

Kokonaisvaltainen teoria oman aikamme oikeudesta

Lakimies
1/2024
s. 139–145

Kaarlo Tuori

Properties of Law. Modern Law and After

Cambridge University Press 2021. 314 sivua.

1. Tausta ja teoksen perusasetelma

Nyt arvioitava teos on ilmestynyt Cambridgen yliopiston vuodesta 1970 julkaisemassa sarjassa *Law in Context*. Julkaisusarjaan otetaan sen esittelytekstin mukaan teoksia, joita yhdistää oikeuden ja oikeudellisten ilmiöiden kriittinen tarkastelu niiden kulttuurisessa, yhteiskunnallisessa, poliittisessa, teknologisessa, ekologisessa ja taloudellisessa toimintaympäristössä. Tällaisen kriittisen tarkastelun katsotaan edellyttävän näkökulmaa, jossa oikeutta koskevia kysymyksiä tarkasteltaessa hyödynnetään sellaisia humanististen ja yhteiskuntatieteiden aineistoja, joiden avulla voidaan ymmärtää ja selittää tutkimuksen kohteena olevien oikeudellisten ilmiöiden tai oikeudenalan käytännön toimintoja. Kaarlo Tuorin teos *Properties of Law* (Properties-teos) on kotonaan tässä julkaisusarjassa.

Mikä oikeuttaa tällaisen arvion? Mikä on Properties-teoksen kritiikin ydin ja millä tavalla se johtaa hyödyntämään kulttuurista, yhteiskunnallista, poliittista, teknologista, ekologista ja taloudellista aineistoa? Sanottakoon heti, että Tuori on tehnyt tietoisin valinnan, että hän jättää pois tästä teoksesta ekologian, esimerkiksi ilmastonmuutoksen, vaikutusten tarkemman arvioinnin (paria mainintaa lukuun ottamatta). Sen sijaan muiden edellä mainittujen alojen – tai tutkimuksellisten näkökulmien – aineistoja käytetään Properties-teoksessa julkaisusarjan edellyttämällä tavalla innovatiivisesti. Tuorin tarkastelujen kantavana piirteenä, joka ei ole yllätys hänen tuotantoonsa aiemmin perehtyneelle lukijalle, on asettaa keskiöön oikeuden yhteiskunnallisuus laajasti ymmärrettynä eli niin, että se sisältää yhteisöllisyyden ohella poliittisen, taloudellisen ja kulttuurisen sekä erityisesti teoksen jälkisanoina (Epilogue) myös teknologisen (konkreettisenä teemanaan oikeuden digitalisoituminen) ulottuvuuden.

Mitkä sitten ovat tarkemmin teoksen otsikossakin nimetyt oikeuden ominaispiirteet (properties)? Mitä ja miten oikeus on? Tuorin mukaan oikeus on ensinnäkin erilaisia oikeudellisia käytäntöjä. Oikeus on osa ihmisten arkipäivän

* *Juha Karhu*, OTT, professori emeritus, Lapin yliopisto.

elämää ja sen tapahtumia, mutta oikeus on myös ammatillisesti eriytyneitä toimintoja, ammattikäytäntöjä. Toisekseen oikeus on normeja, joista muodostuu sisäistä koherenttisuutta ja johdonmukaisuutta tavoitteleva oikeusjärjestys. Vaikka tältä normatiiviselta ulottuvuudeltaan oikeus on erityisesti viime vuosisadat ollut pintatasoltaan näkyvästi kansallista, oikeus on aina ollut ja on myös jatkossa muutakin kuin kansallisvaltioiden oikeutta: oikeus on jälleen alkanut olla yhä näkyvämmiin transnationaalisiin järjestelyihin, mutta oikeudeksi tunnustetaan ja tunnustetaan myös alkuperäiskansojen perinnäistapoja ja käytäntöjä (customary law) sekä uskontopohjaisia normijärjestelmiä (religious law). Siten kolmantena nykyajan oikeuden ominaispiirteenä on moninaisuus eli oikeuspluralismi. Oikeus on siten vuorovaikutteinen yhdistelmä yhteiskunnallista tosiasiallisuutta (faktisiteetti), erityistyyppistä normatiivisuutta (normativiteetti) ja oikeuspluralistista moninaisuutta.

Tuorin tavoitteena Properties-teoksessa on kehittää kokonaisvaltainen teoria oikeudesta. Kokonaisvaltaisen oikeuden teorian kehittelyn teoreettisena lähtökohdasta ja rakentavan kritiikin kohteena on oikeuspositivismi. Ei siksi, että oikeuspositivismi olisi oikeuden yleisenä teoriana muita teorioita parempi, vaan siksi, että siinä on selkeät kiinnepohdat nimenomaan modernin oikeuden aikakauden oikeusmuodon peruspääpiirteisiin – tekstuaalisuuteen, säädännäisyyteen, pakottavuuteen sekä järjestyksen ja vakauden ylläpitoon yhteiskunnallisissa suhteissa (sivut 127–137). Oikeuspositivismi on oikeuden ominaispiirteiden analyyseissa kuitenkin vain käsitteellinen lähtökohhta (sivu 29). Tämän lähtökohdan pohjalta Tuori kehittää kokonaisvaltaista oikeuden teoriaa, joka tarjoaa vaihtoehdon omiin klassikkoihinsa (erityisesti Hans Kelsen ja H. L. A. Hart) kiinni jämähtäneelle oikeuspositivismille. Vaihtoehdon, joka tavoittaa paremmin meidän aikakautemme oikeuden globaalien moninaisuuden ja joka sallii muiden perustavanlaatuisien oikeusteorioiden kanssa käytävän tasavertaisen keskustelun ja jopa inspiroi siihen.

Uuden kokonaisteorian sisältöä haetaan oikeuspositivismille tyyppillisten jäännöksettömien palauttamisten eli reduktioiden kritiikkien välityksellä. Properties-teos on jäsenetty näiden reduktiokritiikkien mukaisesti. Teoksen I osa sisältää kritiikin sitä oikeuspositivismiin lähtökohdasta kohtaan, että kaikki oikeus palautetaan jäännöksettömästi oikeuden normatiivisuuteen, jolloin oikeuden yhteiskunnallisuus sulkeistetaan ja marginalisoidaan. II osassa kritiikki kohdistuu siihen, että oikeuden normatiivisuus puolestaan palautetaan jäännöksettömästi oikeuden pintatasolle ja pinnanalaisen oikeuskulttuurisen aineksen merkitys latistetaan. III osan kritiikin kärki taas on globaalien oikeuden moninaisuuden jäännöksettömässä palauttamisessa vain valtiollisten oikeuksien rinnakkaiseksi erilaisuudeksi ja kaiken ei-valtiollisen oikeuden sivuuttamisessa ja näin tosiasiallisen oikeuspluralismin kieltämisessä.

Teoksen päättävät jälkisanat (Epilogue) sisältävät muutaman kurkistuksen tulevaisuuteen. Mitä tarkoittaisi oikeuden läpidigitalisoituminen? Entä olem-

meko jollain aikavälillä jättämässä jäähyväisiä demokraattiselle oikeusvaltiolle? Epilogissa näiden mahdollisten kehityssuuntien merkittävyys suhteellistetaan osoittamalla, että moderni oikeus – tai tarkemmin modernille oikeudelle tyypillinen oikeuspositivistinen analytiikka – ei koskaan ollutkaan omasta universaalisuuden uskostaan huolimatta globaali. Ei-valtiollisen oikeuden ilmentymät ovat paitsi olleet samanaikaisia kansallisvaltion oikeuden kanssa myös edeltäneet sitä (uskonnolliset oikeudet ja alkuperäiskansojen oikeudet) ja tulleet sen jälkeen (transnationaalinen oikeus). Kansallisvaltion oikeuden eräänlainen sisäänrakennettu edellytys on suvereenisuus, ja juuri tätä suvereenisuusvaadetta kyseenalaistavat niin transnationaalinen oikeus kuin uskonnolliset ja alkuperäiskansojen oikeudet.

2. Teoksen metodologiasta

Metodisessa suhteessa Properties-teoksen kontekstuaalisuus ilmenee niin sanottuna perspektivisminä (perspectivism) eli moninäkökulmaisuuksena. Tuorin mukaan (esimerkiksi sivu 22) ei ole olemassa oikeutta sinänsä vaan ainoastaan oikeutta jonkun erityisen yhteiskunnallisen tai oikeudellisen toimijan erityisestä näkökulmasta. Se, mitkä piirteet oikeudesta kulloinkin ovat näkyvissä, riippuu siitä, kuka oikeutta tarkkailee ja mistä pisteestä käsin. Tärkeää on kuitenkin ymmärtää, että Properties-teoksen moninäkökulmaisuus on nimenomaan oikeuden sisäinen ominaisuus, *perspectivism in law*. Sen sijaan *perspectivism* on *law* pohjautuu oikeuden ulkoiseen tarkasteluun, se on eräänlaista Fremdbeschreibungia Niklas Luhmannin tarkoittamalla tavalla, siis oikeuden tarkastelua jonkin toisen sosiaalisen systeemin näkökulmasta.

Oikeuden sisäinen moninäkökulmaisuus (*perspectivism in law*) johtuu oikeuden olemisen monista muodoista. Kun oikeus on normatiivisen oikeusjärjestyksen lisäksi olemassa erilaisina yhteiskunnallisina käytäntöinä, oikeutta ikään kuin eletään osana moniaineksista yleistä yhteiskunnallista normatiivisuutta ja kunkin toimijan yhteiskunnallisen roolin välittämänä. Ihmisten elämismaailman jännitteisissä tilanteissa oikeus saattaa ilmetä oikeusjärjestyksenä myös ei-oikeudellisille toimijoille, mutta tällöinkin he havaitsevat oikeudesta osaksi eri piirteet kuin oikeuden ammattilaiset. Oikeuden ammattilaisilla, kuten modernin oikeuden aikakaudella lainsäätäjällä, on erityinen ja ensisijainen näkökulma oikeuteen keinona saavuttaa sen avulla poliittisesti asetetut yhteiskunnalliset tavoitteet. Oikeudenkäyntiasiamiehellä taas on näkökulmanaan asiakkaansa ”ei-oikeudelliset” edut ja niiden toteutumisen edistäminen lain mahdollistamin keinoin. Tuomarille puolestaan keskeistä on legaliteetti eli lain osoittamissa ra-

joissa toimiminen. Lainopin harjoittajat taas ovat kaksoiskansalaisia, sekä tieteen että oikeuden sisäisiä toimijoita.

Tuorin metodi ilmenee kuitenkin myös muutoin kuin moninäkökulmaisuu-
tena. Varsinkin oikeuspositivismissa, niin Kelsenin kuin Hartin kehittelemissä
oikeusteorioissa, oikeutta analysoitiin käyttämällä kaksijakoisia käsitteellisiä
erotteluja. Kelsenille oli tärkeää pitää oikeudelle ominainen pitämisen maailma
(Sollen) erillään psyykkisten ja fyysisten asioiden olemisen maailmasta (Sein).
Hart puolestaan on tunnettu – ja kritisoitu – tekemästään oikeuden ja moraalin
erottamisesta toisistaan (niin sanottu separation thesis). Metodisina siirtoina
nämä valinnat toimivat vahvan kaksijakoisuuden maailmassa: joko olemisen
ja pitämisen maailmat pidetään toisistaan erillään ja oikeutta tarkastellaan yh-
teiskunnallisuudesta erotetuin puhtain käsittein tai sitten ollaan käsitteellisessä
sekamelskassa. Tällöin oikeuden pätevyys tunnistetaan kriteerillä, jossa ei ole
moraalista komponenttia, koska muutoin menetetään mahdollisuus oikeuden
moraaliseen kritiikkiin. Tuorin metodinen perusvalinta on käyttää – ja tässä
mielessä jatkaa – oikeuspositivismissa hyödynnettyjä analyttisiä erotteluja
mutta pitää niitä ehdottomia joko–tai–valintoja asettavien rajanvetojen sijasta
sekä–että–ominaisuuksina. Oikeus on sekä pitämisen maailman normatiivinen
järjestys että olemisen maailman oikeudellisia käytäntöjä. Oikeus ja moraalit
lomittuvat toisiinsa esimerkiksi ihmis- ja perusoikeuksissa tavalla, jossa oikeus
ja moraalit jakavat saman arvolähtökohdan. Sekä Kelsenin että Hartin teorioissa
oikeus pelkistyy pintatason normeiksi ja pinnanalaisen oikeuskulttuurin tärkeä
rooli jää tunnistamatta.

Käsitteellisten rajanvetojen ja niihin perustuvien reduktioiden sijasta Proper-
ties-teoksen tarkastelujen painopiste on vuorovaikutuksessa. Juuri dynaamisten
vuorovaikutusten tunnistamisen ja erittelyn myötä Tuori pystyy avaamaan nä-
kymiä siihen, miten oikeus on yhteiskunnassa ja miten oikeus toimii yhteiskun-
nassa. Dynaamisten vuorovaikutusten näkökulmasta oikeuden asemaa yhteis-
kunnassa ei ole perusteita, perinteisen oikeuspositivismin tapaan, supistaa tai
pelkistää modernin valtiollisen oikeuden paradigman eli lainsäädännön (Kelsen)
tai prejudikaattinormiston (Hart) mukaiseksi. Esimerkiksi parlamenttilait ovat
menettämässä esikuvanomaista eli kaiken oikeuden ideaalityyppiä muodostavaa
asemaansa, vaikka niillä on jatkossakin oma merkityksensä moninaisen oikeu-
den kokonaisuudessa. Parlamenttilait eivät kuitenkaan ole korvautumassa jol-
lakin muulla tarkasti tunnistettavalla oikeuden muodolla. Yhden paradigman
varaana muodostuvan ideaalityypin sijasta siirtymää modernin oikeuden aika-
kauden jälkeiseen aikaan kuvaa parhaiten pluraali ideaalityyppi.

Ideaalityyppien metodisessa käytössä Tuorilla on luonnollisesti referenssi-
nään Max Weber mutta olennaisesti myös Georg Jellinek. Jellinek koetti muo-
dostaa liberaalin oikeusvaltion ideaalityyppiin perustuvan kokonaiskuvan
Itävalta-Unkarin kahdesta autonomisesta yksiköstä muodostuvasta kaksois-
monarkiasta. Tuori puolestaan hakee sellaista moniaineksista modernin oikeu-

den myöhäisvaiheen ideaalityyppiä, joka sopisi paremmin nykyiseen oikeuspluralismiin. Uudessa ideaalityypissä modernin aikakauden valtion oikeus ei ole vain normatiivista pintaa vaan ensimmäisen tason oikeussuhteita ja erityisiä oikeudellisia ammattikäytäntöjä (sivu 31): ”In sum, my ideal modern state law consists of full-blown legal regime where surface-level legal order is supported by legal-cultural layers, and where the legal order is primarily realised in first-order sociolegal practices and (re)produced in specialized legal practices.”

3. Arviointia

Kokonaisvaltaisessa modernin oikeuden teoriassa olettaisi olevan erityinen jakso oikeudenmukaisuudesta. Sellaista ei kuitenkaan sisälly Properties-teokseen. Sellitys on yksinkertainen. Oikeuden pintatasolle rajoittuvassa oikeuspositivismissa oikeudenmukaisuus pelkistyy vain muodolliseen yhdenvertaisuuteen lain edessä. Tuorin vaihtoehdossa puolestaan oikeus ja moraali ovat jatkuvassa dynaamisessa vuorovaikutuksessa keskenään erityisesti ihmis- ja perusoikeuksien välityksellä. Kun mukaan otetaan lähtökohta oikeuden ilmenemisestä myös tosiasiallisina yhteiskunnallis-oikeudellisina suhteina, esimerkiksi kysymys oikeuden legitimitetistä muuttuu muodollisten tunnusmerkkien tarkastelun sijasta olennaisemmin empiirisesti arvioitavaksi väitteeksi (sivu 173).

Globaalin oikeuden moninaisuuden tunnistaminen ja tunnustaminen on perusteltu lähtökohta. Kun oikeuspluralismi saa varsin keskeinen aseman Properties-teoksessa, olisi olettanut, että uuden teorian ideoita olisi systemaattisesti arvioitu suhteessa oikeusvertailevaan tutkimukseen. Tuori käyttää oikeuspositivismia heuristisena käsitteellisenä puitteena modernin oikeuden hahmottamiselle (sivu 215). Mielenkiintoisen haasteen tässä suhteessa olisi tarjonnut Patrick Glenn ja hänen tapansa jäsentää oikeuksien moninaisuus (diversity) lähtökohtaisesti kunkin perinteen omilla ehdoilla. Esimerkiksi alkuperäiskansojen oikeudet Glenn kokoaa yhteen perusideanaan niissä kaikissa ilmenevä ihmisyyhteisön erityissuhde maahan ja luonnonympäristöön.¹ Jaakko Husa puolestaan on vastikään eritellyt sitä, miten meidän maallistuneet länsimaiset oikeusjärjestelmämme edelleen sisältävät uskonnollisperäisiä elementtejä.²

1. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable diversity in law*. Fifth Edition. Oxford University Press 2014.
2. Jaakko Husa, *Christianity and Comparative Law* (ilmestyy *Oxford Journal of Legal Studies* -julkaisussa).

4. Lopuksi

Kaikkiaan Properties-teoksen lukeminen on monin tavoin palkitsevaa. Teoksessa yhdistetään Tuorin aiemmin kehittämiä tarkastelutapoja ja elementtejä jäntevällä tavalla kokonaisvaltaiseksi – mutta ei tietenkään kaikenkattavaksi – teoriaksi oman aikamme oikeudesta. Haluan erikseen mainita tässä eräänlaisiksi lukuvinkeiksi muutaman itseäni erityisesti puhutelleen jakson:

Tuori on monessa aikaisemmassa kirjassaan pohtinut oikeusperiaatteiden asemaa oikeuden teoriassa, muun muassa sitä, ovatko oikeusperiaatteet oikeusnormeja vai oikeuslähteitä. Nyt oikeusperiaatteita koskeva jakso (sivut 173–185) perustuu ajatukselle siitä, että oikeusperiaatteilla, kuten rikosoikeuden laillisuusperiaatteella, sopimus oikeuden *pacta sunt servandalla* tai hallinto-oikeuden tarkoitussidonnaisuuden periaatteella, on osana oikeuden normatiivisuutta monia funktioita.

Transnationaalinen oikeuden ilmentyminen analysoidaan EU-oikeutta (sivut 226–229) ja ihmisoikeuksia (sivut 234–238). Molemmissa jaksoissa tuodaan selkeän havainnollisesti esiin tällaisten normisysteemien erityispiirteet.

Perustuslain moniulotteista asemaa modernissa oikeudessa (sivut 186–202) tarkastellaan ”Suurena Välittäjänä” oikeuden ja politiikan välillä, pinnanalaisten oikeusperiaatteiden ja pintatason lainsäädännön välillä ja oikeuden perustavan vallan ja oikeudella perustetun vallan välillä. Arvelen, että jaksossa on pystytty hyödyntämään Tuorin kokemuksia Euroopan neuvoston puitteissa toimivan Venetsia-toimikunnan pitkäaikaisena jäsenenä.

Erialaisten vuorovaikutusten merkityksen painottaminen haastaa tarkentamaan sitä, millä ehdoilla ja miten vuorovaikutus sitten on mahdollista. Interlegaalisuuden ideaa koskevassa jaksossa (sivut 239–243) Tuori hakee satunnaisia systemaattisempien keskusteluyhteyksien ehtoihin liittyviä kosketuskohtia.

Olen itse vieroksunut ajatusta oikeustieteestä oikeuslähteenä, varsinkin Aulis Aarnion ja Aleksander Peczenikin kehittämän oikeuslähteopin mukaisena auktoritatiivisena oikeuslähteenä. Nyt Properties-teoksen eri kohdista muodostuu koottuna vakuuttava esitys siitä, miten lainopin kaksoiskansalaisuus samanaikaisesti tieteenä ja yhtenä eriytyneistä oikeudellisista ammattikäytännöistä ilmenee ja toteutuu.

Kelsen-tulkinnat. Tuorin Kelsen-luennat on vahvasti suhteutettu Kelsenin omaan teoreettiseen ja intellektuaaliseen kehittymiseen. Erityisen mielenkiintoisia ovat Tuorin analyysit siitä, miten Kelsen arvioisi viimeaikaisia ei-oikeusvaltiollisia kehityslinjoja.

Properties-teos on kaikille Tuorin julkaisuille ominaiseen tapaan selkeästi ja johdonmukaisesti kirjoitettu: lukija pysyy koko ajan hyvin selvillä siitä, mitä teemaa milloinkin käsitellään ja mikä on kulloisenkin teeman paikka ja merkitys kokonaisteoriassa. Teoksessa on myös laadukas hakemisto.

Tuorin uusi teos avaa mielenkiintoisia näkymiä vilkkaasti käynnissä olevaan keskusteluun oikeuspluralismista. Alaotsikkonsa mukaisesti siinä pohditaan myös kysymystä siitä, mitä tulee modernin oikeuden jälkeen. Rohkeasti tulkiten Tuorin voisi ymmärtää väittävän, että oikeuspositivistisesti ymmärrettyä kansallisvaltion oikeutta – ja ehkä myöskään oikeusvaltiota – ei enää ole syytä pitää kaiken oikeuskehityksen ylimpänä päätepisteenä. Tämä meille tuttu ideaalityyppi saa, kenties joillekin oikeusvaltiota dogmaattisesti puoltaville yllätykseksi, vahvemman aseman globaalien oikeuden muutoksissa, kun se asetetaan tasavertaiseen dialogiin transnationaalien, uskonnollisten ja alkuperäiskansojen oikeuksien kanssa. Mene ja tiedä.

Juha Karhu