

Mistä oikeustieteessä on kysymys?

I

Olen usein ajatellut, että on kummallista, ettei uusien opiskelijoiden kanssa heti johdantoluennoista lähtien tarkastella kysymystä siitä, mitä oikeudellinen kompetenssi oikeastaan on.¹ Mitä opitaan, kun opitaan oikeutta? Monella alalla vastaus kysymykseen on itsestään selvä. Lääkärit oppivat ihmiskehon osien toimintaa, tekemään diagnooseja kehossa ilmenneistä ongelmista, ja lopulta ratkaisemaan noita ongelmia. Biologi oppii luonnon toimintaperiaatteet ja käyttämään niitä hyväksi eri tavoin ihmisyyhteisöjen tavoitteiden toteuttamiseksi. Juristin kompetenssi ei ole samalla tavoin kuvattavissa. Juristi oppii tavan puhua ja kirjoittaa ihmisten välisistä suhteista voidakseen – niin mitä? Voidakseen esittää vaatimuksia, puolustaa oikeuksia ja pitää huolta siitä, että ihmisten väliset valtasuhteet voidaan kuvata oikeuden kielen edellyttämin tavoin laillisen auktoriteetin suhteiksi. Oppivathan lääkäri ja biologikin omat ammattikielensä, jolla asiantuntijat kuvaavat ihmiskehon ja luonnon toimintaa. Mutta tämän puheen tarkoituksena on vaikuttaa kielen ulkopuoliseen maailmaan. Sitä vastoin oikeustieteellisen puheen kohteena on – oikeustieteellinen puhe itsessään. Oikeudellinen kieli sekä kuvaa että luo oikeuden maailmaa. Lääketiede ja biologia eivät saa aikaan sitä, että ihmisellä on nuha tai että vilja kasvaa pellolla. Sitä vastoin, kun oikeus puhuu vaikkapa valtiosta tai omistamisesta, perinnönjaosta tai arvo-osuuksista, se puhuu tavasta, jolla oikeus itsessään saa aikaan sen, että joukko ihmisiä tietyllä alueella jäsentyy ”valtioksi”, tai tietty esine tulee ”omistamisen” kohteeksi. Oikeus tulkitsee jonkin tapahtumasarjan ”perinnönjaoksi” tai tietyn toiminnan ”arvo-osuuden siirroksi”.

Näiden yksinkertaisten esimerkkien tarkoituksena on osoittaa, että oikeudellinen kompetenssi on kielen maailmaan kuuluva ilmiö, sen saavuttaminen oppimista puhumaan tai kirjoittamaan – ja tämän seurauksena myös ajattelemaan – tietyllä tavalla. Tässä suhteessa oikeudellinen osaaminen on samanlaista

* *Martti Koskenniemi*, OTT, professori emeritus. Tämä essee perustuu Suomen tiedepalkinnon julkistamistilaisuudessa 1.6.2021 pidettyyn esitelmään.

1. Käytän tarkoituksella vierasperäistä termiä ”kompetenssi” korostaakseni oikeudellisen pätevyyden kielellistä luonnetta. Kuten tieteen termipankissa Noam Chomskyn kieliteoriaan viitaten todetaan: ”Kompetenssilla tarkoitetaan puhujan ja kuulijan sisäistämää tietoa kielestään. Puhuja tai kuulija ei ole selvillä tämän tiedon muodosta, mutta osaa käyttää sitä tuottaakseen oikeanmuotoisia virkkeitä ja kuulemiensa tai lukemiensa virkkeiden tulkitsemiseksi”.

kuin suomen tai ruotsin kielen osaaminen. Niihin kaikkiin sisältyy valtava määrä sanoja ja sanojen välisiä säännönmukaisia suhteita, joita jäsennetään kieliopiksi. Opimme oikeuden kieltä vähän niin kuin opimme suomen ja ruotsin kieltä – ensin ehkäpä yksittäisiä sanoja, sitten tapoja yhdistää näitä sanoja, joukon vahvoja idiomeja ja lopulta tavan muodostaa lauseita, jotka muut kielenpuhujat tunnistavat suomeksi, ruotsiksi tai – juridiikaksi. Varsinkin oppimisen alkuvaiheessa teemme virheitä, jotka kielenpuhujat välittömästi tunnistavat sellaisiksi. Mutta kieltä käytettäessä kompetenssimme tulee yhä vankemmaksi, sanavarasto laajenee, kykenemme muodostamaan yhä monimukaisempia lauseita, joilla voimme reagoida uusiin ja yllättäviinkin tilanteisiin. Lopulta meitä ei enää erota natiivista kielenpuhujasta mikään. Olemme saavuttaneet juristin pätevyyden.

Mutta juridiikan kielessä on monta alalajia, murretta, eikä pelkällä yleiskielellä pärjää käytännössä pitkään. Pitää oppia eri erityisalojen kieli, jotta voi puhua auktoritatiivisesti myös niiden alojen asioista. Osa näistä kielistä opitaan yliopistolla, suurempi osa käytännössä, lukemalla, puhumalla, kirjoittamalla. Tiettyyn oikeuden alaan erikoistunut kielenpuhija tunnistaa pikaisesti ympäristöstään ne, jotka ovat alan harrastajia ja jotka käyttävät alan sanastoa kömpelösti tai liittävätkin siihen kuulumattomia sanoja. ”Oikean” suomen tai ruotsin kielen arvioimiseen ei ole muuta tapaa kuin tarkastella sitä, miten suomalaiset ja ruotsalaiset puhuvat. Samalla tavoin myös oikeudessa ainoa tapa päättää, onko jokin lause ”oikeaa” oikeutta, on selvittää, hyväksyvätkö pätevät juristit sen sellaiseksi. On totta, että usein juristit ovat näistä asioista eri mieltä – riitelevähän suomalaiset ja ruotsalaisetkin omissa joukoissaan usein siitä, mikä on hyvää ja asianmukaista suomea tai ruotsia. Enkä nyt tarkoita sitä, onko lause tosi vai epätosi – esimerkiksi onko sellainen oikeus voimassa, jonka puhuja väittää olevan voimassa. Pätevän oikeustieteellisen puheen kriteerinä kun ei ole se merkityssisältö, joka puhutuilla lauseilla on. Oikeudenkäynnissä kummankin puolen asianajajat voivat olla yhtä päteviä, vaikka he tulkitsevat oikeuden kieltä ja siis kuvaavat oikeusnormien sisällön ja siitä tehtävän johtopäätöksen aivan eri tavoin. He ovat silti päteviä juristeja – toisin kuin sukulaismies, joka kahvilassa koettaa perustella sitä, miksi se on niin väärin, että naapuri sai kolaroinnista vain lievät sakot. Abstraktit ilmaukset ”oikein” ja ”väärin” eivät ole pätevää oikeuden kieltä – vaikka ne voivat hyvinkin olla asianmukaisia moraalisia arvostelmia. Lause ”tämä kuuluu minulle, koska minä kykenen sen ottamaan” on pätevää suomen kieltä, mutta ei pätevää oikeuden kieltä – toisin kuin lause, ”tämä kuuluu minulle, koska ostin sen”.

Oikeuden kieli kuvaa sitä mitä ”oikeus” on. Samalla se kuitenkin myös luo oikeutta ja ennen kaikkea tämän kautta jäsentää auktoritatiivisesti ihmisten välisiä valtasuhteita. Tässä suhteessa se on samanlainen kuin muut ihmistieteet. Myös yhteiskuntatiede, sosiologia, valtio-oppi, historia ja niin edelleen luovat maailmaa samalla kun ne kuvaavat sitä: esimerkiksi termit ”yhteisö”, ”yhteiskuntaluokka”, ”hallitus” tai ”kylmä sota” ovat osa sitä sanastoa, jolla me modernit ihmiset olemme tottuneet jäsentämään yhteiselämäämme. Ne tulkitsevat maa-

ilman moninaisuutta ja antavat perusteen ajatella ja toimia maailmassa tietyn tavoin. Myös taloustiede tarjoaa teknisen sanaston ja kieliopin, jonka avulla arvotamme ympäristöä ja suunnittelemme sitä, miten ihmisten välisiä suhteita tulisi hallinnoida. Keskustelu siitä, onko ”bruttokansantuote” pätevää yhteisön elämän kuvausta vai pitäisikö se korvata jollain ”hyvän elämän” mittarilla, on samanaikaisesti puhetta siitä, millainen maailman pitäisi olla.

Oikeuskin jäsentää ja tulkitsee, sanalla sanoen kehystää maailmaa. Sen erityspiirteenä on voimakas yhteys pakkovaltaan. Juridiikan lauseet eivät tähtää vain tiettyjen olosuhteiden kuvaamiseen, vaan ne myös väittävät, että tietyllä tavoin pitääkin olla, ja usein – vaikka ei mitenkään aina – liittävät tuohon ”pitämiseen” ajatuksen siitä, että ainakin joissain tilanteissa se voidaan myös pakolla saada aikaan. Oikeus myös perustaa nuo pakkovaltaa käyttävät instituutiot. Tässä on mafian kokous, tuossa kaupunginhallitus. Tämä on varkautta, tuo veronkantoa. Oikeus määrittää perustamiensa instituutioiden toimivallan ja asettaa nämä tiettyyn hierarkkiseen asemaan toisiinsa sekä ihmisyksilöihin nähden. Oikeuden kielessä onkin kysymys yhteiskunnallisesta vallasta kahdella tasolla. Ensinnäkin on se, mitä voidaan sanoa ”kehystämisvallaksi”: oikeuden kieli kehystää, tulkitsee ja samalla tuottaa maailmaa auktoritatiivisella tavalla. Tämä on valtio – tuo on provinssi; tämä on presidentti – tuo on toimitusjohtaja; tämä on tuomioistuin – tuo on puoluekokous; tämä on sopimus – tuo on romaani. Oikeuden kieli antaa ihmisten välisille suhteille tietyn kuvauksen, värittää ne osaksi laajempaa – oikeudellista – maailmankuvaa. Mutta toisin kuin kirjallisuus tai yhteiskuntatiede, oikeuden kieli kääntää nuo suhteet ihmisille kuuluviksi oikeuksiksi ja velvollisuuksiksi, joiden täytäntöönpanoa voi periaatteessa vaatia sellaisilta tahoilta, joiden oikeus tulkitsee edustavan julkista valtaa. Oikeus on autopoieettinen systeemi – se määrittää itse oman pätevyytensä kriteerit. Ja tuon pätevyyden kriteerinä on yksinkertaisesti se, pitävätkö pätevät oikeudellisen kielen puhujat lausetta pätevä.²

Oikeuden kehystämisvalta on hyvin tärkeä. Se tuottaa suuren – ehkäpä suurimman – osan ”systeemiksi” kokemastamme yhteisöllisestä maailmasta, vastakohtana sille, jota on ollut tavallista kutsua arkiseksi elämismaailmaksi.³ Nykyisin systeemin kokemiseen oikeudeksi ei yleensä sisälly moraalista tai poliittista arvostelmaa. Jonkin oikeussuhteen kuvaaminen vaikkapa epätasa-arvoiseksi on puhua siitä politiikan termein. Tämä voikin olla poliittisesti uskottava kuvaus, mutta se ei (yleensä) muuta kohteen oikeudellista luonnetta. Oikeutta voidaan

2. Ajatus oikeudesta autonomisena järjestelmänä on tavattu yhdistää Hans Kelsenin puhtaaseen oikeusoppiin sekä Niklas Luhmannin ja Gunther Teubnerin edustamaan systeemiteoriaan. Olen itse hahmottanut vastaanlaista, kielelliseen maailmaan palautettavaa systeeminyhteyttä väitöskirjassani *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*. 1989/2005.
3. Systeemin ja elämismaailman erottaminen on tavattu liittää Jürgen Habermasin teorioihin. Ks. *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 2: Kritik der funktionalistischen Vernunft. 1981/1995, s. 169–292.

hyvin pitää ”oikeana” tai ”vääränä”, katsojasta riippuen. Arkikielessä käytämme usein näitä ilmaisuja. Kuten edempänä tulee esiin, myös pätevään oikeuden kieleen sisällytetään toisinaan uskonnon, moraalin tai politiikan kielistä poimittuja ilmauksia. Varsinkin joissain oikeustieteeseen kuuluvissa idiomeissa esitetään, että päteviin juridiikan lauseisiin voidaan sisällyttää myös sellaisia termejä kuin ”oikeudenmukainen” tai ”hyvä”. Termit ”kohtuullinen” tai ”hyvä usko” ovat myös oikeuden käytäntöön vakiintuneita lainasanoja, jotka ovat siihen tulleet sen prosessin kautta, jota *Max Weberiä* seuraten on totuttu kutsumaan modernin oikeuden deformaatioksi.⁴ Vaikka juridiikan puristit usein torjuvat lainaamisen muista idiomeista, on lainaaminen myös taloudesta ja luonnontieteestä kuitenkin tavallista. Myös tätä lainaamista, sen etuja ja haittoja koskeva puhe kuuluu osaksi oikeudellista, varsinkin oikeustieteen kieltä. Tuomioistuimissa lainaaminen moraalin tai politiikan kielimaailmoista suhtaudutaan usein kriittisesti – vaatii oman asiakkaan vapauttamista lain määräämästä rangaistuksesta, koska tämä olisi ”oikeudenmukaista” on ikään kuin sijoittaisi suomalaisen lauseeseen arabiankielisen sanan. Se ei tule ymmärretyksi – se ei saa merkitystä – siinä maailmassa, jossa edellytetään pätevää tuomioistuinpuhetta. Hyvä sydän ei ole osa juridista kompetenssia sen paremmin kuin suomen kielen osaamistakaan.

Kehystämävallan ohella oikeuden kielessä on myös kysymys siitä, mitä voisi kutsua vaikkapa ”artikulaatiovallaksi”.⁵ Oikeuden kielessä pätevoityneellä on valta määrittää oikeuden totuus tavalla, joka saa muut taipumaan siihen. Juristi sanoo, mikä on oikeudellisesti totta, ja kuulijan on tämä tämän normaalisti hyväksyttävä. On ”totta”, että punaisella valolla tulee pysähtyä. On ”totta”, että arvo-osuuden haltija voi myös määrätä sen käytöstä, on ”totta”, että kahdensadan henkilön Arkadianmäellä hyväksymä teksti on ”laki”, mitä pitää noudattaa. Pätevä juristi artikuloi jonkin asiantilan oikeudellisesti totena; kuvaus vahvistaa sekä sen kohteena olevan valtasuhteen että juristin auktoriteetin kuulijaa kohtaan. *Michel Foucault*’n teesi ”totuus on valtaa” toteutuu konkreettisimmillaan juuri oikeuden puheessa.⁶ Juristit uusintavat jatkuvasti ihmisten välisiä valtasuhteita artikuloimalla ne juridisiksi suhteiksi, jotka sitten luokitellaan eri tavoin, esimerkiksi siviilioikeudellisiksi, eurooppaoikeudellisiksi tai ympäristöoikeudellisiksi. Näin vahvistetaan tietyn tyyppisen puheen ja sitä vastaavan asiantuntijuuden auktoriteetti siihen alaan kuuluvissa kysymyksissä. Mikä on se oikeudellinen artikulaatio, joka kuuluu jollekin asiantilalle, on monesti päteville juristeille itsestään selvää. Toisinaan siitä kuitenkin vallitsee jonkinasteinen erimielisyys; juristien tehtävänä on myös usein kyseenalaistaa toistensa tuottamat

4. Max Weber, *On Law in Economy and Society*. Max Rheinstein toim. 1954, s. 301–321.

5. David Kennedy, *A World of Struggle. How Power, Law and Expertise Shape Global Political Economy*. 2016, s. 135–167.

6. Ks. esim. Michel Foucault, *Power/Knowledge. Selected Interviews and Other Writings 1972–1977*. Colin Gordon toim. 1980.

artikulaatiot. Totena pidettävän artikulaation aikaansaaminen siirretään hierarkisesti ylempiasteisen juristin, esimerkiksi tuomarin ratkaistavaksi. ”Tätä kaikki osapuolet noudattakoon”.

Oikeudessa on kaksin tavoin kysymys vallankäytöstä. Maailmankuvan näkökulmasta oikeus kehystää ihmisten välisiä suhteita auktoriteettisuhteiksi: ”valtio”, ”hallitus”, ”poliisi”, ”omistaja”, ”kauppa”. Nämä kielikuvat luovat institutionaalisia hierarkioita, jotka muodostavat suuren osan maailmasta, jossa me ihmiset elämme ”systemin” osina – ”kansalaisina”, ”veronmaksajina”, ”vuokralaisina”, ”sopimuspuolina” jne. Samalla oikeus antaa juristille vallan kuvata – artikuloida – yksittäinen ihmissuhde hierarkkiseen muotoon: jollakin on ”velvollisuus” toista kohtaan, toisella puolestaan ”oikeus”, jota muiden tulee kunnioittaa. Näissä tilanteissa ei siis ole kysymys vain siitä, että oikeudella edistetään intressejä tai arvoja, että se olisi – kuten on tapana sanoa – väline ulkopuolisten tavoitteiden saavuttamiseksi. Kyseessä on oikeuden kielelle itsessään kuuluva valta. Kun juristit sitten keskustelevat siitä, mikä on pätevä tapa kehystää elämismaailmaa oikeudellisten suhteiden maailmaksi, tai kun he riitelevät siitä, mikä kuvaus tietyille ihmissuhteelle tulee antaa – onko kyseessä tämä tai tuo oikeus? Onko tuolla velvollisuus? – he käyttävät merkittävää valtaa. Tuo valta ei kuitenkaan ole ensi sijassa instrumentaalista, oikeuden ulkopuolisen intressin pönkittämiseen tähtäävää valtaa. Se nousee juridiikasta itsestään ja tunkeutuu kaikkeen elämismaailmaan – talouteen, luontoon, työhön, perheeseen ja niin edelleen. Tämä oikeuden oma vallankäyttö rakentuu kyllä historiallisesti kasvaneille valtasuhteille, mutta uusintaa niitä tavalla, joka sitoo niin hierarkiassa ylemmällä kuin alemmallakin asteella olevia toimijoita. Emme useinkaan havaitse tätä, koska kehystämismäiseltä operoi intressikamppailun taustalla, jakamalla neuvotteluvoimaa, delegoimalla statuksia, asettamalla markkinoille pääsyn ehdot ja usein yksinkertaisesti sallimalla sen, mitä se ei kiellä. Se on työnsä tehnyt jo ennen kuin etuja koskeva kamppailu alkaa, määrittämällä sen, mikä ylipäätään voi kuulua ”etuna” millekin taholle.⁷

Oikeustieteessä on siis kysymys samanaikaisesti sekä kielen että vallan analyysistä. Kysyä ”miten pätevä oikeudellinen kieli muodostuu”, on hakea vastausta siihen, miten ihmisten väliset valtasuhteet on järjestetty. Haluttaessa ymmärtää tapaa, jolla materiaalisia ja henkisiä resursseja jossain yhteisössä jaetaan, on syytä kysyä, mitkä ovat siinä pätevän juridisen kielen elementtejä ja millä tavoin nuo elementit sidotaan toisiinsa kokonaisiksi lauseiksi, kertomuksiksi, maailmankuviksi. Mitä tuosta maailmankuvasta seuraa tämän tai tuon henkilöiden välisen suhteen kannalta? Yhteiskunnan valtarakennetta ja toimintaa tutkivat tietenkin myös muut yhteiskuntatieteet, taloustiede ja historia. Monesti jää kuitenkin huomaamatta, että niiden tuottamat kuvaukset yleensä ottavat annettuna ja kritiikittä

7. Ks. esim. Duncan Kennedy, *The Stakes of Law, of Hale and Foucault*, teoksessa *Sexy Dressing etc. Essays on the Power and Politics of Cultural Identity*. 1993, s. 83–125.

oikeuden jo edeltä käsin tuottaman maailman. Kun poliittinen historia puhuu ”valtioiden” välisten suhteiden kehityksestä tai taloustiede tarkastelee tavaroiden ja palvelusten hinnan muodostusta ”markkinoilla”, on kumpikin astunut syvälle julkisoikeuden ja yksityisoikeuden tuottamaan maailmaan. Yhteiskuntatieteet ovat monessa suhteessa riippuvaisia siitä, miten oikeustiede käyttää keskeisiä termejään. Tätä on syytä korostaa varsinkin sen vuoksi, että noiden termien merkitys on oikeudellisessa tekstimaailmassa muuttunut usein ja runsaasti – kun ne taas tulevat usein lainatuiksi ikään kuin niiden merkityssisältö olisi itsestään selvä ja ongelmaton. Yksi tieteidenvälisyyden pyrkimyksen ongelmista onkin juuri se, että lainaukset ovat yksinkertaistuksia. Lainataan käsite, mutta ei sitä koskevaa laajempaa keskustelua.

II

Mutta onko oikeustiede ylipäättään tiedettä? Historiallisesti tästä ei ole epäselvyyttä. Keskiaikainen yliopisto koostui neljästä tiedekunnasta, kahdelle tasolle järjestykseen asetettuina. Alemmalta löytyi filosofinen tiedekunta, ylempältä teologian, lääketieteen ja juridiikan tiedekunnat. Nämä olivat ”ylempiä”, koska niiden tarkoituksena oli vaikuttaa ihmiseen henkisenä ja ruumiillisena olentona (teologia ja lääketiede). Oikeustieteen tehtävänä oli tuottaa vaikutuksensa ihmiseen poliittisen yhteisön jäsenenä. Oikeustiede – niin ajateltiin aristoteelisessa maailmassa – oli poliittisen yhteisön tiedettä, poliittisessa yhteisössä voimassa olevien sääntöjen tiedettä. Tulkitessaan niitä oikeustieteen ajateltiin auttavan yhteisöä löytämään tiensä oikeudenmukaisuuteen. Teleologisen, päämäärään tähtäävän tiedekäsityksen mukaan oikeus ei ollut vain sääntöjen tekniikkaa, vaan sääntöjen toiselle puolelle tähtäävää pyrkimystä yhteisön hyvän elämän toteuttamiseen. Siksi siihen kuului runsaasti uskonnollisia ja moraalisia idiomeja. Oikeutta hahmotellaan teleologisesti nykyisinkin, mutta päämääräpuhe kohdistuu pikemmin yhteisöllisiksi ajateltuja preferenssejä tai preferenssien ristiriidoista kumpuavaa kustannus-hyöty-ajattelua silmällä pitäen.

Aristoteleen tekstit saatiin käännettyksi latinaksi 1100-luvulla, jolloin kristilliset intellektuellit alkoivat tutkia ja soveltaa niitä ympäröivään maailmaan. *Tuomas Akvinolainen* yhdisti nämä kirjoitukset roomalaisen oikeuden terminologiaan pyrkien tarjoamaan kristityille ruhtinaille hyvää hallitusvaltaa koskevan kieliopin. Tuomaksen *Summa theologiae* -teos (erityisesti ns *prima* ja *secunda secundae* -osiot) sekä fragmentti *De regimine principum* tarjosivat mahdollisuuden kuvata ihmisten muodostamat yhteisöt poliittisina yhteisöinä – ”systeemeinä” – ja antaa niille hyvään ja viime kädessä ikuiseen elämään tähtäävät toimintaoh-

jeet.⁸ Koska näin pönkitettiin katolisessa maailmassa vallalla ollutta syntien tunnustamiseen perustuvaa kirkollista valtaa, protestanttiset juristit alkoivat kehittää oikeudellista kieltä, johon ei sisältyisi uskonnollisia termejä, vaan joka tuottaisi poliittista auktoriteettia yhä vahvemmalta vaikuttavan luonnontieteellisen kielen avulla. Saksalaisen *Samuel Pufendorfin* massiivinen luonnonoikeusoppi vuodelta 1672 rakensi oikeudesta tieteellisen järjestelmän hahmottamalla sen osat ”moraalisina entiteetteinä” analogisiksi luonnontieteen ”fyysisten entiteettien” kanssa lukien näiksi esimerkiksi valtiollisen ”suvereenisuuden” sekä yksilölle kuuluvan ”omistamisen”. Niiden rakennetta ja ominaisuuksia voitiin kuvata samalla tavoin kuin luonnossa esiintyvien partikkeleiden. Näin myös ihmisluonto kyettiin kuvaamaan mekanismina, jonka kolme osaa – itsekkyyks, avuttomuus ja järki – liittyivät toisiinsa eräänlaisen algoritmin tavoin: itsekkäiden, mutta yksinään haavoittuvien olentojen oli järkevää liittyä yhteen.⁹ Tai *kuten Adam Smith* ilmaisi saman asian sata vuotta myöhemmin: ”Emme ajattele, että teurastaja, leipuri tai oluenpanija hyväntahtoisuudestaan tuottavat jokapäiväisen ruokamme, vaan pyrkien omien etujensa edistämiseen”.¹⁰ Omistusoikeus ja valtiollinen suvereenisuus johdettiin tästä tieteellisinä – geometrisina – totuuksina. Omistamisen avulla itsekkäiden yksilöiden yhteisö kykeni elämään hyvin. Suvereeni valtio tuotti turvaa ja onnellisuutta. Poliittinen yhteisö muodostui oikeuden – näihin aikoihin siis luonnonoikeuden – käsitteille.

Yhteiskunnallisten suhteiden pukeminen luonnontieteelliseen tai luonnontiedettä matkivaan kieleen takasi sen autonomian uskonnon ja politiikankin kielestä ja näytti antavan sen lauseille vahvan totuusarvon, joka sopi varsinkin absolutismin ajan hallinnollisiin pyrkimyksiin. Niinpä siitä tuli saksalaisissa yliopistoissa 1700-luvulla harjoitetun oikeus- ja muun yhteiskunta- ja valtiotieteen perusta.¹¹ Perustaa kuitenkin murensivat valistusajalla syvenevä kritiikki suvereenin ruhtinaan valtopyrkimyksiä kohtaan sekä niihin liittyvät yhä monimutkaisemmiksi rakentuvat taloudellisen vaihdannan suhteet kansalaisyhteiskunnan eri toimijoiden välillä. Missä lopultakin ovat ruhtinaan vallan rajat? Mikä oli valtiovallan ja omistamisen välinen suhde? Tavaroiden ja palvelusten luonnollisen hinnan määrittäminen osoittautui mahdottomaksi: hintojen ja rahan arvon vaihtelua ei saatu kuvatuksi luonnonlain muotoon. On ollut tapana liittää englantilaisen *David Humen* nimeen ajatus siitä, että tosiasioista ei voi johtaa arvoja – että olemisen ja pitämisen kielipeleillä on kummallakin omat sääntönsä. Juristit kuitenkin hakivat oikeudelle rajaa kumpaankin suuntaan. Luonto pärjäsi hyvin ilman siihen kohdistuvaa oikeudellista kuvausta, eikä mitä

8. Thomas Aquinas, *Political Writings*. R.W. Dyson toim. 2002.

9. Samuel Pufendorf, *De jure naturae et gentium, libri octo*, transl. as *On the Law of Nature and Nations*. Eight Books. 2 vols. W. Oldfather käänn. 1934, I, 1 § 12.

10. Adam Smith, *The Wealth of Nations*. 2 vols. Andrew Skinner toim. 1776/1989 I II, s. 119.

11. Ks esim. Olaf Asbach, *Staat und Politik zwischen Absolutismus und Aufklärung*. Hildesheim, Olms 2005.

tahansa käskyä tai toivetta voinut automaattisesti kääntää juridiikan kielelle. Sen tuli pikemmin jollain tavoin ilmentää ihmisyhteisöissä ilmeneviä pyrkimyksiä, jotka liittyivät toisaalta yhteisöllisten hierarkioiden ylläpitämiseen, toisaalta yksilöautonomian tukemiseen. *Montesquieu*, Adam Smith, *Friedrich Karl Savigny*... eurooppalaisissa teksteissä oikeus alettiin kuvata yhä useammin historiallisena ilmiönä, osana sitä prosessia, jonka kautta kukin yhteisö on saanut omat erityispiirteensä: *Esprit des lois*; stages-history, *Völkergeist*. Oikeustiede ei ollutkaan luonnontiedettä, vaan ihmishengen toiminnan tiedettä. Sen lauseissa ei ollut kysymys kausaalisuudesta – kuten *Immanuel Kant* toi esiin, tähän olisi vienyt ihmisen erityislaatuun kuuluvan vapauden.¹² Sen lauseet tulksivat maailmaa. Ajatus yhteisöille luonnollisesti kuuluvista säännöistä siirtyi juristien käsistä sosiologeille, antropologeille, ja ennen kaikkea ekonomisteille. Näillä aloilla tuotetut totuudet puettiin ja puetaan yhä usein olemisen ja kausaliteetin kieleen, välttämättömyyden politiikaksi.

Yhteisymmärrys siitä, ettei oikeuden kieli ollut luonnossa esiintyvien ilmiöiden kuvaamista vaan ihmisyhteisöissä muodostuvien pyrkimysten kehystämistä ja artikulaatiota ei tietenkään lopettanut pohdintaa siitä, ”mitä oikeus on”. 1800-luvun puolivälistä lähtien on käyty tiivistä keskustelua siitä, mihin yhteisön ilmiöön oikeuden lauseet voidaan palauttaa, miten niiden ”totuus” voidaan todentaa. Viittaus historiaan on oikean suuntainen, mutta epäselvä. Eihän sitä paitsi tarkoitus voi olla tehdä historioitsijoista jonkinlaisia oikeuden ylituomareita. Pitkään ajateltiin, että oikeus ilmentää ja artikuloi jonkinlaista tahtomisen maailmaan kuuluvaa asiaa. Jos ”kansan tahto” onkin liian ylimalkainen ja sen sisältä vaikeasti todennettavissa, korvatkoon sen ajatus lainsäädännöstä – siis lainsäätäjän tahdosta – oikeuden totuuden tuottajana. Sopimuksen sisältö on sopijapuolten tahto. Toisaalta – kuka tietää, mitä oikeus lainsäätäjät tai sopimuspuolet ovat *oikeasti* tahtoneet, näillä kun voi olla monenlaisia motiiveja, joiden selvittämiseen tarvittaisiin vuosikymmenten psykoanalyysejä. Juristille ”tahtokin” on viime kädessä kirjallisen ilmaisun asia – mitä laki tai sen perustelut sanovat, mitä sopimuksessa seiso?¹³

Kriittisessä lainopissa on tullut tavaksi puhua oikeuden kolmesta globalisaatiosta.¹⁴ Saksalaiseen lainoppiin pohjautuva, tahdonilmaisun laissa tai sopimuksessa saamaa ilmaisua korostava formalistinen lähestymistapa yleistyi 1800-luvulla Euroopassa ja muualla. Vuosisadan lopulta lähtien tämän vastapainoksi kehittyi varsinkin ranskalaisessa oikeusopissa kasvanut sosiologinen suuntaus; teollistuneessa ja sosiaalisesti eriytyneessä yhteiskunnassa ei ollut helppo

12. Ks esim. Immanuel Kant, *Critique of Pure Reason*. Vasilis Politis toim. 1993. A531/B559-A558/B586, s. 376–390.

13. Tästä ns. skandinaavisen realismin perusteeseihin kuuluvasta argumentista, ks. esim Karl Olivecrona, *Rättsordningen. Ideer och fakta*. 1966.

14. Duncan Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought*, teoksessa David M. Trubek – Alvaro Santos, *The New Law and Economic Development*. 2006, s. 19–73.

hahmottaa formaaleihin sääntöihin puettavaa homogeenista ”tahtoa”. Työ- ja sosiaalioikeuden piti myös suojata haavoittuneimmassa asemassa olevia; ideaalista kaukana olevilla markkinoilla sopimuksia tuli voida kohtuullistaa. Oikeus deformalisoitui yleislausekkeiden, periaatteiden ja yhteiskunnallisia päämääriä korostavan argumentaation yleistyessä. Kolmannessa vaiheessa, 20. vuosisadan puolivälistä lähtien on yhä laajemmalle levinnyt angloamerikkalainen tapa yhdistää toisiinsa formalistinen ja politiikka-analyysi korostaen eri oikeudenalojen erityispiirteitä. Tänäpäin formalismin keskiössä on ihmisoikeuksien kielipeli, jonka rinnalla toimii monenlaisia yhteiskunnallisia tavoitteita edustava teknisen managerismin kielipeli. Yhtenäisen oikeuspuheen on korvannut juridiikan idiomien eriytyminen, erikoistuminen ja teknistyminen.¹⁵

III

Kun halutaan tietää, mistä oikeustieteessä on kysymys, pitäisi saada selville, onko olemassa juridiikan kielitiedettä, menetelmää, joka selvittäisi millä tavoin pätevä oikeudellinen puhe ja kirjoitus tuotetaan. Tämä voitaisiin sitten purkaa eräänlaiseksi juridiikan kieliopiksi, joka kuvaisi niitä sääntöjä, joiden pohjalta juristit tulkitsevat ja kehystävät maailmaa ”todeksi” koetulla tavalla. Näin voitaisiin myös ymmärtää, miksi juridinen artikulaatio saa sen kohteena olevan henkilön tai muun tahon hyväksymään sen sisältävän merkityksen tai toimenpiteen tai ainakin alistumaan siihen. Usein ajatellaan, että oikeustieteen lauseet tai normiväittämät pitää todistaa vertaamalla niitä johonkin tekstiin – tyypillisesti lakitekstiin. Tekstit ovatkin tärkeitä. Mutta ne vaativat tulkintaa. Tulkintaa taas ei voi todistaa vertaamalla sitä itse tekstiin – tähän edellyttäisi, että saisimme tekstin sisällön selville ilman tulkintaa – verrataksimme sitä tähän tulkintaan. Mutta tällöinhän tulkintaa ei tarvittaisi! Jokainen tekstiä koskeva väite on siis jo valmiiksi tulkintaa tai kehystystä. Siinä luodaan jokin merkitys, ei tuoda esiin maailmassa jo valmiiksi olemassa olevaa merkitystä.

Lakitekstejä tarkastelevaa oikeustiedettä on usein pidetty konservatiivisena formalismina. On haluttu tavoittaa yhteiskunnan ilmiöt suoremmin, ilman monitulkintaisten tekstien väliintuloa. Vaan mikä olisi kohteeksi sopiva ilmiö? Olisiko se tuomarien tai muiden lainsoveltajien toiminta? Vai jokin kansalaismielipide? Voitaisiinko oikeusteen lauseet todentaa vertaamalla niitä johonkin

15. Olen kuvannut tätä monessa yhteydessä. Ks. esimerkiksi Martti Koskenniemi, *Enchanted by the Tools? An Enlightenment Perspective*. Twenty-First Annual Grotius Lecture, American Society of International Law. *American University International Law Review* 35(3) 2020, s. 397–426.

käyttäytymiseen? Nämä ajatukset perustuvat tuohon vanhaan luonnonlain malliin. Oletetaan, että jossain juridiikan ulkopuolella on olemassa maailma, joihin vertaamalla juridiikan lauseet voidaan todistaa tosiksi. Oikeuden kielioppi olisi semantiikkaa, juridisten lauseiden ulkojuridisen merkityksen oppia. Mikäli oikeus kuitenkin kehystämällä tuottaa sen maailman, jota se on kuvaavinaan, ei tuo merkitys löydykään juridiikan ulkopuolelta, kehystämisestä puhtaaksi kuvitelluista faktoista, arvoista tai intresseistä. Oikeus ei ole luonnontiedettä, vaan ihmistiedettä. Sen kohteena ei ole maailma, vaan se mitä ajattelemme maailmasta tai mitä siitä haluamme. Olennaista ei siksi ole se, mitä oikeuden ulkopuolella tosiasiaassa on tai ei ole, vaan se, mikä saa oikeuden kommunikaatiossa vastaanottajan taipumaan selitykseen, jonka pätevä juristi antaa siitä, millainen maailma on, ja mitä tämä näyttäisi edellyttävän jonkin toiminnan suhteen.¹⁶

Tällaista fenomenologista lähestymistapaa onkin oikeustieteessä seurattu silloin, kun oikeutta on tarkasteltu juridisen argumentaation, esimerkiksi retoriikan tai ns. auditorioteorian näkökulmasta. Tärkeältä on vaikuttanut juridisten lauseiden hyväksyttävyyden, konsensus jossain ”episteemisessä yhteisössä”. Kuitenkin autenttisen konsensuksen tai arvojen maailmaan sijoitetun koherenssin löytämisessä on aivan samat vaikeudet kuin edellä mainituissa luonnontieteen mallia seuraavissa tekniikoissa. Konsensusta arvioitaessa ei sitä paitsi voi jättää huomioitta sitä, että sen syntymiseen vaikuttavat monet seikat: ideologiat, tosiasialliset valtasuhteet, rationaalinen valinta, tieto, tiedon puute ja väsyminen kiistelemiseen, muiden näkökohtien ohella. Konsensus siirtää vastakkaiset intressit tai mielipiteet syrjään lyhyemmäksi tai pidemmäksi ajaksi, mutta ei poista niitä. Siksi myös konsensus – niin tarpeellinen kuin se usein onkin – voi joutua hyvin perustellun oikeudellisen kritiikin kohteeksi. Oikeudellinen puhe – kuten luonnollinen kielikin – on tässä mielessä loppumatonta.

Mikäli oikeuden auktoriteetti riippuisi sen ulkoiseen maailmaan kuuluvista totuuksista, niin sen tutkimus olisi parasta ulkoistaa psykologeille, sosiologeille tai vaikka ekonomisteille. Juridiikka ei olisikaan tiede, vaan väline ja tekniikka. Juristit näpertelisivät niiden murujen kanssa, joita muiden pöydiltä on pudonnut. Tätä kokeiltaessa on kuitenkin käynyt ilmi, että muut yhteiskuntatieteet ovat yhtä lailla epämääräisiä ja sisäisesti ristiriitaisia kuin oikeus. Nekin ovat kieltä ja tulkintaa, eivätkä ne jää maailmaan nähden ulkopuoliseen rooliin, vaan ottavat siihen kantaa: hyväksyvät tuon, hylkäävät tämän. Kaikki yhteiskuntatieteet vaikuttavat siihen maailmaan, jota ne tarkastelevat. Oman tutkimukseni ytimessä on ollut tutkia näitä vaikuttamisen muotoja oikeustieteen alalla.

16. Nämä näkökohdat sisältyvät myös niin Hans Kelsenin puhtaaseen oikeusoppiin kuin Günther Teubnerin Niklas Luhmannilta omaksumaan oikeuden systeemiteoriaan. Kriittinen oikeusoppi korostaa kuitenkin näitä enemmän oikeuden kielipeleihin sisältyviä kommunikaation ja vallan elementtejä.

IV

Elämme asiantuntijuuden maailmassa. Poliittinen päätöksenteko talouden, ympäristön, turvallisuuden ja ihmisoikeuksien alalla tapahtuu asiantuntijoiden, myös oikeustieteen asiantuntijoiden avulla. Niin hallitus kuin oppositiokin nojautuvat globaalien asiantuntijaverkostojen tuottamaan tietoon. Poliitikolla, joka ei turvaudu mihinkään tutkimustietoon, ei ole menestymisen mahdollisuutta. On väitetty tieteen ja tutkimuksen politisoituneen. Ympäristötutkijat sanovat sitä, taloustieteilijät tätä. Joitain vuosia sitten osallistuin keskusteluihin tuolloin esillä olleesta transatlanttisesta kauppaja- investointisopimuksesta (ns. TTIP-sopimus). Mukana oli usein kaksi juristia ja kaksi ekonomistia puolustamassa vastakkaisia kantoja. Tiesin hyvin, että juridiikan avulla voi sekä tukea että vastustaa suunniteltua sopimusta. Myös ekonomistit osasivat tulla vastakkaisiin johtopäätäksiin sen hyödyistä ja haitoista Euroopalle. Kaikki riippui siitä, mihin malliin turvaututtiin, mitä kehystä haluttiin seurata. Kysymys keskusteluun osallistuneiden asiantuntijoiden pätevydestä ei noussut esiin. Kävi vain ilmi, että asiantuntijuus on heterogeenista, kieltä, jonka avulla voi kannattaa erilaisia mielipiteitä – voihan pätevällä suomen kielelläkin tuottaa ristiriitaisen merkityksen omaavia lauseita, eikä puhujien kielellisestä pätevydestä silti synny epäilystä.

Kuten muillakin asiantuntijakielillä, myös oikeuden kielellä tuotetaan päivittäin erilaisia merkityksiä, tarkoituksena vakuuttaa jokin yleisö tietyn kuvauksen juridisesta totuudellisuudesta ja saada se toimimaan kuvauksen edellyttämällä tavalla. Juristiksi oppiminen on tässä mielessä retoriikan taidon oppimista – siis sen Rooman valtakunnan kukoistuksen aikaan laajalti arvostetun taidon, jonka ytimessä oli tietyn yleensä arvovaltaisen instituution taivuttaminen omaksumaan riitakysymyksessä tietty kanta. *Ciceroa* on totuttu arvostamaan juristina, mutta hänen kompetenssinsa ytimessä olivat retoriikan ja tyylin elementit, *ethos* ja *pathos*. Klassisessa yliopistossa retoriikka näyttelikin tärkeää osaa kansalaistaidon ja valtiollisen elämän ylläpidossa.

En nyt ole tässä ehdottamassa klassisen retoriikan sijoittamista osaksi juridiikan perusopintoja – vaikkei tämä olisikaan huono ajatus. Tarkoitukseni on korostaa kommunikaation merkitystä juristin pätevydelle, kykyä tuottaa oikeudellisia lauseita, jotka ovat juridis-teknisesti uskottavia ja siksi saavat kuulijat taipumaan niissä ilmaistuun totuuteen ja usein myös toimimaan puhujan toivomalla tavalla. En nyt tarkoita vain, enkä edes ensi sijassa, tuomioistuintmenettelyä, vaan koko oikeusjärjestelmää – siis sitä abstraktia rakennelmaa, jolla yhteiskunnallinen elämä näyttytyy systeeminä, eikä joukkona sattumanvaraisia käskyjä ja kieltoja. Haluan kiinnittää huomion voimaan, jolla oikeus saa aikaan sen, että yleensä noudatamme lakeja, kunnioitamme esivallan käskyjä, näytämme passia liikkuessamme valtiosta toiseen ja pidätymme nappaamasta kaupan tiskiltä rannekelloa, vaikka myyjä juuri poistui takahuoneeseen.

Oikeuden valta ohjata ihmisten ajattelua ja käyttäytymistä on sitäkin merkittävämpää kun – niin kuin edellä olen osoittanut – sen lauseet eivät läpäisisi minkäänlaista faktantarkistusprosessia. Kysymykseen, ”mitä oikeus on”, ei lopultakaan ole muuta oikeaa vastausta kuin se, että oikeus on sitä, mitä pätevät juristit tekevät ja miten he puhuvat. Minulta on usein kysytty, onko omaa alaani – kansainvälinen oikeus – lainkaan olemassa. Vastaan siihen usein, että ainakin on olemassa kansainvälisen oikeuden professoreita, asiantuntijoita ja erityiselimiä, ja sitä käsittelevät teokset täyttävät satoja hyllymetrejä ammatillisia kirjastoja. Näiden ihmisten puheesta ja kirjoituksista sekä noista teksteistä on tapana yleistää abstrakti rakennelma, jossa inhimillinen toiminta maapallolla jäsenyy oikeudellisiksi instituutioiksi, hierarkioiksi ja vallankäytön muodoiksi. Kun sanotaan, että Venäjän hyökkäyssota Ukrainassa osoittaa kansainvälisen oikeuden heikkouden, vastaan siihen, että puhuessamme ”Venäjästä”, ”Ukrainasta” ja ”hyökkäyksestä”, ”sotarikoksista” ja vaikkapa ”Yhdistyneiden kansakuntien peruskirjasta”, liikumme täysin oikeuden kehystämässä maailmassa. Oikeuden – myös kansainvälisen oikeuden – merkitys ei ole ensi sijassa siinä, noudatetaanko sen yksittäisiä sääntöjä, vaan sen tarjoamassa kielessä, jonka avulla jäsenämme ja ymmärrämme maailmaa ja toimimme siinä. Se ei poista intressi- tai arvoriitoja. Mutta se antaa välineet ajatella sitä, millaisia intressejä (esimerkiksi omistaminen tai toimivalta) meillä on ja keitä me oikeastaan olemme (”kansalaisia”, ”oikeuksien haltijoita”, ”valtio”, ”Pohjois-Atlantin liiton jäseniä” ja niin edelleen).

Oikeustiede alkaa aina jostain pisteestä; tämä tarjoaa perustan sille puheelle ja kirjoitukselle, jota tutkija tuottaa. Yhä useammin lähtöpiste on tutkijan erityosaaminen. Hän voi olla kauppaoikeuden tai ihmisoikeuksien asiantuntija, osa ympäristöoikeuden tai pakolaisoikeuden tutkijayhteisöä. Asiantuntijayhteisöön kuulumisen ei ole vain erityistietojen omaamista. Se on myös sen maailman-kuvan ja niiden pyrkimysten edistämistä, jotka sitovat alan asiantuntijat yhteen. Usein nämä yhteisöt ovat keskenään erimielisiä; ihmisoikeuksien ja turvallisuuden asiantuntijat eivät ajattele digisalaisuuden rajoista samalla tavoin. Kaivosoikeuden ekspertit ja alkuperäiskansoja tutkivat juristit ovat aivan erimielisiä kansainvälisiä sijoituksia koskevista sopimuksista Näin poliittiset ja taloudelliset intressit tulevat yhteiskunnallisesti artikuloiduiksi juridiikan kielellä, jonka ytimessä ovat jo monen vuosikymmenen ajan olleet ”oikeuksia” koskevat vaatimukset. Samalla kun yhä useammat preferenssit ovat tulleet ilmaistuksi niitä edustavien tahojen oikeuksina, on niitä koskeva päätöksenteko byrokraatisoitunut ”punnitsemisen” tai yhteensovittamisen muotoon. Näin formalismi (oikeudet) ja antiformalismi (punninta, seurausten arviointi, kohtuullistaminen, ”margin of appreciation”...) muodostavat yhdessä sen myöhäismodernin juridisen tyylin, jolla pätevää oikeuspuhetta tuotetaan.¹⁷

17. Ks erityisesti Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication. Fin de siècle.* 1997.

Joitain vuosia sitten johdin YK:ssa laajaa tutkimusta, jossa tarkasteltiin sitä, miten kansainvälisen oikeuden asiantuntijaelimet tuottivat ristiriitaisia vastauksia samoihin kysymyksiin tulkiten samoja sopimuksia eri tavoin.¹⁸ Ympäristöjuristit lukivat maailman kauppajärjestön sopimuksia toisin kuin kauppaoikeuden asiantuntijat. EU:n ja YK:n juristien tulkinnat YK-pakotteiden soveltamisesta poikkesivat. Sama juttu saattoi – ja voi edelleen – tulla useamman kansainvälisen elimen käsittelyyn, eikä ole takeita, että se ratkaistaisiin niissä samalla tavoin. Käytännön juristit tietävät hyvin, että minkä ratkaisun saat oikeuskysymykseesi riippuu usein siitä, miltä elimeltä asiaa kysyt, millaista asiantuntijuutta siinä arvostetaan. Viime aikoina onkin esitetty kritiikkiä asiantuntemusta kohtaan. Onko se vain oman ryhmän edun ajamista monimutkaisen asiantuntijapuheen avulla? Ajatellaan, että ellet osaa antaa oikeuskysymykseen täsmällistä vastausta, et sitten tunne asiaa lainkaan. Esität vain mielipiteitä. Tällöin ei ymmärretä juridisen asiantuntemuksen luonnetta. Lopullisen ratkaisun puuttuminen ei ole tragedia, päinvastoin. Oikeuden tarkoituksena ei ole korvata poliittista yhteisöä, vaan pitää sitä yllä. Koetan lopuksi tarkentaa tätä oikeustieteen kuuluvaa tärkeää tehtävää ja poliittisen yhteisön ylläpitämisessä. Erotan toisistaan oikeustieteen käytännöllisen ja sen kriittisen tehtävän.

V

Oikeustieteen käytännöllisenä tehtävänä on tuottaa pätevää puhetta voimassa olevasta laista. Tuomioistuinjuristin oletetaan soveltavan lakia oikein. Valiokunnassa kuultavana olevan professorin odotetaan antavan oikean vastauksen kysymykseen perustuslain ja kansainvälisen sopimuksen välisestä suhteesta. Kuitenkin kantajan ja vastaajan asiamiehet tulkitsevat lakia eri tavoin. Professorien lausunnot poikkeavat toisistaan. Merkitseekö tämä, että toinen juristi on toista pätevämpi? Ei merkitse. Oikeustiede ei ole tekniikka, jolla kunkin ongelman ytimestä haettaisiin siellä jo valmiina odottava oikea ratkaisu. Se on perustelemisen tiedettä, joka pyrkii tuottamaan uskottavia kertomuksia tulkittavasta normimateriaalista poliittisen yhteisön päättäjiä varten. Näillä kertomuksilla päätös sidotaan osaksi sellaista arvoja tai tavoitteita sisältävää maailmankuvaa, joka puhuttelee yhteisön jäseniä ja jonka nämä tuntevat omakseen. Se ei ole välttämätön tai ehdottoman tosi. Perustelua ei voi todentaa vaikkapa kastamalla se johonkin happoon. Päätös on mitä se on, vallankäyttöä. Mutta käytännön

18. International Law Commission, Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission. Finalized by Martti Koskenniemi UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 April 2006.

oikeustieteen kertomukset kuvaavat (tulkitsevat, kehystävät) vallankäytön laillisen auktoriteetin heijastukseksi. Tuomari ei olekaan mafiapomo eikä valiokunta mikään salaliitto. Näiden toiminta nivoutuu tai kehystetään lain soveltamiseksi ja lain soveltaminen poliittisen yhteisön tavaksi hallita itseään. Mutta keskustelu jatkuu: uudet tutkimukset tuottavat uusia näkökohtia. Ehkäpä uusi päätös on erilainen, lakia pitääkin muuttaa.

Käytännöllinen lainoppi tulee osaksi sitä maailmaa, jota se tulkitsee kehystämällä vallankäytön yhteisön pyrkimysten, tahdon, historian tai siinä tehtyjen sopimusten mukaiseksi. Sakkolappu tuulilasissa ei ole kiusantekoa, vaan lainsoveltamista. Se tarjoaa mahdollisuuden käsitellä vallankäyttöä yhteisön hallintaa koskevinä kysymyksinä, laajentaen näkökulmaa puhujan itsensä ulkopuolelle. Yksi Ranskan suuren vallankumouksen tärkeistä viesteistä oli, että oikeus on privilegioiden eli erioikeuksien vastakohta. Sen mukaan mikään oikeus tai velvollisuus ei kuulu minulle, koska olen juuri *minä*, vaan koska se kuuluu *kaikille minun asemassani oleville*. Juuri tätä tarkoittaa, että kuvaamme oikeuden kertomuksina sääntöjen soveltamisesta.

Omistusoikeuden tai julkisen vallan käytössä on kysymys sääntöjen soveltamisesta. Tämä vaatii tulkintaa ja jotkin tulkinnat vakiintuvat, eikä niistä jää erimielisyyttä. Sakko on maksettava, kun on pysäköinyt väärin. Aina ei yhteisymmärrystä synny. Tutkijat jäävät erimielisiksi siitä, miten perustuslaki suhtautuu EU:n elvytyspakettiin myös valiokuntapäätöksen jälkeen. Mutta käytännön oikeustieteen kannalta ei ole kovin tärkeää, miten yksittäiset kertomukset ratkaistaan; niiden kuuluukin muuttua demokratiassa. Tärkeämpää on tuottaa kertomuksia, joiden avulla kansalaiset voivat ymmärtää poliittista yhteisöä – kannattaen tai kritisoiden – ja ymmärtäessään vaikuttaa sen asioihin. Oikeus muokkaa jatkuvasti yksityisestä ja julkisesta vallasta laillista auktoriteettia – ja pitää yllä keskustelua tuon vallan rajoista. Tämä on oikeusvaltioajatuksen ydin.

Mutta tämän käytännöllisen tehtävän lisäksi oikeustieteeseen kuuluu myös kriittinen tehtävä. Tässä ei tuoteta kertomuksia tai tulkintoja, vaan tarkastellaan tulkinnan tuottamista. Esitetään kysymys: ”Mitä pitäisi olettaa, jotta voisi uskoa tiettyyn kertomukseen tai tulkintaan?” Kriittinen oikeustiede – omien tutkimusteni ydinalue – tarkastelee tapaa, jolla juristit tuottavat kertomuksia ja toimivaltaiset elimet valitsevat eri kertomusten ja tulkintojen välillä.¹⁹ Näin se astuu siihen ideologioiden maailmaan, jossa oikeudellista valtaa käyttävät instituutiot – tuomioistuimet, perustuslakivaliokunta tai vaikkapa YK:n turvallisuusneuvosto – toimivat. Totesin edellä, että käytännön oikeustiede tuottaa kertomuksia, joissa vallankäyttö puetaan normin noudattamiseksi – esimerkiksi omistusoikeuden tai valtiollisen suvereenisuuden toteuttamiseksi. Kriittinen oikeustiede etenee ikään kuin vastakkaiseen suuntaan. Siinä haetaan esiin ne

19. Ks. esimerkiksi Martti Koskeniemi, What is Critical Research in International law? Celebrating Structuralism. *Leiden Journal of International Law* 29(3) 2016, s. 727–735.

uskomukset tai oletukset, joiden varassa ”omistaminen” ymmärretään tietyllä tavalla tai ”julkinen valta” saa tietyn sisällön.

Kriittinen oikeustutkimus paneutuu siis tapaan, jolla jokin oikeudellisen kielen luoma instituutio – esimerkiksi maanomistus, verotus tai tekijänoikeusjärjestelmä – ovat rakentuneet. Näin saadaan esiin ne valinnat, jotka ovat muokanneet tapaa, joilla niiden kautta jaetaan henkisiä ja materiaalisia arvoja eri ihmisryhmien kesken. Siinä myös tarkastellaan sitä, miten juridista valtaa käyttävät elimet – esimerkiksi perustuslakivaliokunta, Euroopan ihmisoikeustuomioistuin tai Maailman kauppajärjestö – ovat valinneet ne suunnat, joilla ne ovat antaneet tietyn merkityssisällön toimivaltaansa kuuluville oikeussäännöille. Tarkoituksena on tuoda näkyviksi ne taustaoletukset, joiden varassa nämä elimet valitsevat omat tulkintansa vaikkapa sananvapauden rajoista tai ympäristölle haitallisen tuotannon sallittavuudesta. Oletusten näkyvyys taas mahdollistaa niiden tulemisen kansalaiseskustelun osaksi.

Viime vuonna ilmestyi pitkään valmistelemani historiallinen tutkimus, jossa tarkastellaan omistusoikeuden ja julkisen vallan välistä suhdetta eurooppalaisissa oikeusjärjestelmissä keskiajan lopulta lähtien.²⁰ Osoitan tutkimuksessa, että niin omistaminen kuin valtiovaltakin on ymmärretty eri tavoin eri aikoina ja eri paikoissa. Vaihtoehtoja on ollut runsaasti. Pyrin myös osoittamaan ne olosuhteet, jotka ovat johtaneet laajempaan tai suppeampaan omistamisen käsitteeseen ja jotka ovat rajanneet julkisen vallan ja omistamisen välisiä suhteita. Mikä ryhmä on hyötynyt mistäkin ratkaisusta, minkä kustannuksella? Haluan vaikuttaa globaaliin keskusteluun avartamalla niitä vaihtoehtoja, joita poliittisilla yhteisöillä on, kun ne muokkaavat yksityisen ja julkisen vallan muotoja, markkinoita tai poliittisen osallistumisen tapoja.

Maailma on epäoikeudenmukainen paikka. Tulonjako, hyvinvointi ja turvallisuus ovat jakautuneet hyvin epätasaisesti. Koska oikeustieteeseen sisältyy yleistämisen pyrkimys – se mikä kuuluu minulle, kuuluu myös jokaiselle minun asemassani olevalle – ei se voi suhtautua tilanteeseen neutraalisti. Siihen sisältyy myös oikeudenmukaisuuden pyrkimys, vaikka se hyväksyykin, että ajatellamme oikeudenmukaisuudesta eri tavoin. Oikeustieteen näkökulmasta on selvää, ettei markkinoihin tai valtiolliseen rakenteeseen sisälly mitään välttämättömiä elementtejä, jotka tuottaisivat maailmaan hyvää ikään kuin automaattisesti. On monia eri tapoja organisoida omistamista ja julkista valtaa, sekä jakaa materiaalisia ja henkisiä arvoja. Kriittinen tutkimus on tehtävänsä tehnyt, kun se saa vaihtoehdot näkyville ja syntyy käsitys, ettei niiden valintaa säätele mikään historiallinen tai luonnollinen välttämättömyys. Siinä on kysymys politiikasta tuon sanan aidoimmassa muodossa.

20. Martti Koskenniemi, *To the Uttermost Parts of the Earth. Legal Imagination and International Power 1300–1870*. Cambridge University Press 2021.