia oikeudellisia kysymyksiä yksittäisissä tilanteissa voidaan esittää, ne samalla myös rajoittavat sitä, minkälaisiin oikeudellisiin ratkaisuihin tilanteissa voidaan päätyä. Tämä on tärkeä puoli oikeudellisten käsitteiden normatiivisuutta, niiden väistämättömiä normatiivisia seurauksia. (Esim. Aarnio 1997, s. 268 ss.)

Käsitteiden heuristinen tehtävä on etualalla myös Pöyhösen uudessa varallisuus oikeudessa; itse asiassa Pöyhönen on kehittänyt käsitteistöään nimenomaan tämän tehtävän tarpeisiin. Hänen ehdotukseensa kuuluvat toimintaympäristön, kokonaisjärjestelyn,

intressitahon ja riskiposition käsitteet. Nämä käsitteet eivät palvele ratkaisutilanteissa sovellettavien normien systematisointia, vaan tilanteiden jäsentämistä niiden yksilöllisten oikeudellisesti merkityksellisten piirteiden tunnistamiseksi: ”Näiden käsitteiden käyttötapa ei ole luokittelu, vaan ne auttavat varallisuus oikeudellista harakintaa tunnistamaan eri tilanteista kullekin tilanteelle tunnusomaisia ja tyypillisiä piirteitä”, kirjoittaa Pöyhönen (2000, s. XVII) itse.

Pöyhösen uudet käsitteet vaatisivat pitkäähkön esittelyn, joka tässä yhteydessä ei ole mahdollinen. Joudun tyytymään tiivistyksiin. Käsitteistön lähtökohtana on oletus siitä, että taloudellinen toiminta perustuu enenevässä määrin projekteihin. Taloudelliset projektit ovat joustavia, ja ne muuntuvat olosuhteiden muuttumisen edellyttämällä tavalla. *Toimintaympäristön* käsite viittaa siihen, että tilanne, jota kulloinkin arvioidaan varallisuus oikeudellisesti, on sijoitettava osaksi erilaisia yhteiskunnallisia ja taloudellisia käytäntöjä; toimintaympäristön olennainen puoli muodostuu markkinoista, joihin tilanne sijoittuu. *Kokonaisjärjestelyn* käsite taas ”edellyttää, että tilanteita tarkastellaan eri tahojen välisistä suhteista muodostuvan kokonaisuuden kannalta”. Kokonaisjärjestelyissä on ”osallisina erilaisia *intressitahoja*, jotka pystytään määrittelemään vasta kokonaisjärjestelyn näkökulmasta” ja joilla on erilaisia *riskipositioita*. Riskipositiot ovat ”toimintamahdollisuuksia, joilla intressitahot pystyvät ylläpitämään ja toteuttamaan etujaan yhteisesti asetetun päämäärän mukaisella tavalla”. (Pöyhönen 2000, s. XVI-XVII.)

### *Yleisten oppien argumentatiivis-normatiivinen tehtävä*

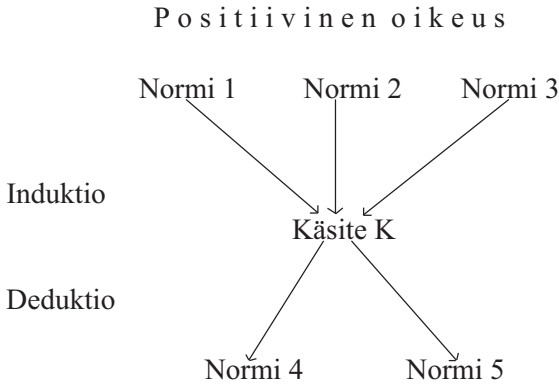
Kun yleisiä oppeja käytetään argumentatiivisesti, kyse ei ole enää heuristisesta ongelmien avaamisesta ja määrittelemisestä, vaan jo ratkaisujen etsimisestä niihin. Argumentatiivisessa tehtävässään yleiset opit perustelevat yksittäisiin oikeudellisiin ongelmiin annettavia ratkaisuja, kuten tuomioistuinten päätöksiä tai tulkintajuridiikan kannanottoja. Jos yleisten oppien normatiivisuus vaikut-

taa heuristisessa tehtävässä ikään kuin kätkeytyksi, argumentatiivisessa tehtävässä normatiivisuus on avointa. Siksi ilmaus ”argumentatiivis-normatiivinen tehtävä” lienee oikeutettu.

Olemme edellä jo voineet todeta kiinnostavia painopisteiden siirtymiä ja työnjaollisia uudelleen arviointeja oikeuskäsitteiden ja oikeusperiaatteiden välillä. Painopisteen siirtymisestä voimme puhua myös argumentatiivisen tehtävän yhteydessä. Käsitelainopissa tämäkin tehtävä lankesi oikeuskäsitteille. Käsitelainopin konstruktiiivisessa metodissa oli kaksi vaihetta, joita voimme – kylläkin hieman epätäsmällisesti – kutsua induktiiviseksi ja deduktiiviseksi. Induktiivisessa vaiheessa yksittäisistä, positiivisen lainsäädännön ilmentämistä oikeusnormeista ”johdettiin” oikeudellisia käsitteitä tai käsitteellisiä määrittelyjä, joista sitten voitiin deduktiivisessa vaiheessa päätellä uusia oikeusnormeja. Konstruktiiivisen metodin deduktiivisella vaiheella oli merkitystä erityisesti niin sanotuissa aukkotilanteissa, joissa positiivisesta lainsäädännöstä ei voitu saada johtoa oikeudellisen ongelman ratkaisemiseen.

Markku Helin (s. 1948) on vuonna 1985 julkaisemassaan artikkelissa selventänyt käsitelainopin konstruktiiivista menetelmää valaisevalla esimerkillä. Positiivinen lainsäädäntö sisältää yksittäisiä säännöksiä, joiden mukaan avoimeen yhtiöön sovelletaan eräitä oikeushenkilöissä noudatettavina olevia normeja. Näistä säännöksistä menetelmän induktiivisessa vaiheessa päädytään johtopäätökseen, jonka mukaan avoin yhtiö on oikeushenkilö. Kun avoin yhtiö on näin määritelty oikeushenkilöksi, deduktiivisessa vaiheessa määritelmästä päätellään, että avointa yhtiötä on kohdeltava oikeushenkilönä myös sellaisissa oikeudellisissa tilanteissa, joista positiiviseen lainsäädäntöön ei sisälly nimenomaista säännöstä. Voimme kuvata konstruktiiivista vaihetta siten, että induktiivisessa vaiheessa normeista N1, N2 ja N3 johdetaan käsite tai käsitteellinen määritelmä K, josta sitten aukkotilanteissa johdetaan uusia normeja N4, N5 ...

Kuvio 3. Käsitelainopin konstruktiiivinen menetelmä



Konstruktiiivinen menetelmä edusti sitä ”käsitteistä päättelemistä”, johon analyttikot mielellään suuntasivat raskaimman tykistönsä. Analyttikkojen vakiokritiikin mukaan metodi perustuu loogiseen virhepäätelmään: käsitteestä K voidaan johtaa vain ne samat normit N1, N2 ja N3, joiden perusteella K on alun pitäen muodostettukin.

Analyttisessä kumouksessa oikeuskäsitteet menettivät argumentatiivis-normatiivisen merkityksensä. Kun analyttikot eivät oikeastaan olleet – muutoin kuin kriittisessä mielessä – kiinnostuneita oikeusperiaatteista, voimme itse asiassa väittää, että analyttisen oikeustieteen kehikossa yleisillä opeilla ei ollut lainkaan argumentatiivista tehtävää. Selvä pääpaino oli yleisten oppien heuristisella puolella. Käsitteet avasivat kysymyksiä, mutta vastaukset oli määrä hakea positiivisesta lainsäädännöstä. Suomalaisessa oikeustieteessä yleiset opit alkavat saada takaisin argumentatiivista tehtävänsä vasta ”jälkianalyttisen” vaiheen alkaessa 1980-luvulla. Nyt tätä tehtävää kuitenkin täyttävät oikeusperiaatteet eivätkä oikeuskäsitteet. Jälleen on syytä viitata Pöyhösen vuonna 1988 ilmestyneeseen väitöskirjaan *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*.



Kirjan keskeisenä antina on erilaisten sopimusmallien hahmottaminen; sopimusmalleja, joita ovat tahtomalli, luottamusmalli ja hyvinvointivaltion malli, voi luonnehtia sopimusoikeuden vaihtoehtoisiksi yleisiksi opeiksi. Sopimusmallit eroavat toisistaan ennen muuta oikeusperiaatteiden ulottuvuudella, siinä *prima facie* etusijajärjestyksessä, johon ne asettavat sopimusoikeudelliset periaatteet. Tahtomallisissa johtavana periaatteena on sopimusvapaus, luottamusmallissa vaihdannan intressi ja hyvinvointivaltion sopimusmallissa kohtuusperiaate.

Pöyhösen *Uusi varallisuusoikeus* tuo käsitteet mukaan yleisten oppien kehittelyyn, mutta vain heuristista tehtävää täyttämään; argumentatiivis-normatiivinen tehtävä kuuluu yhä oikeusperiaatteille. Vuonna 1995 toteutetun perustuslakimme perusoikeussäännösten uudistamisen jälkeen on usein puhuttu perusoikeusajattelun murroksesta, jonka tuloksena perusoikeussäännöksiin on alettu tukeutua myös esimerkiksi rikosoikeudessa, ympäristöoikeudessa ja myös siviilioikeudessa. Kysymys on ollut edellä jo puheena olleesta perustuslain perusoikeussäännösten horisontaalivaikutuksesta: näillä säännöksillä on katsottu olevan merkitystä paitsi julkisen vallan ja yksityisten välisissä (vertikaalisissa) suhteissa myös yksityisten keskinäisissä (horisontaalisissa) suhteissa. Yleistäen voimme ehkä sanoa, että perusoikeusajattelu on murtautunut muille oikeudenaloille kuin valtiosääntöoikeuteen juuri niiden yleisiin oppeihin kuuluvien oikeusperiaatteiden välityksellä. Perusoikeuspainotus on osaltaan lisännyt oikeusperiaatteiden argumentatiivista merkitystä yhtä hyvin oikeuskirjallisuudessa kuin oikeuskäytännössäkin.

Argumentatiivisen tehtävän siirtyminen käsitteiltä periaatteille toteuttaa sitä joustavoitumista ja tilannesidonaisuutta, jota niin Wilhelmsson kuin Pöyhönenkin ovat uusissa kirjoissaan edellyttäneet oikeudelliselta ongelmanratkaisulta; Wilhelmsson viitaten ”myöhäismodernin” aikakauden hajautumisen eli fragmentoitumisen ja globalisoitumisen kehityskulkuihin, Pöyhönen puolestaan taloudellisen toiminnan uuden tyyppiseen projektiluonteisuuteen sekä talouden toimintaympäristön sosiaalistumiseen, markkina-

istumiseen, ekologisoitumiseen ja informatisoitumiseen. Vaikka yleiset opit täyttävätkin heuristista tehtäväänsä myös hahmottamalla oikeusperiaatteita ja niiden *prima facie* suhteita, oikeusperiaatteiden soveltaminen vaatii – toistettakoon tämä vielä – niiden keskinäistä punnintaa juuri kulloisenkin ratkaistavana olevan tapauksen erityispiirteiden valossa. Tässä mielessä yleisten oppien argumentatiivisnormatiivisella tehtävällä on ”jälkianalyttisessä” vaiheessa vaatimattomammat tavoitteet kuin käsiteläinopin kultakaudella.

### *Yleisten oppien kehittäminen*

Tehtävistä, joita olen yllä yleisille opeille osoittanut, tai näiden tehtävien keskinäisistä painotuksista ei suinkaan olla yhtä mieltä; tämänkin edeltävä esitys lienee osoittanut. Teoreettisen lainopin tielle lähtevän tutkijan onkin syytä ensin täsmentää oma näkemyksensä yleisille opeille kuuluvista tehtävistä ja tehdä itselleen – ja myös muille – selväksi, mitä tehtävää palvelemaan hän omaa vaihtoehtoon tarjoaa.

Vaihtoehdon kehittäminen ei koskaan ala tyhjästä. Lähtökohtana on ensinnäkin aina vallitseva tilanne, käsitys siitä, että vallitsevat yleiset opit eivät täytä jotain niille kuuluvaa tehtävää, erityisesti sitä tehtävää, jota tutkija itse pitää keskeisenä. Konstruktiota edeltää kritiikki, vallitsevan doktriinin arvostelu siitä, että se ei kykene vastaamaan yleisille opeille asettuvaan haasteeseen. Tyytymättömyys voi perustua siihen, että vallitseva systematiikka ei pysty vangitsemaan uuden tyyppistä normatiivista pinta-aineistoa, uutta lainsäädäntöä tai oikeuskäytäntöä, ja näin luomaan oikeusjärjestykseen tarvittavaa koherenssia tai pedagogista yleiskatsauksellisuutta. Kriitikon mielestä aika voi olla kypsä uuden oikeudenalan itsenäistymiselle sille ominaisten yleisten oppien avulla. Nykykeskustelussa itsenäisyyden tavoittelijoita on monia: sosiaalioikeus, lääkintäoikeus, informaatio-oikeus, henkilöoikeus ... Itsenäisyystaistelut eivät suinkaan aina ole menestyksekkäitä: teoreettisen lain-

opin harjoittajan ehdotukset eivät aina käynnistä sedimentaatio- prosesseja, jotka johtaisivat muutoksiin oikeuskulttuuriin kerrostuneessa oikeudenalajaotuksessa. Useiden nykykeskustelussa tarjottujen oikeudenalaehtokkaiden tulevasta kohtalosta voimme esittää enintään vain valistuneita arvauksia.

Arvostelu voi perustua myös vallitsevien yleisten oppien sisältämän ”kätketyn yhteiskuntateorian” kriittiseen rekonstruktioon ja väitteeseen, että tämä teoria ei tavoita säänneltävänä olevan yhteiskunnan osa-alueen uusia piirteitä. Pyrkimyksenä ovat yleiset opit, jotka asianmukaisemmin ilmentäisivät yhteiskunnallista kehitystä. On esitetty, että analyyttinen siviilioikeus vastasi sodan jälkeen vilkastuneen taloudellisen vaihdannan tarpeisiin. Kyse on tosin pitkälti jälkikäteisarviointista; analyyttisen siviilioikeuden lakipositivistiset lähtökohdat eivät antaneet tilaa taloudellisen kehityksen tai perinteisen ja uuden doktriinin kuvastaman yhteiskuntäkäsityksen avoimelle pohdinnalle. Eräänä ”jälkianalyttisen” vaiheen ominaispiirteenä voinee pitää yleisten oppien sijoittamista yhteiskunnalliseen ympäristöönsä ja uusia oppeja inspiroivan yhteiskuntäkäsityksen ainakin pääpiirteittäistä hahmottelua.

Wilhelmssonin hyvinvointivaltion laajenemisen vaiheessa julkaisema *Social civilrätt* tavoitteli yleisiä oppeja, jotka ottavat hyvinvointivaltiolliset interventiot ja hyvinvointivaltiota kannattavan ideologian tosissaan, *Senmodern ansvarsrätt* taas piirtää taustaksi kuvan jälkimodernista yhteiskunnallisesta ja eettisestä fragmentaatiosta ja samanaikaisesta globalisaatiosta. Yhteiskunnalla ei enää ole keskusta, yhteiskunnan eri toiminta-alueet ovat eriytyneet toisistaan. Yhteiskunnat ovat muuttunut monikulttuurisiksi ja hajautuneet myös eettisten arvojen ja käyttäytymiskoodien ulottuvuuksissa. Samanaikaisesti vuorovaikutussuhteet yhtä hyvin taloudessa kuin tiedonvälityksessä ja kulttuurissa ylittävät kansallismaiden rajat; elämämme myös globalisoitumisen aikaa. Pöyhösen *Uusi varallisuus-oikeus* puolestaan väittää, että varallisuus-oikeudessa on perinteisesti pidetty irtainten esineiden kauppaa eräänlaisena esikuvanomaisena perustilanteena. Sen sijaan uudessa varallisuus-oikeudessa taloudellisen vuorovaikutuksen perusasetelmana pidetään joustavaa ja olosuhteiden mukana muuntuvaa projektia, jossa

”useat tahot yhdessä tavoittelevat yhteen sovitetuin toiminnoin yhteisesti asetettua päämäärää”. (Pöyhönen 2000, s. XV-XVI.)

Vallitsevien yleisten oppien kritiikki niiden sisältämän ”kätkeytyn yhteiskuntateorian” näkökulmasta viittaa samalla tyytymättömyyteen niiden kykyyn täyttää heuristinen tehtävänsä, jäsentää yhteiskuntakehityksen mukanaan tuomia uuden tyyppisiä oikeudellisia ongelmia. Tämä tyytymättömyys on innoittanut yhtä hyvin analyytikkojen ”relaatiokäsitteitä”, Wilhelmssonin sosiaalisen siivilioikeuden ”roolikiinnittyneitä subjektikäsitteitä” – esimerkiksi ”kuluttaja”, ”vuokralainen” ja ”vuokranantaja” jne. – kuin Pöyhösen uuden varallisuus oikeuden käsitteistöä, jolla taloudellisia toiminta-asetelmia on määrä oikeudellisissa ratkaisutilanteissa jäsentää.

Lopuksi kritiikki voi kohdentua myös yleisten oppien argumentatiivis-normatiiviseen tehtävään. Arvostelu voi olla luonteeltaan metodista, kyseenalaistaa ylipäätään edeltäjien tavan käyttää yleisiä oppeja argumentatiivis-normatiivisissa tarkoituksissa. Näinhän voimme luonnehtia analyyttisen oikeustieteen suhtautumista käsiteläinopille ominaiseen ”käsitteistä päättelämiseen”. Menetelmällisessä mielessä rajoitetumpaa on periaatekeskustelun sisäinen arvostelu, jossa vallitsevaa doktriinia moititaan siitä, että se on sivuuttanut jonkin pintatason normatiivisesta aineistosta institutionaalista tukea saavan oikeusperiaatteen tai että *prima facie* järjestyks, johon se on oikeusperiaatteet asettanut, ei enää ole perusteltu.

Uudistajan lähtökohtana on siten aina pyrkimys korjata jokin puute vallitsevan doktriinin kyvyssä täyttää uudistajan tärkeinä pitämiä yleisten oppien tehtäviä. Entä miten uudistustyössä tulisi edetä? Voimmeko hahmotella erityistä yleisten oppien kehittämisen metodologiaa?

Käsitykseni on, että myös yleisiin oppeihin keskittyvä teoreettinen lainoppi on perustavalta menetelmällistä luonteeltaan oikeudellista argumentaatiota, jota on vaikeaa ja paljolti jopa epä-tarkoituksenmukaista, ehkä vaarallistakin, yrittää vangita tiukkaan metodologisten sääntöjen luetteloon. Asetankin tavoitetasoni seuraavassa huomattavasti matalammalle. Tyydyn listaamaan eräitä

rajoituksia, jotka kurinalaistavat uudistajan luovaa argumentatiivista mielikuvitusta. Seuraava lista on tarkoitettu pikemminkin keskustelun avaukseksi kuin tyhjentäväksi luetteloksi:

- (a) tradition ja koherenssin vaatimukset
- (b) institutionaalisen tuen vaatimus
- (c) justifioitavuuden vaatimus
- (d) yleisten oppien ainesosien keskinäiset yhteydet

(a) Yleisten oppien uudistaja ottaa aina kohteekseen vain jonkin rajoitetun alueen oikeuskulttuuria. Oikeuskulttuuri edustaa nykyaikaisen oikeuden traditiota. Nykyaikaisen oikeuden traditiot voidaan alistaa oikeuden edeltävistä historiallisista vaiheista poikkeavalla tavalla kriittiseen arviointiin, ja niitä voidaan pyrkiä tietoisesti uudistamaan. Mutta koko traditiota ei voi kyseenalaistaa ja mullistaa samanaikaisesti: vallankumoukset eivät oikeuskulttuurissa ole mahdollisia, ainoastaan reformit, ja niidenkin toteutuminen ottaa aikansa, se kun on riippuvainen oikeudellisen sedimentaatioprosessin etenemisestä.

Uudistajan on hyvä olla tietoinen sidonnaisuudestaan traditiioon, vaikka hän ei oikeudellista traditiota voikaan kokonaisuudessaan yhtä aikaa tematisoida; diskursiiviselle tasolle yltää aina vain tradition (oikeuskulttuurin) tietty viipale, muilta osin se jää vaikuttamaan uudistajankin käytäntöön praktisena, hiljaisena tekijän tietona. Traditiosidonnaisuus vaikuttaa myös sedimentaatioprosessin onnistumiseen tai epäonnistumiseen: tradition kumousyritysten mahdollisuudet käynnistää hedelmällinen sedimentaatioprosessi voi arvioida heikoiksi.

Traditio vaikuttaa uudistajan työssä rajoittavasti myös koherenssin vaatimuksen kautta. Olen yllä puoltanut kantaa, että oikeusjärjestyksen koherenssin vaatimus on syytä tulkita väljemmin kuin esimerkiksi käsitelainopissa niin, että se ei kahlitse yksittäisten oikeudellisten ratkaisujen edellyttämää joustavuutta. Kohe-

renssi on kuitenkin yhä ajankohtainen vaatimus, jota sellaiset oikeudelliset ydinperiaatteet kuin yhdenvertaisuus ja (muodollinen) oikeudenmukaisuus perustelevat. Koherenssin vaatimus ei rajoitu vain yhdelle oikeudenalalle vaan laajenee koko oikeusjärjestykseen. Vaikka uudistaja työskenteleekin oikeusjärjestyksen jollakin osa-alueella, hänen ei tule rajoittaa katsettaan pelkästään sen sisäpuolelle. Hänen tulisi pitää silmällä myös sitä, voidaanko ja miten oikeusjärjestys ymmärtää koherentiksi normatiiviseksi kokonaisuudeksi myös hänen ehdottamansa reformin jälkeen.

Käsitelainopissa koherenssin takasi koko oikeusjärjestyksen kattava, luokitteleva käsittepuu, jossa oikeusjärjestys jaettiin ensin yksityis- ja julkisoikeuteen ja näin edettiin yhä rajatumpiin oikeudellisiin instituutioihin. ”Jälkianalyttisessä” vaiheessamme vaadittavan oikeudenalojen välisen koherenssin luominen on yhä selkeämmin siirtynyt periaatteiden tehtäväksi. Eri oikeudenalailta käytävä perusoikeuksiin ankkuroitua periaatekeskustelu ilmentää osaltaan tätä siirtymää.

Jos koko oikeusjärjestyksen koherenssi ymmärretään ehdottamallani tavalla, yleisten oppien uudistamisessa lähtökohdaksi tulisi ottaa sen kaltainen oikeudenalojen välisiä yhteyksiä avaava malli, jota Tapio Määttä (2000) on hahmottanut ”puhtaan” tai ”suljetun” ympäristöoikeuden tilalle. Samalla kun koherenssin vaatimus tavallaan väljenee, korostuu myös oikeudenalojen raja-aitoja ylittävän yhteistyön merkitys.

(b) Analyttisen koulukunnan käsitelainoppiin suuntaaman kritiikin jälkeen ei liene enää aihetta korostaa, että yleisten oppien muodostamisessa ei voi olla kysymys loogisessa mielessä induktiivisesta toimituksesta. Tämä koskee yhtä hyvin yleisten oppien käsitteellistä puolta kuin oikeusperiaatteitakin. Silti yleiset opit on edelleenkin jossain mielessä perustettava sellaiseen pintatason normatiiviseen aineistoon, jota tuottavat ennen muuta lainsäätäminen ja lainkäyttö.

Tämä vaatimus koskee yhtä hyvin normiaineistoa systemaattisempaa käsitteistöä kuin oikeusperiaatteitakin. Oikeusperiaatteiden yhteydessä kysymys on siitä, mitä Dworkin on kutsunut *instituutio-*

*naalisen tuen* vaatimukseksi. Oikeusperiaatteet avaavat oikeusjärjestyksen moraalien ja etiikan suuntaan, mutta ne eivät samastu moraaliperiaatteisiin tai eettisiin arvoihin. Asian voi ilmaista näinkin: jonkin periaatteen moraalinen tai eettinen perusteltavuus ei vielä tee siitä oikeudellista periaatetta, vaan lisäedellytyksenä on institutionaalinen tuki pintatason oikeudellisessa aineistossa.

Suomalaisessa kirjallisuudessa yleisten oppien vaikutusta on joskus kuvattu siten, että niiden avulla positiiviseen lainsäädäntöön samastettu ”oikeusjärjestys” muunnetaan ”oikeusjärjestelmäksi”. Pöyhönen on väitöskirjassaan puhunut impulsseista, joita oikeusjärjestys – toisin sanoen pintatason oikeudellis-institutionaalinen aineisto – antaa oikeusjärjestelmälle. Tämä käsitteellistäminen tuo esiin pintatason oikeudellisen aineiston aseman yleisten oppien muodostamisen lähtökohtana tai raaka-aineistona ja systemaattiseen asuun saatetun normikokonaisuuden sen lopputuloksena. Pöyhösen ohella myös Wilhelmsson korosti sosiaalisen siviilioikeutensa puolesta argumentoidessaan lainsäädännön ja tuomioistuinratkaisujen merkitystä vallitsevalle doktriinille vaihtoehtoisten yleisten oppien muotoilussa. Hänen mukaansa oikeuskäytäntö ja lainsäädäntö olivat jo tuottaneet aineistoa, jonka varaan uudenlaiset, hyvinvointivaltion vakavasti ottavat siviilioikeuden yleiset opit voitiin rakentaa.

Käsitteistön kohdalla institutionaalisen tuen vaatimukseen on syytä tehdä eräs varaus. On mahdollista, että käsitteistöä ei kehitetä systematisoivassa tarkoituksessa, koherenssia luovaan tai pedagogiseen tehtävään ja että sen ei ole myöskään määrä palvella oikeudellis-institutionaalisten tosiasioiden synnyttämisessä. Voi olla, että käsitteistöllä on pelkästään heuristinen tehtävä, että se vain toimii ohjenuorana ratkaistavien tilanteiden jäsentämisessä. Tällaista tehtäväähän Pöyhönen on ehdottanut uuden varallisuus oikeuden käsitteille, sellaisille kuin ”toimintaympäristö”, ”kokonaisuusjärjestely”, ”intressitaho” ja ”riskipositio”. Puhe institutionaalisen tuen vaatimuksesta ei tämän tyyppisen käsitteistön yhteydessä ole ainaakaan samalla tavalla perusteltua kuin oikeusperiaatteiden tai systematisoivien käsitteiden kohdalla.

d) Edellä useassa yhteydessä esimerkkeinä käyttämäni Pöyhösen *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* ja *Uusi varallisuus oikeus* sekä Wilhelmssonin *Social civilrätt* todistavat osaltaan siitä, että jollakin oikeudenalalla saattaa jonain ajanjaksona vallita toisilleen vaihtoehtoisten yleisten oppien kilpailutilanne. Jos ja kun yleisten oppien muodostaminen ei ole looginen, positiivisen lainsäädännön yksittäisistä säännöksistä alkava induktiivinen toimitus, on ilmeistä, että samalle normiaineistolle voidaan esittää erilaisia systematisointivaihtoehtoja, että pintatason oikeudellisen aineiston nojalla esimerkiksi oikeudenalan periaatteita ja niiden *prima facie* suhteita voidaan jäsentää eri tavoin. Tämä myös merkitsee, että institutionaalinen tuki ei yksin riitä justifioimaan ehdotusta yleisiksi opeiksi tai ainakaan perustelemaan sen paremmuutta kilpailijoihinsa nähden. Miten yleiset opit sitten tulisi justifioida?

Suomalaisessa keskustelussa tähän kysymykseen on annettu kolmen tyyppisiä vastauksia. Wilhelmsson korosti *Social civilrätt* -teoksessaan, että valinta kilpailevien yleisten oppien välillä on arvoperusteinen, jopa poliittinen luonteeltaan ja että tällaisen valinnan justifioitavuudesta on hyödytöntä keskustella (Wilhelmsson 1987, s. 22-23). Aarnio on sen sijaan ehdottanut kriteeriksi yleisten oppien kykyä jäsentää oikeudellisia ongelmia: jos uudet yleiset opit mahdollistavat monivivahteisemmat oikeudellisten ongelmien muotoilut, ne samalla mahdollistavat myös monivivahteisemmat ongelmien ratkaisut. Lopputuloksena on lisääntynyt ongelmanratkaisukyky, mitä Aarnion mukaan on lupa käyttää oikeustieteen edistymisen mittana. (Aarnio 1997, s. 247 ss.) Lisääntynyt ongelmanratkaisukyky kuuluu myös Pöyhösen perusteluihin, mutta uuden varallisuus oikeuden justifikaatio ei ole yksin siinä. Viimekätinen justifikaatio on perustuslakimme ilmentämässä perusoikeusjärjestelmässä. Pöyhönen (2000) perustelee varallisuus oikeutensa periaatteita perusoikeuksista käsin, ja uuden käsitteistön tehtävänä on puolestaan jäsentää oikeudellisia ongelmatilanteita tavalla, joka luo tilaa perusoikeussidonnaisten periaatteiden soveltamiselle.

Aarnion ja Pöyhösen justifikaatiokriteerien eroa selittävät osaltaan erot yleisten oppien käsitteellisten ja periaatteellisen-normatiivisten ainesosien painotuksissa sekä yleisille opeille annetuissa teh-



tävissä. Aarnion tarkastelema – voimme myös sanoa: edustama – analyttinen siviilioikeus on rajoittanut konstruktiivisen huomionsa yleisten oppien käsitteelliseen puoleen ja korostanut niiden heuristista merkitystä. Heuristisen tehtävän kannalta käsitteistön ongelmanratkaisukyky onkin luonteva ehdotus justifikaation perusteeksi. Mutta jos yleisten oppien kehittäminen ulotetaan periaatteisiin ja jos niille annetaan myös argumentatiivis-normatiivisia tehtäviä, tämä peruste ei enää riitä. Jos Wilhelmssonin varoituksista huolimatta peräämme yleisten oppien perusteluja mutta emme tunnusta ylihistoriallisia, ajasta ja paikasta riippumattomia luonnonoikeudellisia periaatteita, jäljelle jää justifikaation kiinnittäminen oikeusjärjestyksen kerrostuneisuuden ideaan. Tämän idean mukaan yleisten oppien ”syväjustifikaatiossa” argumentatiivinen tuki on haettava oikeusjärjestyksen normatiivisen ytimen muodostavista kaikkein perustavimmista periaatteista, joita juuri perusoikeudet ilmentävät. Oma valintani esittelemäni kolmen vaihtoehdoisen vastauksen välillä kallistuu näin Pöyhösen puolelle, vaikka samalla myönnän myös Aarnion ehdottaman justifiointikriteerin oikeutuksen.

(e) Viimeinen yleisten oppien uudistamistyössä silmällä pidettävistä rajoituksista seuraa yleisten oppien sisäisistä suhteista. Olen pitänyt yleisten oppien keskeisinä ainesosina oikeudellisia käsitteitä ja periaatteita. Näillä ainesosilla on molemminpuolisia vaikutuksia ja implikaatioita. Se, miten käsitteiden ja periaatteiden välisiä suhteita jäsennetään, riippuu ainakin osaksi siitä, miten yleisten oppien tehtävät ja eri ainesosien asema niiden täyttämässä määritellään. Otan tästä yhden esimerkin. Jos yleisille opeille annetaan myös argumentatiivis-normatiivisia tehtäviä siten kuin jälkianalyttisiksi luonnehtimissani Pöyhösen ja Wilhelmssonin teoksissa on tehty, käsitteet tavallaan mielletään periaatteiden palvelijoiksi: käsitteet avaavat argumentatiivisen tilan periaatteille. Se, miten käsitteiden ja periaatteiden välisiä suhteita voisi tämän esimerkin ulkopuolella eritellä ja jäsentää, jääköön toisessa yhteydessä pohdittavaksi.

### 3. *Käsitelainopin itsepuolustus*

#### *Rytkölän puolustuspuhe*

Olavi Rytkölä julkaisi vuonna 1965 Lakimies-lehdessä kirjoituksen *Hallinto- ja finanssioikeudessa sovellettavista oikeusnormeista*. Kirjoituksen merkitys on siinä, että se ilmentää doktriinin murrosta, uhatuksi itsensä kokeneen perinteisen doktriinin itsepuolustusta analyttisesti suuntautunutta kritiikkiä ja uudistusvaatimuksia vastaan. Rytkölän kirjoituksen kautta on myös mahdollista yrittää arvioida kritiikin ansioita ja ylilyöntejä sekä tehdä tilinpäätöstä analyttisen kumouksen – tai ainakin julkisoikeudessa ehkä täsmällisemmin: kumousyrityksen – tuloksista.

Itse asiassa olen seuraavassa kiinnostunut vain Rytkölän artikkelin parista ensimmäisestä sivusta, joilla hän esitteli yleisiä näkemyksiään hallinto-oikeudellisesta tutkimuksesta. 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. Näin on siksi, että ”hallinto on siksi monivivahteista ja sen alalla esiintyvät oikeusilmiöt siksi moninaisia, että niiden oikea ymmär-

täminen 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 arvostelevaan samankaltaisia ilmiöitä samalla tavalla”. Kriitikoiden puoleen kääntyen Rytkölä toteaa, että ”vaikka tällaisella käsiteläinopilla on varsinkin Skandinavian maissa runsaasti vastustajia, niin ei ainakaan hallinto- ja finanssioikeudessa ilman sanotunlaista käsitteenmuodostusta päästä lainkaan oikeudenmukaisiin tuloksiin”.

Rytkölä esittää kuitenkin tärkeän varauksen näin muodostettujen käsitteiden käyttämiselle. 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 kasuistiseen menetelmään, joka korostaa yksittäisten oikeudellisten tilanteiden erityisluonnetta, 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 johtopäätöksensä 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”. (Rytkölä 1965, s. 171-173.)

Rytkölän ohjelmallisten lausumien sijoittaminen keskusteluyhteyksiinsä vaatii palaamista suomalaisen hallinto-oikeuden historiassa taaksepäin, aina tieteenalan syntyvaiheisiin ja jopa sitä edeltäväänkin aikaan. Kun tausta on hahmotettu, voimme siirtyä

ajassa eteenpäin ja yrittää arvioida Rytkölän puolustuspuheen keskeisten argumenttien ajankohtaisuutta.

### *Lakipositivistisen käsitelainopin tulo Suomeen*

Suomalaisen hallinto-oikeuden itsenäistyminen seuraa – luonnollista kyllä tietyllä viiveellä – saksalaista kehitystä: hallinto-oikeus irtoaa 1800- ja 1900-lukujen vaihteessa yhtenäisestä valtio-oikeuden oikeuden- ja tieteenalasta. Taustana on oikeusvaltiokehitys: leviää käsitys, jonka mukaan myös valtion elimet ovat oikeuteen sidottuja. Myös valtiota voidaan ja tulee tarkastella oikeudellisena ilmiönä – oikeushenkilönä. Oikeusvaltioajatteluun kuuluu niin ikään valtion (hallinnon) ja kansalaisten suhteiden ymmärtäminen oikeudellisiksi suhteiksi, joissa myös kansalaisilla saattaa olla valtioon kohdistuvia oikeuksia. Vaikka nämä suhteet ovatkin luonteeltaan oikeudellisia, ne ovat samalla – yksityisoikeudellisista, osapuolten yhdenvertaisuuteen perustuvista suhteista poiketen – hierarkkisia. Siksi kansalaisten oikeusaseman suojaaminen vaatii erityisiä oikeusturvatakeita, kuten virkamiesten erityistä rikosoikeudellista, vahingonkorvausoikeudellista ja kurinpidollista vastuuta sekä oikeutta hakea muutosta hallintoviranomaisten päätöksiin.

Suomessakin uuden hallinto-oikeuden tieteenalan keskeinen käsite oli oikeusvaltio. Kun ”oikeusvaltio” rantautui Suomeen, se oli Saksassa jo muuntunut muodolliseksi käsitteeksi. Siitä oli riisuttu sisällölliset aineosat, jotka olisivat viitanneet valtion tehtäviin tai valtiota sitovaan ylipositiiviseen normijärjestykseen. Alun pitäen oikeusvaltion käsite, joka oli omaksuttu 1800-luvun alkupuolen Saksassa, ollut luonteeltaan aineellinen: oikeus, johon valtion oli määrä olla sidottu, ei vielä samaistunut positiivisiin, valtion itsensä asettamiin normeihin. Aineellisena käsitteenä ”oikeusvaltio” muotoili oikeudellisesti saksalaisen liberaalin porvariston poliittisia vaatimuksia. Positivistinen käänne, jossa oikeusvaltiokäsite sai muodollisen hahmonsaa, ajoittui Saksan yhdistämiseen ja yhteinäisen Saksan valtiosäännön antamiseen vuonna 1871.

Oikeusvaltio-käsitteen muodollinen tulkinta ilmenee tavasta, jolla K. J. Ståhlberg esitteli käsitteen vuonna 1913 ilmestyneessä hallinto-oikeuden yleisen osan oppikirjassaan. Ståhlberginkin luonnehdinnasta ovat luettavissa muodollisen oikeusvaltiokäsitteen keskeiset tunnusmerkit, hallinnon lainalaisuus ja yksityisten valtion puuttumisia vastaan suojattu oikeuspiiri:

"Nyttemmin perustuslaillisessa valtiossa, oikeusvaltiossa on vakaantunut se käsitys, että hallintoakaan ei ole toimitettava vapaan harkinnan mukaan, aivan vapaasti kulloinkin hyödyllisyyttä ja tarkoituksenmukaisuutta silmällä pitäen. ... Hallintotoiminnan tulee ... pysyä lain rajoissa, siinä ei saa tehdä mitään, minkä laki kieltää, ei menetellä toisin kuin laki säättää eikä mennä sitä ulommaksi, minkä laki myöntää. Siten valtio hallinnon alalla tunnustaa lain, niin kauan kuin sitä ei ole laillisessa järjestyksessä kumottu tai muutettu, valtiota itseäänkin sitovaksi; ja sen kautta saavat valtion alaiset yhdyskunnat ja yksityiset valtiovaltaakin, hallintotoimintaakin, vastaan turvattu oikeuspiirin ja turvattu lakiin perustuvia oikeuksia." (Ståhlberg 1913, s. 4.)

Ståhlbergia ei voi pitää kovin teoreettisesti virittyneenä tutkijana, eikä hän oikeastaan missään yhteydessä nimenomaisesti esitellyt niitä teoreettisia lähtökohtia, joista käsin hän esimerkiksi laati hallinto-oikeutemme ensimmäisen, kaksiosaisen yleisesityksensä. Nämä lähtökohdat on kuitenkin helppo tunnistaa: ne ovat Saksassa vuoden 1871 hallitsevaan asemaan kohonneessa saksalaisessa *myöhäisperustuslaillisessa koulukunnassa*. Tämä koulukunta edusti julkisoikeudessa *käsitelainopin lakipositivistista suuntausta*.

Koulukunnan perusajatukset oli tuonut Suomeen nuori Robert F. Hermanson, joka valppaasti seurasi tieteenalansa kansainvälistä kehitystä. Hän esitteli uuden valtio-oikeudellisen suuntauksen vuosina 1878-1879 julkaisemassaan kaksiosaisessa artikkelissa *Om juridisk konstruktion i statsrätten*. Hermanson erotti uudessa suuntauksessa kaksi puolta, negatiivisen ja positiivisen. Negatiivinen puoli tarkoitti käsitelainopin positivistisuutta: oikeustieteen tutkimuskohde oli puhdistettava ulko-oikeudellisista aineksistaan ja

rajattava positiiviseen lainsäädäntöön. Positiivinen puoli taas kytkeytyi käsitelainopin *konstruktiiiviseen menetelmään*. Menetelmä oli kaksivaiheinen. Ensimmäisessä vaiheessa positiivisen lainsäädännön ilmentämien oikeusnormien perustalta muodostettiin oikeuskäsitteitä; tätä vaihetta voi kutsua induktiiviseksi. Toisessa vaiheessa, jota voi puolestaan kutsua deduktiiviseksi, näin muodostetuista käsitteistä puolestaan johdettiin – erityisesti aukkotapauksissa, positiivisen lainsäädännön vaietessa – uusia oikeusnormeja.

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 (1905-1982) eivät tunteet tarvetta nimenomaisesti paneutua niihin 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 vaihtoisuudesta on tosin poikkeuksiakin. Niinpä Urho Kekkonen (1900-1986) esitteli väitöskirjassaan varsin seikkaperäisesti ja asiantuntevasti erityisesti Georg Jellinekin käsityksiä valtion oikeushenkilöllisyydestä ja valtio-orgaaneista (Kekkonen 1936, s. 20-50).

Saksassa käsitelainopillisen positivismiin valtakausi valtio-oikeudessa päättyi jo 1920-luvulla Weimarin tasavallassa. Positivismi ajautui puolustusasemiin materiaalisiksi luonnehdittavien doktriinien edessä: sitä syytettiin yhtäältä arvorelativismista tai jopa -nihilismistä sekä yhteiskunnallis-poliittisen todellisuuden syrjäyttämisestä. Kiinnostavaa on, että Saksan tilanteeseen yleensä her-

kästi reagoinut suomalainen tutkimus ei uusista lähestymistavoista innostunut. Yksinäisenä poikkeuksena käsitelainopillis-positivistisesta valtavirtauksesta oli Paavo Kastari (1907-1991), joka jo vuonna 1940 ilmestyneessä väitöskirjassaan painotti tosiasiallisen valtiokäytännön merkitystä valtiosääntöoikeudellisessa tutkimuksessa. Mutta kuvaavaa on, että vastaväittäjänä toiminut valtiosääntöoikeuden tuolloinen professori Kaarlo Kaira (1886-1966) suuntasi ankarimman arvostelunsa juuri tähän puoleen Kastarin työssä (Kaira 1941).

Syitä siihen, miksi käsitelainopillisen positivismin lähtökohdat juurtuivat niin syvälle suomalaiseen julkisoikeudelliseen tutkimukseen, voi vain arvailla. Suomalaista oikeuskulttuuria on usein luonnehdittu *legalistiseksi*, lain kirjainta korostavaksi. Legalismin taustaksi on viitattu Suomen autonomisen aseman puolesta Venäjän vallan ajan viimeisinä vuosikymmeninä käytyyn taisteluun, joka ymmärrettiin paljolti oikeustaisteluksi; Suomi-neito yritti varjella Venäjän kotkan kynsiltä lakikirjaansa, joka sisälsi myös Ruotsin vallan ajalta periytyvät valtiosääntöasiakirjat. Legalismi-selityksen kaikkivoipaisuuteen on aihetta suhtautua kriittisesti; esimerkiksi kansalaissodan jälkiselvittelyissä tai poliittisen kentän vasemman äärilaidan toiminnan tukahduttamisessa 1920- ja 1930-luvuilla oli piirteitä, joita on vaikea yhdistää lain kirjaimen tinkimätöntä noudattamista tähdentävään legalismiin. Silti minusta on selvää, että legalististen tunnusten alla käydyllä autonomia-taistelulla, jossa valtio-oikeuden tutkijat olivat eturintamassa, on ollut tärkeä merkitys käsitelainopille ominaisten lakipositivististen lähtökohtien iskos- tamisessa suomalaiseen julkisoikeuteen.

Nämä lähtökohdat omaksui myös Olavi Rytkölä, joka puolusti 1948 väitöskirjaansa *Valtion vakinaisten virkamiesten palkkaus- ja eläkeoikeus*. Hallinto-oikeuden tärkeimmistä vaikuttajista, Ståhlbergistä ja Merikoskesta, voi väittää, että heidän saksalaisperäisissä vaikutteissaan pääpaino oli Hermansonin negatiiviseksi kutsumassa puolessa, lakipositivismissa. Heidän pragmaattisesti painottunut tutkijanotteensa ei jättänyt itsenäistä sijaa käsitteellis-konstruktiviselle kehittelylle. Rytkölä sen sijaan liittyi väitöskirjallaan suomalaista julkisoikeutta hallinneen koulukunnan käsitteellis-kon-

struktiivisesti suuntautuneeseen siipeen. Rytkölä kulutti varsin paljon palstatilaa eritelläkseen sellaisia käsitteitä kuin ”subjektiivinen julkinen oikeus” ja ”saavutettu oikeus” ja pohtiakseen, kuuluvatko virkamiesten taloudelliset oikeudet näiden käsitteiden alaan. Hän ei myöskään kaihtanut tukeutumasta käsitteellisiin pohdintoihinsa ottaessaan kantaa yksittäisiin palkkaus- ja eläkeoikeuksia koskeviin ongelmiin. Tämän kaltaiset käsitteellis-konstruktiviset lähtökohdat leimasivat ehkä vielä selvemmin Rytkölän toista monografiaa, 1949 ilmestynyttä teosta *Julkisoikeudellinen sopimus*, jonka alaotsikkona oli *Käsite, esiintymismuodot ja oikeusvai-  
kutukset*.

*Ekskurssi: oppi yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta*

Edellä Merikoskesta kirjoittamaani on tehtävä eräs tärkeä täsmennys, joka koskee hänen panostaan teoreettisen lainopin alalla, hallinto-oikeuden yleisten oppien kehittämisessä. Merikosken suurimmat ansiot eivät ole yleisten oppien käsitteellis-konstruktivistisella puolella, vaan suunnalla, joka lakipositivisessa käsiteläinopissa usein jäi syrjäiseen asemaan: keskustelussa yleisistä oikeusperiaatteista. Merikosken 1958 ilmestynyttä, oikeastaan viimeistä tutkimuksellista työtä *Vapaa harkinta hallinnossa* on perusteltua pitää myös hänen pääteoksenaan, ainakin jos rajoitamme tarkastelumme teoreettisen lainopin alaan.

Teoksen merkitys hallinto-oikeutemme kehityksessä on siinä, että se toi tutkimukseemme ja aikaa myöten myös hallinto-oikeudelliseen lainkäyttöön ranskalaisperäisen opin harkintavallan rajoitusperiaatteista (*détournement du pouvoir*), joita sittemmin on kutsuttu myös *hallinto-oikeuden yleisiksi periaatteiksi*. Tällaisina periaateinahan on tapana luetella yhdenvertaisuus, objektiivisuus, suhteellisuus ja tarkoitussidonnaisuus. Merikosken teokseen sisältyi kuitenkin myös hallinnon ja lainkäytön sekä sidotun ja vapaa-harkintaisen hallinnon perustavan luonteista rajankäyntiä. Hallinnon ja lainkäytön rajan Merikoski veti jo Ståhlbergin viitoittamalla



tavalla. Hän määritteli hallinnon negatiivisesti siten, että sillä tarkoitetaan kaikkea sellaista valtion toimintaa, joka ei ole lainsäädäntötoimintaa eikä lainkäyttöä. Lainkäyttöä on Merikosken määritelmän mukaan ”se valtion toiminta, jossa määrämuotoista ’prosessuaalista’ menettelyä noudattaen annetaan oikeussuojaa vahvistamalla auktoritatiivisesti, yleensä erityisen lainkäyttöelimen arvovallalla ja lopulliseksi tarkoitettulla tavalla, mitä yksittäistapauksessa on pidettävä voimassaolevan oikeusjärjestyksen mukaisena ratkaisuna”. Lainkäytön ja hallinnon – erityisesti sidotun hallinnon – erottamiseksi Merikoski painotti lainkäytölle ominaista tarkoitusta antaa oikeussuojaa sitä tarvitseville. Hänen mukaansa ”lainkäyttökoneisto pannaan yleensä käyntiin nimenomaan juuri oikeussuojatarpeen tyydyttämiseksi, kun taas hallintomenettelyltä puuttuu tämä tarkoituserä tai se ei ainakaan ole menettelyssä keskeisessä asemassa”. (Merikoski 1958, s. 13-17.)

Kiistanalaisimmaksi Merikosken teoreettisista lähtökohdista osoittautui oppi yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta. Merikosken (s. 43) mukaan lainkäytössä ja *sidotussa hallinnossa* ”voidaan yleensä, periaatteessa, vain yhtä ainoata ratkaisua pitää oikeana”. Tämä lähtökohdan kannalta ei ole merkitystä sillä, perustetaanko ratkaisu kiinteäsisältöisiin säännöksiin vai niin sanottuihin joustaviin oikeusnormeihin, jotka edellyttävät kokemussääntöjen soveltamista taikka arvo- tai astearvostelmia. Merikoski korosti, että ”kysymykseen, vaatiiko yleinen tarve tietyn pakkolunastuksen sallimista, voidaan vastata vain kyllä tai ei”, ja ”yhdistyksen tarkoitus on tai ei ole yhdistyslain mielessä hyvän tavan vastainen; se ei voi olla jotakin siltä väliltä”. Kun sidotussa hallinnossa ei ”teoreettisesti katsoen” ole vaihtoehtoisten ratkaisujen mahdollisuutta, *vapaaharkintaisessa hallintotoiminnassa* ”saa asian ratkaiseva viranomainen vapaana oikeudellisesti sitovista ratkaisu- ja toimintaohjeista tehdä valinnan kahden tai useamman ratkaisuehdotuksen välillä, joita on pidettävä oikeudellisesti katsoen samanarvoisina”. Merikoski viittasi kirjallisuuteen, jossa yhden ainoan oikean ratkaisun oppia ja lainkäyttöpäätöksen syllogismiluonnetta oli arvioitu kriittisesti. Arvostelu ei kuitenkaan hänen mukaansa horjut-

tanut yhden ainoan oikean ratkaisun oppia eli ”käsitystä, että jokaisessa lainkäyttöasiassa on teoreettisesti katsoen olemassa vain yksi oikea ratkaisu, joka tuomioistuimen on pyrittävä löytämään”.

Merikoskea on syytä lukea tarkasti. Oppi yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta oli hänelle (s. 48) vain välttämätön ”teoreettinen” lähtökohta, joka on ”erottamattomassa yhteydessä oikeus-  
t u r v a v a a t i m u k s e n kanssa, jota nykyaikainen oikeusvaltio pyrkii toteuttamaan”. Oikeusvarmuus, lainkäyttöpäätösten ennalta arvattavuus, ei Merikosken mukaan voi toteutua, jos tästä opista luovutaan. Merikoski myös huomautti, että itse asiassa koko prosessuaalinen muutoksenhakujärjestelmä perustuu oletukselle yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta, sillä ”muutoksenhakuhan ... tapahtuu nimenomaan juuri siinä tarkoituksessa, että ylempi oikeusaste oikaisisi alemman tuomioistuimen antaman väärän päätöksen”.

Viimeaikaisessa oikeusteoreettisessa keskustelussa on korostettu, että on tärkeää pitää erossa yhtäältä lainkäyttöratkaisun perustelemisen tapa ja toisaalta se tapa, jolla tuomari todellisuudessa ratkaisuunsa päätyy. On tapana puhua lainkäyttöratkaisun perustelemisen logiikan (*logic of justification*) ja siihen päätyminen logiikan (*logic of discovery*) välisestä erosta. Ratkaisu saatetaan sitä perusteltaessa pukea loogisen syllogismin muotoon siten, että syllogismina ylälauseena on jutussa sovellettava oikeusnormi eli ratkaisunormi, alalauseena jutun tosiasioiden kuvaus ja johtopäätöksenä ratkaisu. Mahdollisuutta muotoilla ratkaisu loogiseksi syllogismiksi voidaan jopa pitää ratkaisun hyväksyttävyyden eli justifioitavuuden vähimmäisedellytyksenä. Loogisen syllogismin muoto näet ilmentää ratkaisun yleistettävyyttä, sitä, että ratkaisu perustuu yleiseen oikeusnormiin, joka on sovellettavissa muissakin oikeudellisesti merkityksellisissä suhteissa samankaltaisissa jutuissa. Mahdollisuus saattaa päätös loogisen syllogismin muotoon ei kuitenkaan tarkoita sitä, että loogisella päättelyllä olisi ratkaiseva merkitys siinä prosessissa, jonka tuloksena tuomari todellisuudessa päätyy ratkaisuunsa.

Merikoski oli hyvin perillä siitä, että lainkäyttöratkaisun perustelemisen logiikka (*logic of justification*) ei ole sama asia kuin

siihen päätyminen logiikka (*logic of discovery*). Sallittakoon tämän osoittamiseksi vielä pitkäkö lainaus Merikosken *Vapaa harkinta hallinnossa* -teoksesta:

”Paljon erimielisyyttä on siitä, miten ... oikea ratkaisu on löydettävissä. Millä tavoin sen etsimisessä voidaan käyttää yleisiä tulkintakeinoja, turvautumista ’yleisiin oikeusajatuksiin’, kohtuusharkintaa, intressivertailua jne., ja missä määrin tuomarin kannanotot syntyvät tiukan loogillisen ajattelun tai vain pelkän intuition pohjalla taikka jollakin muulla tavalla, kaikki ovat toistaiseksi avoimia kysymyksiä. Mutta miten lainkäyttöpäätöksen syntyminen konstruoidaankin, ei useiden vaihtoehtoisten ratkaisujen olemassaolon mahdollisuutta saateta tunnustaa. Vain yksi ratkaisu voi – seurattakoonpa sitten mitä teoreettisia linjoja tahansa – olla oikea, vaikka kaiken inhimillisen vajavaisuudesta johtuen käytännössä ei suinkaan aina osuta tähän ainoaan oikeaan ratkaisuun.” (Merikoski 1968, s. 46-47.)

### *Käsitelainopin kritiikki: Makkonen ja Aarnio*

Käsitelainopillinen metodi oli 1800-luvun Saksassa alkujaan kehitelty yksityisoikeuden puolella. Kun Hermanson esitteli artikkelissaan uuden metodin negatiivista puolta, tutkimuskohteen puhdistamista ei-oikeudellisista aineksista, hän turvautuikin yksityisoikeuden tarjoamaan esimerkkiin. Hänen mukaansa jo pintapuolinen tutustuminen yksityisoikeudelliseen tutkimukseen osoitti, että siinä ei kysellä jonkin oikeudellisen instituution perusteita instituution oikeutuksen merkityksessä. Yksityisoikeudessa ei esimerkiksi aseteta kysymystä omistusoikeuden perusteista, siitä mikä oikeuttaa yksityisen omistusoikeuden tai mitä tapoja hankkia omistusoikeus on pidettävä oikeutettuina. (Hermanson 1879, s. 488-489.)

Saksassa myöhäisperustuslaillisen koulukunnan perustajaisista niin Carl Friedrich von Gerber (1823-1891) kuin Paul Labandkin (1838-1918) olivat aloittaneet uransa yksityisoikeudessa, ja uuden

valtio-oikeudellisen doktriinin peruskäsitteet – kuten valtion oikeushenkilöllisyys – oli muodostettu yksityisoikeudellisten esikuvien mukaisesti. Laband myös tunnusti avoimesti valtio-oikeuden kii-tollisuudenvelan siviilioikeudelle. Esipuheessaan teokseensa *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* hän vastasi arvostelijoille, jotka olivat moittineet häntä yksityisoikeudellisten käsitteiden sovelta-misesta valtio-oikeuteen. Hänen mukaansa kyseisten käsitteiden käyttäminen valtio-oikeudellisessa tutkimuksessa oli oikeutettua siksi, että ne eivät olleet olemukseltaan erityisesti yksityisoikeu-dellisia vaan yleisiä oikeuskäsitteitä. Yksityisoikeudellinen tutki-mus oli saavuttanut muihin oikeudenaloihin nähden niin merkittä-vän etumatkan, että opin ammentamisessa kypsemältä sisarelta ei ollut mitään kavahdettavaa. (Laband 1888, s. VII.) Labandin vasta-kritiikin mukaan ne, jotka ovat moittineet häntä yksityisoikeudellisen metodin soveltamisesta, puoltavatkin usein luopumista valtio-oi-keuden juridisesta tarkastelusta ja ovat taipuvaisia korvaamaan oikeuskäsitteet filosofisella tai poliittisella näkökulmalla. Neuvos-to-oikeustieteen 1920-luvun klassikko Jevgenij Pasukanis totesi oikeudellisen logiikan olevan siviilioikeuden logiikkaa (Paschukanis 1969, s. 71). Laband olisi voinut yhtyä tähän toteamukseen.

Myös analyyttinen kumous, joka suisti käsitelainopillisen me-todin valtaistuimeltaan, alkoi esimerkiksi Suomessa siviilioikeu-desta. Analyyttisessä oikeustieteessämme voi karkeasti erottaa kaksi vaihetta: *analyyttinen realismi*, jossa keskeisiä nimiä olivat Simo Zitting ja Osvi Lahtinen (1912-1967) ja tärkeitä taustavaikuttajia taas Alf Ross ja Hans Kelsen, sekä *analyyttinen hermeneutiikka*, joka on pitkälti henkilöitynyt Aulis Aarnioon ja jossa Wittgensteinin myöhäisfilosofia on kenties merkittävin inspiraation lähde. Kaarle Makkosella oli kahdessakin suhteessa välittäjän rooli. Hän toi Wittgensteinin ajatukset suomalaiseen oikeusteoreettiseen kes-kusteluun ja avasi samalla tien analyyttisen oikeustieteen ensim-mäisestä vaiheesta toiseen. Tässä vuonna 1959 ilmestyneellä artikkelilla *Ajatuksia juridisen kielen loogisesta analyysistä* oli uraa uurtava merkitys. Makkonen myös sovelsi analyyttisiä oppeja en-simmäisenä julkisoikeudelliseen tutkimukseen. Vuonna 1964 ilmes-tyntä lyhyttä artikkelia *Toimivalta* voi pitää analyyttisesti suun-

tautuneen julkisoikeudellisen tutkimuksemme alkupisteenä. Makkosen artikkelit ovat komea poikkeus monografia-fetisismien vai-vaamasta oikeustutkimuksestamme, jossa artikkelimuotoa vain har-voin on hyödynnetty uusiin avauksiin. Kun Rytkölä julkaisi artik-kelinsa vuonna 1965, analyttisen oikeustieteen saldo suomalais-essa julkisoikeudessa oli vielä niukka. Oikeastaan voimme puhua vasta päänavauksesta, jota Makkosen jälkimmäinen artikkeli mer-kitsi.

*Toimivalta* voidaan sijoittaa jonnekin oikeusteorian ja teoret-tisen lainopin välimaastoon. Selkeästi hallinto-oikeudellista lain-oppia edusti Makkosen vuonna 1968 ilmestynyt monografia *Kun-nallinen säädösvalta*. Analyttiseksi julistautuneen hallinto-oike-ustieteen virein vaihe oli varsin lyhyt. Siihen voidaan Makkosen monografian ohella lukea kolme perättäisinä vuosina ilmestynyttä väitöskirjaa: Toivo Holopaisen *Kunnan asema valtiossa* vuodelta 1969, Eero Vilkkosen *Hallintotoimen mitättömyydestä* vuodelta 1970 ja Kari Sinisalon *Polisiin toimivallan määräytyminen* vuodel-ta 1971.

Analyttikkojen käsitelainopin vastainen kritiikki suuntautui ennen muuta Hermansonin positiiviseksi kutsumaan puoleen eli käsitelainopille ominaiseen konstruktiviseen menetelmään. Nega-tiivisesta puolesta eli oikeustieteen tutkimuskohteen rajaamisesta positiiviseen oikeuteen analyttikot olivat edeltäjiensä kanssa pit-kälti samaa mieltä. Positiivinen, voimassa oleva oikeus tosin saa-tettiin määritellä eri tavoin. Skandinaavisen realismin, ennen kaik-kea Rossin kautta välittyneet vaikutukset tuntuivat myös Suomes-sa, analyttisen oikeustieteen ensimmäisessä vaiheessa; on syytä viitata varsinkin Osvi Lahtiseen (1951) ja eräisiin Kaarle Makk-osen käsite-erittelyihin. Realistis-empiristiset ainekset vaikuttivat suomalaisten tutkijoiden töissä lähinnä vain tiettyjen oikeudellisten peruskäsitteiden – esimerkiksi oikeusnormin ja velvollisuuden käsitteiden – määrittelyyn tavalla, joka voisi läpäistä loogisen positivismin koeteltavuuden kriteerin, toisin sanoen siten, että niil-le voitaisiin osoittaa vastine empiirisesti havainnoitavissa olevassa todellisuudessa.

Käsitelainopin konstruktiiivisessa metodissa analyttisesti suuntautuneet tutkijat arvostelivat sekä induktiivista vaihetta, jossa positiivisista oikeuslauseista yleistettiin yleisiä käsitteitä (tai yleisiä periaatteita), että deduktiivista vaihetta, jossa käsitteitä tai periaatteita sovellettiin yksittäisiin oikeudellisiin ongelmiin. Nojautun seuraavassa argumentteihin, joita Makkonen esitti vuonna 1965 ilmestyneessä väitöskirjassaan (suomenkielisessä, 1981 ilmestyneessä laitoksessa s. 225 ss.) ja Aarnio puolestaan kolmetoista vuotta myöhemmin julkaisemassaan teoksessa *Mitä lainoppi on?* (Aarnio 1978, s. 238 ss.)

Makkonen selvitti oikeusnormikäsitteensä pohjalta, mitä *oikeudellinen induktio* saattaisi tarkoittaa. Makkosen mukaan oikeusnormit määrittelevät oikeustositseikkojen ja oikeusseuraamusten välisiä suhteita, ja oikeusnormi on olemassa, kun tällainen suhde vallitsee. Induktiivinen päättely oikeusnormien perusteella merkitsevä, että ”koska annettujen oikeusnormien perusteella tiedämme, että joihinkin tiettyyn luokkaan kuuluviin oikeustositseikkoihin liittyy tiettyjä oikeusseuraamuksia, päättelemme, että samat seuraamukset liittyvät myös asianomaiseen luokkaan kuuluviin muihin tosiseikkoihin”. Näin induktiossa tietty ominaisuus eli oikeusseuraamus liitettäisiin annetun luokan kaikkiin jäseniin (oikeustositseikkoihin) yleistäen äärellisestä määrästä tuon luokan yksittäisiä jäseniä tai Makkosen käyttämän esimerkin avulla ilmaisten: ”jos annettujen oikeusnormien perusteella tiedämme, että takausitoumuksiin liittyy maksuvelvollisuus, päättelemme, että tuo velvollisuus liittyy maksusitoumuksiin ylipäänsä”. (Makkonen 1981, s. 228-229.)

Toisena esimerkkinä Makkonen (s. 229-231) tarkasteli johtopäätösten tekemistä erityissäännöksistä, joita oli annettu oikeudesta hakea muutosta hallintopäätöksiin, ennen kuin lailla nimenomaisesti vahvistettiin lähtökohdaksi yleinen muutoksenhakuoikeus. Johtopäätöksenä erityissäännöksistä saattoi olla joko niin sanottu enumeraatioperiaate, jonka mukaan muutoksenhaku on sallittu vain nimenomaisesti säännellyissä tapauksissa, tai yleisklausuulijärjestelmä, jossa muutoksenhakuoikeus on pääsääntönä. Jälkimmäi-

nen johtopäätös edustaisi induktiopäätelmää. Makkonen kuitenkin kiisti induktiopäätelmän pitävyyden: ”Itse asiassa emme voi ao. oikeusnormeista päätellä edes sitä seikkaa olisiko muutoksenhaku ehkä sallittu vielä joissain muissakin kuin annetuissa laeissa mainituissa tapauksissa ja jos on, niin missä.” Makkonen arvioi myös vastaväitettä, jonka mukaan ammattijuristi kykenee koulutuksensa avulla päättelemään, milloin yksittäiset säännökset viittaavat yleiseen sääntöön, milloin ne taas ovat tästä poikkeuksia, ja voisi näin johtaa annetuista normeista periaatteen. Makkonen kuitenkin toteasi, että tällöin päättely ei nojaudu vain annettuihin oikeusnormeihin, vaan myös muuhun tietoon asiaan vaikuttavista tekijöistä. Makkonen (s. 231) väitti, että yksittäisistä normeista yleistäminen edellyttää kätketysti oikeusjärjestyksen yleisempää tuntemusta:

”Se, joka tuntee oikeusjärjestyksen sisällön etukäteen, saattaa luulla yleistävänsä tietystä normista tai normeista, vaikka tuo ’yleistäminen’ perustuukin oikeusjärjestyksen tuntemukseen. Yleistys on ollut eräänlainen aistiharha. Kun esim. aikaisemmin lähdimme eri takauslajeista ja päädyimme sopimukseen sekä oikeustoimiin yleensä ei kysymyksessä ollut tietoinen menetelmä, jonka avulla eräistä normeista yleistäen tavoitettiin yhä yleisempiä periaatteita, koska etukäteen tiesimme muiden normien olemassaolon. ’Yleistäminen’ oli mahdollinen, koska asianomaiset luokat ja osaluokat muodostettiin oikeusjärjestyksen aikaisemman tuntemuksen perusteella.”

Oikeudellisen induktion esteenä on Makkosen (s. 234) mukaan myös se, että oikeusnormien säätäminen perustuu tahdonakteihin ja että lainsäätäjällä on oikullinen tavalla, jolle ei ole vastinetta luonnossa vallitsevissa säännönmukaisuuksissa eli invariansseissa. Hän päätti arvionsa oikeudellisen induktion mahdollisuuksista seuraavasti:

”Oikeusseuraamuksen liittäminen oikeustosisekkoihin riippuu arvostuksesta, erilaisista tarkoituksenmukaisuus- ja oikeuspoliittisista näkökohdista yms. Oikeusjärjestys ei ole luonteeltaan sel-

lainen invarianssijärjestelmä, josta induktion avulla voitaisiin suorittaa yleistyksiä. Oikeusnormin säätäminen on luonteeltaan tahdonakti, volitiivinen ratkaisu, joka on ulkopuolella totuus-kriteerien. Lainsäätäjä on oikullinen. Jossakin tapauksessa kahdenkymmenen oikeustosiselikka/oikeusseuraamusrelaation vahvistaminen voi merkitä yleistä sääntöä, jossakin toisessa tapauksessa poikkeusta yleisestä säännöstä. Jos luonto ei tee hyppäyksiä, niin lainsäätäjä tekee sitä enemmän! Induktiossa on taasen kät-kettynä edellytyksenä se, ettei räikeitä poikkeuksia tapahdu, se pohjautuu vallitsevaan säännönmukaisuuteen.”

Aarnio perusti erittelynsä oikeudellisesta induktiosta osin Makkosen pohjalle. Hänkin totesi, että oikeusjärjestys ei ole luonnon kaltainen invarianssien, säännönmukaisuuksien, järjestelmä vaan sääntöjärjestelmä; että lainsäätäjä on oikullinen; että yksittäiset säännökset voivat joskus merkitä ”yleistä” sääntöä ja joskus taas poikkeusta tällaisesta säännöstä; ja että legaaliseksi induktioksi kutsuttu päättely itse asiassa edellyttää aina piilevästi yleisempää tietoa oikeusjärjestyksen sisällöstä. Uutta Makkoseen verrattuna oli argumentaatioteoreettinen korostus. Aarnion (1978, s. 244-245) mukaan

”... oikeusperiaatteen ulottaminen tuntemattomaan tapaukseen on ymmärrettävissä vain argumentaatioteoreettiselta pohjalta. Kun tutkija pohtii, soveltuuko jokin sääntö tapaukseen e vai eikö se sovellu, on hänen ainoa keinonsa vastauksen saamiseksi nojautuminen tavanomaiseen lainopilliseen argumentaatioon. Hänen on todisteltava tietyn tulkinnan puolesta ja toista vastaan, kunnes hän katsoo voineensa osoittaa periaatteen soveltuvuuden tapaukseen.”

Sekä Makkosen että Aarnion kriittisessä arviossa oikeudellisesta induktiosta – ja itse asiassa samalla myös deduktiosta – huomio suunnattiin yleisiin oikeusperiaatteisiin. Käsiteläinopin ohjelmallisissa julistuksissa oikeudellisen induktion ja deduktion saranakohtana eivät kuitenkaan olleet niinkään oikeusperiaatteet



kuin oikeudelliset käsitteet. Julkisoikeudessa edustava esimerkki lakipositivistisen käsitelainopin ohjelmanjulistuksesta on Labandin esipuhe vuonna 1888 ilmestyneeseen *Staatsrecht des deutschen Reiches* -teoksensa laitokseen. Labandin (s. XI) mukaan positiivisen oikeuden tieteellisen dogmatiikan tehtävänä on ”konstruoida oikeusinstituutioita, palauttaa yksittäiset oikeuslauseet yleisemmiksi käsitteiksi ja toisaalta johtaa niistä seuraavat johtopäätökset”. Ja vastaavasti Ståhlbergin mukaan tehtävänä oli ”olevain oikeusmääräysten selittäminen, saattaminen oikeuskäsitteitä niistä selville ja niistä lähtevien johtopäätösten tekeminen” (Blomstedt 1969, s. 52). Oikeuskäsitteet eivät käsitelainoppineille olleetkaan normatiivisesti tyhjiä käsitteitä vaan eräänlaisia oikeusnormiryypäitä. Niinpä käsitelainopissa katsottiin, että sellaisten käsitteiden kuin ”omistusoikeuden” tai ”oikeushenkilön” merkityssisältönä oli tietty oikeusnormien joukko. Kun jokin yhteiskunnallisen todellisuuden ilmiö saatettiin käsitteen alle, tästä seurasi, että ilmiöön sovellettiin käsitteen merkityssisältöön kuuluvia oikeusnormeja. Jos esimerkiksi valtio määriteltiin oikeushenkilöksi, seurauksena oli johtopäätös, että valtioon oli sovellettava oikeushenkilöominaisuutta luonnehtivia oikeusnormeja.

Voimme valaista käsitelainopillista päättelyä myös Markku Helinin vuonna 1985 julkaisemassaan artikkelissa käyttämän esimerkin avulla. Oikeudellisena kysymyksenä, johon positiivisen lainsäädännön nimenomaiset säännökset eivät antaneet vastausta, oli, oliko avoimeen yhtiöön sovellettava tiettyjä oikeushenkilöitä koskevia oikeusnormeja. Konstruktivisen menetelmän induktiivisen vaiheen lähtökohtana olivat eräät muita oikeuskysymyksiä järjestäneet positiivisen lainsäädännön nimenomaiset säännökset, joissa avointa oikeushenkilöä kohdeltiin oikeushenkilöiden tavoin. Induktiivisena johtopäätöksenä oli käsitelmääritys, avoimen yhtiön määrittely oikeushenkilöksi. Tästä käsitteellisestä ratkaisusta puolestaan pääteltiin ”deduktiivisesti”, että avoimeen yhtiöön oli sovellettava oikeushenkilöitä koskevia oikeusnormeja myös silloin, kun positiivinen lainsäädäntö vaikenä asiasta. Tässä on tyypillinen esimerkki analyttikkojen kritikoimasta käsitteistä päättelemisestä. Analyttikkojen arvostelun ytimenä oli, että käsitelmääritystä voi-

tiin johtaa vain ne samat normit, joiden nojalla määrittelyyn oli päädyttykin.

Selostamani esimerkki ei kuitenkaan valaise erästä käsitelainopin arvioinnissa olennaista seikkaa: mihin perustuivat ne yleiset käsitteet, joiden alaan yksittäiset oikeudelliset ilmiöt sijoitettiin, sellaiset kuin ”omistusoikeus” tai vaikkapa ”oikeushenkilö”, jota avointa yhtiötä koskevassa esimerkissä konstruktiivisen metodin soveltaminen edellytti ikään kuin annettuna ennakkollisena käsitteellisenä lähtökohtana? Lähestyn tätä kysymystä Aarnion *Mitä lainoppi on?* -teoksessa käsitelainopista esittämän luonnehdinnan pohjalta.

Käsitelainopille oli Aarnion (1978, s. 241-243) mukaan ominaista kaksi keskusajatusta: yhtäältä oppi oikeusnormien elimellisestä yhteydestä, siitä, että oikeusnormit jossain mielessä edellyttävät toinen toisiaan, ja toisaalta oppi oikeudellisten käsitteiden yleispätevästä luonteesta. Ajatus oikeusnormien elimellisestä yhteydestä perusteli tutkimustehtävän ”johtaa tunnetuista säännöksistä sellaiset, joita ei erikseen ole lainsäädännössä kirjoitettu näkyviin, mutta jotka ovat välttämättömässä riippuvuussuhteessa tunnettuihin säännöksiin”. Toisen keskusajatuksen mukaan oikeusjärjestyksessä oli jatkuvasti muuttuvien yksittäisten sääntöjen ohella myös jotain pysyvää, jota oikeudelliset käsitteet ilmaisivat. Sellaisissa käsitteissä kuin ”omistusoikeus” tiivistyi oikeuden ”universaalinen, ajasta ja paikasta riippumaton pätevä ydin”. Tämä puolestaan teki ”mahdolliseksi konstruoida oikeudellisista käsitteistä oma hierarkiansa, käsittepyramidi, jonka avulla luotettavasti voidaan esittää oikeusjärjestyksen yleispätevä aines”.

Aarnio suuntasi arvostelunsa kärjen käsitykseen oikeussäännösten elimellisestä yhteydestä. Hänen mielestään oli selvää, että oikeusjärjestys ei ollut sellainen looginen järjestelmä, jossa jokainen osa logiikan sääntöjen mukaan edellytti toistaan. Aarnion esimerkkinä olivat kiinteistön luovutusta koskevat muutosäännökset ja takaisinsaantia koskevat konkurssioikeudelliset normit. Aarnio korosti, että mikään logiikka ei ole velvoittanut säätämään takaisinsaantia koskevia normeja. Kyse on ollut lainlaatijan arvostuksista, siitä, että on pidetty oikeana suojata velkojia joiltakin velallisen

toimilta. Käsitelainopin järjestelmät olivat vain eräänlaisia näennäisloogisia konstruktioita, jotka saattoivat peittää näkyvistä sen, että järjestelmän muodostamiseen kätkeytyi monen tyyppisiä arvostuksia ja niihin pohjautuvia valintoja.

Jos vertaamme toisiinsa Labandin esittämää luonnehdintaa oikeustieteen tehtävistä ja Aarnion pelkistystä käsitelainopin ominaispiirteistä, näyttää siltä kuin olisimme tekemisissä kahdenlaisten käsitteiden kanssa. Laband korosti, että käsitteet muodostetaan yksittäisten positiivisoikeudellisten oikeuslauseiden eli oikeusnormien pohjalta. Aarnio sen sijaan antaa ymmärtää, että käsitelainopissa oikeuskäsitteet ymmärrettiin universaalisti, ajasta ja paikasta riippumattomasti päteviksi. Osaksi selityksenä voi olla yksinkertaisesti se, että Laband oli valtio-oikeuden tutkija kun taas Aarnion oikeusdogmaattinen koti on yksityisoikeudessa. Käsitelainoppi syntyi yksityisoikeudessa 1800-luvun Saksassa ajanjaksona, jolloin Saksaa oikeudellisesti yhdistävää yksityisoikeudellista lainsäädäntöä ei vielä ollut, eikä käsitelainoppi voinut näin tukea lakipositivistiselle pohjalle. Itse asiassa vuonna 1895 annettua Saksan yksityisoikeuden kodifiointua lakia, *Bürgerliches Gesetzbuch*'ia, edeltäneen yksityisoikeudellisen käsitelainopin suurena yhteiskunnallisena tehtävänä oli luoda Saksassa oikeudellinen yhtenäisyys tilanteessa, jossa ei vielä voitu nojautua yhteiseen lainsäädäntöön. Sen sijaan valtio-oikeudessa käsitelainoppi oli jo alun alkaen lakipositivistisesti suuntautunut. Kuten olen yllä jo todennut, käsitelainopillisesti virittynyt myöhäisperustuslaillinen koulukunta ponnisti 1871 annetun yhtenäisen Saksan valtakunnan valtiosäännön pohjalta. Teoreettis-metodisen pohjan oli tosin valanut Carl Friedrich von Gerber jo 1865 ilmestyneellä teoksellaan *Grundzüge des öffentlichen Rechts*.

Vaikka yksityisoikeudellisen ja julkisoikeudellisen käsitelainopin synty- ja vakiintumistausta on erilainen, myös valtio-oikeudellisessa käsitelainopissa voidaan yksityisoikeudellisten esikuvien mukaisesti erottaa kahden tyyppisiä käsitteitä. Edellä esittämäni Laband-lainaus tavoittaa vain toisen käsitetyypin. Myöhäisperustuslaillisen valtio-oikeuden käsitteet voidaan jakaa apriorisiin ja aposteriorisiin siten, että vedenjakajana käytetään positiivista

lainsäädäntöä. *Aposterioriset käsitteet* on muodostettu positiivisen lainsäädännön pohjalta, tavalla, johon Laband ohjelmallisessa lausumassaan viittasi. *Aprioriset käsitteet* sen sijaan ikään kuin edeltävät positiivista lainsäädäntöä ja samalla luovat sille edellytyksiä. Jo nyt on syytä huomauttaa, että yleisten oikeuskäsitteiden apriorismi sen paremmin yksityis- kuin julkisoikeudessakaan ei välttämättä ole kantilaista ylihistoriallista, transsendentaalista apriorismia. Määritelmäni edellyttää yksinomaan apriorisuutta positiiviseen lainsäädäntöön nähden, eikä vielä ota kantaa tämän apriorisuuden transsendentaalisuuteen/historiallisuuteen.

*Käsitteiden analyttinen de- ja rekonstruktio julkisoikeudellisessa tutkimuksessa*

Julkisoikeudellisessa tutkimuksessa käsiteläinopin vastainen ohjelmallisuus saattoi viedä niin pitkälle, että käsitteiden tai laajemmin yleisten oppien rooli oikeudellisessa päättelyssä kiellettiin. Saatettiin vaatia, että oikeudelliset ongelmat oli ratkaistava välittömästi positiivisen lainsäädännön nojalla, toisin sanoen ilman oikeuskäsitteiden tai ylipäättään yleisten oppien välitystä. Radikaaleinta linjaa edusti Toivo Holopainen väitöskirjassaan *Kunnan asema valtiossa*, joka ilmestyi vuonna 1969, neljä vuotta Rytkölen puolustuspuheen jälkeen. Holopainen vaati, että kunnan asemaa oli tutkittava suoraan positiivisen oikeuden nojalla, tukeutumatta käsitteiden välitykseen. Oireellista Holopaisen, samoin kuin lievemässä muodossa myös hänen oppi-isänsä Makkosen, suhtautumiselle yleisiin oppeihin on, että *Kunnan asema valtiossa* tai *Kunnallinen säädösvalta* -teoksen hakusanastosta on turha etsiä ”oikeusvaltiota”.

Holopainen ilmoitti perustavansa kunnan oikeudellisen aseman selvittämisen Suomen oikeusjärjestyksen varaan. Kun Suomen oikeusjärjestys ei hänen (s. 281) mukaansa rakennu tietyn itsehallinnon käsitteen perustalle, kunnan asemaa koskevia tutkittaessa ei ole aihetta selvittää itsehallinnon käsitettä. Tällainen selvittely olisi ”mielekkästä ja hyödyllistä vain sillä edellytyksellä, että itsehallin-

nolla 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 lähtivät tällaisesta olettamuksesta, ja Holopaisen kritiikin mukaan vielä 1950- ja 1960-luvun vaihteen suomalaisessa oikeustieteessäkin on todettavissa sama lähtökohta. Holopaisen (s. 286) mukaan pyrkimyksenä tuli sen sijaan olla kuvata kunnan asema voimassa olevan oikeuden mukaisena ”reaalisena ilmiönä”.

Holopaisen suhtautuminen käsitteisiin oli pelkästään de-konstruktiivinen. Vastaväittäjä Makkonen totesikin väitöskirjasta kirjoittamassaan lausunnossa (Makkonen 1969, s. 467), että ”vaikka tekijä on pitänyt tarpeellisena eritellä kunnallisoikeudellisia ns. peruskäsitteitä, tämä ei kuitenkaan ole tapahtunut siksi, että hän rakentamistaan käsitteistä ja konstruktioista käsin sitten pyrki johtamaan positiivisoikeudellisia kannanottoja”. Päinvastoin, ”käsitteanalyysin tarkoituksena on ... se, että tekijä haluaa e l i m i n o i d a useat niistä kunnan aseman selvittämistä vaikeuttavina tekijöinä”. Makkonen joutui kuitenkin hieman toppuuttelemaan oppipoikansa käsitteiden vastaista uhoa, muistuttamaan kaiken inhimillisen ajattelun väistämättä käsitteellisestä luonteesta. Makkosen mukaan Holopaisen väitöskirjasta saattaa paikoin myös saada käsityksen, että ”kirjoittaja silloin tällöin syyllistyy siihen, minkä hän periaatteessa torjuu, nimittäin oikeudellisten johtopäätösten tekemiseen käsitekonstruktioista”. Ehkä hieman yllättäen Makkonen, jota on pidetty käsitelainopin kriitikkona *par excellence*, lisää: ”Eri asia on, onko tätä a i n a edes pidettävä virheenä.”

Holopaisen perusasenoituminen oikeuskäsitteisiin oli siis analyttis-kriittinen, de-konstruktiivinen. Hän ei hän esimerkiksi pyrkinyt kehittämään arvostelemiensa käsitteiden tilalle uutta ja hienojakoisempaa käsitteistöä, jonka avulla voitaisiin avata uudenlaisia oikeudellisia ongelmia. Tässä suhteessa hän kulki eri tietä kuin Zittingiä seurannut analyttinen yksityisoikeus, josta Aarnio sittemmin haarautti analyttisen hermeneutiikan väylän. Jos seuraamme Aarnion luonnehdintoja yksityisoikeuden analyttisestä

kumouksesta, olennaista ei ollut vain perinteisten ”substanssi-käsitteiden” kritiikki, vaan myös uusien ”relaationaalisesti” suuntautuneiden käsitteellisten välineiden kehittäminen kritikoitujen käsitteiden tilalle. Tässä mielessä analyttinen siviilioikeus, esimerkiksi Zittingin omistajan oikeusasemia eri suhteissa jäsentävän käsitteistön kautta, siirtyi de-konstruktioista re-konstruktioon.

Aarnion analyttinen hermeneutiikka tunnustaa, että oikeuskäsitteillä on normatiivisia seurauksia. Tässä mielessä Aarnio on lähempänä käsitelainoppia kuin Rossin tai Kelsenin analyttistä otetta; paradoksaalista kyllä, kun muistamme juuri Rossin ja Kelsenin keskeisen aseman analyttisen oikeustietemme ensimmäisen vaiheen taustahahmoina. Rossille ja Kelsenille oikeuskäsitteet olivat normatiivisesti neutraaleja solmukohtia, jotka kokosivat liittivät yhteen oikeustositseikkoja ja oikeusseuraamuksia (Ross) tai normijoukkoja (Kelsen). Esimerkiksi Rossille (1958, s. 206 ss.) käsitteiden tehtävä oli lähinnä pedagoginen. Aarnion tulkinta oikeuskäsitteiden normatiivisuudesta tietysti poikkeaa käsitelainopin ohjelmallisista lausumista, kuten tavasta, jolla Laband ymmärsi oikeuskäsitteiden tehtävän. Aarnio ei puhu uusien oikeusnormien johtamisesta oikeuskäsitteistä, vaan siitä, että erilaiset käsitteistöt määrittelevät oikeudelliset ongelmat ja samalla niihin mahdolliset oikeudelliset vastaukset eri tavoin. Näin erilaiset käsitteistöt eräässä mielessä tuottavat erilaisia oikeusjärjestyksiä. (Esim. Aarnio 1997, s. 268 ss.)

Aarnio (2002) on arviossaan Juha Pöyhösen teoksesta *Uusi varallisuus oikeus* puolustanut analyttistä oikeustiedettä sellaisia syytöksiä vastaan, jotka moittivat sitä yleisten oppien laiminlyömisestä. Analyttiseen siviilioikeuteen puolustus pätee, ainakin mitä tulee yleisten oppien käsitteelliseen puoleen. Julkisoikeudessa asetelma voi olla toisenlainen.

Suomalaisessa julkisoikeudessa analyttisten oppien re-konstruktiiivinen hyödyntäminen sai oikeastaan odottaa perusoikeustutkimuksen nousua 1980- ja 1990-lukujen vaihteessa. Jälleen voimme puhua paradokseista. Yleensä perusoikeusajattelun murros liitetään oikeusperiaatteiden aseman vahvistumiseen, lisääntyvään kiinnostukseen oikeuden ja moraalien suhteisiin, onpa esimerkiksi

Aarnio (2002) jopa nähnyt ilmiössä merkkejä luonnonoikeudellisten vaikutteiden tunkeutumisesta suomalaiseen oikeustieteeseen. Murroksen liittäminen analyttisen kumouksen jälkimaininkeihin saattaa tuntua yllättävältä näkökulmalta.

Analyttisista opeista ovat perusoikeus- ja ihmisoikeustutkimuksessa ammentaneet eritoten Heikki Karapuu (s. 1943) ja Martin Scheinin (s. 1953).

### *Analyttisen kritiikin arviointia*

Palatkaamme Rytkölen kirjoitukseen, hänen luonnehdintaansa yleisistä opeista ja niiden tehtävistä. Miten analyttikkojen käsiteläinopin vastaista kritiikkiä olisi arvioitava Rytkölen kirjoituksen valossa? Aloitan metodin ”induktiivisesta” puolesta, yleisten oppien muodostamisesta. Esimerkiksi Aarnion sittemmin yhteen vetämässä analyttikkojen kritiikissä voi erottaa neljä pääjuonetta, joista viimeinen liittyy jo ”induktion” ongelmat konstruktivisen menetelmän toiseen, ”deduktiiviseen” vaiheeseen:

- (a) käsitteiden apriorisuus, oletus oikeuden yleispätevästä ytimestä
- (b) oletus oikeusjärjestyksen orgaanisesta sisäisestä ykseydestä
- (c) oikeudellisen induktion menetelmä
- (d) käsitteiden ”möhkälemäisyys”, puuttuva analyttinen erotelukyky

(a) Analyttikkojen ensimmäinen kritiikki perustui väitteeseen, jonka mukaan oikeuskäsitteet muodostettiin positiivisesta oikeudesta riippumattomasti – ja näin myös Hermansonin luonnehtiman 1800-luvun oikeusajattelun negatiivisen, positivistisen puolen vastaisesti. Rytkölen puolustuspuheen valossa tämä väite ei näyttäisi pitävän

paikkaansa. Rytkölän mukaanhan ”oikeustiede pyrkii useiden muiden tieteiden tavoin oikeuselämän eri ilmiöiden perusteella muodostamaan tiettyjä käsitteitä sekä kokoamaan nämä käsitteet yhtenäiseksi järjestelmäksi”. Käsitteiden muodostus perustuu ”oikeuselämän eri ilmiöihin”; ilmauksen lienee lupa tulkita viittaavan positiivisoikeudellisiin järjestelyihin.

Olen kuitenkin yllä jo todennut, että tämän kaltaiset korostukset, joissa käsitteenmuodostuksen perustaksi osoitetaan positiivisoikeudelliset säännökset, eivät kerro koko totuutta käsitelainopin järjestelmästä sen paremmin yksityis- kuin julkisoikeudessakaan. Käsitepyramidin huipulla olivat käsitteet, jotka ikään kuin edelsivät positiivisoikeudellisia sääntelyitä. Jatkakaamme jo aloittamaamme erittelyä käsitelainopin järjestelmän peruskäsitteiden apriorisuudesta.

Aprioriset käsitteet muodostivat myös valtio-oikeuden järjestelmässä pyramidin huipun ja mahdollistivat Aarnion mainitsemien tavoin järjestelmän esittämisen hierarkkisen käsitepuun muodossa. Yksityisoikeudellisessa käsitejärjestelmässä apriorisluonteisena lähtökohtana oli kantilaisvaikutteinen vapauden käsite: ihminen oli paitsi osa luontoa myös henkinen olento, persoona, jolle on ominaista kyky vapauteen ja tähän sisältyvä vapaa tahto. Vapauteen kykenevänä henkilönä ihminen voi myös olla oikeussubjekti; vapaus ei ollut kantilaisittain vain moraalinen vaan myös oikeuden järjestelmän peruskäsite. Carl Friedrich von Gerber siirsi nämä yksityisoikeudelliset käsitteelliset lähtökohdat valtio-oikeuden järjestelmän perustaksi. Yksityisoikeuden järjestelmän tavoin perusajatuksena oli vapaa tahdonvalta. Yksityisoikeudesta poiketen tuon tahdonvaltan kantajana valtio-oikeudessa oli kuitenkin valtio oikeussubjektina, oikeushenkilönä. Valtion tahdonvalta eli valtiovalta poikkesi yksityisoikeuden järjestelmän perustana olleesta vapaasta tahdosta myös kohteessaan: valtion tahdonvalta kohdistui ihmisiin, ja sille oli näin ominaista herruuden momentti. Järjestelmän perusajatuksen – valtio-oikeushenkilölle kuuluneen vapaan tahdonvallan – kehittälyä oli sitten muun muassa oppi valtioelimestä, joita valtiotahdon ilmaiseminen ja konkretisoiminen edellytti. Valtioelimiä olivat esimerkiksi monarkki ja kansanedustuslaitos. (Ks. Tuori 1987.)



Gerberin valtio-oikeusteoria sisälsi näin yksityisoikeuden järjestelmän tavoin apriorisluonteisen perustan. Hänen valtio-oikeuden järjestelmänsä ei ollut tulosta sellaisesta positiivisesta oikeudesta lähtevästä induktiosta, johon Laband lainaamassani lausumassa viittasi. Gerber hahmotteli vastausta kysymykseen, millaiseksi valtio on oikeudellisessa suhteessa mielletävä, jotta valtioon kohdistuva oikeudellinen sääntely olisi ylipäätään mahdollista. Oppi valtion oikeushenkilöllisyydestä ei näin tulkittuna niinkään kuvannut positiivista valtio-oikeudellista sääntelyä; se lausui julki tällaisen sääntelyn ennakkoehtoja.

Mikäli tulkintani osuu oikeaan, Gerber oli jo itse asiassa hyvin lähellä uskantilaiseksi julistautuneen valtio-oikeusteorian lähtökohtia, vaikka viittaukset kantilaiseen tietoteoriaan hänen tuotantonsaan vielä puuttuvatkin. Uskantilaiset lähtökohdat muotoili nimenomaisesti vasta Georg Jellinek (1851-1911). Jellinekille (1914, s. 21) valtio-oikeusteorian peruskysymys ei ollut, mikä on valtion oikeudellinen luonne tai mikä valtio on oikeusilmiönä, vaan miten valtiota on juridisesti ajateltava (*Wie ist der Staat juristisch zu denken?*). Kysymys oli korostetun tietoteoreettinen: ongelmana oli, millaiseksi valtion oikeudellinen luonne oli ajateltava, jotta valtiollisten ilmiöiden oikeudellinen arviointi – olipa sitten kyse tutkijasta tai vaikkapa lainsäätäjistä – ylipäätään kävisi mahdolliseksi.

Uskantilaisesti suuntautuvilla valtio-oikeuden tutkijoilla, kuten heidän yksityisoikeudellisilla edeltäjilläänkin, oli taipumus lähestyä yleisimpiä oikeuskäsitteitä ylihistoriallisesti, nähdä niissä Aarnion toteamalla tavalla ajasta ja paikasta riippumaton oikeuden ydin. Valtio-oikeudessa lakipositivistisen käsiteläinopin eräs linja päättyi Hans Kelseniin. Kelsen ei vain pyrkinyt karkottamaan puhtaan oikeusopin pitämisen (*Sollen*) maailmasta niitä viimeisiä viittauksia yhteiskunnalliseen tai psykologiseen olemiseen (*Sein*), joi- ta oppi-isä Jellinek oli vielä säilyttänyt valtion oikeushenkilöllisyysopissaan ja ylipäätään niin sanotuissa tahtokäsitteissään. Kelsen myös muotoili avoimesti kantilaisen transsendentalistiset tieto-opilliset lähtökohtansa.

Ylihistoriallinen ote ei leimannut vielä yksityis- ja julkisoikeudellisen käsiteläinopin välittäjähahmon Gerberin töitä. Gerber ni-

mittain korosti, että hänen hahmottelemansa käsitejärjestelmä on pätevä vain nykyaikaisen yhteiskunnan oloissa mutta ei sen sijaan keskiaikaisten tai feodaalisten suhteiden vallitessa. Jos palaamme valtio-oikeudellisen käsitelainopin juurille, voimme ehkä tavoittaa käsitelainopin aprioristisen puolen järkevän ytimen, jonka voimme nykyäänkin hyväksyä. Apriorisuus ei tämän mukaan olisikaan ylihistoriallista, transsendentaalista apriorisuutta, vaan apriorisuutta tietyn oikeustyyppin, nykyaikaisen oikeuden, sisällä. Määrittelin edellä apriorisuuden suhteessa positiivisoikeudelliseen sääntelyyn: aprioriset käsitteet edeltävät positiivisoikeudellista sääntelyä. Käsitelainopin voi tulkita tavoitelleen käsitepyramidinsa ylimmillä tasoilla niiden välttämättömien käsitteellisten ennakkoehto- ja rekonstruktioita, joita ilman oikeudellista aineistoa oikeuden pinta- tasolle tuottavat oikeudelliset käytännöt – ennen muuta tietysti lainsäätämisen, lainkäyttö ja oikeustiede – eivät olisi ylipäättään mahdollisia.

Tällainen tehtävänasettelu oli vieras analyttiselle ajattelulle, siitä riippumatta, keskustelemme sen kaltaisesta ”käsitteihilismistä”, jonka suomalaisessa julkisoikeudessa voimme henkilöidä Holopaiseen, Rossin edustamasta ”käsitteeneutraliteetista” tai Aarnion ”konstruktiivisesta analyttisuudesta”, jossa myönnetään käsitteistön normatiiviset vaikutukset oikeudellisten ongelmien määrittelyssä ja samalla mahdollisten oikeudellisten vastauksien rajaamisessa. Aarnio on korostanut, että analyttinen siviilioikeuskin on kehitelty yleisiä oppeja. Näin varmasti olikin, ainakin mitä tulee yleisten oppien käsitteelliseen puoleen. Mutta perinteisen käsitteistön aprioristisen puolen analyttinen kritiikki on ehkä vienyt huomion kysymyksenasettelulta, josta käsin myös tämä puoli voi saada oikeutuksensa: oikeudellisten käytäntöjen pinnanalaisten ja tässä mielessä aprioristen edellytysten rekonstruktioita.

Rytkölän vuonna 1965 julkaisemassa kirjoituksessa käsitelainopin aprioristinen ulottuvuus jäi taka-alalle. Hän oli kuitenkin selvästikin perillä niistä oikeudellisten käytäntöjen yleisistä käsitteellisistä ja periaatteellisista edellytyksistä, joiden paljastaminen ja muotoileminen lankeaa näiden käytäntöjen työnjaossa oikeustieteen osalle. Näin oikeuttaa päättelemään Rytkölän lausuma, jon-

ka mukaan ”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”. Saman suuntainen on myös hänen arvionsa, jonka mukaan ”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”.

(b) *Mitä lainoppi on?* -kirjan jälkeinen kansainvälinen ja kansallinen keskustelu antaa aiheen lähestyä myös kysymystä oikeusjärjestyksen elimellisestä ykseydestä hieman toisin kuin Aarnio vuonna 1978. Aarnio on käsitelainopin vastaisessa kritiikissä varmaankin oikeassa siinä, että oikeusjärjestyksestä ei voida hahmottaa loogiseksi järjestelmäksi, jonka osat edellyttävät toisiaan logiikan sääntöjen mukaisesti. Nykyisin oikeusjärjestyksen yhtenäisyyttä ei kuitenkaan oletettavasti arvioitaisi niinkään logiikan sääntöjen valossa, vaan ehkä käyttäen väljempää *koherenssin* käsitettä. Siirtymällä on kaksi tärkeää taustalähdettä: yhtäältä Aarnion yhdessä esimerkiksi Robert Alexyn ja Aleksander Peczenikin (s. 1937) kanssa edustama mannereurooppalainen argumentaatioteoria ja toisaalta alun pitäen *common law* -oikeuskulttuurista ponnistanut keskustelu oikeusperiaatteista ja erityisesti niin sanottujen kiperien oikeustapausten edellyttämästä konstruktiiivisesta tulkinta- ja argumentaatio-otteesta. Jälkimmäisen keskustelun keskushahmo on Ronald Dworkin.

Yleisissä opeissa on tapana erottaa kaksi ainesosaa: yhtäältä oikeuskäsitteet ja toisaalta oikeusperiaatteet. Yhtä hyvin uudet mannereurooppalaiset argumentaatioteoreettiset kehittelyt kuin dworkinlaisetkin kysymyksenasettelutkin ovat muuttaneet yleisten

oppien painopistettä. Käsitelainoppia ja analyyttistä oikeustiedettä yhdisti – jos jälleen sivuutamme Holopaisen väitöskirjan kaltaiset käsiteneihilistiset äärimmäisyysilmiöt – kiinnostus yleisten oppien käsitteelliseen ainesosaan ja oikeusperiaatteiden jättäminen vähemmälle huomiolle. Oppihistoriallisesti kyse on ehkä luonnonoikeuden vastaisesta reaktiosta ja pyrkimyksestä pitää oikeuden ja moraalin ero kirkkaana. Tässä rajoitetussa mielessä, yleisten oppien ainesosien keskinäisessä suhteessa, oikeusperiaatteiden painotus muuttaman viime vuosikymmenen aikana on todellakin merkinnyt eräänlaista paluuta luonnonoikeuteen. Sitä oikeusjärjestyksen yhtenäisyyttä, jota ilmennetään koherenssin käsitteellä, välittävät pikemminkin oikeusperiaatteet kuin oikeuskäsitteet; se on luonteeltaan pikemminkin arvo- ja moraaliväritteistä kuin loogista yhtenäisyyttä. Se on myös sellaista yhtenäisyyttä, jonka tuottamisessa korostuvat oikeustieteilijän ja tuomarin tehtävät oikeudellisten käytäntöjen keskinäisessä työnjaossa. Siten se väistämättä tuo keskusteluun myös kysymyksen demokratiasta: miten voidaan oikeuttaa se, että tuomarit ja oikeustieteilijät lakien tulkinnalla ja oikeusnormien systematisoinnilla ikään kuin jatkavat, osin ehkä ”korjaavatkin”, demokraattisesti valitun lainsäätäjän työtä?

Tärkeätä on myös pohtia, onko ja millä perusteilla koherenssia todella pidettävä sellaisena normatiivisena tavoitteena, jota oikeustieteen ja lainkäytön tulisi pyrkiä edistämään. Tässä ei ole mahdollisuuksia perusteelliseen pohdintaan. Totean vain lyhyesti, että jo sellaiset nykyaikaisen oikeuden oloissa keskeiset lainkäyttöä ohjaavat oikeudelliset periaatteet kuin (muodollinen) yhdenvertaisuus ja (muodollinen) oikeudenmukaisuus sekä lainkäytön ennakoitavuus edellyttävät oikeusjärjestykseltä tiettyä yhtenäisyyttä ja koherenssia. Tämän suuntaisesti myös Rytkölä näyttää ajatelleen kirjoittaessaan, että ”lainkäytön yhtenäisyys hallinnon alalla edellyttää, että tapahutumia katsotaan tietyistä kiinteistä näkökulmista pyrkimällä arvos-telemaan samankaltaisia ilmiöitä samalla tavalla” ja että ”kasuistinen metodi, pyrkiessään yleensä käsittelemään kunkin yksityistapauksen erillisenä ja siten pakostakin laajemmasta oikeudellisesta miljööstä riippumattomana ilmiönä sekä tekemään ratkaisunsa tämän mukai-

sesti, johtaa epäyhtenäiseen ja kirjataan hallintokäytäntöön sekä vie helposti mielivallan tielle”.

Lainkäytössä oikeuseriaatteille on ominaista, että ne edellyttävät tapauksittaista punnintaa; oikeustieteilijä voi yleisiä oppeja kehitellessään asettaa periaatteet vain ennakkolliseen ja ehdolliseen, *prima facie* etusijajärjestykseen. Ja näin oikeustieteilijän on tehtäväkin, jos hän ottaa vakavasti oikeusjärjestyksen systematisoinnin. Periaatepainotus kuitenkin tähdentää, että lainkäytössä on suhtauduttava vakavasti kunkin yksittäisen ratkaisutilanteen erityispiirteisiin. Se voi siten johtaa myös arvioimaan uudelleen oikeuskäsitteiden asemaa ja tehtäviä yleisten oppien kokonaisuudessa. Niinpä Juha Pöyhösen (2000) kehittämät ”uuden varallisuus-oikeuden” käsitteet palvelevat korostetusti yksittäisten ratkaisutilanteiden jäsentämistä tavalla, joka myös avaisi tien oikeuseriaatteiden vaikutukselle; oikeusjärjestyksen systematisointi käsitelainopin merkityksessä tai Aarnion tarkoittamassa mielessä jää Pöyhösen käsitteistölleen antaman tehtävän ulkopuolelle. Itse en olisi valmis hylkäämään myöskään yleisten oppien oikeusjärjestyksestä systematisoivaa ja koherenssia tuottavaa tehtävää, jota perustelevat niin muodollisen yhdenvertaisuuden kuin lainkäytön ennakoitavuudenkin vaatimukset. Tätä tehtävää ei voine myöskään kokonaan säilyttää yleisten oppien periaatepuolelle. Voi olla, että sama käsitteistö ei sovellu samanaikaisesti kumpaankin tehtävään – ratkaisutilanteiden jäsentämiseen ja oikeusjärjestykseen systematisointiin – ja että tulevaisuuden yleisissä opeissa tarvitsemekin kahden tyyppisiä käsitteellisiä välineitä.

(c) Makkosen ja Aarnion oikeudellisesta induktiosta kirjoittamaan on helppo paljossa yhtyä. Toisaalta, huolimatta sen kaltaisista loogiikan nimeen vannovista ohjelmanjulistuksista kuin edellä lainaamani Labandin esipuhe *Staatsrecht des deutschen Reiches* -teokseensa, voi epäillä, ymmärsikö käsitelainopin valtavirtaus konstruktiivisen menetelmän ensi vaiheen samalla tavoin loogisesti sitovaksi kuin luonnonlakien kaltaisten säännönmukaisuuksien yleistämisen yksittäisistä havainnoista. Rytkölakin kirjoitti väljäs-

ti, että ”oikeustiede pyrkii useiden muiden tieteiden tavoin oikeuselämän eri ilmiöiden perusteella muodostamaan tiettyjä käsitteitä sekä kokoamaan nämä käsitteet yhtenäiseksi järjestelmäksi”. Rytkölä oli niin ikään hyvin tietoinen siitä lainsäätäjän oikullisuudesta, johon niin Makkonen kuin Aarniokin viittasivat oikeudellisen induktion mahdollisuuksia arvioidessaan. Rytkölähän korosti, että ”on aina muistettava, että tiettyihin käsitteisiin ja niihin liittyviin yleisluonteisiin oikeudellisiin periaatteisiin nojautuen ei ole koskaan lupa sivuuttaa yksityistapauksessa kenties toisensisältöisiä positiivisoikeudellisia säännöksiä”.

Makkosen ja Aarnion kritiikki, joka perustuu erittelyyn oikeudellisen induktion rajallisista mahdollisuuksista ei ehkä aivan osukaan maaliinsa. He antavat kuitenkin arvokkaita viitteitä siitä, miten oikeuskäsitteisiin ja oikeusperiaatteisiin johtava yleistäminen voitaisiin tämän päivän näkökulmasta hyväksyttävällä tavalla ymmärtää. He molemmat korostavat, että oikeusperiaatteet muotoillaan pikemminkin oikeusjärjestyksen yleisen tuntemuksen kuin yksittäisistä normeista lähtevän induktiivis-loogisen yleistyksen pohjalta. Tämä korostus voidaan kytkeä ajatukseen sellaisesta oikeusjärjestyksen koherenssista, jota ennen muuta oikeusperiaatteet välittävät. Yksittäiset kirjoitetun lain säännökset antavat nekin informaatiota koherenssia luovista periaatteista. Mutta periaatteita ei voi nojata pelkästään tällaisiin yksittäisiin säännöksiin, vaan samalla on pidettävä mielessä myös kulloisenkin oikeudenalan ja viime kädessä – Dworkinin myyttisen Herkules-tuomarin tavoin – koko oikeusjärjestyksen muodostama kokonaisuus.

(d) Viimeisenä kohtana kritiikissä, jota analyttikot suuntasivat käsiteläinopillisen menetelmän ”induktiiviseen” vaiheeseen, tarkastelen moitetta perinteisen käsitteistön vähäisestä erottelukyvystä. Tämä kohta viittaa jo samalla tapaan, jolla käsitteiden rooli oikeudellisessa päättelyssä ymmärrettiin, ja näin arvosteluun, jonka kärki kohdentui menetelmän ”deduktiiviseen” vaiheeseen. Tässä ”deduktiiosahan” oli kysymys kuuluisasta käsitteistä päättelemisestä, toisin sanoen siitä, että aukkotilanteissa, kirjoitetun lainsäädännön

vaietessa, käsitteellisistä määritelmistä katsottiin voitavan johtaa uusia oikeusnormeja.

Käsitelainopin arvostelu käsitteiden möhkälemäisyydestä oli varmasti pitkälle oikeutettua, ja erottelukykyisempien käsitteellisten välineiden hiominen kuuluu oman arvioni mukaan analyttisen oikeustieteen kestävimpiin saavutuksiin. Tämä koskee erityisesti analyttistä siviilioikeutta. Kuten yllä jo totesin, suomalaisessa julkisoikeudessa vastaavaa kehitystä tapahtui oikeastaan vasta 1980- ja 1990-lukujen vaihteessa eli vaiheessa, jossa perusoikeusajattelu murtautui esille ja jossa teoreettisen lainopin tason keskustelun valtavirtaa alkoi niin yksityis- kuin julkisoikeudessa hallita pikemminkin periaatteiden kuin käsitteiden painotus. Ehkä on oireellista, että käsiteanalyttisiä vaikutteita perusoikeustutkimukseen haettiin suurelta osin samasta lähteestä, mistä myös uusi näkemys oikeusperiaatteista oli Dworkinin ohella lähtöisin: Alexyn tuotannosta (ks. ennen muuta Alexy 1986).

Analyttisessä murroksessa oikeuskäsitteiden rooli oikeudellisessa argumentaatiossa määriteltiin uudestaan. Oikeuskäsitteitä ei enää ymmärretty välineiksi sen kaltaisessa ”deduktiivisessä” päätelyssä, mihin Laband viittasi edellä lainaamassani ohjelmallisessa lausumassaan, vaan niiden tehtävä liitettiin pikemminkin oikeudellisten ongelmien avaamiseen ja jäsentämiseen. Tarkoituksena ei ollut, että käsitteistä johdettaisiin normatiivisia perusteita oikeudellisten ongelmien ratkaisemiseksi, vaan kyse oli ikään kuin argumentaation esivaiheesta, itse ongelmien muotoilusta. Normatiiviset ratkaisuperusteet oli sen sijaan haettava muualta, analyttikkojen yleisen itseymmärryksen mukaan positiivisoikeudellisesta lainsäädännöstä.

Helin on vuonna 1985 julkaisemassaan artikkelissa esittänyt, että myös käsitelainopin ”käsitteistä päättelyn” menetelmä voidaan tulkita tavalla, joka pelkistää menetelmän nykyisinkin hyväksyttävissä olevan järkevän ytimen. Helinin mukaan tämä järkevä ydin voidaan muotoilla analogia-ajattelun soveltamiseksi. Kun esimerkiksi avoimeen yhtiöön on positiivisen lainsäädännön säännösten mukaan joissakin tilanteissa sovellettava oikeushenkilöitä koskevia normeja, voidaan ajatella, että samankaltaiset perusteet puolta-

vat avoimen yhtiön kohtelemista oikeushenkilönä myös tilanteissa, joissa kirjoitetut lain säännökset vaikenevat asiasta. Kyse on oikeastaan samasta seikasta, jota Aarnio on korostanut oikeusperiaatteiden yhteydessä. Aarnion mukaanhan ”oikeusperiaatteen ulottaminen tuntemattomaan tapaukseen on ymmärrettävissä vain argumentaatioteoreettiselta pohjalta”. Opetuksen voinee muotoilla vaikkapa näin: oikeuskäsitteet ja oikeusperiaatteet ovat tärkeitä ja välttämättömiä oikeudellisen argumentaation välineitä, mutta niitä ei tule käyttää ”varsinaisia” argumentteja peittävinä fasadiperusteluina. Oikeuskäsitteet ja oikeusperiaatteet jäsentävät argumentaatiota, mutta viittaukset esimerkiksi oikeuskirjallisuuden muotoilemiin käsitteisiin ja periaatteisiin eivät saisi korvata sellaista punnintaa, joka edellyttää paneutumista kunkin tapauksen ominaispiirteisiin.

Ehkä on vielä syytä käsitelainopin analyttisen arvostelun vastapainoksi toistaa varaus, jonka Rytkölä esitti oikeuskäsitteiden ja oikeusperiaatteiden käyttämiselle oikeudellisen argumentaation välineinä. Rytkölähän muistutti, että ” tiettyihin käsitteisiin ja niihin liittyviin yleisluonteisiin oikeudellisiin periaatteisiin nojautuen ei ole koskaan lupa sivuuttaa yksityistapauksessa kenties toisen sisältöisiä positiivisoikeudellisia säännöksiä”.

Käsitelainopin ”deduktiiviseen” menetelmään kohdistettuun kritiikkiin on usein liitetty yhden ainoan oikean ratkaisun opin arvostelu. Oikeudellisen ratkaisun deduktiivinen luonne on tällöin tulkittu pääargumentiksi, johon käsitelainopillisesti suuntautuneet tutkijat perustivat opin yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta. Makkosen väitöskirjan pääanti oli monen mielestä siinä, että se vastaan sanottamattomasti kumosi tämän argumentin.

Merikoski oli suomalaisessa hallinto-oikeudessa voimallisimmin puoltanut oppia yhdestä ainoasta oikeasta ratkaisusta, joka luonnehti lainkäyttöä ja sidottua hallintotoimintaa. Merikoski ei tietääkseni koskaan vastannut opin arvostelijoille, Makkoselle itselleen tai Makkosen väitöskirjaa 1960- ja 1970-luvun taitteen radikaalismin hengessä hyödyntäneille. Mutta Merikoski olisi ehkä saattanut puolustautua esimerkiksi siten, että hänen ajattelussaan yksi ainoa oikea ratkaisu oli lainkäytössä ikään kuin sisään rakennetun ideaa-



lin – kantilaisittain ilmaisten: regulatiivisen idean – asemassa ja tässä mielessä enemmän pitämisen, *Sollenin*, kuin olemisen, *Seinin*, maailmaan kuuluva asia. Merikoskihan kytki tämän opin ”teoreettisena” lähtökohdانا oikeusvarmuuden tai oikeusturvan vaatimukseen ja totesi esimerkiksi koko prosessuaalisen muutoksenhaku-järjestelmän perustuvan tälle lähtökohdalle. Tällainen tulkinta voidaan ymmärtääkseni antaa opin asemasta myös Dworkinin konstruktivisen tulkinnan teoriassa. Ja tämän kaltaisen regulatiivisen idean asemaa ei ehkä horjutakaan sen kaltainen olemisen maailmassa esiintyvien ”todellisten” ratkaisutilanteiden erittely, jonka Makkonen toteutti väitöskirjassaan. On myös syytä palauttaa mieleen edellä tekemämme havainto, jonka mukaan Merikoski oli hyvin perillä siitä erosta, joka nykyisin on tapana tehdä lainkäyttö-ratkaisun perustelemisen logiikan (*logic of justification*) ja ratkaisuun päätyminen logiikan (*logic of discovery*) välillä.

### *Uusi keskusteluvaihe?*

Keskustelu yleisistä opeista on tietysti Suomessakin jatkunut sen jälkeen, kun analytikkomme esittivät kritiikkinsä ”perinteistä” järjestelmää, käsiteläinopillisia edeltäjiään, kohtaan. Jossain mielessä Aarnio vuonna 1978 julkaisema *Mitä lainoppi on?*, johon olen edellä eri yhteyksissä tukeutunut, edusti yhden keskusteluvaiheen viimeisiä maininkeja. Seuraava vaihe rakentui – tähänkin olen jo viitanut – omalta osaltaan sille argumentaatioteoreettiselle kehittelylle, johon Aarnio paneutui tutkijakollegoineen – ennen muuta on mainittava Aleksander Peczenik ja Robert Alexy. Tähän vaiheeseen voidaan lukea niin Juha Pöyhösen (1988) väitöskirja *Sopimus-oikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, Thomas Wilhelms-sonin (1987) *Social civilrätt* kuin ainakin osa perusoikeustutkimuksestakin yhtä hyvin valtiosääntöoikeudessa kuin erällä muillakin oikeudenaloilla, kuten rikosoikeudessa ja ympäristöoikeudessa.

Voi olla, että Pöyhösen *Uusi varallisuus oikeus* (2000) ja Wilhelmssonin *Senmodern ansvarsrätt* (2001) arvioidaan joskus tulevaisuudessa jälleen uuden vaiheen avauksiksi. Tälle vaiheelle voisi olla ominaista keskittyminen konkreettisiin ratkaisutilanteisiin, ja yleisten oppien tehtävien liittäminen nimenomainen näiden tilanteiden jäsentämiseen. Jos Pöyhösen ja Wilhelmssonin tärkeitä kirjoja yhdistää paino, joka yksittäisille ratkaisuille annetaan oikeuden kokonaisuudessa, lähestymistavoissa on myös olennaisia eroja. Wilhelmsson on taipuvainen vähättelemään ylipäätään yleisten oppien merkitystä ja pitää oikeusjärjestyksen yhtenäisyyden korostamista pikemminkin innovatiivisen oikeudellisen argumentaation kahleena kuin seurauksena eräistä modernin oikeuden keskeisistä normatiivisista lähtökohdista. Wilhelmssonin uusi kirja on helppo tulkita luopumiseksi joistakin pyrkimyksistä, jotka 1980-luvulla innoittivat häntä sosiaalisen siviilioikeuden kehittämissä. Hänen vuonna 1987 julkaisemassaan kirjassa esittelemänsä sosiaalinen siviilioikeushan voitiin ymmärtää uudeksi järjestelmän rakentamiseksi, uudeksi vaihtoehdoksi siviilioikeuden pintatason aineistoa järjestäviksi yleisiksi opeiksi oikeuskäsitteineen ja oikeusperiaatteineen.

Pöyhönen ei sen sijaan hylkää tyystin oikeusjärjestyksen koherenssin ihannetta mutta näkee mahdollisen – ja ilmeisesti myös toivottavan – yhtenäisyyden ohuempana kuin käsiteläinopissa tai siinä ”jälkianalyttisessä” keskusteluvaiheessa, jota myös *Sopimus-oikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* edusti. Kyse on enää paljolti vain eräänlaisesta perusoikeusnormien läpäisyvaikutuksesta eri oikeudenaloilla. Olennaisin ero Wilhelmssoniin on kuitenkin siinä, että Pöyhönen pitää yleisten oppien kehittelyä edelleenkin oikeustieteen keskeisenä antina oikeudellisten käytäntöjen kokonaisuudessa, vaikka kytkeekin yleisten oppien tehtävän aiempaa selvemmin yksittäisten oikeudellisten ratkaisutilanteiden jäsentämiseen.

Olen käyttänyt Olavi Rytkölen 1965 julkaisemaa artikkelia välineenä, jonka avulla voi tämän päivän näkökulmasta arvioida analyytikkojen edeltäjiinsä kohdistamaa kritiikkiä. Rytkölen artik-

kelin pari ensimmäistä sivua voidaan tulkita käsitelainopin itsepuolustukseksi, joka tasapainottaa kriitikkojen puheenvuoroista välittyvää kuvaa. Aarnion vuonna 2002 julkaisemalla arviolla Pöyhösen *Uusi varallisuus oikeus* -teoksesta ei ole kovin paljon yhteistä Rytkölän 37 vuoden takaisen artikkelin kanssa. Ehkä kuitenkin tämä: kenties joku joskus tulevaisuudessa tukeutuu Aarnion artikkeliin vastapainona arviolle, jonka Pöyhönen on *Uusi varallisuus oikeus* -teoksessaan on analyttisestä siviilioikeudesta esittänyt.

Aarnio on artikkelissaan muistuttanut, että myös analyttikot kehittivät perinteisen käsitejärjestelmän sijalle oikeusjärjestystä jäsentänyttä uutta käsitteistöä ja samalla oikeudellisen argumentaation ja päätöksenteon tarpeisiin uusia käsitteellisiä välineitä. Tässä suhteessa moite siitä, että analyttikot olisivat laiminlyöneet oikeustieteen tehtävän yleisten oppien kehittämisessä, ei ainakaan suomalaisessa siviilioikeudessa osu maaliinsa; julkisoikeudessa se olisi ehkä sen sijaan perustellumpi. Mutta toisessa suhteessa maali on lähempänä. Analyttinen oikeustiede ei ollut kiinnostunut sellaisista oikeusperiaatteista, jotka avaavat oikeusjärjestystä eettisten arvojen ja moraalisten periaatteiden suuntaan. Pohjoismaisessa katsannossa voi yleistäen väittää, että analyttikot liittivät oikeuden pikemminkin Dworkinin tavoin määriteltyihin politiikkoihin (*policies*) kuin periaatteisiin ja että analyttinen siviilioikeus löi usein kättä sellaisen pragmatistisen oikeuskäsityksen kautta, jossa korostettiin oikeutta reformistisesti suuntautuneen lainsäätäjän välineenä yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden toteuttamiseksi. Ruotsin pitkäaikaisen sosialidemokraattisen pääministerin Tage Erlanderin muistelmista voi lukea todellisen sitaatti-helmen: emme tarvitse vallankumousta, meille riittää analyttinen omistusoikeuskäsitys.

Suomalainen hallinto-oikeus ja laajemmin julkisoikeus odottaa vielä Pöyhöstään ja Wilhelmssoniaan. Olisiko sittenkin niin, että julkisoikeudellisen tutkimuksen kohtalona on kulkea kappaleen matkaa yksityisoikeudellisten kumppaneidensa perässä, kuunnella ”kypsemmän sisarensa” opetuksia, Labandin ilmausta lainatakse- ni?

#### 4. Sosiaalisesta siviilioikeudesta myöhäismoderniin vastuu- oikeuteen

##### *Jälkianalyttinen vaihe*

Teoreettisesti suuntautunut lainopillinen tutkimuksemme elää tällä hetkellä eräänlaista jälkianalyttistä vaihetta. Analyyttisen kauden tilinpäätöksenä voi pitää Aarnion 1978 julkaisemaa *Mitä lainoppi on?* -teosta, joka jo – hyvien tilinpäätösten tavoin – tosin viittaa myös eteenpäin. Tällaisiksi viittauksiksi tulkitsen teoksen argumentaatioteoreettiset painotukset, jotka myötävaikuttivat uskalukseen, jolla esimerkiksi *vaihtoehtoisen lainopin* nimiin vannovat lähtivät kehittämään uusia yleisiä oppejaan. Lars D. Erikssonin (s. 1938) teoreettisesti ja metodologisesti suuntautuneiden kirjoitusten ohella jälkianalyttisen vaiheen tärkeitä avauksia olivat Thomas Wilhelmssonin *Social civilrätt* (1987) ja Juha Pöyhösen seuraavana vuonna julkaistu väitöskirja *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*. Wilhelmsson kehitteli sosiaalista siviilioikeutta, joka ottaisi vakavasti hyvinvointivaltion ja sen ideologian, Pöyhönen taas – tavallaan myös oikeuskehityksen hyvinvointivaltiolle vaihetta vastaavaa – yhteisöllisen käytännön sopimusmallia, joka korvaisi aiemmat tahto- ja luottamusmallit ja nostaisi oikeusperiaatteiden keskinäisessä *prima facie* järjestyksessä kohtuullisuus- ja sovitteluperiaatteiden sijoitusta.

Miten jälkianalyttiseksi kutsumani vaihe sitten eroaa analyttisestä edeltäjästään? Ensimmäinen ero voidaan liittää *avoimeen normatiivisuuteen*. Analyttinen oikeustiede oli kiinnostunut oikeusperiaatteista lähinnä kriittisessä mielessä; suomalaisesta keskustelusta voi viitata ennen kaikkea Kaarle Makkosen (1981, s. 251 ss.) ja Aulis Aarnion (1978, s. 238 ss.) erittelyihin oikeudellisen induktion ongelmista. Analyttikkojen päähuomio kohdistui oikeuskäsitteisiin, ja suurena projektina oli möhkälemäisten ”substanssi-käsitteiden” korvaaminen erottelukykyisemmillä ”relaatiokäsitteillä”. Tässä ei kuitenkaan vielä ollut analyttisen käänteen koko sisältö. Analyttikot myös hylkäsivät käsitelainopille ominaisen konstruktivisen menetelmän, tavan käyttää käsitteitä argumentatiivis-normatiivisesti. Analyttikot eivät hyväksyneet ”käsitteistä päättelemistä”, yksittäisten oikeudellisten ongelmien ratkaisemista käsitteellisillä määrittelyillä. Käsitteiden tehtävä oli ennen muuta heuristinen: ne avasivat ja muotoilivat oikeudellisia kysymyksiä ratkaisutilanteissa vastattaviksi, mutta vastaukset oli määrä hakea positiivisoikeudellisista säännöksistä. Kuten erityisesti Aarnio on korostanut, heuristisessa tehtävässäänkin analyttikkojen käsitteillä oli kyllä normatiivisia vaikutuksia: kun käsitteet rajasivat ratkaisutilanteissa mahdollisia kysymyksiä, ne samalla rajasivat myös kysymyksiin mahdollisia normatiivisia vastauksia. Heurististen käsitteiden normatiivisuutta voinee kuitenkin erotukseksi käsitelainopin ”käsitteistä päättelemisestä” luonnehtia välilliseksi tai implisiittiseksi, kätkeyksi.

Jälkianalyttisen vaiheen teoreetikoilla normatiivisuus on jälleen käsitelainopin tavoin avointa. Yleisten oppien sisällä argumentatiivis-normatiivinen tehtävä on kuitenkin siirtynyt käsitteiltä periaatteille. Käsitteillä on analyttisen siviilioikeuden opetuksen mukaisesti ennen muuta heuristinen, ongelmia avaava tehtävä. Mutta nyt käsitteet saavat tehtäväkseen myös ikään kuin raivata tietä oikeusperiaatteita soveltavalle argumentaatiolle. Yleisten oppien kehittyessä päähuomio kohdistuukin nyt käsitteiden sijasta periaatteisiin. Tätä on nähdäkseni virheellistä pitää minään luonnonoikeudellisena käänteenä, sillä esimerkiksi Pöyhösen uudessa, yhteisöllisen käytännön sopimusmallissa tai Wilhelmssonin sosi-

aalisessa siviilioikeudessa periaatteet sidottiin institutionaalisen tuen kautta positiiviseen lainsäädäntöön. Kyse ei ollut sen kaltaisesta legaalisesta induktiosta, jonka mahdollisuuden Makkonen ja Aarnio torjuivat, vaan eräänlaisesta arvo- ja moraaliperusteisten yleistysten puolesta argumentoimisesta.

Toisena erona analyttisiin edeltäjiin voi pitää sitä, että jälki-analyttisessa vaiheessa yleiset opit on pyritty sitomaan *yhteiskunnallisiin yhteyksiinsä*. Analyttisen siviilioikeuden yhteiskunnallinen tausta on nähty sodan jälkeisessä lisääntyneessä taloudellisessa vaihdannassa, joka edellytti vaihdannan oikeudelliselta tarkastelulta hienojakoisempaa erittelyä kuin perinteinen käsitteistö mahdollisti. Kyse on kuitenkin enemmänkin jälkikäteisarviosta kuin siitä, että esimerkiksi 1950-luvun analyttisen siviilioikeuden pioneerit olisivat nimenomaisesti kytkeneet uuden käsitteistönsä sääntelykohteena olevien taloudellisten suhteiden ja prosessien muutoksiin.

Jälkianalyttisen yksityisoikeuden teoreetikoilla sen sijaan on nimenomaisena yhteiskunnallisena ympäristönään *hyvinvointivaltiollinen kehitys*. Wilhelmsson pyrki sosiaalisella siviilioikeudellaan yleisiin opeihin, jotka ottaisivat hyvinvointivaltion ja sitä elävöittävän ideologian vakavasti. Pöyhösen oikeudenmukaisen yhteiskunnallisen käytännön sopimusmallia, jonka oli määrä korvata aiemmat tahto- ja luottamusmallit, lienee niin ikään oikeutettua luonnehtia hyvinvointivaltiollisen sopimusoikeuden yleiseksi opeiksi.

### *Yleiset opit – tarvitaanko niitä?*

Pöyhönen ja Wilhelmsson ovat avanneet uuden vuosituhannen kohteeksi kiinnostavilla ja kunnianhimoisilla teoksillaan *Uusi varallisuus oikeus* (2000) ja *Senmodern ansvarsrätt* (2001) Tarkastellen seuraavassa Wilhelmssonin kirjaa, mutta syistä, jotka toivottavasti selviävät jäljempänä, suhteutan sen ajatuksia Pöyhösen teokseen.

On kiinnostavaa arvioida, miten uudet kirjat suhtautuvat niihin piirteisiin, jotka erottivat Pöyhösen ja Wilhelmssonin 1980-luvun jälkianalyttisen avauksen edeltävästä analyttisestä siviilioikeudellisesta tutkimuksesta. Voimme ehkä sanoa, että Pöyhönen on pysynyt uskollisempänä tuolloin omaksumilleen lähtökohdille kuin Wilhelmsson. Pöyhönen uskoo yhä yleisten oppien tarpeellisuuteen ja mahdollisuuteen, vaikka hän arvioikin niiden sekä kohdealuetta että tehtäviä hieman toisin kuin 1980-luvulla. Uuden kirjan yleisten oppien on määrä luoda yhteyksiä perinteisessä systematiikassa eri lokeroihin sijoitettujen omistuksen, sopimuksen ja vahingonkorvauksen oikeudellisten instituutioiden välille. Uudet yleiset opit ovat jo kohdealueen määrittelyssään korostetun yhteyshakuisia, Tapio Määtän (2000) ilmausta käyttäakseni.

Pöyhösen uuden varallisuus oikeuden yleisiin oppeihin kuuluu sekä käsitteitä että periaatteita. Käsitteet ovat kuitenkin periaatteille alisteisia, ja niillä on selkeän heuristinen luonne. Heuristinen tehtävä täsmentyy nyt nimenomaan yksittäisten ratkaisutilanteiden jäsentämiseksi tavalla, joka antaa oikeutta niiden yksilöllisille erityispiirteille. Pöyhönen (s. XVII) korostaa, että sellaiset uuden varallisuus oikeuden käsitteet kuin ”toimintaympäristö”, ”kokonaisu-järjestely”, ”intressitaho” ja ”riskipositio” eivät ole tarkoitetut normistoja luokitteleviksi ja systematisoiviksi, vaan ”ne auttavat varallisuus oikeudellista harkintaa tunnistamaan eri tilanteista kullekin tilanteelle tunnusomaisia ja tyypillisiä piirteitä”. Oikeusperiaatteiden tueksi esitettävässä argumentaatiossa taas uutta on kytkeä perusoikeusjärjestelmään: ”Jatkuva yhteys perusoikeusjärjestelmään on uuden varallisuus oikeuden keino pyrkiä säilyttämään ennakoitavuus ja yhdenvertainen kohtelu samalla kun juridiikan painopiste siirtyy yhtenäisten kriteerien varassa tehtävästä luokittelusta joustavaan tilanneherkkyyteen”, Pöyhönen kirjoittaa (*ibid.*).

Wilhelmssonin teoksesta sen sijaan välittyä tietynlainen epäusko oikeuskäsitteistä ja oikeusperiaatteista koostuviin yleisiin oppeihin. Sosiaalista siviilioikeutta esittelevässä teoksessaan 1980-luvun lopulla Wilhelmsson kehittäi vallitsevalle doktriinille vaihtoehtoisia käsitteitä, kuten ”kuluttajan” ja ”vuokralaisen” kaltaisia

”roolisuuntautuneita subjektikäsitteitä”, joiden oli määrä korvata abstrakti oikeussubjektin käsite, sekä perusteli sellaisten oikeusperiaatteiden kuin kohtuullisuuden asemaa. Yleiset opit täyttivät yhtä hyvin systematisoivaa ja koherenssia luovaa, heuristista kuin argumentatiivis-normatiivistakin tehtävää. Wilhelmsson myös perusteli systematisoivien yleisten oppien tarvetta samaan tapaan kuin Pöyhönen sitä koherenssia, joka uudessa varallisuus oikeudessa on määrä luoda perusoikeuskytkennän avulla: Wilhelmssonin (1987, s. 22-23) mukaan systematisointi oli välttämätöntä yhdenvertaisuuden ja lainkäytön ennakoitavuuden kannalta.

Uudessa kirjassaan Wilhelmsson suosii – postmodernistisia, jo lähes tulkoon fraseologisia ilmauksia käyttäen – Pieniä Hyviä Kertomuksia Suuren Kertomuksen sijasta. Ehkä on niin, että uuden kirjan näkökulmasta myös sosiaalinen siviilioikeus edustaa sellaista systematisoivaa Suurta Kertomusta, jonka jäykistävästä pakkopaidasta oikeudellinen argumentaatio tulisi jälkimodernina aikanamme vapauttaa. Wilhelmsson ei – Pöyhösen uudesta varallisuus-oikeudesta poiketen – esitäkään mitään sosiaaliseen siviilioikeuteen verrattavia ”vastuu oikeuden” (*ansvarsrätt*) yleisiä oppeja. Uusi lähestymistapa ilmenee jo kirjan rakenteessa. Toisena osana (*Små Goda Berättelser om makt och ansvar*) ovat pienet hyvät kertomukset, joiden juonet ovat suomalaisista ja ruotsalaisista vastuu-oikeudellisista oikeudenkäynneistä, suomalaisina esimerkkeinä tupakkaoikeudenkäynti ja saamatta jäänyttä päivähoitoa koskenut vahingonkorvausjuttu. Ensimmäinen osa ei puolestaan sisällä yleisten oppien kaltaista systematisoivaa esitystä, vaan siinä kartoitetaan vastuu oikeuden uusia tehtäviä (*Ansvarsrättens nya funktioner*).

Wilhelmssonin epäluuloinen suhtautuminen yleisiin oppeihin pohjaa Systeemin – lue: Suuren Kertomuksen – sekä myöhäismodernille (oikeus)maailmalle ominaisen joustavoitumisen ja fragmentoitumisen vastakkainasetteluun: Systeemi kahlitsee aikakautemme oikeudellisten kysymysten edellyttämää joustavaa ja tilannekohtaista argumentaatiota. Wilhelmsson tosin tekee pienen myönnytyksen. Hän (s. 219-220) hyväksyy systeemin pedagogisena apuvälineenä ja sellaisena välttämättömänä, kielellisenä esitystekniikkana, jota ilman argumentoivaa sisällöllistä juridista keskustelua ei voi edes



aloittaa. Sellaiset termit kuin ”vaarantamisvastuu”, ”valvontavastuu” ja culpa-vastuu” täyttävät tehtävänsä tyhjentävästi kielellis-kommunikatiivisella tasolla. Sen sijaan tämän kaltaiset termit eivät tuota vastuuoikeudelle sisällöllistä koherenssia. Wilhelmssonin esityksen kriittinen kärki kohdistuukin juuri sisällöllisen koherenssin ideaan, nähtiinpä koherenssin takeet sitten oikeuskäsitteissä tai oikeuseriaahteissa.

Kokoavasti voimme hahmotella yleisille opeille – yleisille oikeuskäsitteille ja oikeuseriaahteille – ainakin seuraavan kaltaisia tehtäviä, joiden keskinäisiä painotuksia on (oikeus)historian kulussa arvioitu eri tavoin:

- systematisointi oikeusjärjestyksen koherenssin takaamiseksi
- systematisointi pedagogisessa tarkoituksessa
- konstitutiivis-epistemologinen tehtävä
- heuristinen tehtävä
- argumentatiivis-normatiivinen tehtävä

Wilhelmsson hylkää pyrkimyksen sisällölliseen *koherenssiin* yleisten oppien välityksellä; se on hänen mielestään ristiriidassa oikeudenkäytön joustavuuden ja tilannesidonnaisuuden vaatimusten kanssa. Mutta hän ei ota nimenomaista kantaa koherenssi-pyrkimystä perustelevien periaatteiden, sellaisten kuin yhdenvertaisuus ja lainkäytön ennakoitavuus, ajankohtaisuuteen. Ovatko nämä periaatteet, joista Wilhelmsson vielä *Social civilrätt* -teoksessaan johti yleisten oppien systematisointitehtävät, todella menettäneet asemansa eräinä aikamme oikeuden normatiivisina ydinperiaatteina? Olemmeko todella siirtyneet uuteen, postmoderniin aikakauteen, joka on jättänyt jäähyväiset näille periaatteille? Tässä Wilhelmsson on vastauksen velkaa.

*Pedagogisen* tehtävän Wilhelmsson yhä sallii oikeudellisille käsitteille, ja niiden aseman yhteisenä kielenä, joka mahdollistaa sisällöllisen argumentaation, voi ehkä tulkita viittaavan *heuristiseen*

suuntaan: oikeuskäsitteiden kautta tunnistamme ja määrittelemme oikeudellisia ongelmia. Käsitteiden *konstitutiivis-epistemologisesta* merkityksestä, siitä miten oikeudelliset käsitteet tuottavat oikeudellis-institutionaalisia tosiasioita, Wilhelmsson ei keskustelee, ja *argumentatiivis-normatiivisen* tehtävän hän suorastaan torjuu. Torjunta on yhteydessä sisällöllisen Systeemin ja joustavuuden vastakkainasetteluun. Yleisten oppien argumentatiivinen käyttäminen näyttää Wilhelmsson mielestä edellyttävän ajatusta oikeusperiaatteiden varassa lepäävästä sisällöllisestä koherenssista.

Voi kuitenkin asettaa kyseenalaiseksi, onko oikeusjärjestyksen sisällöllinen koherenssi sillä tavoin sovittamattomassa ristiriidassa oikeudellisen ratkaisutoiminnan joustavuuden ja tilannekohtaisen harkinnan vaatimusten kanssa kuin Wilhelmsson näyttää ajattelevan. Jälkianalyttinen vaihe siirsi 1980-luvulla yleisten oppien painopistettä käsitteistä periaatteisiin ja osoitti myös argumentatiivis-normatiivisen tehtävän periaatteille eikä käsitteille kuten käsiteläinoppi. Se periaatekäsitys, johon jälkianalyttisessä vaiheessa on tukeuduttu, on peräisin Ronald Dworkinilta ja Robert Alexylta. Ja tässä periaatekäsityksessä tilannekohtaisen harkinnan ja joustavuuden vaatimukset ovat tavallaan jo sisään rakennettuina. Periaatteiden soveltamisellehan on ominaista tapauksittainen punninta. Vaikka lainoppinut yleisiä oppeja koskevassa ehdotuksessaan – kuten Pöyhönen yhteisöllisen käytännön sopimusmallissaan – asettaisikin oikeudenalan periaatteet tiettyyn etusijajärjestykseen, kysymyksessä on vain *prima facie* järjestys. Periaatteiden keskinäinen paino on määriteltävä kussakin ratkaisutilanteessa erikseen, juuri sen tilanteen erityispiirteet huomioon ottaen. Periaatteiden kokoamisella ja asettamisella *prima facie* etusijajärjestykseen teoreettinen lainoppi tuo oman panoksensa oikeusjärjestyksen sisällölliseen koherenssiin tavalla, joka on yhdistettävissä joustavuuteen ja joka pitää tapauskohtaiselle harkinnalle välttämätöntä tilaa avoimena. Pöyhösen uudessa varallisuus oikeudessa perusoikeuskytkentäiset periaatteet vastaavat sisällöllisen koherenssin tehtävästä, ja samalla niillä on myös joustavuusvaatimuksen huomioon ottava argumentatiivis-normatiivinen tehtävä. Uudessa varallisuus oikeudessa myös käsitteet on alistettu joustavuuden ja tapauksittaisen harkinnan tavoit-

teille. Käsitteiden tehtävänä on normiaineiston luokittelun sijasta jäsentää ratkaistavana olevaa tilannetta oikeudellisesti tavalla, joka avaa tapauskohtaisen sisällöllisen argumentaation mahdollisuuden.

Wilhelmssonilta ei ole jäänyt huomaamatta, että tapauksittaisen harkinnan korostuksessaan ja joustavuuden tavoitteessaan uusi varallisuus oikeus tulee lähelle myöhäismodernia vastuu oikeutta (ks. Wilhelmsson 2001, s. 215 ss.). Erottavaksi tekijäksi kuitenkin jää uuden varallisuus oikeuden samanaikainen pyrkimys tyydyttää myös sitä sisällöllisen koherenssin vaatimusta, joka kohoo yhdenvertaisuudesta ja ennakoitavuudesta.

Totesin edellä, että jälkianalyttisen vaiheen on erottanut edeltävästä analyttisestä siviilioikeudesta avoin normatiivisuus. Wilhelmssonin uudessa varallisuus oikeudessa tämä avoin normatiivisuus ei enää niinkään ilmene yleisille opeille, ennen muuta oikeusperiaatteille, annettussa argumentatiivis-normatiivisessa tehtävässä. Sosiaalisessa siviilioikeudessa normatiivisuus oli hyvinvointivaltion ja sen ideologian ottamista vakavasti: yleiset opit palvelivat hyvinvointivaltion normatiivisia päämääriä. Myöhäismodernissa vastuu oikeudessa normatiivisuus kytkeytyy vastuu oikeudellisten oikeudenkäyntien valjastamiseen mikropolitiikan tarpeisiin. Taustaksi Wilhelmsson maalaa tietyn kuvan yhteiskunnallisesta ja kulttuurisesta murroksesta; sitä lienee Wilhelmssonin käsitteistössä lupa kutsua siirtymäksi modernista myöhäismoderniin.

### *Myöhäismoderni yhteiskunta ja kulttuuri*

Jälkianalyttisen vaiheen erotti edeltäjästään paitsi avoin normatiivisuus myös avoin yhteiskunnallinen kytkentä, joka 1980-luvun pioneeritöissä tarkoitti lähinnä sitoutumista hyvinvointivaltiokehitykseen. Yhteiskunnallinen kytkentä on leimaa-antava myös Pöyhösen ja Wilhelmssonin uusille töille. Yhteiskunnallinen ympäristö tosin hahmotetaan nyt toisin kuin 1980-luvun lopulla, jolloin lamaa edeltäneessä Suomessa elettiin vielä hyvinvointivaltion

laajenemisen optimistista vaihetta. Pöyhösellä uuden varallisuus-oikeuden yhteiskunnallista ympäristöä määrittelevät sellaiset käsitteet kuin ”sosiaalistuminen”, ”markkinaistuminen”, ”ekologistuminen” ja ”informatisoituminen”. Hyvinvointivaltioyhteys ei ole menettänyt merkitystään – se on mukana ”sosiaalistumisessa” – mutta sitä suhteellistavat ”markkinaistuminen”, ”ekologistuminen” ja ”informatisoituminen”.

Hyvinvointivaltion muutos on myös Wilhelmssonin myöhäismodernin vastuuoikeuden taustatekijöitä. Hyvinvointivaltion tavoitteet ovat yhä ajankohtaisia, mutta 1990-luku on olennaisesti mullistanut niiden toteuttamisedellytyksiä. Uuden vastuuoikeuden kannalta ratkaisevaa on ollut *hyvinvointivaltion yksityistäminen*. Oikeudellisesti tämä on merkinnyt julkisoikeudellisten järjestelyjen ainakin osittaista vetäytymistä tehtävistään. Näin syntynyt tyhjiö selittää ne vastuuoikeuden uudet tehtävät, joita Wilhelmsson teoksensa ensimmäisessä osassa erittelee ja joita hän kutsuu sääntely-, valvonta-, palvelupakko- ja sosiaaliturvatehtäviksi. Toisen osan Pienissä Hyvissä Kertomuksissa hän keskittyy näistä kahteen ensimmäiseen, toisin sanoen sääntely- ja valvontatehtävään. Kertomusten aihepiiriä täsmentää vielä vallan näkökulma: yksittäisten kertomusten juonia yhdistävänä teemana on taloudellisen, poliittisen ja mediavallan sääntely ja valvonta vastuuoikeuden avulla.

Wilhelmsson erittelee vakuuttavalla tavalla hyvinvointivaltion uusia toteutumisedellytyksiä sekä julkis- ja yksityisoikeuden uudenlaista tehtävänjakoa ja yhteistyötä. On syytä huomata, että Wilhelmsson ei suinkaan halua sälyttää kaikkea vastuuta hyvinvointivaltiollisista tavoitteista vastuuoikeudelle. Hän esimerkiksi korostaa, että vastuuoikeus ei sosiaaliturvatehtävällään voi korvata vaan enintään joiltakin osin täydentää julkista sosiaaliturvaa. Ja vaikka juonena eräässä Pienistä Hyvistä Kertomuksista on vahingonkorvausinstituution hyödyntäminen sosiaalipalvelujen saatavuuden takaamiseksi, Wilhelmsson ei väitä, että tämä instituutio tekisi merkityksettömiksi julkisoikeudelliset oikeusturvakeinot, kuten muutoksenhaun ja hallintokantelun.

Myöhäismodernin vastuuoikeuden ympäristön hahmotukseen kuuluu myös postmodernismi-vaikutteinen kuvaus *yhteiskunnalli-*

*sesta ja kulttuurisesta eriytymisestä* ja hajautumisesta, fragmentaatiosta. Tällaisia vaikutteitahan kantaa jo Wilhelmssonin ahkeraan toistama ilmaus pienistä kertomuksista, jonka vähintäänkin viitteellisenä vastinparina on modernin Suuren Kertomuksen Iso Paha Susi. Puhetta kulttuurisesta fragmentaatiosta ja pienistä kertomuksista vaivaa usein tietynlainen epäanalyttisyys. Kulttuurinen fragmentaatio ja pluralismi on kiistaton tosiasia, vaikka ei ehkä ajallisesti niin tuore asia kuin postmodernistit usein haluavat väittää. Mutta keskustelua tästä fragmentaatiosta saattaisi jäsentää ja tämentää sen kaltainen kulttuuristen ilmiöiden erittely, johon Hegel aikoinaan tähtäsi etiikan (*Sittlichkeit*) ja moraalin välille tekemällään erolla. *Etiikka* on kulttuuristen arvojen ja hyvä-käsitysten aluetta, ja eettinen keskustelu on keskustelua arvoista ja hyvästä elämästä yksilöiden ja ryhmien tasolla. *Moraalissa* taas on kyse yksilöiden ja ryhmien välisten ristiriitojen ratkaisemisesta, siitä, minkälaisia normeja yksilöiden tai ryhmien keskinäisessä kanssakäymisessä tulisi noudattaa. Modernin maailman *pluralismi* on nimenomaan arvojen ja hyvä-käsitysten pluralismia, ja juuri tämä pluralismi asettaa moraalille keskustelulle niin suuret vaatimukset modernin maailman oloissa. Moraalin keskeinen tehtävä on mahdollistaa eettinen pluralismi ja ratkaista niitä ristiriitoja, joita eettisestä, arvojen ja hyvä-käsitysten fragmentaatiosta väistämättä seuraa. Tässä käsitteistössä puhe *moraalin* fragmentaatiosta on ongelmallista, koska moraalin tehtävä on tavallaan juuri ylittää eettisessä ulottuvuudessa ilmenevä fragmentaatio. Väärinkäsitysten välttämiseksi on syytä korostaa, että eettisen ja moraalin ulottuvuuden irtaantuminen hahmottelemallani tavalla ja moraalille lankeava tehtävä eettisen pluralismin, erilaisten arvojen ja hyvä-käsitysten rauhanomaisen rinnakkainolon, mahdollistajana merkitsee samalla, että moraalista normeista tulee sisällöllisesti yhä yleisempiä ja abstraktimpia. Samalla myös moraalin alueella tilannekohtainen harkinta ja argumentaatio saa yhä tärkeämmän aseman.

Jean-François Lyotardia myötäilevällä käsitteistöllä sanomani voisi ehkä ilmaista seuraavasti: pienten kertomusten pluralismi eettisessä ulottuvuudessa ei ole mahdollinen ilman jonkinlaista suurta kertomusta moraalissa ulottuvuudessa. Tämä kertomus ei ehkä

ole kovin pitkä tai yksityiskohtainen, mutta sen keskusjuoniin kuuluu esimerkiksi suvaitsevaisuus.

Voi olla, että Wilhelmsson voisi paljossa yhtyä siihen, mitä olen edellä sanonut etiikan ja moraalin suhteista, vaikka käyttääkin näitä termejä ehkä toisessa merkityksessä. Arvion yhteisymmärryksen mahdollisuudesta nähdäkseni oikeuttaa tapa, jolla Wilhelmsson hahmottelee vastuuoikeudellisten oikeudenkäyntien tehtäviä moraalisesta keskustelun näyttämönä. Oman tulkintani mukaan oikeus avustaa moraalialueen eettiskulttuurisen pluralismin ja rauhanomaisen rinnakkainelön varmistamisessa; tässä on esimerkiksi yksi perusoikeusjärjestelmän ydintehtävistä. Oikeuden avulla voidaan etsiä ratkaisuja niihin sosiaalisen kiinteyden ongelmiin, jotka seuraavat moraalin samanaikaisesta abstrahoitumisesta ja tilannekohtaisuudesta. Eräs Wilhelmssonin kirjan monista ansioista on huomion kiinnittäminen lainkäytön merkitykseen moraalisesta keskustelun välineenä. Yksittäisten oikeudenkäyntien sijasta painottaisin kuitenkin itse Wilhelmssonia enemmän jatkuvaa yhteiskunnallista keskustelua yhteisen elämän normatiivisista perusteista, keskustelua, jonka puheenvuoroiksi asianosaisten lausumat ja tuomioistuinten päätökset yksittäisissä oikeudenkäynneissä kyllä voidaan ymmärtää mutta joka kattaa paljon muitakin lakimieskunnasta ja kansalaisyhteiskunnasta kohoavia repliikkejä.

### *Vastuuoikeus mikropolitiikan välineenä*

Wilhelmssonin 1980-luvun lopulla hahmottelemassa sosiaalisessa siviilioikeudessa poliittinen ulottuvuus liittyi kysymykseen, voimameko perustella valintoja oikeusjärjestyksen vaihtoehtoisten systematisointitapojen, vaihtoehtoisten yleisten oppien, välillä. Vas-taus (1987, s. 22-23) oli kielteinen: tutkijan sitoutuminen esimerkiksi sosiaaliseen siviilioikeuteen ja sen taustalla olevan hyvinvointivaltion ideologiaan oli poliittinen valinta. Poliittisessa ”desisionismissaan” Wilhelmsson poikkesi Pöyhösestä, joka vuonna 1988 puolustamassaan väitöskirjassa etsi sopimusoikeuden mallilleen

myös niin sanottua syväjustifikaatiota ja joka nyt kytkee uuden varallisuusoikeutensa perusoikeusjärjestelmään.

Tutkijan sitoutuminen tiettyyn oikeudelliseen ajattelutapaan, kuten myöhäismoderniin vastuuoikeuteen, on Wilhelmssonille edelleen poliittinen valinta. Myöhäismodernin vastuuoikeuden poliittisuus ei kuitenkaan rajoitu vain tällaiseen sitoutumiseen. Myöhäismodernin vastuuoikeuden Pienet Kertomukset kiertyvät – joku voisi sanoa: aitoamerikkalaiseen tapaan – yksittäisten oikeudenkäyntien ympärille. Ja Hyviä näistä kertomuksista tekee se, että niissä vastuuoikeus on valjastettu mikropolitiikan tarpeisiin.

Mikropolitiikka ei perinteisen politiikan tavoin suuntaudu ylhäältä alas, valtiollis-poliittisista instituutioista yhteiskuntaan, vaan pikemminkin alhaalta ylös, ruohonjuuritasolta instituutioihin. Se on kansalaisliikkeiden politiikkaa, joka ei ole niinkään kiinnostunut keskitetyn poliittisen, lakia säättävän vallan saavuttamisesta ja uudistusten ajamisesta tätä kautta. Kyse on pikemminkin yksittäisistä, pisteittäisistä aktioista, joilla pyritään konkreettisten epäkoh- tien korjaamiseen.

Mikropolitiikka käyttää hyväkseen julkisuutta; sen avulla mikropolitiikka nostaa yhteiskunnalliseen keskusteluun teemoja, jotka eivät muutoin tahdo saada huomiota osakseen, juuri julkisuuden kautta mikropolitiikka pyrkii vaikuttamaan instituutioihin. Suomessa ehkä ensimmäinen tämän kaltainen mikropolitiittinen aktio, jossa myös riippuvuus julkisuudesta tuli selkeästi esille, oli jo lähes tul- koon legendaksi muodostunut Kojjärvi 1970-luvun lopulla.

Wilhelmssonin mukaan myös oikeudenkäynnit vastuuoikeu- dellisissa asioissa voivat toteuttaa mikropolitiikan tavoitteita. Hänen esimerkkinsä ovat lähinnä USA:sta, jossa esimerkiksi ryhmä- kanteina ajetuilla kuluttajaoikeudenkäynneillä on pitkä perinne. Kotimaisena esimerkkinä, jolla tietysti myös on kansainväliset esi- kuvansa, Wilhelmsson mainitsee tupakka-oikeudenkäynnin, jonka takana oli Lääkärin sosiaalinen vastuu -niminen järjestö, ja Asukas- liiton 1990-luvun alussa organisoimat oikeudenkäynnit säästöpank- kien yksipuolisia asuntolainojen korkojen nostopäätöksiä vastaan.

Paradoksina voi pitää sitä, että Wilhelmssonin tarkoittamat oi- keudenkäynnit pyrkivät oikeuden avulla samaan tavoitteeseen kuin

oikeuden- tai ainakin lainvastaisiin keinoihin tukeutuva *kansalais-tottelemattomuus*. Päämääränä on avata julkisen keskustelun patoja ja tukkeumia, saada julkisen keskustelun piiriin kansalaisyhteiskunnan ruohonjuuritasolla tärkeiksi koettuja yhteiskunnallisia teemoja. Tunnettu mediatutkimuksen vahvistama tosiasiahan on, että julkisen hallinnon ja talouselämän organisaatiot pitkälti määräävät julkisuuden agendat, asialistat. Kansalaistottelemattomuus samoin kuin mikropolitiikkaa toteuttavat oikeudenkäynnitkin pyrkivät valloittamaan kansalaisyhteiskunnalle takaisin näille organisaatioille siirryntä määräämisvaltaa julkisuuteen nähden.

Mikropolitiikan käsitteellä Wilhelmsson avaa tuoreen näkökulman lainkäyttöön aikaamme, jonka demokratiakäsitykselle on ominaista kansalaisyhteiskunnan merkityksen korostaminen. On kuitenkin hyvä olla perillä myös oikeudenkäynteihin tukeutuvan mikropolitiikan ehdoista ja rajoituksista. Oikeuskulttuuri, erityisesti se asema mikä tuomioistuimille oikeudellisten käytäntöjen työ- jaossa kuuluu, vaikuttaa olennaisesti myös oikeudellisen mikropolitiikan mahdollisuuksiin. Ei tietenkään ole sattuma, että oikeudenkäynteihin on turvaututtu tässä tarkoituksessa juuri USA:ssa, jonka *common law* -kulttuurissa tuomioistuimilla on keskeinen rooli oikeusjärjestyksen sisällöstä käytävässä keskustelussa, jossa julkisuus seuraa kiinteästi oikeudenkäyttöä ja jossa tuomioistuinlaitos on valtion ja kansalaisyhteiskunnan rajanvedossa ehkä lähempänä jälkimmäistä kuin edellistä. Sellaisissa kirjoitettuun lainsäädäntöön perustuvissa Manner-Euroopan oikeuskulttuureissa kuin Suomessa, joissa tuomioistuinlaitoksen ja julkisuuden suhteet eivät myöskään ole yhtä tiiviit kuin USA:ssa, mikropoliittiselle vaikuttamiselle avautuva tila on ahtaampi. Samalla on lisättävä – ja tähän myös Wilhelmsson kiinnittää huomiota – että tuomioistuinlaitoksen liikkumavara ja samalla myös mikropolitiikan mahdollisuuden vaihtelevat eri oikeudenaloilla. Mikropolitiikan omin alue on ehkä siellä, missä oikeusperiaatteilla on keskeinen asema tuomioistuinten päätöksenteossa. Tästä vahingonkorvausoikeus ja vastuuoikeus yleensäkin onkin hyvä esimerkki.

Meidän ei myöskään tulisi sulkea silmiämme niiltä ongelmilta, joita liittyy tuomioistuinten voimistuvaan rooliin oikeuskehityk-



sessä; tätä roolia lujittaa omalta osaltaan myös Wilhelmssonin kaavailema mikropoliittinen strategia. On perusteltua suhtautua varauksellisesti yksioikoiisiin *tuomarivaltiokehityksen* uhkakuviiin, varsinkin niihin, joissa oletetaan jonkinlainen väistämätön ristiriita valtiollisen demokratian sekä tuomioistuinten uudenlaisen perus- ja ihmisoikeuksien suojaamistehtävän välillä. Kuitenkin on syytä myös korostaa, että mikropolitiikka ei tee tyhjäksi makropolitiikkaa eivätkä mikropolitiikkaa toteuttavat oikeudenkäynnit sitä lainsäädäntötyötä, jota toteutetaan hallituksessa ja eduskunnassa sekä niitä ympäröivässä julkisuudessa. Suomen kaltaisessa lainsäädäntöpainotteisessa oikeuskulttuurissa mikropolitiikan ensisijainen tehtävä on räjäyttää patoja julkisuuden kommunikaatiovirroista, palvelulla aseena julkisuuden huomiosta käytävässä taistelussa ja tätä kautta käynnistää lainsäädäntötyöhön johtavia prosesseja. Tämä koskee yhtä hyvin kansalaistottelemattomuutta kuin mikropolitiikkaa ajavia oikeudenkäyntejäkin.

Mikropolitiikan strategien on syytä ottaa huomioon myös ne rajoitukset, jotka liittyvät oikeuden saatavuuteen, siihen mitä kansainvälisessä keskustelussa kutsutaan termillä *access to justice*. Suomen viimeaikainen oikeuskehitys on eräässä perustavassa suhteessa ollut ristiriitaista. Tuomioistuimet ovat saaneet entistä tärkeemmän roolin oikeudellisten käytäntöjen kokonaisuudessa. Samanaikaisesti oikeuden saatavuus on vaikeutunut monien sellaisten yksittäisten osatekijöiden summana, jotka ovat nostaneet oikeudenkäyntikuluja. Yksityisoikeudellisia riitajuttuja käsitellään tuomioistuimissa yhä vähemmän: yksityishenkilöillä ei ole taloudellisia mahdollisuuksia ajaa juttuja, ja elinkeinoelämän keskinäisiä riitaisuuksia puolestaan ratkaistaan julkisuuden ulottumattomissa välimiesmenettelyssä. Kun Suomessa ei myöskään ole käytössä ryhmäkannetta ja kun järjestöjen puhevalta esimerkiksi ympäristöasioissa on yhä rajallinen, tuomioistuinlaitoksen välityksellä harjoitettavan mikropolitiikan mahdollisuudet saattavat kaatua oikeuden saatavuuden ongelmaan.

Wilhelmsson liittää mikropolitiikan aktivoitumisen myöhäismoderniin yhteiskunnalliseen fragmentoitumiseen. Itse asiassa lain-

käytön mikropoliittiset tavoitteet voi kuitenkin nähdä perin juurin modernissa valaistuksessa. Jos tarkoituksena on vallata tilaa julkisista keskusteluareenoista, diskurssien käynnistäminen, tämä tarkoitus sopii erinomaisen hyvin modernin projektiin, joka vannoo julkisten keskustelujen nimiin niin demokratian toteuttamisessa kuin normatiivisen sääntelyn kehittämisessäkin.

### *Nimilapuista asiaan*

Wilhelmsson on valpas ajan ilmiöiden rekisteröijä, ehkäpä joskus liiankin nopea niistä oikeustieteen suunnassa tekemissään johtopäätöksissä. On pitkälti hyödytöntä keskustella nimilapuista, kuten ”modernista”, ”postmodernista”, ”myöhäismodernista”, ”Suuresta Kertomuksesta” ja ”Pienistä Hyvistä Kertomuksista”. Wilhelmssonin kirja on kiistatta jälleen uusi avaus, jolla tulee varmasti olemaan tärkeä merkitys pohjoismaisessa keskustelussa. Voin paljossa yhtyä siihen, mitä Wilhelmsson kirjoittanut hyvinvointivaltion muutoksista ja yksityisoikeuden uusista tehtävistä, oikeudenkäynneistä mikropolitiikan areenoina ja samalla moraalikeskustelun käynnistäjinä tai oikeudellisen argumentaation joustavuuden ja tilannesidonnaisuuden vaatimuksista. Allekirjoitan myös havainnon arvojen fragmentaatiosta ja pluralismista ja näen tällä kehityksellä tärkeitä seurauksia myös oikeudelle ja oikeustieteelle. Se, että nimeän ilmiöitä toisin kuin Wilhelmsson, ei ole olennaista. Missä tiemme kuitenkin näyttävät eroavat, on kysymys koherenssi-vaatimuksen ajankohtaisuudesta. Liiallinen ihastus Pieniin Hyviin Kertomuksiin voi johtaa siihen, että jotain tärkeää oikeustieteelle yhä kuuluvista tehtävistä katoaa näköpiiristä. Tämä on yksi syy siihen, että olen edellä monin paikoin käyttänyt Pöyhösen *Utta varallisuus-oikeutta* vertailukohtana Wilhelmssonin kirjalle.

## KIRJALLISUUS

- Aarnio, Aulis*: Perillisen oikeusasemasta. Vammala 1969.
- Aarnio, Aulis*: Mitä lainoppi on? Helsinki. 1978.
- Aarnio, Aulis*: Rational as Reasonable. Dordrecht 1987.
- Aarnio, Aulis*: Reason and Authority. Aldershot 1997.
- Aarnio, Aulis*: Uusi varallisuus oikeus – vai vanha? Lakimies 2002, s. 515-534.
- Alexy, Robert*: Theorie der Grundrechte. Frankfurt am Main 1986.
- Blomstedt, Yrjö*: K. J. Ståhlberg. Keuruu 1969.
- Dworkin, Ronald*: Taking Rights Seriously. London 1978.
- Dworkin, Ronald*: Law's Empire. London 1986.
- Von Gerber, Carl Friedrich*: Grundzüge des öffentlichen Rechts.
- Giddens, Anthony*: Yhteiskuntateorian keskeisiä ongelmia. Keuruu 1984.
- Günther, Klaus*: Der Sinn für Angemessenheit. Frankfurt am Main 1988.
- Hart, H. L. A.*: The Concept of Law. Oxford 1981.
- Helin, Markku*: Käsitteistä päättelemisestä. 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 stander, deras förhållande till monarken och folket. Helsingfors 1884.
- Holopainen, Toivo*: Kunnan asema valtiossa. Vammala 1969.
- Jellinek, Georg*: Allgemeine Staatslehre. Berlin 1914.
- Kaira, Kaarlo*: Virallisen vastaväittäjän lausunto teoksesta Kastari, Paavo: Eduskunnan hajoitus Suomen oikeuden mukaan. Lakimies 1941, s. 450-464
- Karapuu, Heikki*: Perusasioita perusoikeuksista. Oikeustiede Jurisprudencia XIX, s. 67-124. Vammala 1986.
- Kastari, Paavo*: Eduskunnan hajoitus Suomen oikeuden mukaan. Vammala 1940.
- Kekkonen, Urho*: Kunnallinen vaalioikeus Suomen lain mukaan. Helsinki 1936.
- Kelsen, Hans*: Puhdas oikeusoppi. Porvoo 1969.
- Laband, Paul*: Das Staatsrecht des deutschen Reiches. Band I. Freiburg 1888.

*Lahtinen, Osvi*: Zum Aufbau der rechtlichen Grundlagen. Helsinki 1951.

*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. Teoksessa *Ius humanum*, Turku 1967, s. 112-123.

*Makkonen, Kaarle*: Kunnallinen säädösvalta. Vammala 1968.

*Makkonen, Kaarle*: Tutkimus kunnan asemasta. Virallisen vasta-väittäjän lausunto teoksesta Holopainen, Toivo: Kunnan asema valtiossa. Lakimies 1969, s. 467-480.

*Makkonen, Kaarle*: Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Vammala 1981.

*Merikoski, V.*: Vapaa harkinta hallinnossa. Vammala 1958.

*Määttä, Tapio*: Monitieteisyys ympäristöoikeudessa – oikeustieteen sisäiset ja ulkoiset yhteydet oikeustieteellisen tutkimuksen haasteena. Oikeus 2000, s. 333-355.

*Paschukanis, Evgenij*: Allgemeine Rechtslehre und Marxismus. Frankfurt/M 1969.

*Pöyhönen, Juha*: Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Vammala 1988.

*Pöyhönen, Juha*: Uusi varallisuus oikeus. Helsinki 2000.

*Ross, Alf*: Om ret og retfaerdighed. København 1958.

*Rytkölä, Olavi*: Valtion vakinaisten virkamiesten palkkaus- ja eläke-oikeus. Vammala 1948.

*Rytkölä, Olavi*: Julkisoikeudellinen sopimus. Vammala 1949.

*Rytkölä, Olavi*: Hallinto- ja finanssioikeudessa sovellettavista normeista. Lakimies 1965, s. 172-185.

*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.

*Ståhlberg, K. J.*: Suomen hallinto-oikeus. Yleinen osa. Helsinki 1913.

*Tuori, Kaarlo*: General Doctrines in Public Law. Scandinavian Studies in Law 1987, s. 177-197.

*Tuori, Kaarlo*: Kriittinen oikeuspositivismi. Helsinki 2000.

*Wilhelmsson, Thomas*: Social civilrätt. Helsinki 1987.  
*Wilhelmsson, Thomas*: Senmodern ansvarsrätt. Helsingfors 2001.  
*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.



HELSINGIN YLIOPISTON  
OIKEUSTIETEELLINEN  
TIEDEKUNTA

*Kaarlo Tuorin* teos erittelee oikeutta kahdella ulottuvuudella: oikeusjärjestyksenä ja erityisinä oikeudellisina käytäntöinä, jollaisina tarkastellaan lainsäätämistä, lainkäyttöä ja oikeustiedettä. Teoksen toisessa osassa näkökulmaa tarkennetaan yleisiin oppeihin, jotka systematisoivat eri oikeudenalojen, kuten rikos- tai hallinto-oikeuden, oikeudellista aineistoa. Yleisillä opeilla on keskeinen merkitys osana lakimiesten käytännöllistä tietovarantoa, joka mahdollistaa heidän ammatillisen toimintansa. Yleisten oppien merkitys ilmentää myös oikeustieteen asemaa oikeusjärjestelmän toiminnassa. Oikeudellisten käytäntöjen työnjaossa yleisten oppien kehittäminen kuuluu näet oikeustieteen tehtäviin.

Kirjoittaja on Helsingin yliopiston yleisen oikeustieteen professori.

ISBN 951-45-9476-2  
ISSN 1456-842X  
Unigrafia 2013

