

De lege ferenda -tutkimuksesta metodina ja tieteenä

HAKUSANAT: de lege ferenda, oikeuspolitiikka, oikeustieteen metodi, feminismi, legitimititeetti

1. Johdanto

Väitöstutkimuksessani Seksuaalinen itsemääräämisoikeus: Rikosoikeuden muutos ja feministisen oikeusfilosofian mahdollisuus (2022) tutkin seksuaalista itsemääräämisoikeutta rikosoikeuden suojeluobjektina sekä erityisesti sen suhdetta vapaaehtoisuuden puuttumiseen raiskauksen tunnusmerkistökijänä. Tutkimuksen aiheesta tekee erityisen sen, että sinä aikana, jona tutkimukseen sisältyvät artikkelit on julkaistu (2017–2020), suostumus tai vapaaehtoisuuden puute ei ole ollut osa raiskauksen tunnusmerkistöä Suomessa. Vasta kun jätin työni johdantoinen esitarkastukseen kesällä 2022, uutta tunnusmerkistöä koskeva lakimuutos hyväksyttiin eduskunnassa ja kävi selväksi, mikä sen lopullinen muoto tulee olemaan.¹

Tyypillisesti tällaista oikeustieteellistä tutkimusta, jonka kohteena on tuleva laki, kutsutaan *de lege ferenda* -tutkimukseksi erotuksena lainopille, joka tutkii oikeutta voimassa olevan oikeuden (*de lege lata*) näkökulmasta. *De lege ferenda* -tutkimuksesta puhutaan myös oikeuspoliittisena tutkimuksena, tosin osa oikeustieteilijöistä haluaa erottaa nämä käsitteellisesti toisistaan. Väitöstutkimusprosessina sai minut pohtimaan oikeuden muutokseen ja tulevaisuuteen suuntaavan oikeustieteellisen tutkimuksen kohdetta, lähteitä, metodia ja legitimitteettiä. Miten perustelen omat argumenttini tulevan lain tarpeesta ja sisällöstä (argumenttien legitimitteetti) ja toisaalta tutkimukseni merkityksen tieteelliselle yhteisölle (tutkimuksen legitimitteetti)? Entä miten ymmärrän tutkimuksessani oikeuden ja politiikan, ja toisaalta arvojen ja tieteen väliset suhteet? Ottaen huo-

* Minni Leskinen, OTM (väit.), VT, Turun yliopisto.

1. Laki rikoslain muuttamisesta 723/2022 (hyväksytty 27.6.2022, voimaan 1.1.2023); ks. myös hallituksen esitys eduskunnalle seksuaalirikoksia koskevaksi lainsäädännöksi 13/2022 vp; vrt. Seksuaalirikoslainsäädännön kokonaisuudistus. Tekijät Sami Kiriakos, Minna Kimpimäki, Julia Korkman, Miia Lehtinen, Sakari Melander, Katariina Paakkanen, Otava Piha, Riikka Rask, Yrjö Reenilä ja Liisa Tarvainen. Oikeusministeriön julkaisuja, Mietintöjä ja lausuntoja 2020:9 (OMML 2020:9).

mioon, että tutkimukseni on kirjoitettu naisoikeuden kriittisessä traditiossa, mietin myös sitä, poikkeaaako tutkimukseni jotenkin aiemmasta *de lege ferenda* -tutkimuksesta, onko olemassa *de lege ferenda* -tutkimuksen eri haaroja?

Vaikka erilaiset kannanotot *de lege ferenda* ovat varsin vakiintunut osa oikeustieteellistä tai ainakin lainopillista tutkimusta, on *de lege ferenda* -tutkimuksesta käyty yllättävän vähän oikeusteoreettista tai metodologista keskustelua.² Siinä missä lainoppi voi nojautua lainsäätäjän auktoriteettiin (legaliteettiin),³ ei *de lege ferenda* -tutkimus vaikuttaisi pohjautuvan – ainakaan ensisilmäyksellä – mihinkään vastaavaan auktoriteettiin. Tämän havainnon perusteella kannanotot *de lege ferenda* edellyttäisivät oikeastaan enemmän teoreettisia perusteluja esittäjältään kuin perinteinen oikeusdogmatiikka. Tuula Linna on väitöskirjassaan Ulosottorealisoinnista *de lege ferenda* (1987), joka on yksi harvoista tulevaa lakia koskevista kotimaisista väitöstutkimuksista, katsonut, että myös *de lege ferenda* -tutkimuksen tavoitteeksi tulee asettaa argumentaation rationaalinen hyväksyttävyyden ja legitimi oikeusjärjestys.⁴ Linnan väitöskirja kuvastaa omaa aikaansa, jossa diskursiivisella rationaliteetilla oli voimakas sija suomalaisessa oikeusajattelussa tulkintakannanottojen ja tieteen legitimiuden takeena.

Erityisesti oma tieteenalani, feministinen oikeustiede ja oikeusfilosofia, perustuu kriittisyyteen suhteessa vallankäyttöön, niin konkreettiseen kuin semanttiseen, eikä hyväksy sellaisen neutraalin position⁵ olemassaoloa, josta myös

2. Esimerkiksi Ari Hirvosen laatimassa metodioppaassa *de lege ferenda* -tutkimusta ei eritellä lainkaan, vaan todetaan, että lainoppineet osallistuvat aktiivisesti myös lainvalmisteluun palvelen näin oikeudellisia käytäntöjä. Ari Hirvonen, Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Helsingin yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta 2011, s. 33.
3. Toisaalta lainoppinutkaan ei voi nojautua pelkkään legaliteettiin ja puhtaaseen oikeuspositivismiin, kuten laillisessa järjestyksessä säädetyt kolmannen valtakunnan lait hyvin selvästi osoittivat. Ks. esim. Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1946), teoksessa Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*. Studienausgabe. Herausgegeben von Ralf Dreier und Stanley L. Paulson. C.F. Müller Verlag 2003, s. 211–219.
4. Tuula Linna, Ulosottorealisoinnista *de lege ferenda*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1987, s. 50. Linna viittaa Aulis Aarnion teokseen Oikeussäännösten tulkinnasta. Tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä. Oikeustieteellisen tutkimuksen tutkimus 1982, s. 59.
5. Erityisesti tämä näkyy Michel Foucault'n filosofiasta inspiroituneessa diskurssianalyttisessä tutkimustraditiossa, ks. esim. Helena Jokila, Tahdonvastainen suostumus ja liiallisen luottamuksen hinta. Raiskauksen ja muiden seksuaalirikosten oikeudellisen tiedon konstruktio. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2010. Feministinen filosofia ei kuitenkaan tukeudu vain yhteen traditioon. Tuuji Pulkkinen katsoo, että feministinen teoria jakautuu tällä hetkellä kolmeen "filosofiapuolueeseen": 1) fenomenologis-eksistentiaalisesti suuntautuneisiin, 2) deleuzeläisesti suuntautuneisiin ja 3) perustahakuisuutta karttaviin. Tuuji Pulkkinen, Selittäminen vai interventio – kriittinen luenta Darwinin roolista Elisabeth Groszin ajattelussa. *Tiede & Edistys* 2/2020, s. 110–132, 111–112. Kaikilla Pulkkinen typologisoiduilla traditioilla on oma suhteensa sukupuoleen, filosofian metodiin ja tieteseen.

diskursiivinen rationaalisuus ponnistaa.⁶ Feministisen filosofian eräänä peruslähtökohtana voidaan pitää sitä, että universaaliksi ja neutraaliksi mielletty filosofinen traditio perustuu feminiinisen/toisen olossulkemiseen,⁷ mikä edellyttää kaiken itsestään selväksi asetetun kriittistä tarkastelua. Feministisen filosofian keskeisenä tehtävänä voidaan pitää epäoikeudenmukaisuuksiin puuttumista, joista yksi on *Jean-François Lyotardin* teoretisoima mahdottomuus ilmaista koetua vääryyttä kielen vallitsevissa käytänteissä.⁸ Myös oikeustieteessä feministinen traditio on kritisoinut pitkään seksuaalirikosoikeutta naisten eletyn kokemuksen unohtamisesta: lainsäädännön eksplisiittisesti tai tulkintojen implisiittisesti sisältämät raiskausmyytit eivät vastaa uhrien todellisuutta ja jättävät heidät pahimmillaan vaille oikeussuojaa.⁹ Tästä näkökulmasta legitimiteetin lainaaminen oikeusjärjestykseltä näyttää erityisen problemaattisena. Miten voisinkin perustella tutkimukseni legitimiteettiä sellaisen järjestyksen legitimiteetillä, joka esitetyn kritiikin valossa ei täytä oikeudenmukaisuuden vaatimusta?¹⁰

Siinä missä lainoppi on perinteisesti perustellut olemassaoloaan tiedontuottajana voimassa olevasta oikeudesta ja palvelut näin lainkäyttöä, *de lege ferenda* -tutkimukselle on saatettu analogisesti osoittaa tehtäväksi tuottaa tietoa tai ratkaisusuosituksia lainsäätäjälle. Myös Linna perusteli oman tutkimuksensa legitimiteettiä sillä, että tutkija voi tuottaa lainsäätäjälle perusteltuja ja punnittuja keinoja lainsäädännölle asetetun tavoitteen saavuttamiseksi. *Raimo Siltala* toteaa teoksessaan *Oikeustieteen tieteenteoria* (2003), että *de lege ferenda* -tutkimus ”avustaa lainsäätäjää tuottamalla ja arvioimalla erilaisia lainsäädännöllisiä ratkai-

6. Viittaan erityisesti Aulis Aarnion näkemyksiin, ks. esim. Aulis Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*. D. Reidel Publishing Company 1987. Kaarlo Tuorin kriittisessä oikeuspositivismissa on puolestaan Habermasin kommunikatiivisen teorian ohella otettu vaikutteita esimerkiksi Michel Foucault'n filosofista. Ks. Kaarlo Tuori, *Kriittinen oikeuspositivismi*. Werner Söderström Lakitieto Oy 2000, s. 204.
7. Ks. esim. Luce Irigaray, *Speculum of the Other Woman*. Cornell University Press 1987; Adriana Cavarero, *In Spite of Plato. A Feminist Rewriting of Ancient Philosophy*. Polity Press 1995.
8. Jean-François Lyotard, *The Differend. Phrases in Dispute*. Manchester University Press 1988, viitattu artikkelissa Tuija Pulkkinen, *Feelings of Injustice: The Institutionalization of Gender Studies and the Pluralization of Feminism*. *Differences* 27(2) 2016, s. 103–124, 113; ks. myös Tuija Pulkkinen, *Vulnerability and the Human in Judith Butler's and Adriana Cavarero's Feminist Thought: A Politics of Philosophy Point of View*. *Redescriptions: Political Thought, Conceptual History and Feminist Theory* 23(2) 2020, s. 151–164, 161.
9. Ks. esim. Heini Kainulainen, *Raiskaus – myyttejä ja todellisuutta*, s. 214–231 teoksessa Johanna Niemi – Heini Kainulainen – Päivi Honkatukia (toim.), *Sukupuolistunut väkivalta. Oikeudellinen ja sosiaalinen ongelma*. Vastapaino 2017; Jokila 2010.
10. Tosin esimerkiksi Tuorin mukaan myös kritiikki legitimoit kohdettaan. Kaarlo Tuori, *Law, Power and Critique*, s. 7–29 teoksessa Kaarlo Tuori – Zenon Bankowski – Jyrki Uusitalo (eds), *Law and Power. Critical and Socio-Legal Essays*. Deborah Charles Publications 1997, s. 29. Ajatus on peräisin Thomas Wilhelmssonilta, jonka mukaan kriittinen oikeustiede on paradoksi, koska mikrokritiikki voi johtaa makrolegitimaatioon. Thomas Wilhelmsson, *Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror*. Lakimiesliiton Kustannus 1987, s. 32.

sumalleja eli ”mahdollisia maailmoja”, joihin tuleva oikeudellinen sääntely voisi perustua.¹¹ Siltalan ja Linnan kuvaukset eivät kuitenkaan tunnu vastaavan omaa kokemustani *de lege ferenda* -tutkimuksen tekemisestä. Vaikka tutkimukseni tarkoitus on ollut osallistua yhteiskunnalliseen keskusteluun seksuaalirikosoi-keuden muutoksesta, en ole koskaan ajatellut avustavani lainsäätäjää¹² tai voinut olla edes varma, kuka artiklelejani mahdollisesti lukee. Siltalan näkemys vaikut-taisikin perustuvan oletamaan vuorovaikutussuhteesta, jonka varaan kriittinen oikeuden ja sukupuolen tutkija ei ole koskaan voinut laskea.¹³ Toisaalta sellaisenkin ”mahdollisten maailmojen” tutkiminen voi olla tieteellisesti perusteltua, joihin lainsäätaja suhtautuu tai on aiemmin suhtautunut kriittisesti tai torjuvasti.

Mitä enemmän pohdin *de lege ferenda* -tutkimuksen luonnetta, sitä enem-män alkoi vaikuttaa siltä, että se kytkeytyy tavalla tai toisella lukuisiin 1900-luvun lopun ja 2000-luvun alun keskeisiin oikeustieteellisiin debatteihin: tulkintateori- oista oikeusjärjestyksen legitimizeettiin, oikeuden poliittisuudesta oikeustieteen tieteellisyyteen sekä metodipluralismista oikeuslähdepluralismiin. Vielä 1900-lu- vun lopulla oli mahdollista kuvata *de lege ferenda* -tutkimusta asetetun tavoitteen ja valittujen keinojen rationaalisena jatkumona, sosiaalisena insinööritieteenä,¹⁴ jolle riittävää oli Jerzy Wróblewskin lainsäädäntöteorian mukaisesti sisäinen rati-onaalisuus.¹⁵ Tällä vuosituhanella ei kuitenkaan tunnu mahdolliselta keskus- tella *de lege ferenda* -tutkimuksesta keskustelematta myös arvoista ja oikeuden etiikasta.¹⁶ Perehtyminen *de lege ferenda* -tutkimusta koskeviin kannanottoihin

11. Raimo Siltala, Oikeustieteen tieteenteoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 131. Myös Linna korostaa dlf-tutkimuksen lainsäätäjää palvelevaa tehtävää olettaen, että lainsäätaja pystyy vastaantottamaan tutkimustietoa. Linna 1987, s. 3–4.
12. Kuten Ari Hirvonen (2011, s. 33) muistuttaa, tieteellisyys on kuitenkin ensisijaista suhteessa palvelutehtävään. Ks. myös samansuuntaisesti Panu Minkkinen, Oikeus- ja yhteiskuntatieteel- linen tutkimus – suuntaus, tarkastelutapa, menetelmä? Lakimies 7–8/2017, s. 908–923.
13. Johanna Niemi on tuonut esille, kuinka hänen ensimmäinen seksuaalirikosoi-keutta koskeva artikkelinsa Naisia, miehiä vai henkilöitä: seksuaalirikokset ja sukupuoli (Oikeus 2/1998, s. 4–19) ei herättänyt keskustelua omana aikanaan eikä sen jälkeenkään. Artikkelissa Niemi arvioi hallituksen esitystä 6/1997 vp uudeksi rikoslain 20 luvuksi. Johanna Niemi, Frivillighet och sexualbrott: en systematisk analys. JFT 4–5/2021 s. 333–352, 334.
14. Siltala 2003, s. 132. Alf Rossin mukaan oikeuspolitiikka on sovellettua oikeussosiologiaa tai oikeustekniikkaa. Alf Ross, Om ret og retfærdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi. 2. oplag. Nyt Nordisk Forlag Arnold Busck 1966, s. 418; Alf Ross, On Law and Justice. Translated by Jakob V.H. Holtermann. Oxford University Press 2019, s. 417.
15. Ks. Jerzy Wróblewski, Einführung in die Gesetzgebungstheorie. Manz Verlag 1984, s. 12.
16. Eettinen käänne viittaa 1900-luvun loppupuolella länsimaissa filosofissa lisääntyneeseen kiinnostukseen etiikkaa kohtaan, ja se liitetään erityisesti Emmanuel Levinas’n ajatteluun, jossa etiikka on ensimmäinen filosofia. Ks. esim. Sara Heinämaa – Johanna Oksala, Johdanto, s. 7–20 teoksessa Sara Heinämaa – Johanna Oksala (toim.), Rakkaudesta Toiseen. Kirjoituksia vuositu- hannen vaihteen etiikasta. Gaudeamus 2001. Oikeustieteessä Levinas’n filosofian merkitykseen on kiinnittänyt huomiota Susanna Lindroos-Hovinheimo väitöskirjassaan Despairing Justice and the Ethics of Legal Interpretation. Helsingin yliopisto 2011. Filosofi Sami Pihlström, johon viittaa myöhemmin tässä artikkelissa, lähestyy puolestaan eettisen vastuun ensisijaisuutta

kuitenkin osoittaa, että *de lege ferenda* -tutkimuksen ja arvojen suhde on kaikkea muuta kuin teoreettisesti selvä.

Tarkastelen tässä artikkelissa *de lege ferenda* -tutkimusta sekä omakohtaisen deskription että muiden esittämien näkemysten kautta, joita reflektoin omiin sitoumuksiini tutkijana. Lähdän liikkeelle *de lege ferenda* -tutkimuksen määritelmästä, metodista ja lähteistä, jonka jälkeen siirryn tarkastelemaan keskustelujen tieteellisyydestä ja tutkimuksen johtopäätösten arvosidonnaisuudesta. On kuitenkin oltava varovainen, ettei tästä muodostuisi perinteisen ja vaihtoehtoisen vastakkainasettelua. Mitään sellaista vakiintunutta tai perinteistä tapaa ajatella *de lege ferenda* -tutkimusta ei ole, jota vasten ”uusi tapa” ajatella voitaisiin asettaa. Teoreettisia näkemyksiä on ylipäättään esitetty vähän eivätkä ne ole koherentteja. Toisaalta artikkelin tarkoitus ei ole esittää normatiivista teoriaa siitä, mitä kriteerejä tutkimuksen tulisi täyttää ollakseen ”oikeaa” *de lege ferenda* -tutkimusta. Artikkelin keskeinen väite on, että oikeustieteen ja erityisesti *de lege ferenda* -tutkimuksen tekeminen edellyttää aina normatiivisia valintoja. Tutkijalla on lisäksi tutkimuksen taustalla normatiivisia käsityksiä siitä, mitä oikeus on, mitä tiede on ja mitä oikeustiede on. Vastuullinen tiede on vastuuta näistä valinnoista.

2. *De lege ferenda* -tutkimuksen määritelmästä ja metodista

2.1. Mitä *de lege ferenda* -tutkimus on?

De lege ferenda -tutkijana minua on hämmäntänyt varsin vähäinen tieteellinen kiinnostus sen erityispiirteitä kohtaan. Siinä missä lainopista yleensä todetaan, että se on oikeuden systematisointia ja tulkintaa, *de lege ferenda* -tutkimuksesta ei ole vastaavaa vakiintunutta määritelmää. *De lege ferenda* -tutkimukselle ei välttämättä edes anneta oikeustieteen metodia koskevissa esityksissä kovin suurta itsenäistä merkitystä tai roolia. Esimerkiksi Tapio Määttä toteaa, että *de lege ferenda* -kannanotot ovat tyypillisesti lainopin sivutuotteina syntyneitä suosituksia.¹⁷ Ruotsissa on vastaavasti havaittu, että kannanottoja *de lege ferenda* esitetään lainopillisessa tutkimuksessa tehtyjen havaintojen pohjalta, esimerkiksi

(kantilaisen) pragmatismien näkökulmasta. Ks. esim. Sami Pihlström, Ihmisen maailma. Esseitä humanismista, totuudesta ja ajattelun tilasta. niin & näin 2021. Myös Pihlströmin filosofiassa metafysiikka on viimeinen, ei ensimmäinen filosofia. Sami Pihlström, Pragmatist Metaphysics: An Essay on the Ethical Grounds of Ontology. Continuum 2009, s. 88.

17. Tapio Määttä, Metodinen pluralismi oikeustieteessä – ympäristöoikeudellisen tutkimuksen suuntaukset ja menetelmät, teoksessa Tarmo Miettinen (toim.), Oikeustieteellinen opinnäyte – Artikkeleita oikeustieteellisten opinnäytteiden vaatimuksista, metodista ja arvostelusta. Edilex-sarja 2015/45, s. 151.

kun oikeustila tai säännöt ovat epäselviä, vanhentuneita tai epäkoherentteja.¹⁸ Myös oikeustieteellisissä tutkielmissa on usein lopussa *de lege ferenda* -kannanottoja, joiden pääasiallisena tarkoituksena on osoittaa opiskelijan omaa ajattelua.¹⁹ Näin ymmärrettynä *de lege ferenda* -tutkimus on perinteisen lainopin jatke, jolla ei ole välttämättä muuta (ainakaan julkilausuttua) tavoitetta kuin lainopin itsensä tunnustamat koherenssin ja konsistenssin ideaalit, tai tutkijan osaamisen osoittaminen.

Raimo Siltala esittää teoksessaan Oikeustieteen tieteenteoria (2003) *de lege ferenda* -tutkimuksen olevan lainopin, eli tulkintatieteen, lähitiede.²⁰ Teoksen Oikeudellinen tulkintateoria (2004) sanastossa *de lege ferenda* on selitetty samaan tapaan *de lege latan* kanssa. Merkittävin ero on, että tulkinnan kohde sijaitsee tulevaisuudessa:

De lege ferenda liittyy määreenä oikeudelliseen tutkimukseen tai oikeudelliseen tulkintalauseeseen, jonka semanttisena referenssinä on tulevaisuudessa (mahdollisesti) laadittavan lain oikeudellinen validiteetti ja jonka semanttisena intensiona on tulevaisuudessa (mahdollisesti) laadittavan lain tulkinnallinen merkityssisältö.²¹

Ei ole kuitenkaan mitenkään selvää, että *de lege ferenda* -tutkimuksessa, ainaakaan silloin kun kohteena on laaja lainsäädännöllinen muutos tai täysin uusi sääntely, edettäisiin pohtimaan tulevaisuudessa laadittavan lain tulkinnallista merkityssisältöä. Esimerkiksi Tuula Linna on ottanut omassa *de lege ferenda* -tutkimuksessaan hyvin erilaisen kannan kuin Siltala. Linnan mukaan *de lege ferenda* -tutkimuksen kohteena ja johtopäätöksensä ei ole tuleva laki ja sen tulkinta, vaan ongelma ja sen parhaaksi katsottava ratkaisu:

Totuusarvoista lausumaa ("lainsäädäntöväitettä") tulevan lainsäädännön sisällöstä ei voida esittää. Tulevan oikeusnormin osalta ei voida puhua voimassaolosta, vaan ainoastaan hyväksyttävyydestä. Nimitän *lainsäädäntöehdotukseksi* lausetta, jossa otetaan kantaa *de lege ferenda* sekä tavoitteen että keinon suhteen, ts. tavoite- ja keinovalinta justifioidaan. Lainsäädäntöehdotus sisältää lausuman, jonka mukaan on rationaalista hyväksyä tietyn tavoitteen T toteuttava keino k_1 uudeksi lainsäädännöksi.²²

18. Claes Sandgren, *Juridikavhandlingar vid Stockholms universitet 1957–2006*, s. 440–485 teoksessa Claes Peterson (red.), *Juridiska fakulteten 1907–2007: En minnesskrift. Juridiska fakulteten, Stockholm 2007*, viitattu artikkelissa Reinhold Fahlbeck, *Kan forskning ske de lege ferenda? Några ord om vetenskap och den lag som bör införas. Juridisk Tidskrift 2016(1)*, s. 526–532, 527.

19. Antti Kolehmainen, *Tutkimusongelma ja metodi lainopillisessa työssä. Edilex-sarja 2015/29*, s. 18.

20. Siltala 2003, s. 104.

21. Raimo Siltala, *Oikeudellinen tulkintateoria. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2004*, s. 654; vrt. Siltala 2003, s. 879.

22. Linna 1987, s. 10. Linnan mukaan dlf-tutkimus ei – ainakaan hänen harjoittamassaan muodossa – sisällä varsinaisia lakiehdotuksia eli normilauseita.

Linnan mukaan *de lege ferenda* -tutkimuksen kohde on yhteiskunnallinen ongelma, joka aiotaan ratkaista oikeudellisella keinolla. Oikeustieteilijän pääasiallinen tehtävä on systematisoida sekä justifioida tapoja ratkaista havaittu ongelma.²³ Tutkimuksen keskiössä ei ole tällöin tulevan lain tulkinta vaan tavoitteen ja keinon suhde, ja tämän suhteen rationaalisuus.²⁴ Linnan mukaan ei ole edes välttämätöntä, että *de lege ferenda* -tutkimuksessa päädytään yhteen suositukseen, vaan tiedonintressi koskee erilaisten vaihtoehtojen punnintaa. Toisaalta ehdotetun ratkaisun hyväksyttävyyden sidotaan siihen, miten hyvin se toteuttaa joko ulkoapäin asetetun tai tutkijan itsensä asettaman tavoitteen. Linna ei kuitenkaan tee väitöskirjassaan varsinaisia lainsäädäntöehdotuksia, joita hän pitää teknisinä.²⁵ Tästä voi olla myös eri mieltä, ja ainakin asiantuntijalausunnoissaan oikeustieteilijät esittävät myös konkreettisia sanamuotoja ja näkemyksiä niiden tulevasta tulkinnoista. En siis sulki tulevan lain sanamuotoa ja sen tulkintaa kokonaan pois *de lege ferenda* -tutkimuksen piiristä kuten Linna tekee, mutta usein tämä osa tutkimuksesta tulee ajankohtaiseksi vasta lakimuutoksen ollessa jo loppusuoralla, jolloin ollaan jo varsin lähellä sitä tilannetta, että *de lege ferenda* -kannanotot muuttuvat *de lege lata* -kannanotoiksi.²⁶

Linnan lähestymistapa *de lege ferenda* -tutkimukseen on tavoiterationaalinen, 1980-luvun oikeuspolitiikkaa edustava lähestymistapa.²⁷ Tutkija ikään kuin simuloi lainsäätäjän työtä tarjoten tälle vaihtoehtoja tulevaksi laiksi rationaalisuuden ja loogisen päättelyn ihanteisiin sitoutuneen punninnan tuloksena. Toisaalta ero lainsäätäjään tehdään juuri siinä, että tutkijan ei tarvitse säätää lakia eli päättää sen sanamuodosta – hän voi keskittyä halutessaan suurempiin linjoihin. Linna hahmottelee *de lege ferenda* -tutkimuksen kenttää tavoitteiden

23. Linna 1987, s. 9.

24. Linna 1987, s. 10. Linna nojautuu Aulis Aarnion oikeusteoreettisiin näkemyksiin rationaalisuuden merkityksestä esitettäessä tiettyjä arvoarvostelmia tosiasiaväitteiden lisäksi.

25. Esimerkiksi Petter Aspin *Sex och samtycke* (Iustus Förlag 2010) on erinomainen esimerkki tulevaan suuntautuvasta oikeustieteellisestä tutkimuksesta, jossa lain muotoilu jätetään lainsäätäjälle. Suostumusta lähestytään oikeudellisena käsitteenä, ja pohditaan esimerkiksi sen muodostumista, pätevyyttä ja tahallisuutta suhteessa sen puuttumiseen.

26. Ks. esim. Minni Leskinen, Vapaaehtoisuus seksuaaliseen kanssakäymiseen Saksan ja Ruotsin oikeuskäytännön valossa. *Defensor Legis* 6/2020, s. 958–976. Artikkelissa esitetyt kannanotot työryhmämietinnöstä OMML 2020:9 olisivat varsin lähellä kannanottoja *de lege lata*, ellei työryhmän ehdotusta uudeksi laiksi olisi muutettu vapaaehtoisuuden osalta ratkaisevasti hallituksen esitykseen 13/2022 vp.

27. Linna nojaa Aarnion tulkintateorian lisäksi muun muassa Jerzy Wróblewskin lainsäädäntöteoriaan. Keskustelua oikeuspoliittisesta tutkimuksesta ja sen luonteesta käytiin ylipäätään 1970- ja 1980-luvuilla enemmän kuin nykyään. Esimerkiksi Antti Kivivuori nojasi poliittisen oikeustieteen näkemyksessään voimakkaasti Alf Rossin oikeusteoriaan ja korosti lainsäätäjän tulevien ratkaisujen behavioraalista, poliittisiin valtasuhteisiin perustuvaa, ennustamista – ja samaan aikaan metodista vapautta. Ks. Antti Kivivuori, Poliittinen oikeustiede, s. 93–99 teoksessa Juha Pöyhönen (toim.), *Suomalaista oikeusteoriaa*, osa II. Yleisen oikeustieteen laitoksen julkaisuja 4. Helsingin yliopisto 1978.

ja keinojen valinnanvapauden kautta.²⁸ Kaikkein vapainta *de lege ferenda* -tutkimus on silloin, kun tutkija itse asettaa sekä tavoitteen että valitsee siihen sopivat keinot.²⁹ Siltala tuo esille, että *de lege ferenda* -tutkimuksen ja oikeuspoliittisen tutkimuksen välille on joissakin tilanteissa haluttu tehdä eroa juuri sillä perusteella, ovatko ne vapaita asettamaan omat tavoitteensa (oikeuspolitiikka) vai ei (*de lege ferenda* -tutkimus), mutta erottelu ei ole vakiintunut.³⁰ Siltala katsoo, että kun *de lege ferenda* -tutkimus sekä asettaa tavoitteen että siihen johtavat lainsäädännölliset keinot, se vertautuu tavoitteelliseen yhteiskunnalliseen ohjaamiseen (*social engineering*).³¹

De lege ferenda -tutkimusta on myös kuvattu oikeustiede ja... (*law and...*) -näkökulman kautta.³² Tällöin ohjaustavoitteet eivät tule oikeustieteestä itsestään vaan kokonaan toiselta tieteenalalta. Esimerkkinä Siltala on käyttänyt oikeustaloustieteellistä lähestymistapaa, jossa voimassa olevaa oikeutta punnitaan suhteessa taloustieteellisiin kriteereihin.³³ Tapio Määttä käyttää tästä ympäristöoikeuden kontekstissa nimitystä ohjaustutkimus, millä viitataan siihen, että lainsäädäntöä ja sen tarvetta punnitaan ja tutkitaan juuri ohjausvaikutuksen näkökulmasta. Tämä edellyttää nähdäkseni tiettyjä olettamia: 1) lainsäädännön tehtävänä on ohjata yhteiskuntaa ja sen jäsenten käytöstä, 2) ohjausvaikutus voidaan tieteellisesti ennustaa ja 3) lainsäädäntö on ohjauskeinona ainakin josain määrin tehokas. Saksankielisessä metodikirjallisuudessa *de lege lata* -metodiopin (*Methodenlehre*) rinnalle asetetaan lähteestä riippuen juuri ohjausoppi (*Steuerungslehre*) tai Jerzy Wróblewskin jalanjäljissä kehitetty lainsäädäntöoppi (*Gesetzgebungslehre*), jonka tarkoituksena on teoreettisella tasolla mallintaa lainsäätäjän rationaalista lainsäädäntömallia.³⁴

Myös omalta tutkimuskohteeltani rikoslainsäädännöltä edellytetään vaikuttavuutta, mutta lainsäätäjän ratkaisut eivät perustu puhtaaseen ohjaustietoon. Niissä on mukana arvovalintoja, joilla osoitetaan esimerkiksi teon paheksuttavuutta. Tutkimustiedon mukaan rangaistustason muutoksilla ei voi ohjata

28. Pohjoismaisesta aiempien vuosikymmenten keskustelusta dlf-tutkimuksen vapautta koskien ks. esim. Jan Hellner, *Argumentation de lege ferenda*. Svensk Juristtidning 1975, s. 401–420.

29. Esimerkiksi Linna (1987, s. 50) näkee tutkimuksen suorittamisen kannalta optimaalisena tilanteen, jossa lainsäädäntöprosessiin osallistuvan tahon antamat tavoitteet ovat yhteneväiset tutkijan oman, perustellun rationaalisuuskäsityksen kanssa.

30. Siltala 2003, s. 132 alaviite 59.

31. Siltala 2003, s. 132.

32. *Law and -näkökulmasta* ks. myös Sabine Frerichs, *Oikeus yhteiskuntateoreettisessa ajattelussa: lyhyt historia*, s. 9–44 teoksessa Toomas Kotkas – Susanna Lindroos-Hovinheimo (toim.), *Yhteiskuntateorioiden oikeus*. Tutkijaliitto 2010. *Law and -näkökulman kritiikistä* ks. Kaarlo Tuori, *Properties of Law: Modern Law and After*. Cambridge University Press 2021, s. 50.

33. Siltala 2003, s. 107, 126–127.

34. Saksankielinen oikeustieteellinen metodikirjallisuus (*Juristische Methodenlehre*) käsittelee kuitenkin – hyvin samoin kuin Suomessa – lähes pelkästään laintulkintaa ja oikeuslähdeoppia eli tuomarin työskentelymetodia.

rikollisuuden määrää,³⁵ silti esimerkiksi rikoslain 20 luvun kokonaisuudistuksessa seksuaalirikosten rangaistustasoa nostetaan. Rikosoikeudessakin voi tehdä kriminologista ohjaustutkimusta, mutta *de lege ferenda* -tutkimus harvoin tyhjenee pelkkiin yleis- tai erityispreventiivisiin argumentteihin. Voi myös olla, että teoreettiset premissit oikeuden ja yhteiskunnan suhteista voivat erota riippuen oikeudenalasta, jonka näkökulmasta tulevaa lakia ja sen tarvetta tarkastellaan. Rikosoikeudella on voimakas liittymä moraaliin ja yhteiskunnan arvoihin, joihin tutkija joutuu ottamaan oman kantansa. Taustalla voidaan nähdä myös oikeusteoreettinen keskustelu siitä, onko teleologia ylipäätään käännettävissä – ainakaan koskaan täysin – normatiivisuudeksi.³⁶

Oman tutkimukseni, feministisen oikeustieteen ja seksuaalirikosoikeuden, näkökulmasta kuvaukset *de lege ferenda* -tutkimuksesta lainopin jatkeena, saksalaisena rationaalisena lainsäädäntöteorianana (*Gesetzgebungslehre*) tai yhteiskunnan tehokkaana ohjaamisena (*social engineering*) eivät tuntuneet tavoittavan sitä, millaisille ajatuksille tutkimukseni perustuu. Niiden lisäksi esittelen tässä vielä neljännen tyyppin tehdä *de lege ferenda* -tutkimusta, joka pohjautuu oma-kohtaiseen kokemukseen *de lege ferenda* -tutkimuksen teosta naisoikeuden ja feministisen filosofian ajattelutraditiossa.³⁷

Seuraavassa taulukossa esitetyt *de lege ferenda* -tutkimuksen eri muodot ovat tyyppiteltyjä, ja käytännössä *de lege ferenda* -tutkimus on todennäköisesti yhdistelmä näitä. Esimerkiksi Tuula Linnan tutkimus voitaisiin sijoittaa kolmanteen eli oikeuspoliittiseen kategoriaan, koska sen kohteena on tavoitteen ja keinon suhde (kustannustehokas realisointi ulosotossa). Toisaalta Linna toteaa, että *de lege ferenda* -tutkimusta ei voi tehdä ilman reunaehtojen ymmärrystä (lainopillinen näkökulma), ja hän on nähdäkseni myös sitoutunut tiettyyn rationaaliiseen ratkaisumalliin, jonka tulisi ohjata lainsäätämistä ylipäätään (lainsäädäntöteoreettinen näkökulma). Myöskään oma tutkimukseni ei edusta pelkästään tai puhdaspiirteisesti neljättä vaihtoehtoa, vaan naisoikeuden traditiolle ominaisesti siinä on sekä kriittisiä, poliittisia että lainopillisia elementtejä.³⁸ Tutkimuk-

35. Ks. esim. Tapio Lappi-Seppälä, Rangaistuskäytännön hinta. Tiede, taide ja köyhä kansa 2007; Arviomuistio rikoslain viimeaikaisesta kehityksestä ja tulevista kehitystarpeista. Eräät seksuaali-, väkivalta-, talous- ja rattijuopumusrikokset. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 7/2018, s. 32.

36. Ks. esim. Hannu Tapani Klami, Legal Justification and Control. Law and Philosophy 4(2) 1985, s. 199–215; Hannu Tapani Klami, Ihmisen säännöt: tutkimus oikeuden olemuksesta, synnystä ja toiminnasta. Turun yliopisto 1983.

37. Traditiosta ks. esim. Kevät Nousiainen, Oikeuden systeemi ja naisen arki, s. 15–57 teoksessa Riitta Turunen (toim.), Naisnäkökulmia oikeuteen. Gaudeamus 1992, Kevät Nousiainen, Equalizing Images? Gendered Imagery in Criminal Law. Suomen Antropologi 3/1999, s. 7–24; Johanna Niemi-Kiesiläinen, Oikeus ja sukupuoli, s. 324–352 teoksessa Kaijus Ervasti – Nina Meincke (toim.), Oikeuden tuolla puolen. Lakimiesliiton Kustannus 2002.

38. Naisoikeuden synty Pohjoismaissa liittyy voimakkaasti 1970-luvun poliittiseen aktivismiin ja oikeuspoliittisiin keskusteluihin, ja sen suhde lainsäädäntöön ratkaisukeinona vaihtelee

sen peruslähtökohta on kuitenkin yhteiskunnallisiin valtarakenteisiin liittyvä epäoikeudenmukaisuus, pyrkimys sen korjaamiseen oikeutta muuttamalla ja herkkyyden säilyttäminen omalle tutkimukselliselle vallankäytölle. Kutsun sitä tässä epistemologis-eettiseksi, koska ajattelen, että tieteellistä tietoa ei voi erottaa tietämisen eettisistä reunaehdoista.

Taulukko 1. De lege ferenda -tutkimuksen tyyppimuodot.

| | Lainopillinen | Teoreettinen | Oikeuspoliittinen | Epistemologis-eettinen |
|--------------------------------|--|--|------------------------------------|---|
| Epäkohta | Laissa on aukko tai säännöt eivät ole koherentteja | Lainsäätäjän toiminta ei täytä asetettuja kriteerejä | Laille asetettu tavoite ei toteudu | Kokemus oikeudesta on epäoikeudenmukainen, oikeus ei vastaa reaali-todellisuuteen |
| Ideaali | Systeemi | Lainsäädäntö oikeudellisena käytäntönä | Yhteiskunnan ohjaus | Solidaarisuus / toiseuden kuuleminen |
| Suhde traditioon ³⁹ | Säilyttävä | Jäsentävä | Dynaaminen | Kriittinen |
| Tiedekäsitys ⁴⁰ | Lainoppi (Law) | Oikeusteoria (metataso) | Oikeus ja... (Law and...) | Oikeus osana yhteiskuntaa (Law as...) |

Olen taulukossa sijoittanut kritiikin neljänteen tyyppiin. Perustellusti voidaan kuitenkin kysyä, eikö kaikki *de lege ferenda* -tutkimus perustu pohjimmiltaan kritiikkiin, koska tutkimuksen johtopäätöksenä on muutosehdotus? *De lege ferenda* -tutkija joutuukin pohtimaan omaa suhdettaan kritiikkiin ja valtaan. Esimerkiksi *Kaarlo Tuori* on esittänyt, ettei fundamentaalikriittinen, oikeutta vallankäyttönä kritisoiva, oikeustiede ole mahdollista, koska kaikki kritiikki johtaa kritiikin kohteen ja sen vallankäytön legitimaatioon.⁴¹ Tuorin teoriassa kritiikki on oikeuden sisäinen jännite, joka ilmenee oikeuden tasojen välisinä

riippuen tutkijasta ja aikakaudesta. Ks. esim. Tove Stang Dahl, *Women's Law. An Introduction to Feminist Jurisprudence*. Norwegian University Press 1987.

39. Traditiolla viitataan tutkijan oman oikeusyhteisön traditioon, sensus communickeeseen. Eri traditioiden käsitteestä ks. esim. Kaarlo Tuori, *Oikeuden ratio ja voluntas*. WSOY 2007, s. 67–74. Traditiosta sensus communickeena ks. Jarkko Tontti, Hans-Georg Gadamer – oikeus, traditio ja tulkinta, s. 219–238 teoksessa Jarkko Tontti – Kaisa Mäkelä (toim.), *Filosofien oikeus II*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2001.

40. Ks. esim. Frerichs 2010.

41. Tuori 1997; Wilhelmsson 1987.

sedimentaatio- ja rajoitussuhteina. Tuori katsoo, että oikeuden kaksi syvempää tasoa (oikeuskulttuuri ja syvätaaso, tai oikeuden ratio) rajoittavat pintatasoa ja äkillisiä lainsäädännöllisiä muutoksia (pintataso, oikeuden voluntas).⁴² Syvätaaso on kuitenkin Foucault'n teorioihin nojaten *épistémè*, alitajunta tai tietomuoto, jota emme voi valita ja johon emme voi vaikuttaa, vaikka se vaikuttaa oikeuteen.⁴³ Tuorin teoksissa on myös vahvasti läsnä ulkoinen ja sisäinen näkökulma sekä suppea ja laaja oikeusyhteisö, joiden pääsy oikeudelliseen diskurssiin eroaa toisistaan.

Tuorin oikeusteoria, vaikka se ei ota suoraan kantaa *de lege ferenda* -tutkimukseen, voi auttaa hahmottamaan *de lege ferenda* -tutkimuksen reunaehtoja. Tuorin tasomalli ja etenkin syvätaason merkitys eivät kuitenkaan kuvaa sitä, miten itse näen oikeudellisen muutoksen ja sen tutkimuksen. Oikeudellisilla periaatteilla tai oikeuskulttuurilla voi joissain tapauksissa argumentoida muutoksen puolesta, mutta oikeustieteen kriittinen potentiaali ei useinkaan kumpua oikeudesta itsestään. Ajattelen Jarkko Tontin tavoin, että oikeustiede on hermeneutiikkaa ja että (itse)kriittinen suhtautuminen oikeuteen ei ole mahdollinen ilman vahvaa *sensus communiksen* tajua ja sen antamaa kykyä tuottaa kritiikkiä.⁴⁴ Silti kysymys on ihmisten säännöistä ja näin ollen ne ovat myös ihmisten muutettavissa, vaikka kaikkien jo sisäistettyjen konventioiden haastaminen voi olla vaikeaa. Myös Tontin mukaan tulkitsijan vastuussa on kysymys itseäänselvyyksien haastamisesta ja sen kysymisestä, miksi tietty ratkaisu tuntuu itsestään selvältä.⁴⁵ Hahmottelemassani neljännessä *de lege ferenda* -tutkimuksen tyypissä oikeustieteen tekeminen perustuu eettisille sitoumuksille, joilla on oikeuden ulkopuolinen moraalifilosofinen ja kokemuksellinen ulottuvuus. Toisaalta lainopillinen tai oikeuspoliittinen *de lege ferenda* -tutkimus eivät nekään ole neutraaleja tai vailla moraalisia kannanottoja. Myös systeemin koherenssin ja konsistenssin edistämiseen, lainsäädännön rationaalisuuteen tai oikeuden ulkopuolisiin ohjausperiaatteisiin sitoutuminen ovat pohjimmiltaan moraalisia valintoja.⁴⁶

42. Tuorin mukaan sellainen kriittinen oikeustiede, jossa oikeus nähdään vain eri tahojen (pinnallisena) strategisena toimintana, ei tavoita oikeuden sisäisiä jännitteitä. Tuori 2007, s. 5–6.

43. Tuori 2000, s. 204. Oikeuden syvärakenne vaikuttaisi Tuorilla olevan oikeuden sisäänrakennetun kriittisyyden yksi keskeinen lähtökohta oikeuskulttuurin ohella, vaikka syvärakenteen objektoiva rekonstruktio ei Tuorin mukaan vaikuta epistemen sisältä käsin mahdolliselta.

44. Jarkko Tontti, Right and Prejudice. Prolegomena to a Hermeneutical Philosophy of Law. University of Helsinki Printing House 2002, s. 275.

45. Tontti 2002, s. 286.

46. En tässä artikkelissa tee tarkkaa jaottelua etiikan ja moraalin välillä vaan niistä puhutaan lähes synonyymeinä vapautteen liittyvinä valinnan mahdollisuuksina, joihin sisältyy vastuu. Esimerkiksi deleuzeläisessä traditiossa etiikan ja moraalin välinen erottelu on filosofisesti merkittävä, ks. esim. Janne Toivoniemi, Deleuze ja etiikka. ”Elämää suurempien arvojen” kritiikki, s. 110–132 teoksessa Sara Heinämaa – Johanna Oksala (toim.), Rakkaudesta toiseen. Kirjoituksia vuosituhannen vaihteen etiikasta. Gaudeamus 2001.

2.2. *De lege ferenda* -tutkimuksen lähteet

Edellisessä alaluvussa viittasin Raimo Siltalan määritelmään *de lege ferendasta* tulevaisuudessa säädettävän lain tulkinnallisena merkityssisältönä. Lainsäädäntömuutokseen sijoittuvassa tutkimuksessa voi päästä kommentoimaan työryhmän ehdotuksia tai hallituksen esityksiä, jotka eivät vielä ole voimassa, jolloin tutkimuksen kohteena ja lähteenä on tulevaisuudessa säädettävä laki, mutta tosiasiaassa *de lege ferenda* -tutkimuksen keskeisenä lähteenä ja ensiaskeleena toimii useimmiten voimassa oleva oikeus. Oli lähtökohtana sitten oikeuden epäkoherenssi, lain ration toteutumattomuus tai oikeuden koettu epäoikeudenmukaisuus, edellyttävät ne analyysia siitä, miten voimassa oleva oikeus toimii ja millä tavoin se ei toimi. Oikeus *de lege lata* onkin argumentti *de lege ferenda*, totesi tanskalainen *Preben Stuer Lauridsen* jo 1970-luvulla.⁴⁷

Kun tutkija lähtee miettimään vaihtoehtoja tulevalle lainsäädännölle, tyypillinen vaihtoehto on katsoa, miten ongelma on ratkaistu muualla. Tuula Linnan mukaan *de lege ferenda* -tutkimuksen keskiössä ovatkin vieraat oikeusjärjestykset.⁴⁸ Linnan mukaan kysymys ei kuitenkaan ole oikeusvertailusta *proper*, koska tietoa muiden oikeusjärjestysten sisällöstä käytetään välineenä eli ideoiden lähteenä. Linna kuvaa muiden oikeusjärjestysten tutkimusta eräänlaiseksi hypoteettiseksi transplantaatioksi, jossa pohditaan, mitä tapahtuisi, jos muualla käytössä oleva ratkaisu todella valittaisiin lain tarkoituksen toteuttavaksi keinoksi myös Suomessa.⁴⁹ Voimassa olevan oikeuden ja muiden maiden lainsäädännön ohella Linna luettelee lähteikseen oikeuskäytännön, viranomaisten käsitykset, oikeushistorian ja tutkijan intuition.⁵⁰ Toisaalta Linna esittää, että ei ole oikeastaan merkityksellistä, mistä keino keksitään, koska se on vasta hypoteesi, jonka soveltuvuus suhteessa valittuun tavoitteeseen testataan *de lege ferenda* -tutkimuksessa.⁵¹ Ajattelen, että valitessaan referenssejä esimerkiksi muista oikeusjärjes-

47. Preben Stuer Lauridsen, *Studier i retspolitisk argumentation*. Juristforbundets Forlag 1974, s. 371, viitattu teoksessa Linna 1987, s. 187. Lauridsenin mukaan todistustaakka siitä, että muutos on tarpeellinen, on sen puolesta puhujilla.

48. Myös Siltalan mukaan esitetyt lainsäädäntösuositukset perustuvat tavallisesti joko oikeusvertailevaan aineistoon tai tutkijan omiin reaaliin argumentteihin, jotka puolestaan perustuvat siihen, mitkä tutkijan mielestä ovat tulevan lain tulkinnan yhteiskunnalliset vaikutukset. Siltala 2003, s. 131–132.

49. Linna 1987, s. 183–184. Ks. esim. Minni Leskinen, Uusi pohjoismainen seksuaalirikosoikeus? Ruotsin lainsäädännöllisten valintojen hyödynnettävyydestä Suomessa. *Lakimies* 3–4/2020, s. 373–399. Linnankin keskeinen referenssi on Ruotsi, koska oikeusjärjestysten rinnastettavuus helpottaa hänen mukaansa oikeudellisten ratkaisujen hypoteettista siirtämistä järjestyksestä toiseen.

50. Linna 1987, s. 187.

51. Linna 1987, s. 182. Olen tästä jonkin verran eri mieltä, koska ajattelen, että jo keinon valinta sisältää normatiivisen aspektin. Tämä pitääkin ymmärtää suhteessa Linnan (1987, s. 181) esittämään käsitykseen, että tavoite on arvo ja keino on realitodellinen.

tyksistä, tutkija tekee kuitenkin jo arvosidonnaisia valintoja, joita tavoitteen ja keinon välinen ”tehokkuustestaus” ei korvaa.

Olen tutkimuksessani käsitellyt seksuaalirikosoikeuden muutosta useista eri näkökulmista ja käyttänyt laajasti eri lähteitä, jotka olen koonnut esimerkinomaisesti jäljempänä olevaan taulukkoon. Taulukon tarkoituksena on sekä kuvata *de lege ferenda* -tutkimusta että osoittaa, että tarkastelu ei ole lineaarista (epäkohta → tavoite → keino → laki) vaan kehämäistä, jossa eri näkökulmat tarkentavat sekä ongelman, tavoitteen, keinojen että lopullisen lakimuotoilun ymmärrystä. Tutkija voi legitimiin käyttää sekä perinteisiksi katsottuja lainopillisia lähteitä (ratio legis, oikeuskäytäntö, kriminalisointiperiaatteet, kansainvälinen oikeus), oikeuden yleistieteitä (oikeushistoria, oikeusvertailu) että muiden tieteiden tuloksia (filosofia, sosiologia, psykologia) pohtiessaan tutkimuksen kohteena olevaa ongelmaa. Kokemukseni mukaan *de lege ferenda* -tutkimus ei asetukaan selkeästi oikeustieteessä ylläpidettyyn jaotteluun lainopin ja oikeus- ja yhteiskuntatieteellisen tutkimuksen välillä.⁵² Tutkimuksessani olen erityisesti filosofian kautta pyrkinyt osoittamaan, että ei voida arvioida, suojaako laki tehokkaasti oikeushyvä (seksuaalinen itsemääräämisoikeus), jos suojelemaan kohteen filosofisia lähtökohtia ei ole avattu. Oikeuden ymmärrys itsestään on vain yksi ja usein riittämätön tapa lähestyä asiaa.

52. Jaottelusta ja sille annetuista merkityksistä ks. esim. Kaarlo Tuori, Oikeustieteen laatukriteerit. Lakimies 6/2019 s. 787–790; Minkkinen 2017.

Taulukko 2. De lege ferenda -tutkimuksen lähteitä, esimerkkinä seksuaalirikosoikeus.

| Lähde | Esimerkki lähteen käytöstä |
|----------------------------------|--|
| Filosofia | Mitä itsemääräämisoikeus on, ja mitä se voisi (moraali)filosofisesti olla |
| Ratio legis | Miten itsemääräämisoikeus on lain tavoitteena määritelty ja miten sitä toteutetaan (sisäinen rationaalisuus), miten sitä voisi toteuttaa paremmin (tavoite-keino-tarkastelu) |
| Muut tieteenalat ja kirjallisuus | Mitä seksuaalinen väkivalta on, mitä seksuaalisella väkivallalla loukataan, miten oikeuskäsittely koetaan |
| Oikeuskäytäntö | Miten seksuaalinen väkivalta hahmottuu konkreettisissa ratkaisuisa, mihin kiinnitetään huomiota, miten laki toimii ja ei toimi |
| Kansainvälinen oikeus | Mitä ihmisoikeussopimukset velvoittavat kriminalisoimaan, miten niissä määritellään seksuaalinen väkivalta ja itsemääräämisoikeus, täyttääkö rikoslaki veloitteet |
| Soveltava oikeusvertailu | Miten muualla on muutettu lakia ja miten sitä on alettu soveltaa oikeuskäytännössä, miten uudistukset toimisivat Suomen kontekstissa ottaen huomioon oikeusjärjestyserot |
| Oikeushistoria | Miten rikoslakia on muutettu eri vuosikymmeninä, millaisia ehdotuksia on tehty aiemmin ja miten niistä on argumentoitu, miten muutos suhtautuu traditioon |
| Lakiehdotukset | Miten työryhmän ehdotus toimisi käytännössä, vastaako ehdotus / hallituksen esitys esitettyyn kritiikkiin ja muutoksen taustasyihin |
| Kriminalisointiteoria | Miten ehdotus / esitys suhtautuu kriminalisointiperiaatteisiin, periaatteiden tulkinta ja ohjaava vaikutus lain sisältöön |

Edellä esittämäni omakohtaiset esimerkit kuvastavat tavoitetta ymmärtää oikeudellista ongelmaa monitahoisesti, sekä oikeudellisena, yhteiskunnallisena että (moraali)filosofisena ongelmana. Tuula Linnan kolmenkymmenenviiden vuoden takaista kuvausta, että *de lege ferenda* -tutkimus on ongelmakeskeistä tutkimusta, voikin pitää onnistuneena.⁵³ Lähteiden ja tutkimuksen monitahoisuuden kuvaus ei kuitenkaan ratkaise sitä kysymystä, mikä on *de lege ferenda*

53. Ongelmakeskeinen lähestymistapa oikeuteen ja lainoppiin liitetään usein Urpo Kankaan väitöskirjaan Lesken asemasta ja myös Kangas itse kuvaa omaa tutkijanuraansa juuri ongelmakeskeisen lähestymistavan kautta. Urpo Kangas, Minun metodini, s. 90–109 teoksessa Juha Häyhä (toim.), Minun metodini. WSLT 1997, s. 96–98.

-tutkimuksen johtopäätös. Mitä oikeastaan tarkoitetaan kannanotolla *de lege ferenda*? Tähänkään kysymykseen ei ole löydettävissä vakiintunutta, auktoritaatiivista vastausta. Johtopäätös voi olla havainto lainsäädännöllisestä ongelmasta, epäselvyydestä tai aukosta. Se voi olla analyysi ongelman eri aspekteista, jotka pitää tulevassa laissa ratkaista. Se voi olla myös hyvin konkreettinen kannanotto, että ongelmaa koskevan lain tietyn pykälän tiettyyn momenttiin tulee lisätä jokin seikka, jota ei lakia alun perin säädettäessä ole osattu huomioida. Lainsäädäntöprosessin vaiheesta johtuen myös väitöstutkimukseni on operoinut *de lege ferenda* -tutkimuksen eri tasoilla: (1) ongelman ymmärtäminen laajasti (muutos-tarve), (2) ongelman käsitteellistäminen oikeudellisesti, (3) ongelman lainsäädännöllinen ratkaiseminen ja odotettavissa olevat tulkinat.⁵⁴ Näitä eri tasoja voi halutessaan ajatella perinteisin termein ulkoisena, sisäisenä ja teknisenä tasona, jotka kuitenkin ovat kehämäisessä suhteessa toisiinsa.

3. *De lege ferenda* -tutkimuksen tieteellisyys ja oikeuden moraalinen ongelma

3.1. Onko *de lege ferenda* -tutkimus tiedettä?

De lege ferenda -tutkimusta koskevissa lähteissä nousee esiin kysymys *de lege ferenda* -tutkimuksen ja erityisesti sen johtopäätösten tieteellisyyden ehdoista. Keskustelua on herättänyt se, miten poliittiseksi tai subjektiiviseksi mielletty kannanotto tulevan lain sisällöstä voisi olla tieteellinen. Tämä on yllättävää, koska *de lege ferenda* -tutkimusta on toisaalta pidetty lainopin tieteellisenä jatkeena. Lainoppia harvemmin syytetään subjektiiviseksi, vaikka myös lainoppiin sisältyy tutkijan subjektiivisia näkemyksiä ottaen huomioon, ettei nykyoikeustiede perustu yhden ainoan oikean ratkaisun ideologiaan.⁵⁵ Lainoppia kohtaan esitetty tieteellisyyden puutetta koskeva kritiikki liittyy yleensä siihen väitteeseen, että lainoppi tyytyy vain tuottamaan käsikirjoja tuomareille eikä nouse kansainvälistä

54. Analogioita siihen, miten muut kuvaavat tutkimuksen tekemistä, on löydettävissä. Jopa analyttisen lainopin edustaja Simo Zitting kuvaa tutkimuksen tekemistä kolmen varsin samantyyppisen vaiheen kautta: 1) problemointi, 2) explicaatio ja 3) argumentaatio, vaikka analyttinen lainoppi ja feministinen *de lege ferenda* -tutkimus ovat varsin kaukana toisistaan. Ks. Leena Kartio, Esineoikeuden esine tutkimuspöydällä, s. 110–130 teoksessa Juha Häyhä (toim.), *Minun metodini*. WSLT 1997, s. 121.

55. Yhden oikean ratkaisun opin hylkääminen liitetään Siltalan (2003, s. 95) mukaan Suomessa yleensä Kaarle Makkosen väitöskirjaan *Zur Problematik der juristischen Entscheidung. Eine strukturanalytische Studie* (1965).

tiedeyhteisöä kiinnostavaksi.⁵⁶ On paradoksaalista, että *de lege ferenda* -kannanottojen tieteellisyttä on ainakin analyttisessä perinteessä kyseenalaistettu, vaikka toisaalta niitä ainakin nykyään toivotaan lainopin tieteellisyden lisäämiseksi. Tuore esimerkki *de lege ferenda* -tutkimuksen tieteellisyden ehtoja koskevasta keskustelusta on emeritusprofessori *Reinhold Fahlbeckin* ja professori *Torben Spaakin* vuonna 2016 Juridisk Tidskriftissä käymä lyhyt mutta havainnollinen debatti,⁵⁷ johon palaan Alf Rossin jälkeen.

3.1.1. Alf Ross ja oikeuspolitiikka

Keskustelu *de lege ferenda* -tutkimuksen tieteellisyydestä palautuu oikeuspolitiikan käsitteeseen, ja skandinaavisen realismin perintöön. Tanskalaisen *Alf Rossin* klassikkoteoksen *Om ret og retfærdighed: en indførelse i den analytiske retsfilosofi* (1953) vaikutusvalta näky esimerkiksi juuri Tuula Linnan 1980-luvun lopun väitöskirjassa ja myös muissa ajan oikeusteoreettisissa julkaisuissa.⁵⁸ Oikeuspolitiikasta keskusteltiin tosin esimerkiksi 1970-luvulla tavalla, joka 2020-luvun näkökulmasta tuntuu vieraalta: yhteiskuntaluokat ovat ajan saatossa vaihtuneet yksilöiden oikeuksiin ja ihmisoikeuksiin.⁵⁹ Rossin edustama skandinaavinen realismi suhtautui skeptisesti toisen maailmansodan jälkeisiin ihmisoikeuksien julistuksiin moraalisen hengellisen metafysiikan (luonnonoikeuden) paluuna ja korosti poliittisen etusijaa suhteessa oikeudelliseen.⁶⁰ Yhtä lailla Ross kritisoi toisaalta myös *Hans Kelsenin* Puhdasta oikeusoppia (1934), jonka mukaan oikeustieteilijän tehtävänä on tarjota vain loogis-syntaktinen analyysi lain sanamuodon mukaan mahdollisista tulkinnoista. Vaikka skandinaavinen realismi ei Suomessa muuttunut missään vaiheessa oikeustieteen valtavirta-ajatteluksi, Rossin ajatukset ovat edelleen mielenkiintoinen lähtökohta sen ajatteluun, mikä on tutkimuksen johtopäätöksen suhde toisaalta tieteeseen ja toisaalta moraalisiin,

56. Panu Minkkinen (2017, s. 914) katsoo, että oikeustieteen kansallinen erityistehtävä, jolla Minkkinen viittaa lainkäytön palvelemiseen, on ”impivaaralainen” asenneongelma. Sellaista oikeustiedettä, joka paremmin täyttää kansainväliset kriteerit, Minkkinen kuvaa termeillä *law and society* ja *law in context*. Ks. myös Juha Häyhä, Johdanto, s. 15–34 teoksessa Juha Häyhä (toim.), *Minun metodini*. WSLT 1997.

57. Fahlbeck 2016; Torben Spaak, Fahlbeck om *de lege ferenda* -forskning. Juridisk Tidskrift 2016(2), s. 533–541.

58. Aulis Aarnio kuvaa Rossin teosta yhdeksi parhaista tuntemistaan oikeusteoreettisista teoksista ja omaa tuotantoaan keskusteluksi Rossin kanssa ja Rossia vastaan. Ks. Aulis Aarnio, Alf Ross ja realistinen oikeustiede, teoksessa Kimmo Nuotio (toim.), *Oikeusteoreettisia katkelmia*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2003, s. 55–76.

59. Ks. esim. Kivivuori 1978.

60. Ks. esim. Johan Strang, *Scandinavian Legal Realism and Human Rights: Axel Hägerström, Alf Ross and the Persistent Attack on Natural Law*. Nordic Journal of Human Rights 36(3) 2018, s. 202–218. Hägerströmin ja Rossin eroista ks. Hannu Tolonen, Eräitä näkökohtia skandinavisesta oikeusrealismista, s. 89–106 teoksessa Hannu Tolonen, *Oikeuden kaleidoskooppi*. Kirjoituksia oikeudesta ja sen historiasta. Suomalainen Lakimiesyhdistys 2008.

ja tarkoittaako tutkimustuloksen altistuminen tutkijan moraalisille valinnoille sitä, ettei johtopäätös voi olla tiedettä.

Rossin mukaan oikeuspolitiikan tutkimus jakautuu kolmeen vaiheeseen. Ensimmäisessä vaiheessa tutkitaan poliittisesti vaikutusvaltaisten ryhmien asenteita ja tavoitteita (*indstillinger og målsætninger*).⁶¹ Toiseksi Rossin mukaan tulee tarkastella sitä, miten oikeus vaikuttaa yhteiskunnassa (*operativ opfattelse*).⁶² Tieteellisen oikeuspolitiikan tulee siis ymmärtää, mihin suuntaan yhteiskuntaa halutaan oikeudella ohjata, ja toisaalta, miten oikeus ohjaa yhteiskuntaa. Rossin näkemyksen mukaan juuri ohjausvaikutuksesta tulisi olla enemmän tieteellistä tietoa, koska oikeuspolitiikko joutuu usein operoimaan tältä osin enemmän kokemus- kuin tietoperäisesti. Rossia kauhistuttaa ajatus juristista julistajana tai reformaattorina – tieteentekijän ideaali on sosiologinen teknologi, yhteiskunnallisen tahdon tulkinnan ja yhteiskunnan ohjaamisen insinööritieteen taitaja.⁶³ *De lege ferenda* -tutkimusta ts. oikeuspolitiikkaa tekevää oikeustieteilijää Ross kuvaa paradoksaalisella termillä tieteellinen oikeuspolitiikko (*en videnskabelig retspolitik*).⁶⁴

Oikeuspoliittisen tarkastelun kolmas ja viimeinen askel on johtopäätösten muotoilu, joiden sisältönä on lainsäätäjälle annettava ohje. Tässä kolmannessa askeleessa käy selvimmän ilmi tieteellisen oikeuspolitiikan paradoksi. Oikeuspolitiikka edellyttää lainsäädäntöehdotusta, mutta siihen ei ole pääsyä sellaisella loogisella metodilla, joka täyttäisi Rossin tieteelle asettamat kriteerit. Rossilla ei ole muuta vaihtoehtoa kuin edellyttämänsä tieteen puhtauden nimissä asettaa tieteen ja politiikan raja premissin ja lainsäädäntöehdotuksen väliin:

Men netop fordi forholdet mellem argumenter og konklusion ikke er af logisk karakter, er retspolitikens tredje og sidste led *ikke af videnskabelig eller teoretisk karakter*, men udtryk for en personlig reaktion af *besluttende* karakter. Dette alogiske spring markeres yderligere derved, at beslutningen typisk fremgår ved afvejning af en mangfoldighed af forskellige, indbyrdes inkommensurable hensyn.⁶⁵

61. Ross 1966, s. 424; Ross 2019, s. 419. Rossille myös ”kansakunta” ei ole ideologia vaan sosiologin fakta. Jos ei olisi jotain jaettua arvopohjaa (faktana), ei olisi yhteiskuntaa vaan se hajoaisi.

Ross 1966, s. 425. Tästä seuraa, että vallitseva ideologia on myös tutkittavissa ja todettavissa.

62. Ross 1966, s. 426. Ross viittaa tällä kausaalisuhteisiin oikeudellisen sääntelyn ja ihmisten käyttäytymisen välillä, ja oikeuspolitiikkaan oikeustekniikkana. Ross 1966, s. 418; Ross 2019, s. 413.

63. Toisaalta Ross suhtautuu skeptisesti law and...-näkökulmaan, koska hän ajattelee, että oikeustieteilijä voi olla vain oman tietensä asiantuntija. Ross 1966, s. 420.

64. Ross 1966, s. 461.

65. Ross 1966, s. 429. Lainaus kuuluu englanniksi käännettynä: “But precisely because the relation between argument and conclusion is not a logical one, the third and final link in legal politics is not of a scientific or theoretical nature, but is the expression of a personal reaction of a decision-making nature. This alogical leap further manifests itself in the fact that the decision typically emerges through the weighing of many different, incommensurable considerations.” Ross 2019, s. 426.

Eri sääntelyvaihtoehtojen punninta ja lakien muotoilu ei Rossin mukaan ole lainkaan teoreettista vaan itse asiassa *praktista* osaamista, joka edellyttää oikeudellisen materiaalin ja tradition tuntemusta.⁶⁶ Ross on kuitenkin sitä mieltä, että *de lege ferenda* -tutkija voi tieteen puhtautta loukkaamatta ottaa tämän kolmannen askeleen ja osallistua lopulliseen valintaan. Sen edellytyksenä kuitenkin on, että tutkija ei postuloi johtopäätöksiään tieteellisiksi totuuksiksi sekä selkeästi indikoi astuvansa tieteen maailmasta politiikan maailmaan.⁶⁷ Koskaan tieteellisen oikeuspolitiikan ei tule sortua pitämään omaa oikeudentunnettaan (*retsfølelse*) oikean oikeuden mittarina.⁶⁸ Rossin ideaali tieteellisestä oikeuspolitiikasta on loppuun asti rationaalinen teknologi (*en rationel teknolog*), joka ei ole konservatiivinen eikä progressiivinen, vaan ainoastaan tarjoaa tietonsa ja taitonsa muiden, eli poliittisesti valtaa pitävien käytettäväksi.⁶⁹ Rossin ajattelu vaikuttaisi perustuvan siihen, että irrisionaaliseksi julistettujen asenteiden ja uskomusten (syy) suhde tulevaan lakiin (seuraus) voidaan alistaa tieteelliselle tarkastelulle, kun taas päätös siitä, miten lainsäätäjän tulisi toimia, on moraalinen (tunne)reaktio, jolla ei ole logiikkaa. Tieteen rossilainen puhtaus edellyttää, että tällaiset elementit erotetaan siitä.⁷⁰

Teoksensa viimeisessä luvussa Ross esittää käsityksensä *de lege ferenda* -tutkimuksen suhteesta moraaliiin ja oikeudenmukaisuuteen, mikä osaltaan avaa vielä tarkemmin hänen ajatteluaan. Ross erottelee tarpeisiin perustuvat argumentit (*behovsfunderede indstillinger*) moraalista argumenteista (*moraliske indstillinger*).⁷¹ Moraalinen asenne on täysin vastakkainen suhteessa tarpeisiin (hyve-eettinen näkökulma) ja voi olla niiden kanssa voimakkaassakin ristiriidassa, toisin sanoen se ei ole rationaalinen. Ross kuvaa moraalialia välittömäksi, laskelmoimattomaksi ja intresseistä vapaaksi (tunne)reaktioksi toimintaohjeeseen (normiin), kun taas oikeudenmukaisuuden tunne (*retsfølelse*) on vastaava hyväksynnän tai hylkäämisen reaktio suhteessa oikeusjärjestykseen. Ross myös kuvaa moraalialia sosiaalisen ympäristön luomaksi eikä vaikuta uskovan sen sisäsyntyisyyteen sen enempää kuin sen rationaalisuuteenkaan.⁷²

Rossin oikeusfilosofiassa huomio kiinnittyy siihen, että tuomitsemisen ja lainsäätämisen ilmiselvistä eroista huolimatta tuomari ja lainsäätävä samaiste-

66. Ross 1966, s. 420; Ross 2019, s. 418.

67. Ross 1966, s. 429.

68. Ross 1966, s. 461.

69. Ross 1966, s. 472; Ross 2019, s. 467.

70. Ross tunnustautuukin tässä mielihyvin Kelsenin seuraajaksi, ja toteaa, että ”ideen om videnskabens renhed er hjørnestenen i videnskabsmandens professionelle ethos”. Ross 1966, s. 431.

71. Ross 2019, s. 444–455.

72. Ross (1966, s. 459; 2019, s. 454) viittaa Immanuel Kantin tunnettuun sitaattiin sisäisestä moraalikyvystä, jota filosofi ei lakkaa hämmästelemästä. Rossille jokainen arvo tai moraalikannanotto on ulkoapäin annettu. Vrt. Immanuel Kant, Kritik der praktischen Vernunft, s. 107–302 teoksessa Schriften zur Ethik und Religionsphilosophie. Immanuel Kant Werke in sechs Bänden, Band IV. Wissenschaftliche Buchgesellschaft Darmstadt, s. 300 (KpV A 289).

taan. Tieteellisen oikeuspolitiikon käytännön kannanotto on ennuste siitä, miten lainsäätäjän (tai tuomarin) tulee olettaa toimivan asenteidensa perusteella, olettaen että hän hyväksyy hänelle esitetyt operatiiviset uskomukset.⁷³ Aulis Aarnio on kritisoinut Rossia todeten, että Rossin ennusteisiin lainsäätäjän käyttäytymisestä liittyy itseään toteuttava funktio: kun esitetään arvaus, miten lainsäätäjä toimisi, saattaa se johtaa lainsäätäjän toimimaan juuri siten.⁷⁴ Aarnion mukaan realismi ei pysty ratkaisemaan sitä, että ottaessaan huomioon oikeuden toimijoiden normatiiviset premissit, se muuttuu hermeneutiikaksi eikä pysty lopulta välttämään niitä arvoarvostelmia, jotka se pyrki sulkemaan tieteen ulkopuolelle.⁷⁵

Aarnion kritiikin mukaan rossilainen oikeuspoliittinen ennuste ei palvele tuomaria ja on vaikea nähdä, miten myöskään lainsäädäntöprosessiin osallistuvia, joilla on edessään konkreettinen lainsäädäntöuudistus, palvelisi ennuste siitä, millaisiin lainsäädännöllisiin ratkaisuihin yhteiskunnalliset enemmistö- tai valtaideologiat lainsäätäjän psykologisina tai irratioonalisina tunnereaktioina johtaisivat.⁷⁶ Aarnio rakentaa oman tulkinnan teoriansa regulatiiviselle periaatteelle, jossa siinäkin on olemassa varsin rossilainen enemmistöajattelu: ”Perustelee kannanottosi niin, että mahdollisimman moni rationaalisesti asiaa harkitseva oikeusyhteisön jäsen voisi kaikki asianhaarat huomioon ottaen hyväksyä kannanottosi”.⁷⁷ Aarnionkaan regulatiivisen periaatteen siirtäminen *de lege ferenda* -tutkimukseen ei näkemykseni mukaan onnistu, koska argumentin hyväksyttävyyttä *de lege ferenda* ei voida sitoa vain rationaalisesti ajattelevien oikeusoppineiden käsityksiin kuin ehkä rajatuissa oikeusaukkoja koskevissa lainoppia täydentävissä tarkasteluissa, joista voidaan olettaa vallitsevan konsensus.⁷⁸

3.1.2. *Fahlbeck–Spaak-debatti*

Ruotsissa on käyty tuoreempaa keskustelua *de lege ferenda* -tutkimuksen tieteilisyydestä, jossa on myös noussut esille oikeustieteen puhdistaminen arvovalinnoista, jotta se täyttäisi tieteen kriteerit. Emeritusprofessori Reinhold Fahlbeck intoutui vuonna 2016 kysymään, voiko *de lege ferenda* -tutkimus olla

73. Ross 1966, s. 428.

74. Aarnio 2003, s. 74.

75. Rossin ajattelun laajemmasta analyysistä ks. Markku Helin, Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1988.

76. Aarnion mukaan tällaisella tieteellä ei edes tee mitään, koska tuomaria ei kiinnosta ennuste siitä, miten hän tulee tuomitsemaan. Tuomari haluaa apua sen selvittämiseen, miten hänen pitää tuomita. Aulis Aarnio, Oikeussäännösten systematisointi ja tulkinta, s. 35–56 teoksessa Juha Häyhä (toim.), Minun metodini. WSLT 1997, s. 48.

77. Aarnio 1997, s. 51; Aulis Aarnio, Laintulkinnan teoria. WSOY 1989, s. 285.

78. Rikosoikeudessa lienee saavutettu konsensus siitä, että raiskauksen tulee perustua vapaaehtoisuuden puutteeseen, mutta en usko, että vapaaehtoisuuden sisällöstä in concreto on konsensus edes juristien keskuudessa.

tieteellistä kolmen tarkentavan kysymyksen kautta: 1) voiko tulevaa lakia tutkia tieteellisesti, 2) voiko tutkimuksen legitimiinä tarkoituksena olla kannanottojen esittäminen siitä, millainen laki pitäisi säätää ja 3) voiko hyväksyttävä oikeustieteellinen tutkimus esittää tuloksenaan, että koko paradigman, jolle tietty oikeudenala perustuu, tulisi muuttua?⁷⁹

Fahlbeckin ydinongelmana vaikuttaisi olevan poliittisen, oikeudellisen ja tieteellisen suhde: jos koko oikeudenala pitäisi muuttua, miten siihen voidaan päätyä tieteellisesti uskottavalla tavalla? Fahlbeck päätyy vastaamaan omiin kysymyksiinsä esittämällä *de lege ferenda* -tutkimukselle neljä kriteeriä. Kriteerit voidaan tiivistää seuraavasti: 1) tutkimuksen aiheena on oltava kiistaton lainsäädännön muutostarve,⁸⁰ 2) aineiston tulee olla objektiivista ja osoittaa se, mitä tulee muuttua, 3) metodin tulee olla tieteellinen eikä tutkijalla saa olla johtopäätösten suhteen mitään ennakkokäsityksiä, ja 4) tuloksilla tulee olla itsenäinen tieteellinen arvo eivätkä ne saa sisältää arvovalintoja.⁸¹

Fahlbeckin esittämä näkemys eroaa esimerkiksi Alf Rossin näkemyksestä siinä, että Fahlbeck näkee mahdolliseksi neutraalit ja tieteellisen päättelyn tuloksena syntyvät *de lege ferenda* -johtopäätökset eli lainsäätäjälle esitetyt lainsäädäntösuositukset, joilla ei ole mitään tekemistä tutkijan arvojen kanssa. Hän ei kuitenkaan eksplikoi, mikä metodi tähän voisi johtaa muuten kuin että tuo metodi on leimallisen deduktiivinen. Kaikkien johtopäätösten eli *de lege ferenda* -ehdotusten tulee seurata objektiivisesti, arvovapaasti ja adekvaatisti tutkimusmateriaalia, ja myös kaikkien materiaalista nousevien ehdotusten tulee olla mukana. Tutkija ei siis myöskään saa valikoida johtopäätöksiään. Sinänsä paradigman muutokseen ei ole poissuljettu, jos johtopäätökset on ankkuroitu tutkimusaineistoon ilman tutkijan subjektiivisten arvovalintojen vaikutusta.

Fahlbeckin normatiivinen kriteeristö sai osakseen lähes välitöntä kritiikkiä. Professori Torben Spaak vastasi omalla debattipuheenvuorollaan Fahlbeckin näkemyksiin, ja piti lähes kaikkia niistä ongelmallisina etenkin, jos ne on tarkoitettu normatiivisiksi *de lege ferenda* -tutkimuksen tieteellisyyden edellytyksiksi. Spaak kritisoi Fahlbeckin näkemystä todeten ensinnäkin, että epäkohdan riidattomuutta tai merkittävyyttä ei voida asettaa tieteellisyyden kriteeriksi.⁸² Pienemminkin ongelman esiintuominen voi olla tieteellisesti perusteltua. Mitä

79. Innoittajana toimi Harry Salonahon taloustieteellinen väitöskirja, jonka vastaväittäjänä Fahlbeck toimi. Salonaho itse ei pyri luomaan kriteeristöä *de lege ferenda* -tutkimukselle vaan tuo esille, että hänen tekemissään haastatteluissa todettiin, että työoikeudessa *de lege ferenda* -tutkimusta tehdään liian vähän. Mahdolliseksi syyksi arveltiin, että tutkijat pelkäävät leimautuvansa joko työntekijä- tai työnantajapuolen kannattajiksi. Harry Salonaho, *Förändringsbehov i Finlands arbetslagstiftning och arbetsmarknadsmekanismer*. Svenska handelshögskolan 2015, s. 142, 204.

80. Fahlbeckin mukaan tämä tarkoittaa, että *de lege ferenda* -tutkimuksen mahdolliset kysymyksenasettelut ovat huomattavasti rajatummalla kuin perinteisellä oikeusdogmatiikalla.

81. Fahlbeck 2016, s. 532.

82. Spaak 2016, s. 535.

tulee aineiston ja *de lege ferenda* -johtopäätöksen väliseen suhteeseen, Spaakin mukaan Fahlbeckin ongelmana on Humen giljotiini: faktoista tehdään päätelmiä siitä, miten asioiden tulisi olla.⁸³ Fahlbeckin yritys on hahmotelma ”puhdasta” tiedettä, jossa kerätystä aineistosta (empiria) voitaisiin tehdä päätelmiä tulevan lain sisällöstä (normi). Kuten Spaakin esille tuoma Humen giljotiini osoittaa, kerätty materiaali ja johtopäätökset ovat kuitenkin Sein/Sollen -jaottelun eri maailmoista.

Spaakin mukaan on myös vaikea kuvitella, että jokaista *de lege ferenda* -ongelmaa kohden olisi jokin empiirinen aineisto, josta päätelmiä voitaisiin tehdä. Jos empiirinen aineisto koostuu esimerkiksi asiantuntijahaastattelusta, kuten Fahlbeckin artikkelia innoittaneessa *Harry Salonahon* väitöskirjassa, eivätkö johtopäätökset kuvasta tällöin heidän normatiivisia näkemyksiään siitä, miten lainsäädäntöä tulisi muuttaa? Lopuksi Spaak toteaa, että jos Fahlbeckin kriteerejä pyrittäisiin todella noudattamaan loppuun asti, myös perinteinen oikeusdogmatiikka jouduttaisiin jättämään tieteen käsitteen ulkopuolelle. Spaakin mukaan Fahlbeckin ajattelua johtaa harhaan muun muassa se, ettei Fahlbeck pohdi, mihin metaettiseen teoriaan hän sitoutuu esittäessään kysymyksen, voivatko arvot olla tiedettä. Spaak palaa skandinaavisen realismin toiseen keskeiseen teoreetikoon *Axel Hägerströmiin*, joka vuonna 1911 totesi, että ”moralvetenskapen icke kan vara en lära i moral, utan blott en lära om moralen”.⁸⁴ Jos tieteen kriteerit asetetaan esimerkiksi arvonihilismistä käsin, tulisi sen tapahtua tietoisesti ja avoimesti. Kuten Spaak toteaa, arvonihilistinen lähestymistapa johtaa väistämättä siihen, ettei arvoja koskeva arvostelma voi koskaan olla osa loogisesti pätevää päättelyketjua. On kuitenkin muitakin metaeettisiä lähestymistapoja, eikä niistä vallitse yksimielisyyttä.⁸⁵

Viimeistään Fahlbeck–Spaak-väittelyä lukiessani ymmärsin, että *de lege ferenda* -tutkimus kertoo jotain oikeustieteen itseymmärryksen vaikeudesta ihmisten välisiin suhteisiin puuttuvan järjestelmän tutkimuksena, josta tutkija ei voi ulkoistaa itseään. Oikeustiede ei kuitenkaan ole yksin, vaan myös moni muu tiede pohtii ihmisen luomia normatiivisia järjestyksiä ja ihmisen osaa niiden tutkijana. Käytännöllisen filosofian professori *Sami Pihlström* pohti virkaanastujaisesityksessään vuonna 2007, onko etiikka tiede. Pihlström filosofina ei kuitenkaan näe ongelmaa siinä, etteikö moraaliarvostelma voisi olla tieteellinen:

Moraalisen keskustelun ja moraaliin sitoutumisen käytäntöjemme perusteellinen, (itse)kriittinen tarkastelu osoittaakin nähdäkseni varsin vakuuttavasti, että moraalin sitoutuminen on sitoutumista objektiiviseen totuuteen, olkoonkin, että tuo totuus itse voi olla jotakin käytäntöpitoista, tavoitteelliseen toimintaamme ankkuroitunutta,

83. Spaak 2016, s. 538.

84. Axel Hägerström, *Om moraliska föreställningars sanning*, teoksessa Martin Fries (red.), *Axel Hägerström, Socialfilosofiska uppsatser*. Bonniers 1939, s. 65, viitattu artikkelissa Spaak 2016, s. 540.

85. Spaak 2016, s. 541.

kuten Yhdysvalloissa syntyneessä pragmatismien perinteessä on 1800-luvun lopulta lähtien korostettu. Tämä ei kuitenkaan tee moraalista totuudesta sen vähempää objektiivista kuin tavanomaiset tieteelliset totuudet.⁸⁶

Kuten Pihlström tuo esille, myös itsensä jättäminen valinnan ulkopuolelle eli pelkkä vaihtoehtojen esittelemineen, on yhtä lailla moraalinen kannanotto – aivan kuin todella olisi niin, että tutkijan näkemyksen mukaan kaikki vaihtoehdot olisivat yhtä oikeita ja objektiivisesti tosia. Pihlströmin näkemyksen mukaan tällainen etiikan opettaminen, jossa arvositoumus subjektiivisena kannanottona jätetään subjektiivisen ja objektiivisen kahtiajaossa henkilökohtaisen alueelle ja siitä vaietaan ei-tieteellisenä, edustaa ”moraalin luonteen vaarallista väärinymmärtämistä”. Sitoutuminen moraaliseen periaatteeseen tai toimintaohjeeseen ei ole henkilökohtainen mieltymys tai subjektiivinen tuntemus vaan subjektin sitoutumista objektiivisesti oikeaan, toteaa Pihlström.⁸⁷ Feministisen filosofian ja naisoikeuden tradition näkökulmasta kysymys on lisäksi siitä, että neutraaliksi asetettu tiede perustuu ulossulkemisen logiikalle, jossa epätoivottu (moraaliseksi yksityisajatteluksi tai tunnereaktioksi leimattu) ajattelutapa sivuutetaan tieteellisyyden nimissä.

3.2. Oikeustieteen moraalinen ongelma

Oikeastaan mikään muu kysymys ei ole puhututtanut 1900-luvun loppupuolen oikeusfilosofiaa ja oikeusteoriaa yhtä paljon kuin modernin oikeuden suhde moraalisiin.⁸⁸ Onkin mielenkiintoista, että samaan aikaan, kun arvokeskustelulle on tilausta oikeusdogmatiikassa, saatetaan edelleen esittää argumentteja, että oikeustieteilijän *de lege ferenda* -tutkimusta tehdessään ei tulisi tieteen nimissä astua

86. Sami Pihlström, Onko etiikka tieteenä mahdollinen? Virkaanastujaisesityelmä 17.10.2007, Jyväskylän yliopisto. Saatavilla: <https://www.jyu.fi/ajankohtaista/arkisto/2007/10/tiedote-2009-09-11-01-57-09-709319/pihlstrom17.10.07.doc> (viitattu 19.11.2022).

87. Ibid. Pihlströmin ajattelu edustaa pragmatismia, ja väitöstutkimuksessani sidon feministisen oikeustieteen fenomenologis-eksistentiaaliseen traditioon. Filosofisina traditioina nämä eroavat merkittävästi toisistaan. Yhdyn kuitenkin Pihlströmin näkemykseen siitä, että pragmatismia ja fenomenologiaa yhdistää kiinnostus tieteen sekä inhimillisten arvojen ja merkitysten suhteeseen modernissa maailmassa, sekä kantilaisen kriittisen perinteen edelleen työstäminen. Pihlström 2021, s. 179–180.

88. Esimerkiksi Kaarlo Tuorin kriittinen oikeuspositivismi lienee viimeisiä suuria tarinoita oikeusjärjestyksen legitimaatiosta. Tuorin teoriassa keskeiset oikeudet ja arvot ovat sedimentoituneet osaksi pinnan alaista hitaammin muuttuvaa oikeuskulttuuria, mistä käsin ne sekä rajoittavat että legitimoivat modernia oikeutta. Tuori 2000, s. 234–236; Tuori 2007, s. 42. Esimerkiksi Ari Hirvosen oikeusfilosofia on postmodernimpaa teoretisointia etiikan mahdollisuudesta suurten totuuksien jälkeen. Ks. esim. Ari Hirvonen, *After the Law*, s. 192–238 teoksessa Ari Hirvonen (ed), *Polycentricity – The Multiple Scenes of Law*. Pluto Press 1998.

politiikan tai arvovalintojen puolelle. *Hannu Tolonen* katsoi jo vuonna 1997, että oikeuden periaatesuuntautuminen ja kansainvälistyminen ovat johtaneet siihen, että arvoihin ja oikeudenmukaisuuteen liittyvillä teorioilla on selvästi enenevää merkitystä.⁸⁹ Pidänkin mahdollisena, että nuoremmalle juristisukupolvelle arvotautuneiden periaatteiden ja oikeuksien maailma on niin itsestään selvä, ettei oikeuden ja moraalien välillä nähdä sellaista ristiriitaa, joka lamaannuttaisi tai rajaisi tutkijan itseymmärrystä oman tutkimuksensa mahdollisuuksista.

Yhtä lailla näkökulma, jonka mukaan lainoppi (*de lege lata*) olisi neutraalia lain tulkintaan keskittyvää tiedettä, on vanhentunut eikä vastaa nyky-ymmärryksen mukaista oikeudellisten lähteiden ja argumentaatiotapojen pluralismia. Käytän esimerkkinä tästä paradigman muutoksesta *H.L.A. Hartin* klassikkoesimerkkiä kieltolauseesta, joka kieltäisi ajoneuvot yleisessä puistossa.⁹⁰ Esimerkki on tuottanut huomattavan paljon, osin saivartelevaa, keskustelua,⁹¹ mutta Hartin alkuperäinen positivistinen positio oli, että jokaisella säännöllä on selvä ydinalue, jonka tulkinnassa ei vaadita teleologiaa saati oikeuden sekoittamista moraalisiin tai utilitaristisiin tulkinta-argumentteihin.⁹² *Lon L. Fullerin* vastakkaista tulkintänäkökulmaa edustava vastaus oli, että lain tulkinnallisen selvän ydinalueen hahmottaminen on itse asiassa seurausta siitä, että tulkitsija ymmärtää lainsäätäjän tarkoituksen.⁹³ Aulis Aarnio käyttää myös omassa laintulkintaa koskevassa tuotannossaan Hartin esimerkkiä ”kiperästä tulkintatilanteesta” kysyen muun muassa, kattaako kiellon tulkinta esimerkiksi moottorikäyttöiset invalidiajoneuvot. Aarnio toteaa Hartiin nojaten, että ”olemme tulleet kiellon ääreisalueelle, jossa syntyy epävarmuus siitä, miten asetettua kieltoa on luettava”.⁹⁴

89. Hannu Tolonen, *Oikeus ja sen tulkinnat*, s. 279–297 teoksessa Juha Häyhä (toim.), *Minun metodini*. WSLT 1997, s. 287.

90. H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*. *Harvard Law Review* 71(4) 1958, s. 593–629.

91. Ks. esim. Pierre Schlag, *No Vehicles in the Park*. *Seattle University Law Review* 23 1999, s. 381.

92. Hartin mukaan amerikkalaista oikeustiedettä vaivaa liiallinen keskittyminen rajatapauksiin (penumbra), vaikka osa tapauksista on selkeitä. Hartin mukaan moottorikäyttöinen auto on ns. standarditapaus, johon peilaten tuomari joutuu päättämään, miltä osin esimerkiksi polkupyörällä, rullaluistimilla, leikkiautoilla tai lentokoneilla on siihen nähden yhtäläisyyksiä ja epäyhtäläisyyksiä. Hart 1958, s. 607–615.

93. Fuller tuo esille, että juuri säännöksen tarkoitus (esimerkiksi puiston turvallisuus tai hiljaisuus) tuottaa ymmärryksen siitä, mitkä piirteet objektissa ovat ratkaisevia. Esimerkiksi sillä ei ole merkitystä, onko auto merkiltään Ford vai Cadillac, koska äänekäävät autot merkistä riippumatta eivät kuulu puistoon. Toisaalta teleologian kautta on mahdollista hahmottaa, että esimerkiksi toisen maailmansodan aikainen kuljetusauto voisi olla sallittu puiston keskellä muistomerkkinä siitä huolimatta, että siinä on toimintakuntoinen moottori ja se on ajoneuvo, koska sillä ei ole tarkoitus ajaa. Lon L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*. *Harvard Law Review* 71(4) 1958, s. 630–672, 663.

94. Aulis Aarnio, *Tulkinnan taito*. Ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta. WSOY 2006, s. 37–38.

Huomionarvoista on, että Hart–Fuller-debatti ei käsittele mitenkään liikuntavammaisten henkilöiden apuvälineitä vaan heidän käyttämänsä esimerkit ovat rullaluistimet, polku- ja kolmipyörä, lentokone, leikkiauto ja museoauto. Vuonna 2022 tuntuu oudolta, että Aarnio on voinut nostaa esiin esimerkin ”moottorikäyttöisen invalidiajoneuvon” sallittavuudesta puistossa ottamatta edes alaviitteessä esille sitä elettyä kokemusta, joka liittyy vammaisten ulossulkemiseen yhteiskunnasta. Tuo eletty kokemus on johtanut siihen, että nykyään on sekä kansainvälisoikeudellisia sopimuksia että kansallista syrjinnän kieltävää lainsäädäntöä, joiden valossa kiperästä tulkintatilanteesta puhuminen tuntuu absurdilta.⁹⁵ Toisaalta vaikka oikeus ei olisi inkorporoinutkaan näitä periaatteita itseensä, herää kysymys arvoista ja oikeuden täytäntöönpantavuudesta ja vastarinnasta: jos kieltä loukkaa ihmisarvoa, voidaanko ajatella, että sitä todella noudatettaisiin, vaikka emme keksisi yhtäkään juridista argumenttia sitä vastaan? Olisiko laki tältä osin oikeutta?⁹⁶ Ja jos sanamuodon mukainen tulkinta johtaisi tällaiseen kestävämpään tilanteeseen, eikö oikeustieteilijällä ole vastuu tuoda esille lakimuutoksen tarve *de lege ferenda*? Ei siksi, että sanamuoto on epäselvä vaan koska tulkinta olisi niin ilmeisessä ristiriidassa sen kanssa, mitä pidetään oikeudenmukaisena.⁹⁷

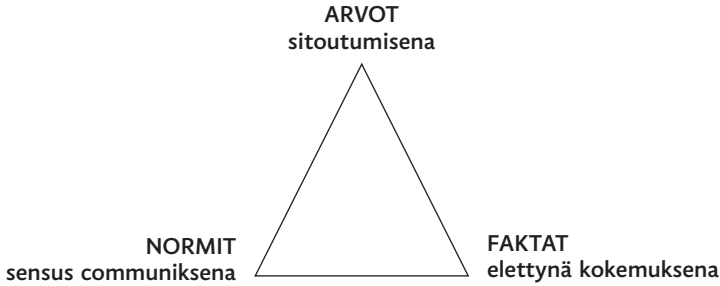
Hannu Tolonen on kuvannut oikeuden ”anatomiaa” normien, arvojen ja faktojen kolmiona, jonka kärkien suhteita ja ristiriitoja eri oikeustieteelliset suuntaukset ratkovat kukin eri tavoin.⁹⁸ Tolosen kolmio on havainnollinen feministisen oikeustieteen näkökulmasta, koska feministinen oikeustiede operoi sekä normien, arvojen että faktojen maailmassa. Väitöstutkimuksessani olen käsitteellistänyt normatiivisuutta hermeneuttisena *sensus communiksena*, arvoperustaa sitoutumisena toisen kohtaamiseen ihmetyksen ja rakkauden käsitteiden kautta sekä sukupuolta elettyinä kokemuksena, joka pyrkii ylittämään mielen ja ruumiin dikotomian. Feministisessä filosofiassa tapoja hahmottaa arjen ja normimaailman suhde on muitakin, mutta yhdistävää niille on sitoutuminen epäoikeudenmukaisuuden poistamiseen, eli arvojen toimiminen välittäjänä faktojen ja normin välillä.

95. YK:n Yleissopimus vammaisten henkilöiden oikeuksista ja valinnainen lisäpöytäkirja, SoPS 27/2016 (voimaan Suomessa 10.6.2016); yhdenvertaisuuslaki 1325/2014. Toki myös H.L.A. Hartin positivistisen laintulkinnan kautta on mahdollista päästä siihen johtopäätökseen, että tulkinnan ydinalueella (moottorikäyttöinen toimiva auto) ei ole merkittäviä yhtäläisyyksiä sähkökäyttöisen apuvälineen kanssa, mistä syystä kieltolause ei sovellu tapaukseen.

96. Kuuluisan Radbruch-säännön mukaan tuomarin on tuomittava säädettyä lakia vastaan ja materiaalsen oikeudenmukaisuuden puolesta, jos säädetty laki on sietämättömän epäoikeudenmukainen tai jos säädetty laki tietoisesti sivuuttaa oikeuden käsitteeseen sisältyvän kaikkien ihmisten yhdenvertaisuuden. Ks. Radbruch 2003.

97. Ajattelen, toisin kuin Ross, ettei oikeustieteilijä voi erottaa omaa oikeudentajuaan tavastaan harjoittaa tiedettä.

98. Tolonen 1997, s. 282.



Kuvio 1. Tolosen oikeuden anatomia sovellettuna feministiseen *de lege ferenda* -tutkimukseen.

Väitöstutkimuksessa tekemäni havainto on, että vaikka moni ongelma tulee ilmi lainsäädäntöä ja oikeuskäytäntöä tarkastelemalla, epäkohta, johon tulee puuttua *de lege ferenda*, ei hahmotu tyydyttävästi perinteisen sääntöjen tulkintaan keskittyvän *de lege lata* -tutkimuksen sivutuotteena. Lainopin ideaalit oikeusjärjestyksen koherenssista ja oikeudellisten aukkojen sulkemisesta ovat vain yksi *de lege ferenda* -tutkimuksen näkökulma. Ongelma voi ilmetä lain sanamuodon mukaisessa tulkinnassa, mutta usein havainnossa on myös mukana faktainen elementti (kokemus oikeudesta⁹⁹) sekä arvoelementti (arvostelma siitä, että kokemus oikeudesta on epäoikeudenmukainen). Seksuaalirikosoikeudessa faktuaalinen elementti on ollut esimerkiksi kokemus siitä, että rikos jää rankaisematta, koska uhri ei ole käyttäytynyt tilanteessa oikealla tavalla. Jokin on tällöin ilmiön oikeudellisessa sanoittamisessa epäonnistunut, mistä seuraa arvoarvostelma, että laki ei suojaa jokaisen itsemääräämisoikeutta. Moottorijoneuvoa koskevassa esimerkissä *de lege ferenda* -kannanoton varsinainen epäkohta ei nähdäkseen myöskään ole sanojen semanttinen sumeus vaan eletty kokemus, yhteiskunnan tietyistä toiminnoista ulossulkeminen, joka pitää ratkaista, jos sääntöä lähdetäisiin tulkitsemaan niin, ettei sähköpyörätuolilla voisi mennä yleiseen puistoon. Jos ihmisoikeusmyönteinen tulkintakaan ei riittäisi, johtaisi toisen kokemuksen kuulemiseen sitoutuminen lainsäädäntöehdotukseen *de lege ferenda*, jolla oikeustilaa pyrittäisiin muuttamaan.¹⁰⁰

Epäoikeudenmukaisuuden kokemuksesta kumpuavaan *de lege ferenda* -tutkimukseen on myös kohdistettu kritiikkiä. Ruotsissa emeritusprofessori *Lars Heuman* on kritisoinut kritiikkiin perustuvaa *de lege ferenda* -tutkimusta siitä, että sitoutuessaan tiettyyn kritiikkiin se ei punnitse tasapainoisella tavalla kaikkia

99. Oikeuden kokemuksesta oikeuslähdeopissa ks. Juha Karhu, Oikeudellinen kokemus oikeuslähteenä. *Lakimies* 7–8/2019, s. 1068–1075.

100. Suhtautuminen perus- ja ihmisoikeuksiin on muuttunut merkittävästi viimeisen parinkymmenen vuoden aikana, mitä kuvastaa hyvin Aarnion (2006, s. 311) esittämä argumentti, että perusoikeuksien asiallinen toteuttaminen on poliittisen järjestelmän, ei lainkäytön asia.

lakimuutoksen puolesta ja vastaan puhuvia argumentteja.¹⁰¹ Vaikuttaisi siltä, että Heumaninkin lähestymistapa perustuu ajatukseen *de lege ferenda* -tutkimuksen lainsäätäjää avustavasta tai simuloivasta roolista. Oikeustiede ei kuitenkaan ole sidottu samoihin argumentaatiotapoihin kuin lainsäätäjä eikä tutkimuksen tuloksen tarvitse olla sama kuin mihin lainsäätäjä olisi päätenyt. Vaikka hyväksyisi lainopin (*de lege lata*) tulkinnallisen erityistehtävän laintulkitsijan avustajana, ei sitä ole välttämätöntä soveltaa analogisesti *de lege ferenda* -tutkimukseen.

De lege ferenda -tutkimukseen soveltuvatkin sekä Jarkko Tontin että Hannah Arendtin ajatukset. Tontti korostaa oikeudellista tulkintaa itsekriittisenä dialektiikkana tradition kanssa, joka ei johda synteisiin vaan muuttaa sekä tulkittua että tulkitsijaa, kun taas Hannah Arendtin mukaan puhe on ihmisen ainutkertaisen ilmestymisen muoto, jonka seuraukset ovat ennalta arvaamattomat.¹⁰² *De lege ferenda* -tutkimus on oikeustieteilijän mahdollisuus ajatella ja tehdä tutkimusta suhteessa oikeuden traditioon, suhteessa toiseen ja suhteessa omiin sekä jaettuihin moraalikäsitteisiin, niin oikeuden sisäistämiin kuin sen ulkopuolisiin. En kuitenkaan näe mahdolliseksi sitä, että *de lege ferenda* -tutkija ulkoistaisi itsensä moraalisen piiristä vaan päinvastoin, *de lege ferenda* -tutkimus lähtee arvoihin ja sitoumuksiin perustuvasta oikeudellisesta epäkohtaa koskevasta havainnosta: jotain on vialla ja jos en lausu sitä ääneen, kuka sen sitten tekee?

4. Johtopäätökset

Olen tässä artikkelissa tuonut esille, että *de lege ferenda* -tutkimukseen on kohdistunut yllättävän vähän tieteellistä huomiota sen erityispiirteistä ja merkityksestä huolimatta. *De lege ferenda* -tutkimusta on pidetty lainopin lähitieteenä tai sen täydentäjänä. Usein lainopin ja *de lege ferenda* -tutkimuksen metodi on esitetty symmetrisesti siten, että ainoa ero on tulkinnan kohteen sijainti joko nykyisyydessä tai tulevaisuudessa. Siinä missä lainopin on ajateltu palvelevan tuomareita, *de lege ferenda* -tutkimuksen on ajateltu vastaavasti palvelevan lainsäätäjää eri sääntelyvaihtoehtojen punninnassa. Intressipoliittiset ja moraaliset kannanotot on pyritty erottamaan oikeustieteestä, mistä ääriesimerkkinä on tässä artikkelissa esitetty Alf Rossin arvonihilistinen oikeusrealismi. Toisaalta rationaalisuuteen tukeutuviissa malleissakin *de lege ferenda* -tutkimus on esitetty yhteiskunnan ohjaamiseen perustuvana tavoite-keino-punnintana, jossa tieteen etiikka on sitoutumista rationaalisen harkinnan sääntöihin. Artikkelin keskei-

101. Lars Heuman, Metodutvecklingen inom doktrinen. Juridisk Tidskrift 2020(1), s. 25–64.

102. Tontti 2002; Hannah Arendt, Vita activa: ihmisenä olemisen ehdot. Vastapaino 2021.

nen väite on, että aiemmat lähestymistavat eivät tavoita kaikkia *de lege ferenda* -tutkimuksen ulottuvuuksia.

Tässä artikkelissa *de lege ferenda* -tutkimusta on lähestytty feministisen oikeustieteen ja etiikan kautta. Eettinen vastuu toisesta on keskeinen feministinen lähtökohta. Oikeus nähdään tällöin ihmisiä palvelevana järjestelmänä, ihmisten sääntöinä, joiden epäoikeudenmukaisuuksiin tutkijalla on mahdollisuus ja myös velvollisuus puuttua. Epäoikeudenmukaisuus voi ilmetä positivistisesti ajatellen H.L.A. Hartin tulkinnallisilla raja-alueilla tai diskursiivisesti François Lyotardiin nojaten kyvyttömyytenä sanoittaa oikeudellisesti koettua vääryyttä. Etiikka ja tiede eivät sulje toisiaan pois, vaan päinvastoin juuri *de lege ferenda* -tutkimus mahdollistaa sen ajattelun, miten eettiset sitoumukset muuntuvat oikeuden säännöiksi ja oikeuden tieteeksi. Etiikkaa, oikeuden normatiivisuutta ja faktisiteettia ei kuitenkaan ole tässä ehdotettu samaistettaviksi, vaan eettinen sitoutuminen toimii välittäjänä faktan ja normin välillä tuottaen *de lege ferenda* -kannanottoja. *De lege ferenda* -tutkimuksen erottaminen selkeämmin lainopista palvelee oikeutta ja oikeustiedettä, kun lainoppi voi keskittyä omaan tehtäväänsä – koherenssin ja konsistenssin tuottamiseen oikeusvaltioperiaatteeseen sitoutuen –, kun taas *de lege ferenda* -tutkimus on mahdollisuus ajatella radikaalistikin uusia normatiivisia maailmoja tieteellisesti kunnianhimoisella tavalla.

Research de lege ferenda as a method and a discipline

MINNI LESKINEN, LL.D. in spe, University of Turku

The article discusses the method and theoretical framework of research de lege ferenda from a feminist legal philosophy point of view. Traditionally, research de lege ferenda (legal policy) has been distinguished from research de lege lata (legal dogmatics) by analogy. Whereas legal dogmatics has been understood as the interpretation and systematisation of laws and as assistance to adjudication, legal policy has been understood as the systematisation of how to regulate society in a desired way and as assistance to legislation. The author challenges the traditional point of view. Critical feminist research de lege ferenda is understood as a method of combining several sources stemming from law but also from the lived experience and other disciplines such as philosophy in order to comprehend the need for legal reform. Also the tradition of Scandinavian realism is briefly looked into in order to understand why legal policy has at least in history been excluded from legal scholarship as subjective and arbitrary, and how this problem has been solved by turning to moral nihilism and positivism. These views are challenged as well. The task of a researcher de lege ferenda who is committed to the point of view of the Other cannot be understood in terms of scientific positivism or social engineering but as the task of translating experienced injustice into recommendations de lege ferenda that are faithful to the ethical commitment of speaking out and combating injustice by legal reform. Ethical commitment and scientific value do not exclude each other, but are inseparable parts of doing research de lege ferenda in the 2020s.