

*Sakari Hänninen*Lakimies
1/2024
s. 154–173

Lain ominaisuudet ja omituisuudet – kommentaari Kaarlo Tuorin kirjasta Properties of Law

1. Vieraskynällä kirjoitettua

Kaarlo Tuorin uusin kirja *Properties of Law – Modern Law and After* on sanalla sanoen moderni klassikko. Jokaisen oikeusteoriaan syvällisesti paneutuvan olisi hyvä lukea se tarkoin. Kirja onkin pakko lukea tarkoin, sillä sen jokainen lause vaikuttaa viimeiseen asti mietityltä. Se ei päästä lukijaansa helpolla. Esipuheessaan Tuori korostaa pyrkimyksenään olleen kirjaa kirjoittaessaan sen koherenssi ja järjestelmällisyys. Jos kyseessä olisi ”teoreettisen järjestelmän” rakentaminen, suhtautuisin siihen paljon varauksellisemmin.

En tule kommentoimaan Tuorin oikeusjärjestystä koskevaa sisällöllistä argumentaatiota sinänsä. Se on ihailtavan johdonmukaista. Tuorin omien jaotte-
lujen mukaisesti voin tunnustaa olevani oikeustieteen ulkopuolinen vieraskynän käyttäjä (*Fremdbeschreiber*). Minulla ei ole niin sanottua oikeustieteilijän kaksoiskansalaisuutta. Tämän rajanvedon koskiessa lainoppia minun on helppo tyytyä ulkopuolisen kohtaloon. Mutta entäpä kun on kysymys oikeusteoriasta? Ja missä kulkee oikeusteorian ja oikeusfilosofian raja? Jätän nämä rajanvedot tässä sikseen. Varsinainen kysymykseni ja epäilykseni koskee nimenomaan niin sanottua järjestelmääjattelua yleensä. Sille on luonteenomaista sisäpiiriläisten ja ulkopuolisten erottelu asiantuntemuksen nojalla. Tästä näkökulmasta katsottuna paitsi teologian, taloustieteen ja oikeustieteen tiedonkohteet myös edustuksellinen demokratia voitaisiin esittää järjestelmänä. Sen oletetun omalakisuu-
den virallisina tulkkeina (*Selbstbeschreiber*) voisivat sitten politologit esiintyä.

Mutta hyvin tiedämme, etteivät politologit, ehkä vaalikomentointia lukuun ottamatta, ole kovin hyvin onnistuneet lunastamaan tätä etuoikeuttaan. Mielestäni politiikan kenttää ei pidäkään tulkita minään autonomisena, omalakisena järjestelmänä, jonka toiminta on riippuvainen sen asiantuntijoiden takaamasta uskottavuudesta. Toki mitä vahvemmin demokratiaan luotetaan, sitä paremmin se toimii. Mutta siinä on silloin kysymys kansalaisnäkemyksestä. Missä määrin sitten oikeustieteen eri tulkinnat ilmentävät sellaista järjestelmäuskoa, jota pide-

* *Sakari Hänninen*, VTT, professori emeritus, Jyväskylän yliopisto; tutkimusprofessori emeritus, Terveyden ja hyvinvoinnin laitos.

tään oikeuden tehokkaan toiminnan kannalta välttämättömänä? Tämä kysymys johdattaa Hans Kelsenin, ja miksei myös H. L. A. Hartin, oikeuspositivismiin ja Kaarlo Tuorin kriittiseen tulkintaan siitä. Tämä kysymys on kommentaarini keskiössä.

2. Looginen positivistisi Kelsen

Hans Kelsenin puhdas oikeusoppi on puhdas järjestelmätiede. Normatiivinen oikeusjärjestys ymmärretään siinä itseensä sulkeutuvana kokonaisuutena. Kaarlo Tuori kutsuu sitä näkemykseksi oikeudesta ”mustana laatikkona”.¹ Tuori panee merkille, että Kelsenin (aksiomaattisesti) itseensä sulkeutuvassa järjestelmäajattelussa oikeuden pluralismi alistetaan ykseydelle solipsistisesti. Kelsen on auuliisti myöntänyt tämän. Hän on jopa todennut, että valtionsisäisen oikeusjärjestyksen primaattia voidaan kutsua valtiosubjektivismiksi, jopa valtiosolipsismiksi. Valtionsisäinen oikeusjärjestyshän oikeuskatsomuksena ilmentää subjektivistista maailmanselitystä.² Näin sanoessaan Kelsen ei silti sitoudu mihinkään määrättyyn ontologiseen näkemykseen (oikeus)todellisuudesta. Tuori taasen puhuu oikeuden kolmesta olemassaolon muodosta normatiivisena oikeusjärjestyksenä sekä ensimmäisen ja toisen kertaluvun sosiaalis-oikeudellisina käytäntöinä.³ Tiukkana loogisena positivistina Kelsen halusi hylätä kaikki ontologiset tulkinat. Hänen mielestään ne lähinnä hämärsivät puhdasta oikeusoppia.

Hans Kelsen ei ollut millainen positivistisi tahansa. Kelsen kehitti puhdasta oikeusoppiaan Wienin piirin loogisen positivismin hengessä. Hänen voi katsoa allekirjoittaneen sen kolme keskeistä teesiä. Ne olivat (1) näkemys, jonka mukaan tieteellisten teorioiden formaalis-looginen rakenne voidaan avata niiden sisällöstä riippumatta; (2) näkemys, jonka mukaan tieteellisten väittämien totuusarvo ja merkitys perustuvat havaintojen ja kokemuksen varaan, vaihtoehtoisesti ne ovat tautologioita, ja (3) näkemys tieteen universaalisuudesta, joka ylittää tieteenalojen rajat. Ilman muuta Kelsen noudattaa näitä periaatteita puhtaassa oikeusopissaan.

Puhtaan oikeusopin oikeuslauseet ovat formaalisti rationaalisia niiden sisällöstä riippumatta. Kelsen ei anna sisällöllisten argumenttien häiritä puhtaan oikeusopin formaalis-logista päättelyä oikeusnormistossa. Se on rakenteeltaan aksiomaattisesti hierarkkinen. Tämän hierarkkinen rakenteen tehtävänä on taata

1. Kaarlo Tuori, *Properties of Law. Modern Law and After*. Cambridge University Press 2021, s. 39, 205–214.

2. Hans Kelsen, *Puhdas oikeusoppi*. WSOY 1960, s. 359–362.

3. Tuori 2021, s. 7.

normatiivisen oikeusjärjestyksen autonomia ja sen pätevyys. Sen totuusarvon ja merkityksen takaa hierarkian huippuna oleva perusnormi (Grundnorm). On selvää, ettei perusnormin merkitystä voida kokeellisesti tai havaintojen perusteella taata. Kelsen itsekin tekee tämän selväksi toteamalla, ettei oikeuslauseiden pätevyyttä voida testata todellisuudessa.⁴ Kun oikeuslause kuvaa jotakin ”pitämistä”, siitä ei seuraa, että kuvattu olisi tosiasia. Vaihtoehdoksi jää se mahdollisuus, että perusnormin totuusarvo ja merkitys ovat tautologisia. Kelsen tunnustaa itsekin tämän vaihtoehdon relevanssin. Hän toteaa, että jos positiivis-oikeudellisen valtiosäännön katsottaisiin syntyvän ”tavan” avulla, minkä hän hylkää, silloin ajauduttaisiin päättelykehään (*petitio principii*). Tässä tapauksessa tapa olisi tulkittava oikeutta luovaksi tosiseikastoksi.⁵ Tautologinen kehäpäättely ei häivy kuvasta, vaikka tapojen sijasta puhuisimme oikeusnormien kielellä, kuten Kelsen itse tekee: normin olemassaolon perustana voi olla vain toisen normin olemassaolo.⁶ Tällä tavoin liikumme normien päättymättömässä ketjussa. Kelsen tarjoaa tämän kehäpäättelyn ratkaisuksi eli katkaisemiseksi perusnormia. Perusnormin hän tulkitsee Kantin tietoteorian analogian mukaisesti normatiivisen päättelyn transsendentaalis-loogiseksi edellytykseksi.⁷

3. Kiintopisteen varassa

Vaikka Immanuel Kantia pidettäisiin positivismin esi-isänä – jollaiseksi Auguste Comte häntä luonnehti – Kelsenin ratkaisuja ei voida laittaa Kantin nimiin. Kelsenin ratkaisut ovat nimenomaan Wienin piirin loogisen positivismin mukaisia. Niiden taustalla voidaan erottaa myös näkemys tieteenalojen erot ylittävästä tieteen universaalisuudesta. Tämä ilmeni hänellä eritoten matemaattisen ajattelun arvostuksena. Kelsenin ajattelua ja ratkaisuja ohjasi epäilemättä hänen syvästi kiinnostuksensa matematiikkaan ja fysiikkaan. Myöhemmällä iällään hän korosti matematiikan suurta merkitystä nuoruudessaan ja jopa pahoitteli sitä, ettei sittenkään valinnut matematiikkaa elämänurakseen. Varsinkin Husserlin vaikutus hänen ajatteluunsa oli merkittävä. Lisäksi tiedämme, että eräät hänen oppilaistaan, kuten nimenomaan Felix Kaufmann, ovat todella vakavasti pohtineet matematiikan ja oikeustieteen välistä suhdetta.

Kelsenin matemaattisella kiinnostuksella ei tietenkään voida selittää hänen perusnormin varaan rakentuvaa oikeusopillista ratkaisuaan. Siitä huolimatta on

4. Kelsen 1960, s. 88–89.

5. Kelsen 1960, s. 244.

6. Kelsen 1960, s. 207–208.

7. Kelsen 1960, s. 215–216.

hämmästyttävää, kuinka yhdenmukaisesti siinä edetään määrätyn matemaattisen eksistenssitodistelun kanssa. Perusnormia voidaan ajatella Arkhimedeeseen pisteenä, siis sellaisena kiintopisteinä, jonka varassa koko hierarkkinen oikeusjärjestys voi tukevasti seisoa. Kelsen tuntuu pyytävän sitä samaa, mistä René Descartes kirjoittaa toisessa mietelmässään: ”Arkhimedes pyysi vain kiinteää ja liikkumatonta pistettä siirtääkseen koko maailmaa; niin minäkin voin toivoa suuria, jos löydän edes jotain aivan pientä, joka on varmaa ja horjumatonta.”⁸ Descartesin keksintö egostaan ajattelemansa maailman keskipisteinä ilmenee myös Kelsenin puheessa valtiosolipsismista.

Itseensä sulkeutuva normatiivinen oikeusjärjestys voitaisiin metaforisesti ajatella ympyränmuotoisena kiekkona tai pallona, joka on valmistettu sellaisesta kumimaisesta materiaalista, jonka puristelu ja taivuttelu on helppoa. Jos lisäksi oletetaan, että puristelun ja taivuttelun aiheuttamat kiekon tai pallon muodonmuutokset ovat sellaisia, joissa mikään niihin kuuluva piste ei ylitä ulkopiiriään, matemaattisesti voidaan vaikkapa Brouwerin kiintopisteteoreeman avulla todistaa yksi fakta. Sen mukaan kaiken tämän muuntelun jälkeenkin näistä suljetuiksi järjestelmiksi ajateltavista kappaleista löytyy aina yksi paikkaansa vaihtamaton piste. Tämä on se kuuluisa kiintopiste, jollainen perusnormin voidaan ajatella olevan.⁹ Näin ajateltuna haastava kysymys muutoksesta on voitu vangita järjestelmän sisäiseksi asiaksi, siis ilmiöksi, jonka ei anneta häiritä järjestelmän sisäistä järjestystä. Kaikki vakavat häiriötekijät voidaan tulkita eräänlaisiksi järjestelmän ulkopuolella oleviksi ulkoisvaikutuksiksi. Tällä tavoin järjestelmän sisäiseksi kesytettyä muutosta voidaan lähestyä ja käsitellä asteittaisena ja maltillisena, jolloin kaikki puhe radikaaleista katkoksista ja muutoksesta, kuten siitä puhujat, voidaan siirtää järjestelmän ulkopuolelle. Tämä näkemys vastaa mielestäni hyvin myös Kelsenin puhdasta oikeusoppia järjestelmätieteenä, jonka ehdoton kiintopiste on sen perusnormi.

4. Järjestelmäteoria vai regiimiteoria

Vailla lainoppineen kaksoiskansalaisuutta olen edellä edennyt varsin vapaasti leijuvana kommentaattorina. Omasta näkökulmastani siirtymä oikeusjärjestyksestä oikeusjärjestelmään (skandinaavisessa mielessä), jota Tuori on pitänyt nimen-

8. René Descartes, *Mietiskelyjä ensimmäisestä filosofiasta*. Teokset II. Gaudeamus 2002, s. 37.

9. Richard Courant – Herbert Robbins, *What Is Mathematics? An Elementary Approach to Ideas and Methods*. Oxford University Press 1978, s. 251–255.

omaan professionaalisen oikeuskulttuurin tehtävänä¹⁰, nostaa esiin monia kysymyksiä. Olen luonnehtinut Kelsenin puhdasta oikeusoppia niin järjestystieteeksi kuin järjestelmätieteeksi, vaikka hänen formaalis-rationaalisessa ajattelussaan niiden välillä ei ole varsinaista eroa – toisin kuin tuossa skandinaavisessa mielessä, johon Tuorin edellä oleva huomio viittaa. Tämä ero on mielestäni tärkeä siltä kannalta katsottuna, miten Tuorin oma oikeusteoria suhteutuu Kelsenin oikeusoppiin. Teoksessaan *Properties of Law* Tuori ei halua käyttää oikeusjärjestelmän käsitettä sen järjestelmäteoreettisen painolastin vuoksi. Hän käyttää käsitettä vain viitattaessaan varsinaisiin järjestelmäteoreetikoihin, kuten Niklas Luhmanniin.¹¹

Puhuessaan oikeudesta kaikissa kolmessa muodossaan Tuori käyttää oikeusregiimin käsitettä. Hänen esittämänsä ideaalityyppinen moderni valtio-oikeus kuvaa oikeusregiimiä (legal regime), jossa pintatason oikeudellinen järjestys tukeutuu sitä syvemmällä oleviin oikeuskulttuurin kerrostumiin. Niitä ovat ensimmäisen kertaluvun sosiaalis-oikeudelliset käytännöt ja toisen kertaluvun oikeudellisesti erikoistuneet käytännöt.¹² Tuori käyttää systemaattisesti oikeusregiimin käsitettä teoksessaan. Hän ei silti missään täsmennä sitä, mitä oikeusregiimin käsitteen valinta merkitsee hänen oman oikeusteoriansa kannalta. Hän luopuu oikeusjärjestelmän käsitteestä välttääkseen järjestelmätieteen itseviitauksellisuuden ja kehäpäätelyn ansat. Mutta onko regiimiteoria sitten Tuorin oma vaihtoehto järjestelmätieteelle? Kysehän voisi olla niin sanotusta oikeuden regiimiteoriasta – tai jopa oikeuden funktionaalisesta regiimiteoriasta – joka operoi sekä oikeusinstituution että välineeksi (*medium*) tulkitun oikeuden käsitteillä. Juuri silloin keskeisessä asemassa on puhe oikeuden eri funktioista ja sosiaalis-oikeudellisista käytännöistä kuin myös subjektien sosiaalis-oikeudellisista rooleista. Niihin taasen liittyvät oikeuden subjekteille asettamat odotukset.¹³ Regiimiteorioille onkin luonteenomaista instituutioiden, normien, sääntöjen, subjektien roolien ja odotusten merkityksen painottaminen. Esimerkiksi niin sanotussa kansainvälisten suhteiden regiimiteoriassa regiimien nähdään koostuvan instituutioista, joiden sisältämät normit, säännöt ja proseduurit mahdollistavat subjektien odotusten yhteensulautumisen ja siten järjestyksen ja tasapainon saavuttamisen.

Positivismin näkökulmasta oikeuden regiimiteoria voisi olla siinä mielessä hedelmällinen teoria, että se saattaisi mahdollistaa ennustamisen, siis ennustuksen, subjektien odotusten yhteensulautumisesta ja siten järjestyksen saavuttamisesta. Tätähän voitaisiin käytännössä koetella ja todellisuudessa testata. Mutta

10. Kaarlo Tuori, *Validity, Legitimacy, and Revolution*, s. 359–379 teoksessa Lars D. Eriksson – Samuli Hurri (eds), *Dialectic of Law and Reality. Readings in Finnish Legal Theory*. University of Helsinki 1999, s. 370–371.

11. Tuori 2021, s. 11, 27, 41–42.

12. Tuori 2021, s. 31.

13. Tuori 2021, s. 79.

tästä ei ole kysymys sen paremmin Kelsenin oikeusopissa kuin Tuorin oikeusteoriassa. Kelsen viittasi kriittisesti siihen, kuinka amerikkalaiset oikeusrealistit suhtautuivat oppiinsa ennustetieteenä (siitä, miten tuomioistuimet käyttäytyvät).¹⁴ Tuori puolestaan viittaa samantapaiseen tavoitteeseen ja pätevyysväittämään puhuessaan skandinaavisista oikeusrealisteista.¹⁵

5. Kuinka olla oikeassa itsestään?

On paradoksaalista, että positivismiksi itseään kutsuva oppisuunta, kuten Kelsenin puhdas oikeusoppi, lähtökohtaisesti katsoo väittämiensä olevan todellisuudessa testaamattomia, siis niissä käytännöissä, joissa lakia sovelletaan. Toki Kelsenin oikeusajattelun lähtökohtana on tiukka erottelu ”olemisen” ja ”pitämisen” maailmojen välillä, tosiasioiden ja (oikeus)normien välillä, kausaation ja imputaation välillä. Silti hän myöntää itsekin, ettei rajan vetäminen oikeustieteen ja oikeussosiologian välille ole aina kristallinkirkas – kuten hän on korostanut esimerkiksi kirjassaan *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* (1911). Joka tapauksessa hän katsoo, että puhtaan oikeusopin kohde sijoittuu täydellisesti ”pitämisen” maailmaan, ei ”olemisen” ja kausaation alaisuuteen. Tästä asiasta hän on kirjoittanut syvällisesti kirjassaan *Vergeltung und Kausalität* (1941) samoin kuin *Manuskriptissaan* (15.5.1959) ja sitä koskevassa kirjeenvaihdossaan Ulrich Klugin kanssa. Siitä on pieni kirjanen *Rechtsnormen und logische Analyse* (1981).

”Pitämisen” maailmassa liikutaan Kelsenin mukaan ”olemisen” maailman ulkopuolella. Oikeus normatiivisena ilmiönä on riippumaton sosiaalisista tosiseikoista, eikä siten olla niillä testattavissa. Tämä ei, yllättävää kyllä, Kelsenin mielestä tarkoita sitä, että oikeustiede ja luonnontiede olisivat toisilleen vastakkaisia. Päinvastoin universaalitieteen hengessä Kelsen tuntee rinnastavan täysin oikeustieteen luonnontieteeseen. Niinpä hän puhuu oikeuslaista luonnonlain analogiana. Hän viittaa sillä oikeuslauseeseen, joka kuvaa oikeusjärjestyksen yleisiä normeja ja niiden jäsentämiä funktionaalisia suhteita.¹⁶ Oikeuslause on Kelsenin mukaan objektiivinen kuvaus ”pitämisestä”. Se lausuu luonnonlain tavoin kahden tosiseikaston välisen kytkennän, niiden välisen funktionaalisen suhteen.¹⁷ Tämän se lausuu imputaation kielellä – kuinka tietty seuraamus juon-

14. Kelsen 1960, s. 97.

15. Tuori 2021, s. 63.

16. Kelsen 1960, s. 90–91.

17. Kelsen 1960, s. 89–90.

tuu tietystä ehdosta. Kyse ei ole kausaatiosta kuten luonnontieteessä, jossa tietty vaikutus seuraa tietystä syystä.

Mitä edellä sanottu sitten tarkoittaa puhtaan oikeusopin positivismin kannalta? Juuri tämä liittyy siihen formaalis-rationaaliseen tarkastelutapaan, jolla Kelsen rakentaa oikeusoppiaan perusnormin kiintopisteen varassa ajatuksellisenä esikuvanaan matematiikka. Kelsen on positivistisesti nimenomaan Wienin piirin hengessä. Hän päätelee deduktiivisesti lähtien valikoiduista aksioomeista (perusnormista). Hän rakentaa niiden varaan merkitykseltään ja totuusarvoltaan tautologisen järjestelmän. Tämä ei suinkaan estä häntä tekemästä uutta luovia, jopa kumouksellisia, keksintöjä. Mutta siitä seuraa se, ettei hänellä ole mitään tarvetta yrittää todistella väittämiensä pätevyyttä käytännössä. Niitä voidaan pitää jopa ajatuskategorioilla operoivana ajatuskokeena. Kelsenin oikeuspositivismi onkin varsin erilaista positivismia kuin sellainen positivismi, jossa teorioiden ja tieteellisten väittämien pätevyyden kriteerinä pidetään nimenomaan sitä, kuinka hyvin niitä voidaan testata ja koetella käytännössä. Kelsen ei kuvaa mitään historiallisesti määrättyä oikeutta. Hän on luonut eräänlaisen puhtaudessaan ja loogisessa johdonmukaisuudessaan ideaalisen oikeuden, joka on voimassa lähinnä virtuaalisesti. Siinä kuvauksessa oikeusnormit pitämisenormeinä eivät ole tietenkään tosia tai epätosia, ne vain ovat tai eivät ole voimassa.¹⁸ Puhdas oikeusoppi oikeustieteenä kohdistaa huomionsa oikeusnormeihin merkityssisältöinä eikä suinkaan minään tosiseikkoina. Näin se voi sulkea silmänsä myös oikeusnormien tahtomiselta ja hyväksynnältä.¹⁹ Kaikkein tärkeintä Kelsenin loogis-positivistisessa päättelyssä on kiinnipitäminen oikeustieteen oikeuslauseiden ja oikeusjärjestyksen oikeusnormien välisestä erosta.²⁰ Tämä takaa sen, ettei oikeustieteen oikeuslauseiden totuusarvoa tarvitse tai voida testata käytännössä, koska ne ovat merkitykseltään tautologisia.

6. Oikeusjärjestyksen tehokkuudesta

Pystyykö Kelsen sitten oikeuspositivistina ohittamaan kysymyksen oikeusopin pätevydestä käytännössä? Tässä kohdassa Tuori tekee pesäeroa Kelseniin. Tämä on myös syy, miksi olen edellä laittanut niin paljon painoa Kelsenin oman oikeusopin kuvaukseen – jättäen Hartin tässä tietoisesti sivuun. Tämän kommentaarini kohteena on toki Tuorin teos *Properties of Law*, mutta siihen päästäkseni minun on vieläkin sanottava pari sanaa Kelsenistä. Kelsenin loogis-positi-

18. Kelsen 1960, s. 82.

19. Kelsen 1960, s. 115.

20. Kelsen 1960, s. 89.

vistisen päättelyn ratkaiseva tunnusmerkki löytyy oikeustieteen oikeuslauseesta, joka – olematta imperatiivi – kuvaa ”pitämistä” objektiivisesti arvostelmana vaikei olevaisena tosiasiana.²¹ Oikeustieteen oikeuslauseet ovat eräänlaisia teorian sisäisiä ajatuskategorioita, oikeusnormien funktionaalisia järjestysperiaatteita. Ne pyrkivät esittämään oikeuden sellaisena kuin se voi olla voimassa puhtaasti ajatuksellisesti. Niinpä oikeustieteen oikeuslauseiden on tuotava ilmi oikeusjärjestyksen voimassaolo, siis sen erityinen, abstrakti mieli, jossa oikeusjärjestyksen oletetaan vaikuttavan vallanalaisiin yksilöihin, heidän odotuksiinsa ja siten käyttäytymiseen.²² Näin tehdessään puhdas oikeusoppi perusnormi kiintopisteenään katsoo voivansa samalla todistaa olemassa olevan oikeusjärjestyksen pätevyuden.

Kelsen korostaa, että oikeusjärjestyksen pätevyys, sen validiteetti, on eri asia kuin sen tehokkuus. Oikeusjärjestyksen tehokkuus on kyllä sen voimassaolon ehto, mutta se ei ole voimassaolo itse, jota oikeuslauseilla kuvataan. Mutta pysyykö Kelsen pitämään oikeusjärjestyksen pätevyuden ja sen tehokkuuden täysin toisistaan erillään, mikä vastaisi eroa ”pitämisen” maailman ja ”olemisen” maailman välillä? Aivan aiheesta Kaarlo Tuori arvelee, ettei tämä ole mahdollista. Kelsen myöntää tämän itsekin vastentahtoisesti: ”Oikeusjärjestys ei kuitenkaan menetä voimaansa sillä, että jokin yksittäinen oikeusnormi menettää tehokkuutensa, siis ettei sitä sovelleta ollenkaan tai ainakaan yksittäistapauksessa. Oikeusjärjestys katsotaan päteväksi, jos sen normit ovat pääpiirtein tehokkaita eli jos niitä pääpiirtein noudatetaan ja sovelletaan.”²³

Tuori korostaa, että Kelsenin tekemät rajanvedot ”olemisen” ja ”pitämisen” välillä tekivät hänelle mahdottomaksi johtaa oikeudellista pätevyyttä (legaalista validiteettia) missään muodossa oikeusjärjestyksen tehokkuudesta tai sen sosiaalisesta hyväksyttävyydestä. Hänen mukaansa pätevyyttä ja tehokkuutta ei saanut sekoittaa toisiinsa. Tämän sanottuaan Tuori toteaa, ettei Kelsen kuitenkaan voinut jättää huomiotta niiden yhteyttä.²⁴ Tuorin mukaan oikeusjärjestyksen formaali validiteetti ja tehokkuus empiirisenä validiteettina liittyvät välillisesti toisiinsa, kun taasen oikeustieteen puheaktien validiteetti on luonteeltaan substantiaalista.²⁵

21. Kelsen 1960, s. 88–89.

22. Kelsen 1960, s. 88.

23. Kelsen 1960, s. 230.

24. Tuori 2021, s. 59.

25. Tuori 2021, s. 121, 166, 173.

7. Yhteiskunta oikeudessa

Oikeusjärjestyksen tehokkuutta koskeva kysymys suhteessa sen validiteettiin, samoin kuin lainsäätäjän subjektiivisen tahdon objektiiviseksi tahdoksi kääntämistä koskeva kysymys (oikeuden lähteistä ja alkuperästä) yhdistyneenä perusnormin taustalla olevaan kehäpäätelyn ansaan²⁶, ovat eräitä niitä Kelsenin ja osin Hartin oikeusopin ongelmakohtia, jotka ovat kannustaneet Tuoria hakeutumaan ulos tällaisesta itseensä sulkeutuvasta järjestystieteestä järjestelmätieteeseen.²⁷ Ulospääsytien tarjoaa nimenomaan se oikeuden niin sanottu sosiaalinen ulottuvuus, jonka Kelsen taasen halusi sulkeistaa oikeusoppinsa ulkopuolelle. Lisäksi Kelsen korostaa ehdotonta eroa oikeuden ja moraalien välillä. Omassa oikeusteoriassaan Tuori lähtee siitä, että ollakseen voimassa normatiivisena oikeusjärjestyksenä oikeus ei voi palautua yksin oikeusnormeihin. Siinä on kysymys myös ”sosiaalisesta”, tarkemmin sanottuna sosiaalis-oikeudellisista käytännöistä.²⁸

Modernin valtio-oikeuden ymmärtämiseksi tarvitaan relationaalista otetta, jossa oikeuden normatiivisuus ja sosiaalisuus suhteutetaan toisiinsa. Tämä on yksi Tuorin oikeusteorian keskeisiä lähtökohtia. Hänen oikeusteoriaansa ei tule kuitenkaan sekoittaa erilaisiin niin sanottuihin oikeus ja yhteiskunta- tai oikeus yhteiskunnassa -oppisuuntiin, joiden tarkoituksena on tarkastella oikeutta yhteiskunnallisena ilmiönä eikä niinkään yhteiskuntaa oikeudellisena ilmiönä. Tuori puolestaan lähestyy niin sanotusti yhteiskuntaa oikeudessa. Hän kutsuu tutkimusotettaan kriittisesti positivistiseksi, koska sen lähtökohtana on oikeuden positiivisuus. Voidaan silti kysyä, tekeekö tämä siitä vielä positivistista. Käsitteellinen, joskin kriittinen, kiinnittyminen Kelsenin ja Hartin teoriaperinteeseen korostaa toki opillisesti sen positivistista luonteenlaatua, muttei välttämättä metodologisesti. Tuorin oikeuspositivismin kritiikki ilmenee jo siinä, että perusnormin merkitys kyseenalaistetaan oikeusjärjestyksen voimassaolon ja pätevyyden transsendentaalisena takaajana. Lisäksi normatiivisuuden ohella vaaditaan tunnustamaan oikeuden ”sosiaalisuus” ja oikeuden pintatasoa syvemmät oikeuskulttuuriset kerrostumat. Siinä luovutaan lain ja moraalien ehdottomasta erottelusta. Siinä tunnustetaan myös ei-valtiollisen lain olemassaolo, ja mikä tärkeintä, siinä ei lähestytä oikeutta suljettuna järjestelmänä.

26. Tuori 2021, s. 34.

27. Tuori 2021, s. 4.

28. Tuori 2021, s. 5.

8. Mitä on nimen takana?

Tuorin teos *Properties of Law* on hyvä todistus siitä, kuinka oikeuspositivismin kritiikki toimii. Mutta onko hänen oikeusteoriaansa syytä kutsua kriittiseksi positivismiksi? Tämä on toki hänen oma valintansa. Loogisen positivismin kaltaisesta aksiomaattisesta mallinnuksesta siinä ei varmasti ole kyse. Mutta positivismilla on monta nimeä ja tällä nimellä voi olla monia kantajia. Kelsenin omankin oikeusopin loppupuolelta löytyy pohdinta, joka muistuttaa siitä positivismin opinkappaleesta, jonka mukaan teorioiden ja tarkastelutapojen valinta on olennaisesti todellisuudesta riippumaton seikka. Sen mukaisesti emme voi koskaan varmasti tietää, mitä todellisuus on. Vertaamalla kansainvälisen ja valtionsisäisen oikeuden monistisia konstruktioita (primaatteja) keskenään kahtena erilaisena viitejärjestelmänä, kuin heliosentristä ja geosentristä maailmankuvaa, Kelsen päätelee tällaisten formulointien eron, jopa vastakohtaisuuden, olevan positivistille sivuseikka.²⁹ Kysymys on vain kahdesta valinnaisesta tarkastelutavasta, joiden sopivuus ja pätevyys riippuvat yksinkertaisesti siitä, kuinka hyvin ne täyttävät tarkoituksensa. Kelsen ei tietenkään yhdistä oman tautologisen oppinsa tarkoitusta sen kanssa, kuinka hyvin se on testattavissa käytännössä. Mutta moni muu positivistinen tieteenekijä on nimenomaan korostanut tämän seikan eli tarkoituksen merkitystä. Esimerkiksi Stephen Hawking, tai vaikkapa taloustieteilijä Milton Friedman, on sanonut sen selväsanaisesti ääneen: tutkija voi valita teoriansa mielin määrin, ratkaisevaa on se, kuinka hyvin valitun teorian avulla voidaan esittää käytännössä testattavia ja todistettavia väittämiä.

Vastaako tai kuvaako teoria todellisuutta sitä valittaessa tai konstruoidessa, on positivistille sivuseikka. Hänen mukaansa tieteenekijän ei tarvitse ottaa tähän kantaa. Tämä asia tulee erinomaisen kiinnostavalla tavalla esiin siinä keskustelussa, jota astrofysikot Stephen Hawking ja Roger Penrose kävivät keskenään kirjassaan *The Nature of Space and Time* (2000). Penrosen näkökannasta poiketen Hawking ei pidä mitenkään relevanttina kysymystä siitä, vastaako Schrödingerin kissan olotila puoliksi elävänä ja puoliksi kuolleena (kvantti) todellisuutta vai ei. Hawking korostaa olevansa positivistinen, ja sen tähden hän pitää merkitysettömänä kysymystä siitä, vastaako hänen konstruoidunsa teoria tai matemaattinen malli todellisuutta vai ei, hän kun ei tiedä, mitä todellisuus on. Tärkein asia, mitä teorialta voidaan edellyttää, on se, että sen väittämät ja ennusteet vastaavat havaintoja. Hawking nimittää Penrosea platonistiksi sillä perusteella, että Penroselle todellisuuden ohittaminen ei ole mikään sivuseikka. Penrose puolestaan tarkentaa, ettei hän ole platonisti, hän on (tieteellinen) realisti. Tapa, jolla Penrose täsmentää näkökantansa, on mielestäni hyvin valaisevaa myös Tuorin sanoutumiselle irti Kelsenin ja Hartin positivismista. Penrose täsmentää, että

29. Kelsen 1960, s. 360–361.

olipa todellisuus millainen tahansa, tieteentekijän on tehtävä itselleen selväksi, kuinka todellisuuden voi käsittää eli kuinka sitä voi lähestyä, jotta voimme sitä ylipäänsä havainnoida. Tämän takia meillä on Penrosen mukaan oltava toinen tai molemmat seuraavista: (1) kokemuksen teoria ja (2) käyttäytymisen teoria.³⁰

9. Käytännöt ja puheaktit oikeusteoriassa

Kaarlo Tuori esittää mielestäni varsin samankaltaiset kysymykset Hans Kelsenille kuin Roger Penrose esittää Stephen Hawkingille. Jos oikeusjärjestyksen tehokkuutta pidetään Kelsenin kiertelyistä huolimatta sen validiteetin kannalta relevanttina, varsinkin jos sen testattavuutta pidetään käytännössä mahdollisena, siis empiirisenä validiteettina, tämän päättelyn perustelemiseksi tarvitaan ”kokemisen teoria”, siis selvitys siitä, miten oikeussubjektit kokevat ja havaitsevat oikeusnormit käytännössä odotuksina. Tarvitaan myös ”käyttäytymisen teoria”, siis selvitys siitä, kuinka oikeusnormien soveltaminen käytännössä tapahtuu oikeussubjektien käyttäytymisenä. Nähdäkseni Tuorilla puheaktiteoria tarjoaa avaimet ”kokemuksen teoriaksi” ja käytäntöteoria taasen tarjoaa mallin ”käyttäytymisen teoriaksi”. Mikäli tämä tulkintani pitää edes jossain määrin paikkansa, hyvästä syystä voidaan kysyä, astuuko Tuori näillä ratkaisuillaan (tieteellisen) realismin maaperälle. Toki olisi mahdollista väittää, että immanentti kritiikki tässä vain vaihtuu paljastavaksi kritiikiksi, jolloin Tuori voi väittää edelleen seuraavansa Kelsenin jalanjälkiä. Kelsen nimittäin korostaa sitä, että tieteellä on immanenttina pyrkimyksenään tutkimuskohteensa paljaaksi riisuminen.³¹

Puheaktiteorian sekä sosiaalisen käytäntöteorian soveltaminen oikeusregiimin, ja nimenomaan normatiivisen oikeusjärjestyksen pintatasoa syvemmän oikeuskulttuurin käytäntöjen analysoimiseksi, on askel ulos siitä oikeutta kuvaavasta järjestelmämallista, jota Kelsenin solipsistinen oikeusoppi edustaa. Tuori korostaakin sitä, että modernia valtio-oikeutta ei voida rakentaa yksinomaan oikeusnormien varaan hierarkiana. Siinä on kysymys myös ”sosiaalisesta” ja ”yhteiskunnallisesta”, siis sosiaalis-oikeudellisista käytännöistä. Ilman niitä normatiivinen oikeusjärjestys ei toimisi käytännössä eikä sen pätevydestä ja tehokkuudesta voitaisi puhua realistisesti.³² Tämä on samalla tieteenfilosofinen kannanotto teorian todenperäisyyden perusteista, mutta se ei sinänsä kerro itse

30. Stephen Hawking – Roger Penrose, *The Nature of Space and Time*. Princeton University Press 2000, s. 3–4, 121, 128, 134–135.

31. Kelsen 1960, s. 119.

32. Tuori 2021, s. 6–7.

teorian sisällöstä. Tuorin oikeusteoriaa ohjanneet metodologiset valinnat selittävät paremmin, miten hän on teoriaansa rakentanut.

10. Metodologia avuksi

Nostan esiin muutamia metodologisia periaatteita, jotka lukemani perusteella ovat olleet Tuorille keskeisiä hänen rakentaessaan oikeusteoriaansa. Voin samalla esittää jokaisesta sellaisen kriittisen kysymyksen, joka Tuorin omia ratkaisuja haastamatta panee miettimään niiden merkitystä ja vaihtoehtoja. Tuorin ensimmäinen metodologinen valinta on hänen ideaalityyppinen esityksensä modernista valtio-oikeudesta. Siinä suljetaan tietoisesti pois monia oikeuteen vaikuttavia seikkoja. Koska siinä toimitaan pitkälti Weberin päättelymallin mukaisesti, jälleen kerran voisi kysyä, otetaanko siinä sivuaskel oikeuspositivismista. Ja miten siinä esityksen edetessä puretaan idealisointeja, vai puretaanko niitä muuten kuin transnationaalisen oikeuden tapauksessa?

Tuorin tekemistä metodologisista valinnoista on toiseksi mainittava relationalismi. Se tarkoittaa hänellä nimenomaan normatiivisuuden ja sosiaalisuuden suhteen pohdintaa. Tämä edellyttää syventymistä oikeuskulttuuriin. Ensimmäisen ja toisen kertaluvun sosiaalis-oikeudellisia käytäntöjä erittelemällä voidaan täydentää kokonaiskuvaa oikeusregiimistä. Nämä käytännöt tukevat normatiivista oikeusjärjestystä. Mutta miksei sitten oikeuden ja poliittisen suhdetta pohdita myös oikeuskulttuurin tasolla! Poliittista ei tule redusoida politiikkatoimiksi (policy). Lisäksi periaatteita voitaisiin tarkastella myös suhteessa poliittiseen. Ja miten funktionalistinen tarkastelutapa ja siihen liittyvä puhe subjektien rooleista sopivat yhteen relationalismin kanssa?

Kolmanneksi on ilmeistä, että Tuorin oikeusteoreettisessa päättelyssä nojataan vahvasti kaksijakoihin eli dikotomioihin ja erotteluihin eli distinktioihin. Hän ei kuitenkaan halua tulkita niitä vastakohtina. Hänelle on keskeistä niiden välinen suhde ja se, kuinka ne välittyvät keskenään. Tuori puhuu tässä yhteydessä dialektiikasta, jota hän kuvaa erojen välittäjänä (dialectic of distincts). Tämä menettelytapa noudattaa relationalismia. Sen ansio on asioiden tulkinta niiden keskinäisten suhteiden ja välitysten näkökulmasta. Silti on paikallaan kysyä – aivan kuten Antonio Gramsci kysyi Benedetto Crocelta – sitä, että eikö käsitettä dialektiikka käytetä tässä jossain määrin poikkeavasti. Dialektiikassahan on kyse vastakohtista eikä vain eroista. Siinä on kysymys ristiriidoista ja niiden aikaansaamasta liikkeestä ja muutoksesta. Kysymys on olennainen ainakin Hegelin ja Marxin perinnön näkökulmasta. Tuori tuntuu oikeusteoriassaan sulkeistaneen tarkastelunsa ulkopuolelle sekä politiikan että ylipäänsä yhteiskunnallisista vastakohtista ja eturistiriidoista kumpuavan kamppailun ja sen merkityksen. Kyse

ei ole vain lakia säätävästä vallasta (constituent power), jonka merkityksen Tuori huomioi ”lainsäätäjän tahtona”. Siinä on kysymys myös niistä riidoista ja kamppailuista oikeuskulttuurissa, jotka voivat vaikuttaa lakien syntyyn, tulkintaan ja soveltamiseen.

Perspektivismi on, neljänneksi, keskeinen metodologinen ohjenuora Tuorin oikeusteoriassa. Siinä on kyse niin sanotusta sisäsyntyisestä perspektivismistä eli oikeuden sisäisestä perspektivismistä.³³ Kysymys on siitä, kuinka sosiaaliset ja oikeudelliset toimijat käsittävät ja kokevat oikeusnormit sosiaalis-oikeudellisina käytäntöinä ja oikeudellisesti erikoistuneina käytäntöinä. Kysymys on siis ”kokemisen teorian” ja ”käyttäytymisen teorian” kuvaamista tilanteista. Tuori muistuttaa samalla Kelsenin omasta tulkinnasta, joka koskee legaalisten toimijoiden sisäistä näkökulmaa, heidän oikeutta koskevaa esiyymmärrystään. Hän arvostelee samalla Kelsenä siitä, että tämä tulkitsee oikeudellisen esiyymmärryksen pelkästään kognitiiviseksi eli episteemisesti. Hän pitää Kelsenin näkemystä epähistoriallisena transsendentaaliseen perusnormiin nojautuessaan. Mutta Tuori itsekkin korostaa eroaan sellaisiin tulkintoihin, joissa kyseenalaistetaan tämän oikeussubjektien esiyymmärryksen oikeudellinen puhtaus. Niinpä Tuori korostaa lähestymistapansa eroa oikeussosiologiaan ja niihin tulkintoihin, joissa ei pidetä tiukasti kiinni oikeuden sisäsyntyisestä perspektiivistä. Tämä rajanveto on käsitteellisesti ymmärrettävä. Mutta miten ihmeessä sosiaaliset subjektit voivat käytännössä rajata näkökulmansa puhtaan oikeudelliseksi?

Edellinen seikka liittyy Tuorin viidenteen metodologiseen valintaan, jonka mukaisesti hän kehittää oikeusteoriaansa reflektioteorian.³⁴ Kyse on oikeusoppineen itsereflektiosta. Se liittyy nimenomaan hänen sisäiseen esiyymmärrykseensä ja Selbstbeschreibungiin.³⁵ Tuori myöntää flirttailevansa tässä Niklas Luhmannin terminologialla, vaikka haluaakin pitää etäisyyttä tämän järjestelmätieteeseen. Oikeusoppineen itsereflektiosta voitaisiin toki puhua monesta muustakin teoreettisesta lähtökohdasta käsin. Joka tapauksessa se toimii hyvin Tuorin analysoimassa oikeuskulttuurin kontekstissa. Itsereflektion avulla oikeusoppinut voi tarkentaa oikeudellista esiyymmärrystään. Mutta voiko hän siihen vetoamalla perustella valintojensa ehdotonta paremmuutta? Ja voiko hän siihen vetoamalla liittoutua professionaalisesti samanmielisten kanssa? Vaarana voisi tällöin olla eräänlaisen professionaalisen ”eliittikartellin” (Ilkka Heiskasen termi) muodostuminen. Ehkäpä juuri siinä mielessä kuin Tuori puhuu EU-oikeuden yhteydessä yhteisestä legaalisesta syväkulttuurista? Kyse olisi tietenkin vallasta oikeudessa (power in law) ja hegemoniasta. Koska kysymys vallasta liittyy kritiikkiin, joka sekkin on kirjan metodologinen valinta, tässä kohdassa jäin miettimään, voiko tässä olla professionaalisesti kyse myös kriittisestä reflektiosta.

33. Tuori 2021, s. 22–28.

34. Tuori 2021, s. 268.

35. Tuori 2021, s. 26.

Pidän, kuudenneksi, metodologisena ratkaisuna sitäkin, että oikeuden perimmäisenä tehtävänä nähdään normatiivisen oikeusjärjestyksen turvaaminen³⁶ ja viime kädessä yhteiskunnallinen järjestys. Tuori korostaa, ettei oikeus voi olla vallankumouksellista. Sen ei silti tarvitse olla konservatiivista. Hän luonnehtii oikeuskulttuurissa tapahtuvaa muutosta lähinnä asteittaiseksi, reformistiseksi. Järjestyksen ylläpidon ohella oikeus voi, hänen mukaansa, olla myös voimaannuttavaa ja fasilitoivaa eikä vain regulatiivista. Se voi olla jopa emansipatorista. Nämä ovat kiinnostavia painotuksia, joiden merkityksen – ehkäpä viimeksi mainittua lukuun ottamatta – voikin lukea esiin kirjan sivuilta. Tämän metodologisen valinnan kohdalla jäin silti miettimään oikeusjärjestyksen takaamisen vaihtoehtoja tavoitteena. Se kun niin helposti houkuttelee tekemään oikeustieteestä järjestelmätieteen. Voisiko oikeuden perimmäisenä tehtävänä pitää vaikkapa yhteiskunnallisten (etu)ristiriitojen ja ongelmien ratkaisemista? Toki sekkin tavoite voisi toteutuessaan ylläpitää järjestystä. Mutta se ei lähtökohtaisesti antaisi ymmärtää, että oikeus on muusta yhteiskunnasta (suhteellisen) itsenäistynyt järjestelmä tai funktionaalinen regiimi, joka toimii omalakisesti.

11. Käytäntöteoria tyyppiteorianä

Olen edellä tyytynyt aivan yleispiirteisesti hahmottamaan sitä, kuinka Tuori jäsentää ja erittelee ideaalittyypisesti modernia valtio-oikeutta oikeusregiiminä, jossa oikeuden normativiteetti ja sen sosiaalisuus tukevat toisiaan. Siinä siis normatiivinen oikeusjärjestys oikeusnormineen ja sosiaalis-oikeudelliset käytännöt vahvistavat toinen toisiaan. Ideaalittyypisen tarkastelutapansa ansiosta Tuori soveltaa teoriassaan sellaisia näkökulmia, malleja ja käsitteitä, joiden ei tarvitse kuvata empiiristä todellisuutta eikä ihmisten ja instituutioiden havaittavaa käytäytymistä. Hän tekee tämän myös itse selväksi toteamalla, etteivät ideaalittyypit vastaa empiirisiin kysymyksiin mutta kylläkin helpottavat niiden muotoilemisesta.³⁷ Niinpä Tuori soveltaa oikeusopissaan keskimääräisyksilöiden varaan rakennettua käytäntöteoriaa sosiaalis-oikeudellisten ja oikeudellisesti erikoistuneiden käytäntöjen analyysissa. Sen tehtävänä on täydentää ja täsmentää oikeusnormien varassa olevan normatiivisen oikeusjärjestyksen kuvausta. On odotettua, että omassa normatiivisesti suljetussa oikeusopissaan Kelsen odotetusti käsittelee vain keskimääräisyksilöitä, siis ihmisiä yleensä ilman sen tarkempia yhteiskunnallisia määreitä. Tuorin oikeusopissa kyse on eri asiasta eli oikeuskulttuurin analyysistä. Niinpä puhe niin sanotuista sosiaalis-oikeudellisista me-rooleista

36. Tuori 2021, s. 147.

37. Tuori 2021, s. 185.

kuin kenen tahansa metaroolista oikeussubjektina³⁸ vaikuttaa kyllä tässä yhteydessä rohkealta idealisaatiolta. Toki oma näkökulmani on yhteiskuntatieteilijän näkökulma. Mutta eikö sitten oikeustiede ole yhteiskuntatiede?

Ideaalityyppinen tarkastelutapa ei välttämättä tarkoita sitä, että sosiaalisten käytäntöjen analyysissa filosofisen tyyppittelyn tulisi korvata yhteiskuntatieteellinen analyysi. Tuori on omassa sosiaalis-oikeudellisia käytäntöjä koskevassa analyysissään hyödyntänyt kahden filosofin, Raimo Tuomelan ja Theodore R. Schatzkin, mallinnuksia ihmisen sosiaalisuudesta ja ihmiselämästä yleensä.³⁹ Hän on lähestynyt ihmisten toimintaa ja ihmiselämää kuvaavaa sosiaalisuutta käytäntöjen kautta, käytäntöjen välittämänä. Tuori pitää tätä rohkeana teesinä⁴⁰, mutta mielestäni se on ihmistieteissä varsin yleisesti omaksuttu näkemys. Sitä ei tietenkään tarvitse omaksua Tuomelan ja Schatzkin kaltaisten filosofien mieltämällä yleiskatsauksellisella ja korkealentoisella tavalla. He päättelevät pelkien esimerkkien varassa, mikä on analyttisille filosofeille varsin tyyppillistä. Tärkeintä onkin täsmentää, miten sosiaalisten käytäntöjen katsotaan toiminnallisesti liittyvän yksilöihin, heidän ryhmiinsä ja ryhmittymiinsä, keskinäisiin suhteisiinsa ja instituutioihin. Kyse on aina yhteiskunnallisesta liikkeestä, jossa käytännöt elävät ja muuttuvat. Tuori on toki tehnyt sen aivan selväksi, ettei hänen tarkoituksensa ole ollut analysoida ”oikeutta yhteiskunnassa” tai ”oikeuden ja yhteiskunnan suhdetta”. Niinpä Tuorin loistokasta kirjaa olisi hyvä arvioida ja arvostella siltä kannalta, mitä siinä on tietoisesti tehty, ei niinkään siltä kannalta, mitä siinä on tietoisesti jätetty tekemättä.

Lienee sivuseikka, hyväksyykö Tuori Max Weberiin kohdistetun harhaisen arvostelun siitä, että tämä syylistyisi yksilön merkityksen ylikorostamiseen ”meidän” kustannuksella. On toki selvää, että voimme toimia joukossa, mutta mitä tämä joukossa toimiminen tarkoittaa, se onkin yhteiskuntatieteellisesti mutkikkaampi kysymys. Se ei suinkaan voi merkitä vain jonkinlaista ristiriidatonta olemista ”meinä muiden joukossa”, ikään kuin me kaikki olisimme saman klubin jäseniä. Aivan toisin kuin Tuomela ja Schatzki Max Weber on nimenomaan analysoinut valta-osuuksiemme merkitystä sille, mikä on asemamme yhteiskunnassa ja sen joukoissa ja miten voimme niissä sen mukaisesti toimia. Weberin näkemyksestä saa hyvän kuvan vaikkapa lukemalla hänen analyysiaan rahan roolista yhteiskunnassa siitä käytyjen kamppailujen näkökulmasta. Tämä näkemys on varsin vieras Tuomelan ja Schatzkin yhteisyysteorioille. Onneksi Tuori on ajatellut asiaa heitä pidemmälle.

Tuorin mukaan jäsenyyttämme joukossa voidaan määritellä sen roolin tai position kautta, joka subjektille muodostuu niiden normatiivisten odotusten myötä, jotka vastaavat määrättyä normatiivista käytäntöä, siis tiettyä sosiaalis-oikeudel-

38. Tuori 2021, s. 79.

39. Tuori 2021, s. 65.

40. Tuori 2021, s. 65.

lisesti normitettua käytäntöä. Näin Tuorille avautuu mahdollisuus luoda ja soveltaa käsitteistöä, joka liittyy toisiinsa yksilöt, normit, roolit, tyypit ja instituutiot käytäntöjen välittämällä. Tyypittelemällä sosiaalisia ja oikeudellisia käytäntöjä niiden normatiivisuuden mukaisesti voidaan luoda joukkoja, joiden jäseninä yksilöiden voidaan katsoa käyttäytyvän niitä vastaavien odotusten mukaisesti. Tällä tavoin oikeudelliset instituutiot, eräänlaisina abstraktien normien joukkona, voidaan ymmärtää suhteessa normatiivisesti tyypiteltyihin sosiaalis-oikeudellisiin käytäntöihin. Tuorin mukaan puhe oikeudellisista instituutioista on oikeusteoriassa aina puhetta abstrakteista tyypeistä.⁴¹ Käytäntöteoreettinen käsitteistö muodostaa hänellä myös lähtökohdan, tai ainakin liittymäkohdan, oikeudellisen puhunnan analysoimiseksi. Kun Tuori analysoi erikoistuneita oikeudellisia käytäntöjä puheakteina, kyse on nimenomaan puhunkäytännöistä.

Käytäntöteoria ja puheaktiteoria tarjoavat yhdessä vahvan teoreettisen perustan Tuorin omalle oikeusteorialle, joka Kelsenin ja Hartin oikeuspositivismista poiketen pureutuu normatiivisen oikeusjärjestyksen pintatasoa syvemmällä olevaan oikeuskulttuuriin. Tällä tavoin hän rakentaa perinteistä oikeuspositivismia monipuolisemman kuvan modernin valtio-oikeuden toiminnasta oikeusregiiminä. Minulla ei ole tässä kommentaarissani mitään syytä, eikä lainopillista pätevyyttä, paneutua lähemmin tämän teorian oikeudelliseen sisältöön. Yhteiskuntatieteilijänä voin vain ihailla sen päättelyn johdonmukaisuutta ja sitä taidokkuutta, millä Tuori on siinä käsitteitään käyttänyt ja niiden avulla luonut ideaalityypisesti eheän kokonaiskuvan modernista valtio-oikeudesta. Transnationaalisen oikeuden tarkastelussa, varsinkin pluralismin näkökulmasta, näitä ideaalityypisiä oletuksia joudutaan luonnollisesti purkamaan.

12. Oikeus vallan varjossa

Kirjansa esipuheessa Tuori mainitsee, kuinka Martti Koskenniemen ohella olen jaksanut muistuttaa häntä siitä, että oikeudessa on kysymys myös vallasta ja eduista. Hän tunnustaa, että silloin tällöin hän saattaa sivuuttaa tämän seikan pyrkiessään luomaan mahdollisimman eheän ja järjestelmällisen kuvauksen modernista valtio-oikeudesta. Vallankäytössä on kyse eduista, vastakohdista, ristiriidoista ja kamppailusta eikä vain eroista. Niinpä niiden vaikutus voi näkyä epätasapainona ja mullistuksina. Näiden voimien ja vaikutusten kiertäminen ja kieltäminen on houkuttelevaa, jos halutaan esittää järjestelmävakautekkuutta kuvaava oikeusregiimistä normatiivisena järjestyksenä.

41. Tuori 2021, s. 66.

Tuori itsekin myöntää, että valta on hänen soveltamansa käytäntöanalyysin heikko kohta.⁴² Hän huomauttaa aiheellisesti, että jotkut toimijat voivat joutua vasten tahtoaan tietyn käytännön osalliseksi vaikkeivat he hyväksyisi sen tarcoitusta tai sitä roolia, joka siinä heille lankeaa.⁴³ Tuori viittaa kurinpitovaltaan, jonka hän katsoo vaikuttavan määrätyn käytännön sisältä käsin sen normatiivisuuteen.⁴⁴ Tuori tulkitsee sen tässä ilmentävän valtaa laissa (power in law), joka on yksi niistä vallan muodoista, joita hän erottaa toisistaan. Kaksi muuta Tuorin erottelemaa vallankäytön muotoa ovat oikeuteen sen ulkopuolelta vaikuttava valta (power on law) sekä lainkäytön omat vaikutukset (power by law) valtasuhteisiin yhteiskunnan eri kentillä, kuten taloudessa, hallinnossa ja elämismailmassa.⁴⁵ Tuori yhdistää vallan ja tahdon (*voluntas*), vaikkei tietenkään pidä niitä identtisinä.⁴⁶ Valta on tahtoa, jolla on käytössään tietyt välineet tahtonsa toteuttamiseksi. Tässä teoksessaan hän ei yhdistä valtaa järkeen (*ratioon*). Näin tehdessään hän olisi voinut vielä erottaa tuottavan vallan (power to law) ja täsmentää, kuinka valta voi tuottaa määrätynlaista subjektiutta, kuten oikeussubjektiutta niin sanottuna metaroolina, niin kuin myös ”meitä” määrätyn joukon jäsenenä.

Olisi hyvä pitää mielessä ero tuottavan vallan (power to law) ja oikeuden sisältämän vallan (power in law) välillä, vaikka ne liittyvätkin kiinteästi toisiinsa. Tuottava valta ei koske vain subjektien tuottamista. Tuottavan vallan näkökulmasta keskeistä on myös kysymys siitä, miten kansalainen niin sanotusti pääsee oikeuksiinsa ja miten kansalainen voi hyödyntää oikeutta tarjoumana. Tätä asiaa Tuori sivuaa tarkastellessaan sitä, kuinka digitalisaatio, BigData ja algoritmit tarjoavat uudenlaisia normalisaation (ja siis myös biovallan ja kurinpidon) tekniikoita.⁴⁷ Laki tarjoumana voikin avata, siis fasilitoida, monia uusia (virtuaalisia) mahdollisuuksia, joita ihmiset voivat käyttää elämässään hyväksi ne aktualisoimalla.

13. Poliitikalta pääsy kielletty

Tuori on toki käsitellyt tuottavan vallan kysymystä perusteellisesti jo aikaa siten, muun muassa laajassa artikkelissaan Foucault'n oikeus (alun perin 1991). Siinä hän käsittelee Foucault'n valtagenealogialle ominaista vastakkainasettelua ”lain sisältämän suvereenin vallan” ja ”normin sääntelemän mikrovallan, ku-

42. Tuori 2021, s. 68.

43. Tuori 2021, s. 68.

44. Tuori 2021, s. 69.

45. Tuori 2021, s. 22.

46. Tuori 2021, s. 21.

47. Tuori 2021, s. 276.

rinpitovallan tai biovallan” välillä. Jo tässä artikkelissa Tuori tekee selväksi, ettei hän omassa teoriassaan tule seuraamaan Foucault’n esikuvaa. Hän pitää sitä yksipuolisena, koska siinä hänen mielestään sosiaalinen toiminta, siis sosiaaliset käytännöt, typistyvät strategiseksi toiminnaksi, strategiseksi valtapeliksi.⁴⁸ Tuori haluaa pitää kiinni ”olemisen” ja ”pitämisen” maailmojen erosta, jonka Michel Foucault ja François Ewald puolestaan katsovat normin ylittävän. Mutta vaikka Tuori haluaa painottaa ”olemisen” ja ”pitämisen” maailmojen eroa, hän samalla korostaa niiden välisen suhteen suurta merkitystä modernia valtio-oikeutta koskevalle teorialleen. Toki oikeusnormit hän sijoittaa aina ”pitämisen” maailmaan.

Olen nostanut esiin kysymyksen tuottavasta vallasta (power to law) oikeuden sisältämän vallan (power in law) ohella, koska kumpikin niistä löytyy oikeusjärjestyksen pintatasoa syvemmästä oikeuskulttuurista. Tällä syvätasollahan Tuori tarkastelee oikeudellisesta näkökulmasta normatiivisen ja sosiaalisen suhdetta. Tuori toteaa itsekkin, että oikeussubjektuuden ”deontologia” on riippuvainen sosiaalisista olosuhteista, siis myös niistä valtakäytännöistä, joilla subjektuutta tuotetaan – kuten hänen mukaansa Foucault ja Samuli Hurri ovat syystä korostaneet.⁴⁹ Tämän tarkemmin hän ei halua tässä teoksessaan kysymykseen paneutua. Lain sisältämän vallan (power in law) ja tuottavan vallan (power to law) suhde ei ole ainoa asia, jonka Tuori mielestäni sivuuttaa mainiossa oikeuskulttuurin analyysissään. Oikeuskulttuurissa voi olla myös kysymys niistä valtakäytännöistä, joilla lainmuodostukseen vaikutetaan (power on law). Niitä ei voida sieltä täysin ulkoistaa esimerkiksi politiikan piiriin kuuluvana lainsäädäntövaltana.

Tuori mainitsee, että lainsäädäntövallan (constituent power) ohella myös oikeuskulttuuri voi toimia oikeuslähteenä. Osittain tästä syystä hän varoittaa ylikorostamasta valtiosääntöproblematiikan merkitystä, kuten hänen mielestään esimerkiksi Carl Schmitt, Walter Benjamin, Jacques Derrida, Giorgio Agamben ja heidän vanavedessään monet nykypäivän kelsenistit ovat tehneet.⁵⁰ Itselläni on silti vahva vaikutelma, että tämän kritiikin taustalla on pyrkimys sulkeistaa politiikka, ja oikeastaan ”poliittinen”, oikeuskulttuurin ulkopuolelle toisaalta sijoittamalla se lainsäädäntövallan piiriin ja toisaalta redusoidulla politiikka oikeusregiimin pintatason ilmiöksi politiikkatoimina (policy). Poliittikkatoimet voidaan sitten yhdistää lainkäyttöön välineellisessä mielessä (law as medium). Tuori korostaakin sitä, että oikeuskulttuuri noudattaa reformistista pienten askelten logiikkaa (*ratio*) pikemmin kuin suurten askelten politiikkaa (*voluntas*).⁵¹

Valta ei liity vain tahtoon (*voluntas*). Tästähän juuri niin sanottu tuottava valta muistuttaa liittämällä vallankäytön järkeen (*ratio*). Mutta sama koskee

48. Kaarlo Tuori, Foucault’n oikeus, s. 3–38 teoksessa Kaarlo Tuori, Foucault’n oikeus – kirjoituksia oikeudesta ja sen tutkimisesta. WSOY Lakitieto 2002, s. 25.

49. Tuori 2021, s. 79.

50. Tuori 2021, s. 200.

51. Tuori 2021, s. 200.

myös poliittista toimintaa harkintana (deliberaatio) ja arvostelukykynä, jotka ovat demokratian ja demokraattisen oikeusvaltion kulmakiviä. Kun tarkastellaan normatiivisen ja sosiaalisen suhdetta, joka on oikeuskulttuurin peruskysymys, en näe henkilökohtaisesti mitään perusteltua syytä olettaa olevan olemassa yleensä jotakin ”sosiaalista”, jollainen ei voisi sisältää myös poliittista. Tämä on tärkeätä huomata, kun puhumme oikeudesta kokemisen ja käyttäytymisen näkökulmasta, siis siten kuin sen voimme käsittää ja havaita. Niinpä kun oikeuskulttuurin tasolla puhumme normatiivisen ja sosiaalisen suhteesta, tämän pohdinnan tulisi sisältää myös normatiivisen ja poliittisen suhde. Tällöin kävisi ilmi, että oikeuskulttuurin tasolla olisi puhuttava myös sellaisista yhteiskunnallisista valtakäytännöistä, jotka vaikuttavat lainmuodostukseen oikeusnormeina, siis oikeuteen vaikuttavasta vallasta (power on law), joka on luonteeltaan nimenomaan poliittista.

14. Valta oikeuden varjossa

Ymmärrän hyvin, että oikeusoppinsa puhtauden sekä sen koherenssin ja järjestelmällisyyden nimissä Tuori haluaa sulkeistaa poliittisen ulos oikeuskulttuurista. Yhtä hyvin ymmärrän sen, kuinka tärkeää demokraattiselle oikeusvaltiolle on lainkäytön ja politiikan erottaminen toisistaan. Nämä kaksi vaatimusta eivät ole suinkaan sama asia. Oikeuskulttuurin sijasta lainkäytön ja politiikan erottelu toisistaan on mahdollista ja välttämätöntä tehdä nimenomaan normatiivisen oikeusjärjestyksen pintatasolla. Vaikka oikeustieteellisesti olisikin järkeenkäypää tarkastella oikeuskulttuuria vain oikeudellisesta näkökulmasta, myös siinä tapauksessa olisi paikallaan selvittää oikeuskulttuurin ja poliittisen kulttuurin keskinäissuhdetta oikeuden sedimentaatioprosessissa. Siinä on kysymys oikeuden historiasta, jota luonnehtivat myös riidat ja kiistat, jotka koskevat tulkintaa oikeuden *rationaali*.⁵² Tuori antaa ymmärtää, että siinä voi olla kysymys vallankäytöstä oikeudessa, siis vallankäytöstä oikeuden sisällä (power in law). Historiallisesta näkökulmasta olisin silti taipuvainen tulkitsemaan, että tässä sedimentaatioprosessissa on kyse myös politiikasta, siis kamppailuista, joilla on poliittinen luonne. Näin ollen siinä voi olla kyse myös oikeuteen vaikuttamisesta (power on law) ja miksei myös oikeussubjektien muokkaamisesta eli tuottavasta vallasta (power to law).

Tuorin oikeustieteelliseen itseymmärrykseen ja itsereflektioon verrattuna kommentaarini näkökulma on ollut paljolti ulkopuolisen. Mutta sehän on pelkkä tosiasia. Tuori puhuu myös lainkäytön yhteiskunnallisista valtavaikutuksista (power by law), mutta hän ei teoksessaan niitä tarkemmin erittele. Hän koros-

52. Tuori 2021, s. 14.

taa sitäkin, ettei hänen käsitekehikkonsa mahdollista puhetta oikeusjärjestyksen kokonaisuuden validiteetista.⁵³ Hän mainitsee myös, että laki itsessään tuottaa symbolisia valtavaikutuksia, joiden avulla se vahvistaa ihmisissä aivan tietynlaista näkemystä heidän sosiaalisesta maailmastaan.⁵⁴ Tämä on mielestäni erittäin varteenotettava seikka. Se nostaa esiin kysymyksen siitä, pitäisikö meidän vieläpä puhua lain vallasta tai jopa laista valtana (power of law) eikä ainoastaan lain valtavaikutuksista (power by law). Olisi ymmärrettävä, että oikeus ja laki yhteiskunnan normatiivisen oikeusjärjestyksen ylläpitäjänä ovat vallankäyttöä, jonka tehtävänä on nimenomaan vahvistaa ihmisissä aivan tietynlaista näkemystä sosiaalisesta maailmasta. Ilman tätä uskoa ja luottamusta oikeusregiimin toimintaan oikeus ei pystyisi toimimaan tehokkaasti – eikä itse asiassa edes olisi voimassa. Tästä näkökulmasta katsottuna oikeusjärjestelmän – ja puhun nyt tietoisesti järjestelmästä – pätevyyttä ja tehokkuutta ei voida käytännössä täysin erottaa toisistaan. ”Laki valtana” onkin tässä aivan määrätysmielessä virtuaalista.

53. Tuori 2021, s. 167.

54. Tuori 2021, s. 22.