

Huomautuksia huomautuksista

Jaakko Husa

Timo Oksasen arviossa väitöskirjastani (Hallinnon tutkimus 3/95) saatoin gadamerilaisittain arvioiden ilokseni todeta ajatusmaailmojemme tiettyä fuusioitumista, yhteensulautumista. Kun edustamme julkisoikeutta, joka ei kytkeydy juristiprofession, niin ei oikeastaan ole ihme, että Oksasen rakentava kritiikki ei pyri esiintymään musertavana, vaan sallii jatkokeskustelun teemasta, kuten aitoon tieteelliseen keskusteluun kuuluu. Hänen esittämänsä näkökohdat ovat mielenkiintoisia ja perusteltuja. Tarkoitin myös sellaisia kohtia joista väitöskirjani antaa erilaisen käsityksen. Onneksi ajatusmaailman ei tarvitse olla kivetty yhteen paradigmaan, vaan myös ajatusten muuttuminen on mahdollista, kuten kriittinen rationalisti *K.R. Popper* (1995) korostaa. Tässä hengessä esitän seuraavassa muutamia vasta-huomautuksia Oksaselle.

Oksasen kritisoidessa sitä, että kirjani jää abstraktiille tasolle erityisesti merkityshavainnon käsitteen yhteydessä ja laajentaessa moitteen koskemaan empiiristä tutkimusotetta menetelmätasolla, muistutan lähtökohdista. Lähtökohtana teoreettinen metodologia sulkee konkretiaan liittyvän problematiikan mielenkiinnon ulkopuolelle. Tutkimustehtävä jaetaan deskriptiiviseen ja normatiiviseen teoreettiseen metodologiaan. Edellisen alaan kuuluvat kysymykset ovat: 1) Millaisia teoreettis-metodologisia käsityksiä oikeusdogmatiikasta ja sen tieteellisistä ominaispiirteistä julkisoikeudessa on vallinnut tehdyn tutkimuksen tasolla? Mistä tieteenfilosofisista traditioista nuo käsitykset ovat peräisin? 2) Millaisia eksplisiittisiä näkemyksiä oikeustieteen ja erityisesti oikeusdogmatiikan metodista julkisoikeuden alan tutkijat ovat keskustelun tasolla modernina aikana esittäneet? Jälkimmäisen alaan kuuluvat kysymykset ovat: 1) Millaisia ovat perinteisen oikeusdogmatiikan teoreettis-metodologisen näkemyksen pohjalla olevat oikeus- ja oikeustiedekäsitykset? Olisiko mahdollista perustella oikeusdogmatiikkaa erityisesti modernissa julkisoikeudessa perinteisestä oikeusdogmatiikasta metodologisesti poikkeavalla tavalla? 2) Millainen on ollut se tieteenfilosofinen argumentaatio, jonka avulla perinteistä oikeusdogmatiikkaa on puolustettu?

Onko tuo argumentaatio mahdollista kumota tieteenfilosofisesti? (Husa 1995, 12–13.) Nämä olivat siis lähtöasetelmat.

HAVAINNOSTA

Keskeisin kritiikki kohdistuu havainnon ja tulkinnan väliseen suhteeseen («hieman skitsofreeninen käsite»). Oksasen mukaan samaistan havainnon ja oikeudellisen tulkinnan väitöskirjani sivulla 235. Tuon sivun ydin on alla olevassa kuviossa, joka löytyy em. sivulta:

Tulkintatieteen tutkimusprosessi

Ilmiö = oikeusnormin kirjainmerkkien kätkemä oikeudellinen informaatio	Havainto = Ilmiön mahdolliset oikeudelliset tulkinnot (merkitys)	Tulkinta = valittu tulkinta mahdollisista vaihtoehdoista
---	---	---

Tutkimusprosessin etenemissuunta ⇒

Itse asiassa Oksasen antama kuva siitä, kuinka käsitän havainnon on siis vinoutunut. Tämä käy ilmi kirjani sivuiltakin (Husa 1995, 232–235). Kun kirjaani rakentavassa mielessä lukeneelle Oksaselle on käynyt köpelösti, on paikallaan tämentää sekä edelleenkehittää esitystäni. Onhan oma tekstini tässä tapauksessa väärinkäsitysten lähde. Koska kyseessä on yksi tieteenfilosofian mielenkiintoisimpia kysymyksiä on mahdotonta vastata lyhyesti. Vastauksen tekemiseen ymmärrettäväksi joudun tarpomaan kaksi sivupolkua, joista ensimmäinen koskee jaottelua luontoon ja kulttuuriin sekä siitä johdettuun olemiseen ja pitämiseen. Toinen koskee hermeneutiikkaa yleisemmin. Lopuksi palaan pääväylälle ja dualistiseen oikeusteoriaan.

LUONTO JA KULTTUURI

Jaottelu luontoon ja kulttuuriin lienee peräisin Platonin dualismista, jossa todellisuus ja näennäisyys erotetaan toisistaan. Platonin ajatus on

ilmeisesti lähtöisin alunperin pythagoralaisesta ajattelusta ja liittyy osaltaan vastakohtien tauluun, joka perustuu fundamentaaliseen eroon parillisten ja parittomien lukujen välillä. Taulun sisältämiä vastakohtia ovat esimerkiksi yksi v. moni, uros v. naaras ja valoisuus v. pimeys. Platonin muunnoksessa vastakohtaisuudesta tosi ja varma tieto (*episteme*) voi koskea vain ideoiden muuttumatonta ja todellista maailmaa. Näkyvä ja olevainen maailma on puolestaan häilyvä varjo-maailma, josta voidaan esittää vain epävarmoja mielipiteitä (*doxa*). (Popper 1995, 78–79.) Ajatus hahmotuu parhaiten jos sen sijoittaa Platonin *Valtiossa* esittämään kuuluisaan luolaesimerkkiin.

Perusjaottelun merkityksellisin variaatio on sielun ja ruumiin erottaminen eli sittemmin kartesiolaisuuden ytimenä tunnetuksi tullut ajatus. Käsitys on uskonnollista alkuperää ja sen genesiksen keskeisin ajatus on maallisen ruumiin ja henkisen sielun erottaminen. Jaottelussa ruumis (= empiirinen maailma) katsotaan vähäarvoiseksi ja oikeaa maailmaa vääristäväksi välineeksi, joka estää ihmistä näkemästä todellista henkistä totuutta. (Russel 1995, 165–168.) Erityisesti tämä jaottelu on saanut vastakaikua saksalaisperäisessä filosofisessa ajattelussa kuten esimerkiksi historismissa vaikka sen tunnetuin formulaatio on Descartesin (1994, 69–151). Kytkeä erityisten henkیتieteiden ja saksalaisen historismin välillä on tässä käsiteltävänä olevan asian kannalta tärkeämpi. Historisismihan liittyy saksalaisen filosofian ajatukseen, jonka mukaan historiaa konstituoivat inhimilliseen toimintaan liittyvät mentaaliset ja henkiset tekijät. Niitä tekijöitä kutsutaan 'hengeksi' (*Geist*), josta nimitys henki- tai hengtieteet (*Geisteswissenschaften*) on johdettu (Rüsen t & e 1992, 27)¹.

I. Kant (1724–1804) tekee erottelun luonnon (*Natur*) ja pitämisen (*Sollen*) kesken. Luonnossa asiat järjestyvät kausaliiteettiperiaatteen mukaisesti, joten olisi mahdotonta väittää, että jonkun luonnossa vallitsevan asiantilan pitäisi olla toisin kuin se on. Pitäminen kuuluu taas yksinomaan inhimillisen toiminnan piiriin, jossa vallitsee vapauden periaate. Näiden kahden maailman välinen kuilu on Kantille ylittämätön. Kuilu muodostaa perustan deonttiselle etiikalle. Kuluvan vuosisadan merkittävin oikeusteoreetikko *H. Kelsen* (1881–1973) myötäilee myös eroa kausali- ja

normitieteiden välillä (Kelsen 1983, 78–79) ja erottaa oikeusnormit ja sosiaaliset normit toisistaan (emt. 60–61). Erottelun taustalla hämmöittää Kant: Kelsen (1983, 102–103) toteaa, että »*Der hier eingeschlagne Weg zur Lösung des Problems des Konfliktes zwischen der Kausalität der Natur und der Freiheit der normativen Zurechnung kommt der von Kant (tumm. JH) versuchten Lösung insoferne nahe, als auch dieser zwei verschiedene Ordnungen, nämlich eine Kausale, die Naturnotwendigkeit konstituierende, und eine normative oder moralische, die Notwendigkeit des Sollens konstituierende, annimmt, auf deren Grundlage die Freiheit voraussetzende Zurechnung erfolgt.*» Kelsenin puhdas oikeusoppi (*Reine Rechtslehre*, seur. PO) muuntaa pitämiskäsitteen sellaiseksi, että se kuuluu ontologisesti samaan maailmaan tai suorastaan tarkoittaa samaa kuin henki (*Geist*) tai arvoa edustava normi (*Norm*). Nämä uuskantilaiset maailmat ovat disparateettisia. Luonnon *differentia specifica* suhteessa yhteiskuntaan on sen kuuluminen peruuttamattomasti ja lopullisesti eri sfääriin; »*empirischen Welt, der Welt der Sinne oder Erscheidung...eine andere Welt, die Welt der dinge an sich*» (Kelsen 1983, 103)².

PO rakentuu normatiivisen oikeusjärjestyksen ja oikeustodellisuuden erottamiselle: »*(T)he distinction between the 'ought' and the 'is' is fundamental for the description of law*» (Kelsen 1973, 37). PO on yritys rakentaa formaalia ja puhdasta oikeustieteen teoriaa, joka »*will die Rechtswissenschaften von allen ihr fremden Elementen befreien*» (Kelsen 1983, 1). Kyse on siitä, että oikeus katsotaan kuuluvaksi ontologiselta statukseltaan reaali-maailmasta poikkeavaan pitämiskäsiin (Laakso 1980, 98). Ontologisena perustana on ajatus, jonka mukaan »*...fallen Wert und Wirklichkeit – so wie Sollen und Sein – in zwei verschiedene Spähren*» (Kelsen 1983, 19). Keskeistä on, että Kelsenin ajattelussa dikotomian merkitys on merkittävältä osaltaan metodologinen (Laakso 1980, 150). Luonteeltaan jaottelu on Kelsenille – vielä myöhäisvaiheeseen saakka –

² PO:sta on kaksi eri laitosta. Vuoden 1934 versio on huomattavasti suppeampi kuin vuoden 1960 versio. Suppeampi alaotsikolla *Einleitungen in die rechtswissenschaftliche Problematik* varustettu ja vuoden 1960 laajempi ja alaviltein täydennetty versio ovat asiallisesti eri teoksia, vaikka uudempi onkin rakennettu vanhan päälle (erit. tämä näkyy teosten rakenteissa). En puutu tässä Kelsenin myöhäisvaiheeseen, jota keskeneräinen ja postuumi *Allgemeine Theorie der Normen* (1979) edustaa. PO:n vaihe on vaikutusvaltaisempi.

¹ *Geisteswissenschaft* perustuu *J.S. Millin* termiin *moral sciences* (Gadamer 1994, 1 av 3). Ks. myös Mehtonen 1992, 26–27 av. 1.

Unauflösbarer Dualismus (Kelsen 1979, 44–46). Oleminen on empirinen asia, pitäminen ei. Sein/Sollenin erottelu on PO:n ontologinen peruskivi, jonka varaan teoria rakentuu. Sollen kytkeytyy oikeuden normatiiviseen puoleen ja Sein luonnontodellisuuteen. (Ks. Kelsen 1983, 215–221.)

Oikeusteoria tuntee myös uskantilaisen erottelun luonnontieteisiin (*Naturwissenschaft*) ja henkítieteisiin (*Geisteswissenschaft*). Tuon erottelun metodologista merkitystä kuvataan termeillä *Erklären* (selittäminen) ja *Verstehen* (ymmärtäminen) (Giddens 1980, 165–178). Teesiä luonnontieteiden ja henkítieteiden välisestä metodologisesta erosta perustellaan usein empirisen minän ja intellektuaalisen minän välisellä erolla uskantilaisessa hengessä. Tuo perusjaottelu on problemaattinen, sillä se on lähinnä ideaalityyppinen karkea jaottelumalli, joka tuskin oikeuttaa vetämään apriorisia ja kategorisia johtopäätöksiä noiden tieteiden metodologiasta yksittäisissä tutkimuksissa. Ei liene mahdollista, että henki ja järki voitaisiin ylipäänsä erottaa toisistaan tuolla tavoin paitsi ehkä teoreettisen erittelyn näkökulmasta. Esimerkiksi Tuomela (1983, 7, 65) on huomauttanut, että henki ja materia ovat kietoutuneet toisiinsa eli ontologinen erottelu materia vs. henki ei ole edes lähtökohtaisesti mielekäs. On kyllä huomautettava, ettei realistinenkaan oikeusteoria ole tästä Kantin *Freiheit/Kausalität* problematiikasta vapaa (ks. Tolonen 1991, 409). Analyttinen hermeneutiikka erottaa luonnon ja yhteiskunnan ja korostaa erotelussa sääntöjen merkitystä ja merkityksellisen käyttäytymisen sosiaalisuutta, koska sääntöjen edellytyksenä voi olla vain yhteiskunnallinen tausta (ks. esim. Winch 1979, 114).

Luonnon- ja henkítieteiden kahnaus nousee esiin myös kysymyksessä juridisesta hermeneutiikasta ja metodologiasta. Tällä alueella on valtava määrä filosofisesti ja teoreettis-metodologisesti mielenkiintoisia kysymyksiä. Tässä ei ole mahdollista tarkastella ontologiajaottelusta johtuvia päätelmämallien (kausaali vs. imputaatio) eroja, vaan näkökulmaa voi luonnehtia »metafilosofiseksi». Tarkoitan termillä lähinnä metafysisiä ja ontologisia kysymyksiä käsittelevää erityistieteilijän filosofista analyysia; kaikkea tiedon perustaan ja sen hankkimiseen liittyvää kun ei voi jättää vain filosofeille. Myös erityistieteilijöiden tulee kantaa vastuunsa vaikka he jäisivätkin muukalaisiksi eli filosofian ja erityistieteen ulkopuolelle (vrt. Suoranta 1995). Positivistisen filosofian pimeään kaivoon ajama metafysiikka on mielenkiintoisella tavalla uudelleen ajankohtainen, eikä tämä koske vain ihmistieteitä. Esimerkiksi kes-

kustelussa kaaosteoriasta tai maailmankaikkeuden alkuräjähdyksestä (nk. *Big Bang*) on mukana myös spekulatiivista ainesta. Metafysiikka on valitettavasti terminä jotensakin – erityistieteilijöiden joukoissa – negatiivisesti latautunut.

Hermeneutiikka ja empiria; kuin öljy ja vesi?

Keskeinen hahmo filosofisen hermeneutiikan historiassa on saksalainen romanttiseen ajatteluun kytkeytyvä *W. Dilthey* (1833–1911), koska juuri hänen laajat *Schleiermacheria* koskeneet tutkimuksensa tekivät hermeneutiikan laajemmin tunnetuksi. Diltheyn käsialaa on kuuluisa *Schleiermacherin* elämäkertateos *Das Leben Schleiermachers* (1870). Siinä missä *Schleiermacherin* voi sanoa edustavan historiallista hermeneutiikkaa Dilthey edustaa pikemminkin filosofista hermeneutiikkaa, joka pohtii hermeneutiikan filosofista perustaa eikä keskity historiallisen tulkinnan problematiikkaan (Bleicher 1983, 16–23). Diltheyn oman ajattelun tulkitseminen on kuitenkin vaikeaa eri ajattelukausiensa vuoksi (Kusch 1986, 45–46). En pyri seuraavassa suorittamaan varsinaista Dilthey tulkintaa, vaan osoitan hänen ajatteluunsa tutustuneiden tutkijoiden tulkintojen välityksellä, että hänen asemansa lainopin teoreettisen metodologian kannalta on voinut olla. En viittaa vinoutuneisuudella varsinaiseen sisällölliseen tulkintaan, vaan mannermaiseen hermeneutiikan metodologiisiin implikaatioihin.

Diltheyn keskeneräiseksi jääneen *Einleitungen in die Geisteswissenschaften* (1883) teoksen mukaan henkítieteiden itsenäisyys ja omaperäisyys perustuu erityiseen tutkimuskohteeseen eli historiallis-yhteiskunnalliseen todellisuuteen, sellaisten normatiivisten lauseiden esiintymiseen, joita ei luonnontieteissä esiinny ja elementtien välisten yhteyksien psyykkisperäisen kokemuksen korostamiseen. Juuri psyykkiset elementit muodostavat sen erityisen materiaalin, jolle kaikki henkítieteet rakentuvat. Dilthey korostaa voimakkaasti henkítieteellisten ilmiöiden psykologista perustaa. (Ks. Kusch 1986, 52–55.) Koko 1800-luvun romanttiselle aatevirtaukselle, jota Dilthey edusti, on tyypillistä korostaa tunne-elämysten merkitystä ja idealistista filosofiaa vastareaktiona valistuksen järjen korostamiselle. Teoksessa *Aufbau der Welt in den Geisteswissenschaften* (1926) Dilthey katsoo, että tutkimuskohte on ihmiskunta tai -laji (*Menschengeschlecht*). Henkítieteessä korostuu tutkimuksen kohteen ja tutkijan oleminen sisällä samassa maailmassa. Hän nä-

kee luonnontieteille ominaiseksi pyrkimyksen kausaaliselityksiin ja henkítieteelle ominaiseksi pyrkimyksen vaikutusyhteyteen (Dilthey 1981). On kuitenkin huomattava, ettei Dilthey kiistä ymmärtämisen ja selittämisen sukulaisuutta, sillä erityiset loogiset operaatiot ovat sellaisia elementtejä, jotka konstituivat selittämistä ja ymmärtämistä. Dilthey korostaa erilaisten reaalisten kategorioiden erilaisuutta; luonnontieteissä ei ole henkítieteille ominaista elämystä. (Kusch 1986, 61–63.) Tässä suhteessa Dilthey asettuu samaan muottiin kuin hermeneuttiseen filosofiseen virtaukseen kuuluva *H. Rickert* (1863–1936), joka omaksui luento vs. kulttuurijaottelun ja korosti kulttuurishistoriallisten tieteiden eroa suhteessa luonnontieteisiin kirjoissaan *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung* (1902) sekä *Kulturwissenschaft und Naturwissenschaften. Eine logische Einleitung in die historische Wissenschaft* (1915). Raiski (1990, 184–187) katsoo Rickertin kuitenkin nähneen luonnontieteen historiallisesta näkökulmasta käsin »Luonnontieteemme on aina jollakin tavalla historialliset». Raiski katsoo Rickertin ontologian olevan sisäisesti ristiriitainen, koska Rickert tunnustaa luonnontieteen historiallisuuden mutta tuomitsee kuitenkin luonnon arvosuhteen ulkopuoliseksi. Sama argumentti voitaisiin ehkä suunnata myös analyttistä hermeneutiikkaa vastaan, mutta tässä ei ole syytä käsitellä asiaa enempää.

Kun 1800-luvulla luonnontieteet kehittyivät voimakkaasti samalla niissä käytetyt niin kutsutut kovat (kvantitatiiviset) menetelmät alkoivat levitä muihinkin tieteisiin, myös luonnontieteiden ulkopuolelle. Tätä kehitystä Dilthey tahtoi jarruttaa konstruomalla erottelun henkítieteisiin ja luonnontieteisiin, joissa noudatettava metodologia oli erilaista (ks. Rickman 1988, 43–63). Giddens (1980, 80) on todennut, että »...Dilthey opposed his views to those of authors, such as Comte and J.S Mill». Kyseessä oli erityisesti 1800-luvun tieteenfilosofisen positivismin vastustaminen vaikka Gadamer toteaa, että Diltheyn ajatteluun vaikuttivat voimakkaasti nimenomaan luonnontieteet siitä huolimatta, että Dilthey korosti ihmistieteiden metodologista itsenäisyyttä suhteessa luonnontieteisiin. Gadamerin (1994, 240) mukaan Diltheyllä »human sciences...as sciences they are supposed to have same objectivity as natural sciences». »Just as natural science always examines some present thing for the information it can yield, so the human scientist interrogates texts.» (Ks. myös emt. 7.) Bleicher yhtyy Gadamerin kritiikkiin ja löytää »objektivistisia jäänteitä» hermeneutiikan klassisesta teoriasta. Bleicher

(1983, 23–26) viittaa tällä siihen, että Dilthey on eräänlainen empiristi, jonka hermeneutiikan pohjalla on viime kädessä eletty tai – empiirisessä todellisuudessa – koettu kokemus faktisena ilmiönä.

Diltheyn puheenvuoron voi teemoiltaan liittää metodikiistaan, joka oli osa laajempaa saksalaista keskustelua vuosisadan vaihteessa, jolloin historia- ja kulttuuritieteet pyrkivät korostamaan metodista erilaisuuttaan luonnontieteisiin nähden. Pelkistetysti kiistassa olivat vastakkain myös romantiikka ja orastava skientismi. Lainopin metodologiasta puhuttaessa on hyvä myös muistaa, että hermeneutiikan klassikoiden – kuten esimerkiksi Diltheyn – ajattelussa hermeneutiikka on väitetty mielleltävän *empiiriseksi* toiminnaksi (Helenius 1990, 81)³. Alunperinhän kyse oli luonnon- ja historiatieteen erottamisesta ja historian kulttuuriluonteen korostamisesta, kuten *W. Windelbandin* (1848–1915) teos *Über die gegenwärtige Lage und Aufgabe der Philosophie* (1907) osoittaa. Tämä näkökulma on kuitenkin piilossa mainstreamretoriikassa, jossa korostuu ymmärtäminen luonnontieteellisen selittämisen metodologisena vastakohtana eikä ymmärtämisen keuhkempiirinen puoli (ks. esim. Aarnio 1989, 139–141). Kuinka totuudellinen tuollainen näkemys modernista luonnontieteestä enää on? Erityisesti tämä koskee determinististä kausalisuuden käsitettä, joka on menettänyt tehovoimansa probabilistiikalle. Sintonen (1989, 27) huomauttaa, että antipositivismiin ja metodologisen dualismin kannattajilla on vanhentunut käsitys modernin luonnontieteen menetelmistä. Empiirinen tutkimus ei välttämättä merkitse mekanistista, determinististä tai reduktionistista ajattelua.

Oikeustiede, kulttuuritiede, luonnontiede

Erottelu kulttuuri- ja luonnontieteisiin liittyy tiiviisti oikeustieteeseen. Jaottelu ei sulje oikeustiedettä tieteiden ulkopuolelle, vaikkei siinä kyetykään käyttämään luonnontieteille ominaisia eksakteja menetelmiä. Oikeustieteen tieteellisyys pelastettiin katsomalla, että kyse on *Geisteswissenschaftista* (vrt. Strömholm 1989, 271). Mutta, onko oikeustieteessä ja erityisesti lainopissa myös *metodologisessa mielessä* kyse henkítieteestä tai nk. pehmeästä tieteestä? Onko jaottelulla edes merkitystä lainopin metodologialle?

³ Diltheyn metodologiasta ks. Rickman 1988, 68–78; Kusch 1986, 45–72 ja Gadamer 1994, 218–242.

Diltheyn *Geisteswissenschaft* voidaan tulkita erityisesti kokemusperäiseksi tieteeksi (*Erfahrungswissenschaft*)⁴. Kehittelyn taustalla vaikuttaisi olevan perusmotiivina realistis-empiristinen perusnäkemys. Kun luonnontieteiden kehityksen aiheuttama paine henki- ja kulttuuritieteisiin näkyi luonnontieteiden kopioinnissa, hän yritti rakentaa henkityeille omaa luonnontieteistä erillistä perustaa. Dilthey korosti toisaalta kaikkien henkityeiden – myös oikeustieteen ja valtio-opin – taustalla psykologiaa tavalla, joka on oikeustieteessä tullut tutuksi lähinnä realististen suuntauksen kautta. Esimerkiksi Aarnio (LM 1977, 331–332) antaa sen sijaan – Radnitzkyyn nojautuen – Diltheyn ajattelusta kuvan, jossa tämän ymmärtämisen psykologisuus ei tule esille. Toisaalta käsitellessään Gadameria (emt. 333) Aarnio katsoo tämän kriisoivan Diltheyn universalistisia ajatuksia, vaikka juuri Gadamerin filosofista hermeneutiikkaa voi kutsua universalistiseksi.

Diltheyn on todettu korostaneen henkityeiden taustalla sisäistä kokemusta erotuksena ulkoisesta havainnosta. (Giddens 1980, 80–82.) Keskeiseen asemaan ymmärtävälle metodille nousevat sellaiset käsitteet, kuin eläytyminen (*Einführung*) ja mikä vielä mielenkiintoisempaa kokeminen (*Nacherleben*). Lainopissa tämän kuvittelisi merkitsevän erityisesti amerikkalaisen realismin mukaista näkökulmaa, jossa voimassaolevan tutkimuksen keskiöön asetetaan tuomari ja hänen käyttäytymisensä selittäminen. Amerikkalaisen realismin voi väittää rakentuvan inhimillisen käyttäytymisen sosiologistyyppisen tulkinnan varaan. Skandinaavinen realismi puolestaan painotti voimassaolevan oikeuden psykologista aspektia (Helin 1988). Realistisessa asetelmassa luonnontiede/empirinen tiede vs. henkityeide/ymmärtävä tiede jaottelu olisi metodologisena postulaattina tarpeeton, koska tuomarin käyttäytyminen on empirisesti havainnollistettava fakta vaikka se ei vastatakaan hermeneuttiseen ydinkysymykseen »miksi tuomari toimii niin kuin toimii» (ks. Aarnio 1977, 326). Tässä mielessä myöhäiseen Wittgensteiniin nojaava analyttinen hermeneutiikka ei metodologian kannalta vaikuta mielenkiintoiselta vaikka se tekeekin ymmärtämiseen liittyvän sisäisen logiikan tajuttavaksi (ks. Winch 1979). Tämä ehkä näkyy myös siinä, että analyttisen herme-

neutiikan tulkinta Humen empirististä metodia korostaneesta ajattelustakaan ei ole täysin ongelmaton (Mehtonen 1992). Empiirinen vs. ymmärtävä tiede jaottelun perimmäinen tarpeettomuus metodologisessa mielessä voidaan johtaa myös Diltheyn ajattelusta, jossa ei ollut oleellista metodien, vaan tieteiden *kohteiden välinen ero*. Toisaalta Gadamer syyttää Diltheyä luonnontieteiden ja ihmistieteiden tutkimusprosessien näkemisestä liiaksi samankaltaisina. (Gadamer 1995, 236–241). Ilmeistä on, että Gadamerin kannalta Dilthey korostaa liikaa ymmärtämisen psykologista luonnetta tavalla, joka ei istu Gadamerin ymmärtämisen universaalisuutta ja kielellistä perusluonnetta korostavaan katsantokantaan.

Jaottelulla henki- ja luonnontieteisiin on myös eräs erityisesti oikeustiedettä koskeva sivuteema. Erottamalla henkityeet ja luonnontieteet pyrittiin välttämään henkityeiden tutkimuskohteiden eli ihmisten esineellistäminen. Soveltamalla luonnontieteiden metodia ihmistä tutkivaan tieteeseen oli seurauksena ihmisolennon puristaminen objektiksi ja tutkimuksen kohteena olevaksi materiaiksi. Vaikka hyväksyinkin peruskritiikin on lainopin osalta todettava, että kritiikki ei osu kohteeseen. Jos kvantifioiva tutkimusote esineellistää ihmisen, niin sitä voi syyttää pitää ei-hyväksyttävänä. Sen sijaan jos lainoppi esineellistää tutkimuskohteensa (oikeusnormit) siinä ei ole arvoperusteista kritisoitavaa. En pyri tässä noudattamaan mitään erityistä naturalismia, joka haluaa häivyttää luonnon ja kulttuurin välisen eron (ks. Pihlström, t & e 1993, 228). Katson, että oikeus ei sisälly kumpaakaan kategoriaan. Oikeus on oma kategoriansa; se sisältää sekä »kulttuuria» että »luontoa» ja se muodostuu käyttäytymisen ja säännön välisestä vuorovaikutuksesta (Klami 1983). *Verstehen* ja *Erklären* siis vuorottelevat – tutkimusongelmasta riippuen – oikeustieteellisessä tutkimuksessa. Oikeus itsessään on väline (arvoa välineenä), jonka avulla yritetään saavuttaa jotain, kuten esimerkiksi ohjata julkista hallintotoimintaa tai poliittista päätöksentekoa. Tässä mielessä oikeudelle on lähtökohtaisesti tyyppillistä, että se on esineellinen ilmiö, jolla ei ole ihmisolennolle kuuluvia piirteitä, vaikka oikeus syntyykin ihmisen toiminnan seurauksena. Friedmann (1967, 70) toteaa osuvasti, että »*law is a method of ordering social relations in a specific manner*». Oikeudella on – totta kai – myös syvempi kulttuurinen ulottuvuutensa, mutta perustellusti oikeuden voi nähdä lainopin näkökulmasta välineenä inhimillisen yhteiselämän organisoinniseksi ja kaikkien sodan kaikkia vastaan välttämiseksi.

⁴ Kyseessä on ilmenomaan *Erfahrung* sen sijaan, että kyseessä olisi *Erlebnis*. Sanojen merkitystä ja kääntämisongelmia käsittelevät *Gadamerin Wahrheit und Methoden* kääntäjät J. Wiensheimer ja D.G. Marshall englanninkielisen laitoksen (second, revised edition 1994) kääntäjien esipuheessa (ks. emt. xiii–xiv). Ks. tark. myös emt. 64–70 ja 346–362.

Oikeustiede tosin joskus näyttää pitävän toimintansa perustana – tuomioistuintoiminnan tavoin – käsitystä, jonka mukaan ihmisen osuus oikeuden synnyssä pyritään ikään kuin unohtamaan. Kyseessä on reifikaatio eli tilanne, jossa jonkin inhimillisen toiminnan tuotteet – tässä tapauksessa oikeusnormit – koetaan ikään kuin ne olisivat jonkin ei-inhimillisen tuotoksia. Reifikoituneessa todellisuudessa ihmisten tuottamat instituutiot koetaan esinemäisinä ja ei-inhimillisinä. (Berger – Luckmann 1994, 89, 103.) Oikeuden ontologiaa koskevassa ajattelussa tämä tarkoittaa paradoksaalisesti juuri oikeuden välineellisen luonteen unohtumista; paratiisissa emme tarvitse lainkaan oikeussääntöjä emmekä valvovaa pakkokoneistoa. Tässä mielessä oikeuteen voi teoreettis-metodologisessa katsannossa suhtautua Durkheimin (1982) kuuluisan metodisäännön tavoin eli on pidettävä kaikkia sosiaalisia tosiseikkoja (tässä lähinnä säädösmateriaalia) esineinä. Analyytistä hermeneutiikkaa edustava P. Winch (1979, 29–30) sen sijaan nimenomaan ilmoittaa edustavansa vastakkaista linjaa. Winch tuomitsee Durkheimin metodisäännön järjettömäksi (emt. 108). Durkheimin metodisäännön ydintä ei tule kuitenkaan tulkita siten, että oikeutta pidettäisiin ei-inhimillisenä tuotoksena. Kyseessä ei ole ontologinen väittämä, vaan metodologinen. Ontologialla ja metodologialla kun ei ole välttämättä yksi yhteen kytkentää toisiinsa, vaikka perinteisesti näin yleensä ajatellaankin.

Tapa jakaa todellisuus lohkoihin – luonto (*Natur*) ja henki (*Geist*) – on pääasiallisesti kielellisesti konstruoitu aiemmilta sukupolvilta peritty kaavamainen ajattelumalli, jonka avulla hahmotamme ja jäsenämme maailmaa sekä selitämme sen. Ontologisella kristinuskon »ihminen on luomakunnan herra» tyyppisellä konventionaali-jaottelulla ihminen erottaa itsensä muusta luonnosta ja reifikoi *itsensä* (= ihmisolennon) ulos sieltä. Diltheyn ajattelumallin tausta on pohjimmitaan sekulaari ja se pyrkii irrottautumaan tai konstruoimaan vaihtoehdon kristilliselle teologialle korvaamalla jumalallisen kaitsemuksen saksalaisen idealismin *hengellä*. Lopputulos ei juuri poikkea kristillisestä ajattelumallista, jossa ihminen on erillään muusta luomakunnasta ja muusta luonnosta. (Vrt. Brunner 1992, 11–12.)

Käsitykseni mukaan erilaiset ilmiöt palautuvat samaan todellisuuteen (= metafyyminen monismi), vaikka olisikin virheellistä vetää tästä se loogisen positivismin/empirismin mukainen johtopäätös, että kaikki metodit palautuisivat myös yhteen perusmetodiin (= metodologinen monismi). Metodologisen monismin kaltainen metodifetisismi

olisi hyppäys ojasta allikkoon. Ajatus universaalitieteestä, joka käyttää samaa menetelmää riippumatta tutkimuskohteesta työntäisi ihmistieteet epätieteiden kategoriaan, koska niiden »tuloksia» ei voi palauttaa havaintolauseiksi. Tämä ei kerro kuitenkaan vielä yhtään mitään havaitsemisen käsitteestä ja sen merkityksestä tai oikeuden ontologiasta. Havainnointi on tulkinnan tavoin valikoivaa ja tarvitsee valitun kohteen, täsmennetyt tehtävän, intressin, perspektiivin ja ongelman (Popper 1995, 46).

LANGAT YHTEEN: DUALISTINEN OIKEUSTEORIA

Oikeusteoriassa julkisoikeuden ja ehkä aivan erityisesti valtiosääntöoikeuden kannalta ehdottomasti mielenkiintoisin kokonaisvaltainen ontologiaan liittyvä rakennelma on H. T. Klammin (1983) dualistinen oikeusteoria, jonka perusteisiin mukaan oikeus on *sekä* sääntöä *että* käyttäytymistä. Tämän ajattelun mukaan oikeus ei koostu pelkästään säännöistä, vaan se pitää sisällään myös käyttäytymiselementin. Oikeuden ontologian ei ajatella tällöin sijaitsevan empiriassa eikä normissa, vaan niiden muodostamassa kokonaisuudessa eräänlaisessa dialektisessa tai dialogisessa *in-between* tilassa. Vuorovaikutteinen dialektiikka (tai dialogisuus) vetää maton pois sen mallin alta, joka sallii kaksi eri paralleelia todellisuutta: luonnollisen todellisuuden (*naturliche Wirklichkeit*) ja henkisen kulttuuritodellisuuden (*geistliche Wirklichkeit*). Kyseessä on mielen ja ruumiin (*mind vs. body*) välisen kartesiolaisen erottelun hylkääminen, jota Rorty (1980, 125) pitää kirjassaan *Philosophy and the Mirror of Nature* lähinnä sekaannuksena eikä todellisenä ongelmana. Esimerkiksi Rickert katsoi, että todellisuus muodosti ykseyden, jota voitiin tarkastella kahdesta eri näkökulmasta (Laakso 1980, 109–110). Ei kuitenkaan ole välttämätöntä, että näkökulma ja tutkimuskohteen tarkastelussa käytettävät tutkimusmenetelmät poikkeaisivat toisistaan jyrkästi metodiperspektiivismin tavoin. Teoreettis-metodologisesti keskeistä on, että todellisuutta koskeva tieto ei synny tyhjiössä, vaan se valikoituu ja ohjautuu tietyllä tavalla. Popper (1995, 186) ilmaisee asian osuvasti:

»...emme koskaan – toistan, emme koskaan – havaitse mitään Newtonin voimien kaltaista, koska voimat on tunnustetusti määritelty siten, että ne voidaan mitata mittamalla kiihtyvyyksiä, voimme kylläkin mitata voimia; ja joskus voimme mitata jonkin voiman, ei mittamalla kiihtyvyyttä, vaan esimerkiksi

jousivaa'an avulla. Kuitenkin poikkeuksetta kaikissa näissä mittauksissa oletamme Newtonin dynamiikan olevan tosi: Ilman etukäteen oletettua teoriaa dynamiikasta on yksikertaisesti mahdotonta mitata voimia.»

Oikeusnormien sosiaalisesti konstruoitunutta maailmaa (Sollen/kulttuuri-taso) ei voi järkevästi asettaa uskantilaiseen asetelmaan eli eri substanssiin oikeustodellisuuden (Sein/luonto-taso) kanssa (ks. myös Pfordten 1993). Molemmat kategoriat ovat osa samaa todellisuutta. Niiden ontologista olemusta koskevasta ideaalityypistä analyysistä ei saa vankkaa tukea kategorioiden metodologiselle erottamisellekaan; kategoriat ovat ihmisen tekoa, konstruktioita. Kannattaa myös panna merkillä, että tieteiden ryhmitelyssä reaalitieteiden ja muodollisten tieteiden välillä, henkittieteet on vakiintuneesti katsottu kuuluvaksi reaalitieteiden perheeseen. Jos lainoppi sen sijaan katsoo olevansa muodollisten tieteiden perheen jäsen yhdessä matematiikan ja loogiikan kanssa tilanne muuttuu. Jos lainoppi halutaan lukea osaksi hermeneutiikkaa voimme ajatella, että lainopin tutkimus kohdistuu nimenomaan tekstuaalisten ilmiöiden sisältöön eikä vain muotoon. Puhuttaessa sisällöstä ajaudumme metodologisen keskustelun välityksellä väistämättömästi myös olemisen perustaa koskevien ontologisten kysymysten pariin. Korostaessani havainnon – tieteellisessä mielessä – vahvaa teoriapitoisuutta luulen kuitenkin olevani paremmassa kuin hyvässä seurassa (esim. K. Popper, P. Feyerabend, T. Kuhn, I. Lakatos).

LÄHTEET

- Aarnio, Aulis: Oikeusteorian nk. hermeneuttisesta suuntauksesta. *Lakimies (LM)* 3/1977, 316–356.
- Aarnio, Aulis: Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. WSOY, Juva 1989.
- Berger, Peter L–Luckmann, Thomas: Todellisuuden sosiaalinen rakentuminen. Tiedonsosiologinen tutkimus. Gaudeamus, Helsinki 1994.
- Bleicher, Josef: Contemporary hermeneutics. Hermeneutics as a method, philosophy and critique. Routledge & Kegan Paul, London 1983.
- Brunner, Otto: Euroopan keskiajan sosiaalhistoria. Vastapaino, Jyväskylä 1992.
- Descartes, Rene: Teoksia ja kirjeitä. WSOY, Juva 1994.
- Dilthey, Wilhelm: Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften (Manfred Riedel). Frankfurt 1981.
- Durkheim, Emile: Sosiologian metodisäännöt. Tammi, Helsinki 1980.
- Friedmann, W: Legal Theory. University of Chicago Press, Chicago 1967.
- Gadamer, Hans-Georg: Truth and Method. Sec. rev. edition. Continuum New York 1994.
- Giddens, Anthony: Studies in Social and Political Theory. Hutchinson & Co, London 1980.
- Helenius, Ralf: Förstå och bättre veta. On hermeneutiken i samhällsvetenskaperna. Carlssons, Malmö 1990.
- Husa, Jaakko: Julkisoikeudellinen tutkimus. Tutkimus julkisoikeudessa harjoitettavan oikeusdogmatiikan metodologiasta. Acta Universitatis Lapponiensis 4. Fennipublishers Oy, Tampere 1995.
- Kelsen, Hans: General Theory of Law and State. Russel & Russel, New York 1973.
- Kelsen, Hans: Allgemeine Theorie der Normen. Manzsche Verlags- und Universitätsbuchverhandlung, Wien 1979.
- Kelsen, Hans: Reine Rechtslehre. Zweite Auflage (Unveränderter Nachdruck 1960). Franz Deuticke, Wien 1983.
- Klami, Hannu T: Ihmisen säännöt. Tutkimus oikeuden olemuksesta, synnystä ja toiminnasta. Turun yliopisto, Turku 1983.
- Kusch, Martin: Ymmärtämisen haaste. Pohjoinen, Jyväskylä 1986.
- Laakso, Seppo: Puhtaan oikeusopin problematiikkaa. Oikeustiede – Jurisprudentia XIII 1980, s. 95–183.
- Mehtonen, Lauri: Winch/Hume. Teoksessa Kanssakäymisiä Juhlakirja Veikko Pietilälle, s. 23–29. Tampereen yliopiston yhteiskuntatieteiden tutkimuslaitos, Tampere 1992.
- Oksanen, Timo: Näkökohtia julkisoikeuden alaan kuuluvasta väitöskirjatyöstä. Hallinnon tutkimus 3/1995, s. 223–231.
- Pfordten, Dietmar: Sein, Werten, Sollen. Archiv für Recht- und Sozialphilosophie vol. 79 no. 1/1993, s. 48–69.
- Pihlström, Sami: Richard Rortyn postfilosofia ja realismin ongelma. Tiede & edistys 4/1993, s. 225–240.
- Popper, Karl R: Arvauksia ja kumoamisia. Tieteellisen tiedon kasvu. Gaudeamus, Tampere 1995.
- Raiski, Seppo: Laboratorio, teoria ja parempi elämä. »Modernin» sosiologiaa episteemisen historian edellytyksiltä. Acta universitatis Tamperensis ser A vol 292. Tampereen yliopisto, Tampere 1990.
- Rickman, H.P: Dilthey Today. A Critical Appraisal of the Contemporary Relevance of His Work. Greenwood Press, Connecticut 1988.
- Rorty, Richard: Philosophy and the Mirror of Nature. Princeton University Press, Princeton 1980.
- Russel, Bertrand: Länsimaisen filosofian historia I. WSOY, Juva 1995.
- Rüsen, Otto: Historiatiede modernin ja postmodernin välissä. Tiede & edistys 4/1992, s. 270–282.
- Sintonen, Markku: Positivismi. Teoksessa Vuosisatamme filosofia, s. 1–39. WSOY, Porvoo 1989.
- Strömholm, Stig: Länsimaisen oikeusajattelun historia. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1989.
- Suoranta, Juha: Metodologia muokalaisuutena. Teoksessa Ihmistieteiden 1990-luvun metodologiaa etsimässä, s. 27–40. Lapin yliopisto, Rovaniemi 1995.
- Tolonen, Hannu: Eräitä näkökohtia skandinavisesta oikeusrealismista. Teoksessa Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 30 vuotta, s. 405–419. Turun yliopisto, Turku 1991.
- Winch, Peter: Yhteiskuntatieteet ja filosofia. Gummerus, Jyväskylä 1979.