

Oikeuden kieli ja automaatio – mahdoton yhtälö?

HAKUSANAT: oikeuden kieli, harkintavalta, automaattinen päätöksenteko, laillisuusperiaate, julkinen valta

1. Aluksi: oikeuden kieli ja automaation haaste

Ihmisten lisäksi oikeutta soveltavat nykyään myös koneet. Automaatiosta on tullut oikeudellisten käytäntöjen olennainen osa. Ennen kaikkea tietokoneiden laskeutuneen kasvu ja teknologian kehittyminen ovat mahdollistaneet automaation laajenemisen. Kun koneet ovat tulleet osaksi oikeudellista päätöksentekoa, on tämä luonut painetta sääntelyyn. Niin sääntöpohjainen automaatio kuin tekoälyn ällistyttävä kehitys ovatkin herättäneet EU:n (EU:n tekoälysäädös, AIA) ja sen jäsenvaltiot sääntelemään automaation käyttöä myös oikeuden maailmassa.

Niinpä yllätyksenä saattaa tulla, että monet automaatioon – erityisesti julkishallinnon automaatioon – liittyvät oikeudelliset ongelmat ovat olleet tiedossa ja ratkaisematta jo viimeistään 1970-luvulta lähtien.¹ Näitä ovat esimerkiksi automaation ja laillisuusperiaatteen suhde sekä kysymykset syrjimättömyydestä ja läpinäkyvyydestä. Ratkaisematta on myös kysymys siitä, miten oikeuden kieli voidaan muuttaa tietokonekoodiksi. Kuten tässä artikkelissa esitän, tällä kysymyksellä on syvä yhteys siihen, miten joustavana tai jäykkänä näemme oikeuden kielen. Onko se perustavanlaatuisen epämääräistä ja tulkinnanvaraista vai voidaanko se muuttaa ongelmitta koodiksi? Kysymyksellä on edelleen vaikutus siihen, missä oikeuden automaation rajat voivat kulkea oikeudellisesti, poliittisesti ja teoreettisesti.

Julkishallinnon automaatio ja siihen liittyvät ongelmat eivät siis ole uusia asioita, mutta laajuus, jossa niistä puhutaan, on. Hallintotoimintaa on automatisoitu laajasti viime vuosina. Suomessa yksittäisen hallintoasian ratkaisemisella

* *Ida Koivisto*, OTT, apulaisprofessori, Helsingin yliopisto. Kiitän anonymoja vertaisarvioijia hyödyllisistä ja kannustavista kommentteista. Kiitän myös Susanna Lindroos-Hovinheimoa käsikirjoituksen kommentoinnista sekä Dag Wiese Schartumia ja Jon Næseria valaisevista keskusteluista.

1. Ks. esim. Riikka Koulu, *Digitalisaatio ja algoritmit – oikeustiede hukassa?* Lakimies 7–8/2018, s. 840–867.

automaattisesti on ollut oikeudellinen perusta toukokuusta 2023 lähtien.² Aikaisemmin automaattista päätöksentekoa ei ollut säännelty mutta päätöksiä tehtiin automaattisesti yhtä kaikki. Tästä koitui ajan oloon oikeusturvaan ja -varmuuteen liittyviä ongelmia, joihin ylimmät laillisuusvalvojat sekä perustuslakivaliokunta kiinnittivät huomiota.³

Perustuslakivaliokunnan toimeksiannosta oikeusministeriö ja valtionvarainministeriö alkoivat valmistella automaattisen päätöksenteon sallivaa yleislainsäädäntöä. Valmisteluprosessissa jouduttiin pohtimaan monia hankalia kysymyksiä.⁴ Missä määrin oikeudellista ratkaisutoimintaa voidaan muokata sellaiseen muotoon, etteivät oikeusturva ja hyvä hallinto vaarannu?⁵ Entä voidaanko sellaiset käsitteet kuin painava syy tai tuen tarpeessa automatisoida? Millaisiin tehtäviin tarvitaan välttämättä ihmistä? Lainvalmisteluprosessissa havaittiin, että automaatiota rajoittaa usein harkintavalta eli virkamiehen tai muun lakia soveltavan henkilön toimivalta päätyä moniin yhtä oikeutettaviin soveltamisratkaisuihin lain avointa sanamuotoa tulkitsemalla.⁶

Valmisteluprosessissa päädyttiin ratkaisuun, jossa vain rutiiniluontoisia ja niin sanottuja tyyppitapauksia voidaan ratkaista automaattisesti, kun taas yksilöllistä harkintaa sisältävät tapaukset edellyttävät ihmiskäsittelijää. Tämä puolestaan tarkoittaa, että viranomaisen on harkittava ennen automaatioprosessin aloittamista, mihin päätöstyyppiin sisältyy yksittäistapauksellista harkintaa.⁷ Perustelut tälle ratkaisulle ovat esitöissä niukat: niissä viitataan vain EU:n yleisen tietosuoja-asetuksen ja kansallisen lainsäädännön vaatimuksiin.⁸ Harkintaval-

2. Ks. Sofia Heikkinen – Ida Koivisto – Riikka Koulu, Finland: Regulation and Doctrinal Challenges of Automated Decision-Making in Public Administration, s. 71–114 teoksessa Hanne Motzfeldt (ed.), *Public Digitalisation in a Legal Perspective: Status, Challenges and Opportunities for Nordic-Baltic Cooperation*. TemaNord No. 503. Nordic Council of Ministers 2024.
3. Perustuslakivaliokunnan lausunto 62/2018 vp (HE 224/2018 vp laiksi henkilötietojen käsittelystä maahanmuuttohallinnossa ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi); perustuslakivaliokunnan lausunto 70/2018 vp (HE 298/2018 vp potilasvakuutuslaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi) ja perustuslakivaliokunnan lausunto 78/2018 vp (HE 52/2018 vp sosiaaliturva- ja vakuutuslainsäädännön muuttamiseksi EU:n yleisen tietosuoja-asetuksen johdosta). Ks. myös eduskunnan apulaisoikeusasiamiehen verohallintoa koskevat ratkaisut EOAK/3116/2017 ja EOAK/3393/2017 sekä valtioneuvoston oikeuskanslerin Kelaa koskeva ratkaisu OKV/131/70/2020.
4. Arviomuistio hallinnon automaattiseen päätöksentekoon liittyvistä yleislainsäädännön sääntelytarpeista. Oikeusministeriön julkaisuja 2020:14.
5. Ida Koivisto – Riikka Koulu, Miten hyvä hallinto digitalisoidaan? Haaste oikeustieteelliselle tutkimukselle. *Lakimies* 6/2020, s. 798–821. Ks. myös Tuomas Pöysti, Kohti digitaalisen ajan hallinto-oikeutta. *Lakimies* 7–8/2018, s. 868–903.
6. Harkintavallan eri ulottuvuuksista ks. Timo Konstari, Harkintavallan väärinkäytöstä. Tutkimus tarkoitussidonnaisuudesta hallintoviranomaisten harkintavallan rajoitusperiaatteena. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* 1979 ja Toomas Kotkas, Hallinto-oikeudellisen harkintavaltaopin päivitys kotimaisen sosiaalioikeudellisen lainsäädännön valossa. *Lakimies* 6/2011, s. 1130–1151.
7. Hallintolain (434/2003) 8 b luku, erityisesti 53 e §:n 2 momentti.
8. Hallituksen esitys eduskunnalle julkisen hallinnon automaattista päätöksentekoa koskevaksi lainsäädännöksi 145/2022 vp, s. 96–98.

lalla on kuitenkin läheinen yhteys oikeuden kieleen, sillä harkintavalta on usein tunnistettavissa vain kielellisen muotoilun avoimuudesta. Sangen harvoin lakitekstissä suoraan lukee, että jokin asia on viranomaisen harkinnassa.⁹

Kaiken oikeudellisen sääntelyn ei kuitenkaan katsota sisältävän harkintavaltaa vaan sen katsotaan olevan merkitykseltään riittävän yksiselitteistä automaation tarpeisiin. Niinpä tällaisen oikeuden kielen tulisi mukautua automaatioon tavalla tai toisella. Miten tämä mukautuminen tapahtuu? Hallintolain (434/2002) 53 e §:n 2 momentin mukaan [hallintoasian automaattisen] ratkaisemisen on perustuttava sovellettavan lain ja etukäteisen harkinnan perusteella laadittuihin julkisen hallinnon tiedonhallinnasta annetun lain (906/2019) 2 §:n 16 kohdassa tarkoitettuihin käsittelysääntöihin. Käsittelysäännöt tarkoittavat tiedonhallintalain perusteella ”luonnollisen henkilön ennalta laatimia automaattisen tietojenkäsittelyn ohjaamiseen tarkoitettuja sääntöjä”. Ne eivät siis tarkoita (vain) tietokonekoodia vaan luonnollisella kielellä laadittuja sääntöjä automaation rajoista. Niistä päättäminen sisältää harkintaa.¹⁰

Muuttuuko oikeuden kielen luonne tai merkitys automaation myötä? Vaikka automaattinen päätöksentekojärjestelmä toimisi koodin pohjalta, ei ole viitteitä siitä, että oikeuden kielen kommunikatiivinen merkitys oikeusjärjestyksessä vähenisi. On tärkeää huomata, että automaattisestikin tehdyn päätöksen lopputulos on kieltä, jotta sen kohde – ihminen – voi ymmärtää ja hyväksyä tai riitauttaa tuon päätöksen. Oikeuden kieli ja luonnollinen kieli, johon se perustuu, ovat ihmisten käyttämä päätöksenteon ja kommunikaation koodi. Tämä lienee syynä myös sille, että luonnollisen henkilön on laadittava automaattisen päätöksentekojärjestelmän käsittelysäännöt ja että ne tulee kirjoittaa luonnollisella kielellä.

Tietokoneet eivät puolestaan kommunikoi luonnollisella kielellä; niiden merkitysjärjestelmä on erilainen. Se, miten oikeuden kieli käännetään koodiksi, on vaikea kysymys, johon ei toistaiseksi ole löytynyt yhtä ratkaisua. Paljon on kuitenkin pelissä, sillä automaattiseen päätöksentekoon ja muihin automatisoituihin oikeudellisiin käytäntöihin liittyy paitsi toiveita tehokkuudesta ja säästöistä

9. Poikkeuksena tästä voidaan mainita laki viranomaistoiminnan julkisuudesta (621/1999), jonka useassa säännöksessä mainitaan, että asiakirjan antaminen on viranomaisen harkinnassa.

10. Ks. HE 145/2022 vp, s. 105: ”Käsittelysäännöllä ei tarkoitettaisi ohjelmointikielellä laadittua koodia, vaan luonnollisella kielellä laadittua asiantuntijan kuvausta siitä, miten lainsäädännöstä tulevat edellytykset muutetaan tietojenkäsittelyksi ja miten luonnollisen henkilön rooli toimintaprosessissa korvataan soveltuvin osin automaattisella tietojenkäsittelyllä. Käsittelysääntöjen laadinta edellyttää siis laatijaltaan automatisoitavan toimintaprosessin tuntemista, oikeudellista harkintaa sekä tietojenkäsittelyn toimintaperiaatteiden ymmärtämistä. – – Keskeistä käsittelysäännöissä olisi se, että niiden tulisi olla luonnollisen henkilön ennalta laatimia. Tämä olisi keskeinen ihmiskontrollin väline toimintaprosessin automatisoinnin suunnittelu- ja kehittämisvaiheessa. Käsittelysäännöt muuntuvat varsinaisiksi ohjelmistoa tai tietojärjestelmää koskeviksi vaatimuksiksi siten, että automatisoidulle toimintaprosessille asetetaan erilaisia vaatimuksia, joiden mukaisuuden varmistamisesta säädettäisiin 28 b §:ssä.” [IK: Tiedonhallintalain pykälänumerointi muuttui eduskuntakäsittelyvaiheessa.]

myös uusia valta-asetelmia ja oikeusturvatarpeita.¹¹ Tämä näkyy muun muassa EU:n yleisen tietosuojasetuksen (GDPR) 22 artiklassa, jossa säädetään oikeudesta olla joutumatta automaattisen päätöksenteon kohteeksi, tosin monin rajoituksin ja poikkeuksin.¹² Kyse on ennen kaikkea siitä, millaisia automaattisen päätöksenteon vaikutukset ovat niiden kohteiden oikeusasemalle.¹³ Oikeutta olla joutumatta ihmisen tekemän päätöksenteon kohteeksi ei puolestaan ole. Automaatioon katsotaan sisältyvän sellaisia erityislaatuista riskejä, joita ihmisten tekemään päätöksentekoon ei sisälly.

Jos oikeudellista päätöksentekoa tai muita käytäntöjä halutaan automatisoida, luonnollisella kielellä ilmaistusta oikeudesta on tultava teknologisessa rekisterissä toimivaa oikeuden kieltä. Oikeuden kielen pitäisi pystyä toimimaan luotettavasti ja ennakoitavasti myös silloin, kun ihminen ei ole tulkitsemassa sitä, olkoonkin, että myös inhimillinen tulkinta on vajavaista.¹⁴ Kuten on mainittu, ongelma on vanha ja ratkaisujakin siihen on tarjottu. Niin lainsäädännössä (esimerkiksi GDPR ja AIA) kuin akateemisessa keskustelussakin korostetaan nykyään jokseenkin yksimielisesti sitä, että oikeudelliset säännöt ja periaatteet tulisi sisällyttää automaatiota mahdollistaviin teknologisiin suunnitteluratkaisuihin. Tätä kutsutaan akateemisissa keskusteluissa englanniksi käsitteellä *by design* (esimerkiksi *transparency by design*, *privacy by design*, *the rule of law by design*).¹⁵ Ei kuitenkaan ole selvää, onko tämä riittävää, jotta oikeus toimisi tehokkaasti ilman ihmistä.¹⁶

11. Ks. Jenni Hakkarainen, *Why Me and Not Us? A Study on Algorithmic Discrimination, Collectivity and Access to Justice*. Helsingin yliopisto 2024.
12. Ida Koivisto, *Thinking Inside the Box: The Promise and Boundaries of Transparency in Automated Decision-Making*, s. 66–94 teoksessa Deirde Curtin – Mariavittoria Catanzariti (eds), *Data at the Boundaries of European Law*. Oxford University Press; Maja Brkan, *Do Algorithms Rule the World? Algorithmic Decision-Making and Data Protection in the Framework of the GDPR and Beyond*. *International Journal of Law and Information Technology* 27(2) 2019, s. 91–121 ja Lee A. Bygrave, *Minding the machine v2.0: The EU General Data Protection Regulation and Automated Decision-Making*, s. 248–262 teoksessa Karen Yeung – Martin Lodge (eds), *Algorithmic regulation*. Oxford University Press 2019.
13. Ks. asia C-634/21 Schufa Holding, ECLI:EU:C:2023:957 sekä yhdistetyt asiat C-26/22 ja C-64/22 Schufa Holding, ECLI:EU:C:2023:958. Ks. myös Francesca Palmiotto, *When Is a Decision Automated? A Taxonomy for a Fundamental Rights Analysis*. *German Law Journal* 25(2) 2024, s. 210–236.
14. Ks. Susanna Lindroos-Hovininheimo, *Toistuvia pettymyksiä: pohdintaa perustuslain tulkinnan vaikeudesta*. *Lakimies* 7–8/2022, s. 1186–1208.
15. Mireille Hildebrandt, *Legal Protection by Design: Objections and Refutations*. *Legisprudence* 5(2) 2011, s. 223–248.
16. Ks. esim. Bert-Jaap Koops – Ronald Leenes, *Privacy Regulation Cannot Be Hardcoded. A Critical Comment on the 'Privacy by Design' Provision in Data-Protection Law*. *International Review of Law, Computers & Technology* 28(2) 2014, s. 159–171 ja Riikka Koulu, *Crafting Digital Transparency: Implementing Legal Values into Algorithmic Design*. *Critical Analysis of Law* 8(1) 2021, s. 81–100.

Tässä artikkelissa tarkastelen joitakin näkökulmia, joissa lähestytään oikeuden kieltä ja automaation mahdollisuutta eri tavoin. Joissakin näkökulmissa otetaan tähän suoraan kantaa, toisissa käsitellään oikeuden kieltä yleisemmin. Sivuan kysymyksenasetteluja automaattisesta päätöksenteosta julkishallinnossa, sillä tässä kontekstissa kysymys oikeuden kielestä on hiljattain problematisoitunut. Tavoitteeni on rikastaa oikeudellista automaatiota koskevaa keskustelua tuomalla siihen kriittisen oikeustieteen argumentteja. Esittelen erilaisia näkemyksiä siitä, miten, millä perusteella ja millä hinnalla oikeuden kieli soveltuu automatisoitavaksi.

Artikkelia ohjaavat seuraavat kysymykset. Miten oikeuden kielen epämääräisyyttä ja siinä esiintyviä avoimia kielellisiä muotoiluja voidaan teoreettisesti lähestyä? Voidaanko oikeuden kieltä yksinkertaistaa automaation tarpeisiin vai onko tehtävä mahdoton? Entä missä määrin oikeuden automaatio haastaa harkintavallan perusteita? Vastaukset näihin kysymyksiin kytkeytyvät likeisesti siihen, millaisena oikeuden kieli nähdään. Alustavia hypoteeseja on kaksi: 1) harkintavalta on kehikko, jonka puitteissa oikeudellisen kielen avoimuutta tai epämääräisyyttä lähestytään ainakin (suomalaisessa) julkisoikeudellisessa ajattelussa; 2) oikeuden kielen epämääräisyys hahmotetaan automaatiota hankaloittavana vaan ei sitä estävänä asiana. Väitän, että automaation muodossa tullaan samalla luoneeksi ihmisille uusia kieleen kytkeytyviä rooleja, joita ei vielä ole oikeustieteessä kunnolla käsitteellistetty.

Artikkelin tiedonintressi on teoreettinen ja näkökulma julkisoikeudellinen. Havainnollistan artikkelin kysymyksenasettelua esimerkein automaattista päätöksentekoa koskevasta lainsäädännöstä ja sen valmistelusta Suomessa. En käsittele tekoälyä erillisenä teemana vaan sääntöpohjaista automaatiota hallinnollisen päätöksenteon oikeudellisena lähtökohtana. On nimittäin huomattava, että koneoppivat tekoälymenetelmät oppivat suurista massoista luonnollista kieltä toisin kuin sääntöpohjaiset menetelmät, joissa luonnollinen kieli muutetaan koodiksi. Tässä mielessä kieliproblematiikka on näissä menetelmissä erilaista, enkä käsittele oikeuden kielen haasteita suurten kielimallien asiayhteydessä. Artikkelissa lähtökohta on tilanne, jossa oikeuden kieltä muutetaan koodiksi.

Artikkeli rakentuu seuraavasti. Seuraavassa eli toisessa luvussa esittelen joitakin oikeuden yleisiä piirteitä vallan kielenä. Kolmannessa luvussa käsittelem oikeuden kielen epämääräisyyttä oikeusteoreettisena kysymyksenä H. L. A. Hartin ja Critical Legal Studies -liikkeen ajattelun valossa: onko oikeuden kieli kauttaaltaan vai paikallisesti epämääräistä? Neljännessä luvussa tarkastelen niin sanottua automaatioystävällisen lainsäädännön ajatusta ja siihen liittyviä teoreettisia lähtökohtia oikeuden kielen automatisoitavuudesta. Viidennessä luvussa pohdin eri näkökulmien merkitystä oikeuden automatisoitavuudelle. Lopuksi arvioin alun hypoteeseja artikkelissa käsiteltyjen näkemysten valossa ja esitän, että oikeuden kieli on automatisaation aikakaudella asia, joka on muuttamassa ihmisen roolia epämääräisyyden hallitsijaksi hallinnollisessa päätöksenteossa.

2. Oikeus vallan kielenä

Oikeuden ja kielen suhde on erityislaatuinen. Oikeutta ei olisi ilman kieltä. Oli kyseessä sitten työehtosopimuksen käsite, osakeannin sääntely, perusoikeuden ydinalue tai hallinto-oikeudellinen periaate, yhteistä niille on, että ne koostuvat kielestä: sanoista ja lauseista. Sen lisäksi, että oikeus on kieltä, se kommunikoidaan kielellä eli ilmaistaan esimerkiksi se, kuka tai mikä on oikeutettu tai velvoitettu mihinkin. Näin oikeuden kielen muodossa ja valtuuttamana käytetään edelleen yhteiskunnallista valtaa sekä luodaan oikeudellisia käytäntöjä, instituutioita ja rooleja. Kyse on siis perustavanlaatuisesta asiasta, jota on teoretisoitu useista eri näkökulmista. Seuraavassa tukeudun erityisesti Mireille Hildebrandtin ja Martti Koskenniemen näkemyksiin.

Ihmisten käytöstä voidaan ohjata myös ei-oikeudellisilla ja ei-kielellisillä tavoilla, kuten esimerkiksi Lawrence Lessigiä mukaillen sosiaalisilla normeilla, taloudella tai arkkitehtuurilla, joista viimeksi mainittua myös tietokoneohjelmien tekniset suunnitteluratkaisut edustavat.¹⁷ Niitä keinoja ei kuitenkaan ensi sijassa mielletä oikeudeksi. Oikeusjärjestyksemme ei tunne ei-kielellistä oikeutta, vaikka sellaisenkin mahdollisuutta pohditaan. Esimerkiksi Mireille Hildebrandt on käsitellyt tuotannossaan sitä, voitaisiinko tekstipohjaisesta oikeudesta siirtyä data- tai koodipohjaiseen oikeuteen.¹⁸ Toistaiseksi tällaista oikeutta ei ole oikeustieteellisen mielikuvituksen ulkopuolella. Oma kysymyksensä toki on sekin, että myös ohjelmointikielet ovat kieltä, vaikka ne eivät aukeakaan suurelle yleisölle.¹⁹ Tällöin oikeuden eksoteerinen – periaatteessa kaikkien ymmärrettävissä oleva kieli – muuttuisi esoteeriseksi, vain pienelle asiantuntijaryhmälle aukeavaksi kieleksi. Tässä en kuitenkaan syvenny enempää ohjelmointikieleen kielenä vaan oikeuden kieleen teknologisenä käännökseenä.

17. Lawrence Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*. Basic Books 1999.

18. Mireille Hildebrandt, *Boundary Work between Computational Law and 'Law' as 'Law-as-We-Know-it'*, s. 30–64 teoksessa Deirdre Curtin – Mariavittoria Catanzariti (eds), *Data at the Boundaries of European Law*. Oxford University Press 2023; Mireille Hildebrandt, *The Adaptive Nature of Text-Driven Law*. *Journal of Cross-Disciplinary Research in Computational Law* 1(1) 2020 (2020a), s. 2–15; Mireille Hildebrandt, *Code-Driven Law: Freezing the Future and Scaling the Past*, s. 67–83 teoksessa Simon Deakin – Christopher Markou (eds), *Is Law Computable? Critical Perspectives on Law and Artificial Intelligence*. Bloomsbury Publishing 2020 (2020b); Mireille Hildebrandt, *Law as Computation in the Era of Artificial Legal Intelligence: Speaking Law to the Power of Statistics*. *University of Toronto Law Journal* 68(1) 2018, s. 12–35 ja Mireille Hildebrandt, *Smart Technologies, and the End(s) of Law: Novel Entanglements of Law and Technology*. Edward Elgar 2015.

19. Laurence Diver, *Interpreting the Rule(s) of Code: Performance, Performativity, and Production*. MIT Computational Law Report 2021 osoitteessa <https://law.mit.edu/pub/interpretingtherule-sofcode> (vierailtu 1.10.2024).

Oikeutta itsessään on vaikea erottaa oikeuden kielestä; usein kysymykset oikeuden kielestä kääntyvät kysymyksiksi oikeuden itsensä luonteesta ja toisinpäin. Voidaan jopa kysyä, voidaanko oikeutta edes tunnistaa oikeudeksi, jos sillä ei ole kielellistä muotoilua. Jotta oikeuden muuttaminen on mahdollista, on oltava kriteerejä, joilla oikeus tunnistetaan ei-oikeudesta, kuten vaikka sosiaalisista normeista. Väitän, että yksi tällainen kriteeri modernissa oikeudessa on sen kielellisyys. Kieli mahdollistaa menettelyt ja säännöt sille, miten oikeutta voidaan muuttaa. Samalla on täsmennettävä, että oikeuden kielellisyys kietoutuu materiaaliin ja institutionaaliin käytäntöihin, joiden muodossa ja avulla voidaan keskustella siitä, millainen ja kenen ilmaisema oikeus on oikeutta ylimalkaan, oikeutena pätevää ja erotettavissa muista normeista. Ehkä voitaisiin ajatella, että oikeutta ylläpitävät monenlaiset sosiomateriaaliset koneistot, jotka voidaan ilmaista kielellä mutta jotka eivät pelkisty kieleen.

Oikeuden kielellisyyttä voidaan katsoa myös oikeuden välitysmekanismin näkökulmasta. Oikeuden media on teksti ja tuon tekstin media kieli: Hildebrandtia mukailleen ensin puhuttu, sitten käsin kirjoitettu ja viimeksi painettu kieli.²⁰ Kieli välittää oikeuden merkityssisältöjä, joiden yhtäältä muuttumattomuutta ja toisaalta välitettävyyttä teksti medianäkökulmasta mahdollistaa. Hildebrandtin mukaan tekstin avulla hallitseminen (rule by text) on älykästä kybernetiikkaa, sillä kirjuriluokka on alkujaan välittänyt suhteita hallitsijan ja luku- ja kirjoitus-aidottomien hallittujen välillä.²¹

Automatisoituvan oikeuden tulee kuitenkin tasapainotella kahden median, tekstin ja koodin, välillä. Kuten Mika Viljanen esittää, konetta on vaikea ohjelmoida noudattamaan ihmisille tarkoitettuja sääntöjä. Kone tarvitsisi yksiselitteisiä, tarkasti määriteltyjä formaaleja sääntöjä, jotka voidaan kääntää koneiden kielelle. Ihmisten kielellisesti ilmaistut säännöt eivät ole sellaisia. Kysymys kuuluukin, missä määrin oikeutta voi tai tulisi yksinkertaistaa tätä tarkoitusta varten.²² Palaan asiaan luvussa 4. On kuitenkin huomattava, että suuret kielimallit ovat mullistamassa tätä kysymyksenasettelua, kun luonnollinen kieli kelpaakin koneille. Mitä tulee tämän artikkelin aiheeseen, sääntöpohjaiseen automaattiseen päätöksentekoon, tasapainottelu kahden median välillä jatkuu.

Mireille Hildebrandt käsittelee oikeuden kieli- ja tekstisidonnaisuutta algoritmisen hallinnan käsitteen kautta. Se tarkoittaa ihmisten toiminnan yhteiskunnallista ohjailua algoritmien avulla. Hildebrandt lähestyy algoritmista hallintaa kyberneettisestä näkökulmasta eikä täten sido hallintaa yksinomaan oikeuteen. Hänen mukaansa algoritmisen hallinta saattaa tulevaisuudessa korvata ihmispohjaisen hallinnan. Tällöin on erityisen tärkeää pohtia modernin oikeuden

20. Hildebrandt 2020a, s. 6–8.

21. Hildebrandt 2020a, s. 8.

22. Mika Viljanen, Menikö juna jo? Tekoälyn sääntelemisen mahdollisuuksista. Lakimies 7–8/2023, s. 1204–1231, 1216.

tekstisidonnaisuutta ja positiivisen oikeuden voimaa (the force of law). Oikeuden toimintamekanismin käännöksestä koodiksi kuitenkin seuraa ongelmia. Kun oikeus käännetään koneille, oikeuden identiteetti muuttuu ja oikeuden olemus köyhtyy.²³ Viljasen sanoin koneita varten oikeuden epävarmuudet ja epämääräisyydet on poistettava ja sen avoin, jatkuvasti päivittyvä tekstuuri on suljettava.²⁴

Ihmisten kielelliset ja tekstipohjaiset säännöt eivät ole yksinomaan konditionaalisia, jos-niin-logiikalla toimivia vaan usein myös finaalisia, tulevaisuuteen vaikuttamaan pyrkiviä. Oikeudella luodaan tulevaisuutta. Hildebrandt – kuten moni muukin – sitoo modernin tekstipohjaisen oikeuden toimintaperiaatteen John L. Austinin puheaktiteoriaan.²⁵ Puheaktiteoriassa kielelliset teot jaetaan eri luokkiin sen mukaan, millainen vaikutus niillä on, todetaanko esimerkiksi jokin asiointi vai luodaanko uusi.²⁶ Perinteiset esimerkit koskevat laivan kastamista ja avioliittoon vihkimistä. Uusia asiointiloja saadaan aikaan kielellisin lausumin. Oikeudessa tällaisilla lausumilla on erityistä painoarvoa, sillä ne nivELYVÄT oikeudelliseen vallankäyttöön – esimerkiksi avioliitto on oikeudellinen instituutio, joka edelleen palautuu valtion väkivaltamonopoliin.²⁷

Ajatus ei sinänsä ole uusi tai omaperäinen: oikeuden tosiasioita luova luonne on tunnistettu oikeustieteessä jo aikoja sitten ja erilaisista teoreettisista näkökulmista. Yksinkertaisimmillaan tämä tarkoittaa, että sanoilla tehdään asioita eikä niillä ainoastaan heijasteta ei- tai esikielellisen maailman luontoa. Samalla kuitenkin myös kuvaukset ovat tärkeitä, sillä niihin sitoutuu oikeuden valtaa. Voidaankin väittää, että oikeus yhtäältä kuvaa maailmaa ja toisaalta puuttuu siihen tavalla, joka saa maailman mukautumaan oikeuteen. Erityisen hyvin tämä käy ilmi Martti Koskenniemen sanoista:

”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.’”²⁸

Oikeus on valtakäytäntö, joka saa ilmaisunsa kielessä. Koskenniemen mukaan oikeuden kieli kuvaa sitä, mitä oikeus on. Samalla se kuitenkin myös luo oikeutta ja jäsentää näin auktoritatiivisesti ihmisten välisiä valtasuhteita.²⁹ Kriitti-

23. Hildebrandt 2020a, s. 9.

24. Viljanen 2023, s. 1216 av. 57.

25. John L. Austin, *How to Do Things with Words*. Oxford University Press 1975.

26. Hildebrandt 2018; Hildebrandt 2020a, s. 9 ja Hildebrandt 2023, s. 52–53.

27. Robert M. Cover, *Violence and the Word*. *Yale Law Journal* 95 (1986), s. 1601–1629.

28. Martti Koskenniemi, *Mistä oikeustieteessä on kysymys?* *Lakimies* 7–8/2022, s. 1016–1030, 1016.

29. Koskenniemi 2022, s. 1017.

sesti voidaan kuitenkin todeta, ettei ero muiden tieteenalojen ja oikeuden välillä ole niin jyrkkä kuin Koskenniemi esittää: lääketiede ei ehkä saa aikaan nuhaa, mutta se on saanut aikaan esimerkiksi hysterian ja liittänyt siihen medikaalisen katseen ja syvällekkäviä valtakäytäntöjä. Myös muilla tieteenaloilla on valta luoda kohteensa, joskin tämä luominen ei ole niin selväpiirteistä ja yksittäisiin puheakteihin sidottua kuin oikeustieteessä.

Vaikka Koskenniemi ehkä väheksyy muiden tieteenalojen diskursiivista luomisvoimaa, sitoudun muutoin hänen luonnehdintaansa oikeudesta. Hän jakaa edelleen oikeuden vallan – tämä lienee osapuilleen sama asia, jota Hildebrandt tarkoittaa ilmaisullaan ”the force of law” – kahteen eri osaan, kehystämismaltaan ja artikulaatiovaltaan. Yhtäältä oikeus on kehystämismaltaa: se antaa ihmisten välisille suhteille tietyn kuvauksen värittää ne osaksi oikeudellista maailmankuvaa. Tämä tarkoittaa, että oikeus kehystää ihmisten välisiä suhteita auktoriteettisuhteiksi: ”valtio”, ”hallitus”, ”poliisi”, ”omistaja”, ”kauppa”. Nämä kielelliset ilmaisut luovat institutionaalisia hierarkioita, jotka muodostavat suuren osan maailmasta, jossa ihmiset elävät systeemin osina – ”kansalaisina”, ”veronmaksajina”, ”vuokralaisina”, ”sopimuspuolina” ja niin edelleen.

Toisaalta oikeuden vallankäyttö on artikulaatiovaltaa. Tämä tarkoittaa, että oikeuden kielessä pätevyityneillä puhujilla – juristeilla – on valta määrittää oikeuden totuus tavalla, joka saa muut taipumaan siihen. Se antaa juristille vallan artikuloida yksittäinen ihmissuhde hierarkkiseen muotoon: jollakulla on ”velvollisuus” toista kohtaan, toisella taas ”oikeus”, jota muiden tulee kunnioittaa.³⁰ Oikeuden artikulaatiovalta kiinnittyy näin sosiomateriaalisiin, yhteiskunnallisesti vakiintuneisiin valtasuhteisiin.

Oikeuden kieli on siis luonteeltaan sekä kuvaavaa, asiantiloja luonnehtivaa, että luovaa ja normatiivista. Oikeuden kielen ensisijainen tarkoitus ei ole kuvata asioiden tilaa vaan muuttaa ihmisten ja instituutioiden käytöstä pysyvästi ja jatkuvasti. Silti myös kuvaaminen on välttämätöntä normatiivisuuden oikein kohdistamiseksi ja asioiden kehystämiseksi oikeudellisesti merkityksellisiksi. Oikeus luo kielellään erilaisia toimijoita ja niille tehtäviä ja toimivaltaa – kuten vaikkapa julkishallinnon elimiä – joita ei olisi ilman tällaista sääntelyä. Kuvaukset myös muuttuvat ja kehystävät asioita eri asiayhteyksissä ja eri aikoina eri näkökulmista. Esimerkiksi on eri asia, kehystetäänkö ihminen hallintoalamaiseksi, hallinnon asiakkaaksi vai automaattisen prosessin loppukäyttäjäksi.³¹

Julkisoikeudessa oikeuden kieli ja sen asioita aikaansaava luonne kietoutuvat yhteen hallinnon laillisuusperiaatteen kanssa. Sitä voidaan pitää sekä oikeudellisenä periaatteena että julkisen vallankäytön eräänlaisena metaoikeudellisena

30. Koskenniemi 2022, s. 1020.

31. Ida Koivisto – Riikka Koulu – Stefan Larsson, User Accounts: How Technological Concepts Permeate Public Law Through the EU’s AI Act. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2024 osoitteessa <https://doi.org/10.1177/1023263X241248469>.

lähtökohtana. Periaatteella on erilaisia ilmaisuja ja doktrinaalisia muotoja eri oikeusjärjestelmissä. Suomen perustuslain (731/1999) 2 §:n 3 momentissa laillisuusperiaate muotoillaan seuraavasti: ”Julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin. Kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia.” Tämän artikkelin viitekehityksessä ensimmäinen lause voidaan ymmärtää siten, että oikeuden kehystämismallin on sitouduttava lakiin. Artikulaatiovallalla on vielä laajempi ala: kaikessa julkisessa toiminnassa on tarkoin noudatettava lakia.³² Noudattamisen arvioiminen puolestaan on juristien tehtävä.

Kyse on siitä, että oikeuden on oltava sidottu säädännäiseen oikeuteen ja oikeutta on myös noudatettava. Tästä periaatteesta on hyvin vaikea, ellei mahdollista tinkiä oikeusvaltiossa. Niinpä jos siirryttäisiin ihmishallinnasta algoritmiseen hallintaan, kysymys laillisuusperiaatteen noudattamisesta väistämättä monimutkaistuu. Laillisuusperiaate ja sen noudattaminen ovatkin aiheuttaneet päänvaivaa automaatiopyrkimyksissä, mikä näkyy myös akateemisen keskustelun laajuutena.³³

Laillisuusperiaatteen merkitystä pohdittiin muun muassa silloin, kun laadittiin automaattista päätöksentekoa koskevaa lainsäädäntöehdotusta. Valmistelussa päädyttiin siihen, ettei päätöksenteossa saisi käyttää datavetoisia tai koneoppivia menetelmiä, sillä jos näitä käytettäisiin, ei voitaisi varmistua siitä, että julkisessa toiminnassa noudatettaisiin tarkoin lakia.³⁴ Tällainen päättely ei olisi sellaista lain tarkoin noudattamista, jota valtiosäntö edellyttää, vaikka näin voitaisiinkin oikeusrealismin hengessä ilmaista ja ylläpitää vallitsevaa tulkintakäytäntöä ja täten edelleen noudattaa sitä. Lain tarkka noudattaminen kuitenkin edellyttää tarkan lain olemassaoloa, mikä usein on liikaa pyydetty, kuten seuraavassa luvussa esitän.

Yhteenvedona todettakoon, että kysymys oikeuden kielen luonteesta on kysymys siitä, miten valta välittyy sekä avoimesti että vaihkeisesti oikeuden kielellä. Oikeus kehystää asioita oikeudellisesti merkityksellisiksi ja artikuloi valtasuh-

32. Vrt. Hildebrandt (2020a, s. 3), joka sitoo oikeuden tekstipohjaisuuden oikeusvarmuuteen ja ihmisten kieleen sitoutuvaan epämääräisyyteen. Frank Pasquale (A Rule of Persons, Not Machines: The Limits of Legal Automation. *George Washington Law Review* 87(1) 2019, s. 1–55, 5) puolestaan esittää, että kieli on ainoa media, jonka avulla oikeusperiaatteet voidaan toteuttaa.

33. Ks. esim. Paul Burgess, AI and the Rule of Law the Necessary Evolution of a Concept. *Hart Publishing* 2024; Markku Suksi (ed.), *The Rule of Law and Automated Decision-Making. Exploring Fundamentals of Algorithmic Governance*. Springer 2023; Rónán Kennedy, *The Rule of Law and Algorithmic Governance*, s. 209–232 teoksessa Woodrow Barfield (ed.), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*. Cambridge University Press 2020; Monika Zalnieriute – Lyria Bennet Moses – George Williams, *The Rule of Law and Automation of Government Decision-Making*. *The Modern Law Review* 82(3) 2019, s. 425–455 ja Monika Zalnieriute – Lisa Burton – Janina Boughey – Lyria Bennett Moses – Sarah Logan, *From Rule of Law to Statute Drafting – Legal Issues for Algorithms in Government Decision-Making*. *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*. Cambridge University Press 2021, s. 25–272, 257.

34. OM 2020:14, s. 29.

teita oikeudellisesti hyväksyttäviksi. Osa oikeuden kielen erityislaatuista on se, että sen avulla oikeutta voidaan tulkita luovasti erilaisissa elämäntilanteissa ilman, että sen auktoriteetti tästä kärsisi. Seuraavissa luvuissa tarkastelen oikeuden kielen suhdetta automaation vaatimukseen lähemmin kahdesta, osin vastakkaisestakin näkökulmasta: siitä, että oikeus on olemuksellisesti määräytyvätöntä, ja siitä, että oikeuden epämääräisyyttä voidaan vähentää automaation mahdollistamiseksi.

3. Oikeuden kieli on epämääräistä – kaksi näkökulmaa

Oikeuden kielen epämääräisyys, monitulkintaisuus ja sen avoin rakenne ovat oikeusteoriassa ja kriittisessä oikeustieteessä usein tarkasteltuja aiheita. Keskustelun voi olettaa saaneen erityistä pontta aikanaan yhteiskuntatieteissä tapahtuneesta niin sanotusta kielellisestä käänteestä³⁵ – kielen todellisuutta rakentavan vaikutuksen korostamisesta – ja etenkin Ludwig Wittgensteinin myöhäisfilosofiasta, jossa kielen merkityksen katsotaan olevan sen käytössä.³⁶ Vaikka kielellisestä käänteestä on jo aikaa, kieleen liittyvät kysymykset ovat taas ajankohtaisia: automaation aikakaudella oikeuden kielen monitulkintaisuus on muuttunut ratkaisua vaativaksi ongelmaksi tai ainakin seikaksi, johon on syytä muodostaa perusteltu näkemys.

Wittgensteinin myöhäisvaiheen kielifilosofiaan liittyy kielipelin ajatus, jonka mukaan termien käyttö määrittyy niiden käytön mukaan. Kielipelissä kieli on toimintaa, ei jäykkä merkityssystemi. Kun olemme osa kielipeliä, osaamme käyttää sanoja siten, että niiden suhde toisiin sanoihin on mielekäs. Samalla sanalla saattaa olla eri merkitys eri kielipeleissä, ja merkitykset voivat myös muuttua. Tämä tarkoittaa, että kielenkäyttö on elävää toimintaa. Wittgenstein käytti muun muassa perheyhtäläisyyden käsitettä, jonka mukaan käsitteet punoutuvat toisiinsa tiettyjen samankaltaisuuksien ja päällekkäisyyksien muodossa.³⁷

35. Kootusti kielellisen käänteen murtautumisesta osaksi oikeusteoreettisia keskusteluita ks. Lindroos-Hovinheimo 2022, s. 1188–1191.

36. Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations: The German Text, with a revised English Translation* (GEM Anscombe tr, Blackwell 2003). Suomessa Wittgensteinin ajattelusta ammentavaa näkökulmaa oikeuden kielen analyysiin on soveltanut esimerkiksi Susanna Lindroos-Hovinheimo väitöskirjassaan *Justice and the Ethics of Interpretation*. Routledge 2012. Kielipelin ajatus näkyy yleensäkin laajasti suomalaisessa oikeusteoriassa esim. Aulis Aarnion, Kaarlo Tuorin, Juha Karhun ja Raimo Siltalan tuotannossa. On kuitenkin korostettava, että Wittgensteinin mielestä filosofian tehtävä on vain kuvata kielenkäyttöä eikä esittää teesejä. Wittgenstein 2003, s. 49–51.

37. Wittgenstein 2003, erityisesti s. 32.

Wittgensteinin filosofian voi otaksua vaikuttaneen myös yhden 1900-luvun vaikutusvaltaisimmista oikeusfilosoifeista, H. L. A. Hartin, ajatteluun.³⁸ Hän puhuu klassikkoteoksessaan *The Concept of Law* (1961) oikeuden avoimesta rakenteesta (an open texture of law), joka ilmenee oikeuden kielessä.³⁹ Hartista on kirjoitettu hyllymetreittäin, ja hänen vaikutuksensa oikeusteorian kaanoniin on kiistaton. Myös Hartin ja hänen monien kriitikkojensa – Ronald Dworkinin, Lon L. Fullerin, Stanley Fishin ynnä muiden – välisistä keskusteluista on kirjoitettu paljon.⁴⁰ Tämän tiedostaen keskityn esittelemään hänen käsitystään oikeuden kielen luonteesta, koska juuri tämä käsitys toistuu oikeuden automaatiota koskevilla keskusteluilla.

Hart esittelee teoksessaan näkemyksen oikeuden kielestä, joka on joustava ja määräytymätön. Hän esittää, etteivät oikeudelliset käytännöt voi ennakoida kaikkia niitä tilanteita, joihin niitä mahdollisesti sovelletaan. Koska ihmiselämä on vaihtelevaa ja monimutkaista, lakeja on mahdotonta laatia täysin tarkoiksi ja kattaviksi. Tämä tarkoittaa, että oikeuden kieli on epämääräistä ja että tästä epämääräisyydestä – aikomusten epämääräisyydestä ja siitä, että faktat tiedetään usein vaillinaisesti – edelleen seuraa tulkintaa ja harkintaa. Tulkinta ja harkinta puolestaan merkitsevät oikeudellisissa käytännöissä sitä, että tuomarien ja virkamiesten täytyy ottaa kunkin tapauksen erityiset olosuhteet huomioon ja arvioida niiden valossa sitä, miten lakia tulisi yksittäistapauksessa soveltaa.⁴¹

Hartin mukaan epämääräisyys ei kuitenkaan ole samanlaista kaikissa asiayhteyksissä vaan joskus sitä on enemmän, joskus vähemmän. Tähän hän viittaa käsittein selvyyden ydin ja epäilyksen raja-alue (a core of certainty and a penumbra of doubt, sananmukaisesti ”puolivarjo”).⁴² Hartilla ydin koostuu selkeistä tapauksista, joissa säännön soveltaminen on selvää ja suoraviivaista. Raja-alue sen sijaan sijoittuu ytimen ulkokehälle: on epäselvää, soveltuuko sääntö ja millä ta-

38. Ks. Brian Bix, H. L. A. Hart and the “Open Texture” of Language. *Law and Philosophy* 10(1) 1991, s. 51–72. Bixin mukaan (s. 55 av. 21) Wittgensteinin ohella myös Waissmanin ja Russelin ajatukset saattoivat vaikuttaa Hartin näkemykseen oikeuden kielen luonteesta.

39. Hart 1961, s. 124– 125: “Whichever device, precedent or legislation – – will, at some point where their application is in question, prove indeterminate; they will have what has been termed an *open texture*.”

40. Ks. etenkin ns. Hart–Dworkin-kiista. Dworkin arvosteli Hartin käsitystä oikeudesta teoksissaan *Taking Right Seriously* (Harvard University Press 1977), *A Matter of Principle* (Harvard University Press 1985) sekä *Law’s Empire* (Harvard University Press 1986). Hart vastasi kritiikkiin 1992 uudella epilogilla *The Concept of Law* -teokseen. Tiivistelmästä ns. Hart–Dworkin-debatin keskeisistä kysymyksistä ks. Scott Shapiro, *The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide to the Perplexed*. Working Paper Series, WP 77. Michigan Law School 2007 osoitteessa <http://ssrn.com/abstract=968657>.

41. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*. Oxford University Press 1961. Erityisesti luku VII Formalism and Rule-Skepticism, s. 121–150.

42. Ks. Hart 1961, s. 119–120: “Nothing can eliminate this duality of a core of certainty and a penumbra of doubt when we are engaged in bringing particular situations under general rules.” Ks. myös Hart 1961, s. 12, 131.

voin. Tämä edellyttää lainsoveltajan tulkintaa ja harkintaa.⁴³ Niitä ohjaavat usein korkeamman abstraktiotason säännöt: oikeusperiaatteet ja politiikat, päämäärät, joiden ilmaiseman tarkoituksen valossa lainsäädäntöä tulkitaan. Tavoitteena on varmistaa, että lakia sovelletaan tavalla, joka on yhdenmukainen sen taustalla olevien arvojen ja tavoitteiden kanssa.⁴⁴

Oikeuden avoin rakenne tarkoittaa siis sen joustavuutta ja sopeutumiskykyä. Avointa rakennetta voidaan pitää välttämättömänä: oikeuden on mukauduttava muuttuviin ja odottamattomiinkin tilanteisiin. Näin Hart vastusti formalismia eli ajatusta, jonka mukaan oikeuden soveltaminen on mekaaninen prosessi, jossa sovelletaan selkeitä ja yksiselitteisiä sääntöjä. Toisin sanoen lain soveltamisessa kyse ei ole vain loogisesta päättelystä vaan myös tulkinnasta ja harkinnasta etenkin silloin, kun kyse on epämääräisistä oikeudellisista säännöistä.⁴⁵

Myös Critical Legal Studies -liikkeessä (CLS) on esitetty kritiikkiä niitä kohtaan, jotka pitävät oikeuden kieltä määräytyneenä. CLS oli voimissaan Yhdysvalloissa erityisesti 1970- ja 1980-luvuilla, ja sen voi väittää syntyneen amerikalaisen oikeusrealismin perinnölle. Lisäksi CLS ja Hart kytkeytyvät toisiinsa erityisesti Ronald Dworkinin välityksin: Dworkin painottaa oikeuden yhteyttä moraaliin. Dworkin kritisoi Hartin näkemystä oikeuden luonteen liiasta sääntöperustaisuudesta ja painotti oikeusperiaatteiden merkitystä,⁴⁶ kun taas CLS:ssä arvosteltiin Dworkinin näkemystä oikeusperiaatteiden poliittisuudesta.⁴⁷ Tämän artikkelin mitassa ei ole mahdollisuutta käsitellä Dworkinia laajemmin, vaikka hänen ajattelunsa eräässä mielessä muodostaakin yhteyden Hartin ja CLS:n edustajien näkemysten välille.

CLS:ssä ajatuksena oli kyseenalaistaa käsitykset oikeuden objektiivisuudesta, ristiriidattomuudesta ja niin sanotuista vääristä välttämättömyyksistä sekä paljastaa oikeuteen sisältyvät yhteiskunnalliset hierarkiat.⁴⁸ Sittemmin CLS:n niin sanotun ensimmäisen aallon merkitys on vähentynyt, mutta sen vaikutuksesta nykykeskusteluihin ilmestyy yhä tuorettakin kirjallisuutta.⁴⁹ Tässä esitän joitakin

43. Ks. kuitenkin Bix (1991, s. 69), joka pitää tällaista luentaa Hartin ajattelusta liian yksinkertaisena. Hänen mielestään Hartin ”an open texture of law” sisältää elementtejä puhujien antamien merkitysten korostamisesta, sanojen merkitysten korostamisesta sekä oikeudellisen tulkinnan teoriasta.

44. Hart 1961, s. 138–144.

45. Hart 1961, s. 132.

46. Ks. edellä Hart–Dworkin-kiista.

47. Roberto Mangabeira Unger, *Critical Legal Studies Movement*. Harvard University Press 1986.

48. Suomessa ja muissa Pohjoismaissa kriittisellä oikeustieteellä on pitkät perinteet. Ks. Juhana Salojärvi, *A Menace to Society: Radicalism and Legal Scholarship in the United States, Scandinavia and Finland 1965–1980*. Helsingin yliopisto 2013. Ensimmäisiä avauksia Suomessa on Juha Pöyhönen (nyk. Karhu), *The Critical Legal Studies Movement – yhdysvaltalaisista kriittistä lainoppia*. Oikeus 1984, s. 90–106.

49. Ks. esim. Samuel Moyn, *Reconstructing Critical Legal Studies*. Yale Law Journal 134 (2023) osoitteessa https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4531492 ja James Gilchrist

CLS:ää yhdistäneitä perusteesejä enkä keskity sen yksittäisiin edustajiin – keskeisiä nimiä ovat muun muassa Robert Unger, Duncan Kennedy, Mark Tushnet, David Kennedy, Martti Koskenniemi – tai sen eri edustajien näkemysten eroihin.⁵⁰

CLS:ää ei voi ohittaa, kun puhutaan oikeuden kielen perustavanlaatuisesta epämääräisyydestä. CLS:n edustajien esittämä kritiikki on osin samansuuntaista kuin Hartin, mutta se on perustavanlaatuisempaa, sisällöllisempää ja poliittisempaa. Hartin lailla myös CLS:n edustajat suhtautuivat epäilevästi oikeuden formaalisuuden ajatukseen eli siihen, että oikeuden soveltaminen voisi olla mekaaninen prosessi, josta inhimillisuus on häivytetty. Kun Hartin kritiikki kuitenkin päättyy siihen, että oikeuden tulee mukautua elämän vaihtelevuuteen, CLS:n edustajat korostavat tulkinnan ja harkinnan poliittista luonnetta. CLS:n edustajien mukaan formalismi ei ota huomioon laajempia poliittisia ja sosiaalisia asiayhteyksiä, joissa oikeutta sovelletaan.⁵¹

CLS:n edustajat arvostelivat myös sellaisia käsityksiä oikeudesta, joiden mukaan oikeus olisi puolueetonta ja järkipäistä. Erityisesti taustalla oli CLS:n edustajien esittämä liberalismiin kritiikki, johon sisältyi usean liberalismiin kätkeytävän ristiriidan tunnistaminen: liberalismiin 1) samanaikainen sitoutuminen yhtäältä mekaaniseen sääntöjen soveltamiseen ja toisaalta ad hoc -poikkeuksiin; 2) samanaikainen sitoutuminen yhtäältä eettiseen subjektivismiin ja faktojen objektiivisuuteen ja toisaalta siihen, että on olemassa tiedettävissä olevia sosiaalisia ja eettisiä totuuksia; 3) samanaikainen sitoutuminen yhtäältä intentionaaliseen diskurssiin, jossa ihmisen käytöstä tulkitaan itsemääräämiseen perustuvana toimintana, ja toisaalta deterministiseen diskurssiin, jonka mukaan ihmisen toimintaa ohjaavat olemassa olevat rakenteet.⁵² Liberalistista oikeutta, joka perustuu tällaisiin ristiriitoihin, ei voisi pitää puolueettomana ja järkipäisenä.

CLS:n edustajien mukaan oikeudellisiin päätöksiin vaikuttavat usein ulko-oikeudelliset tekijät, kuten yhteiskunnalliset normit, oikeudellisten toimijoiden henkilökohtaiset ennakkoluulot sekä kulttuuriset arvot. Tämä oikeuden kietoutuminen ulko-oikeudellisiin tekijöihin on omiaan tuottamaan epämääräistä oikeutta. CLS:n edustajat painottavat lakitekstien usein ristiriitaista ja epäselvää luonnetta. Koska lakitekstit eivät edusta tai rakenna selvästi vain yhtä loogista

Stewart, *The Rise and Fall of Critical Legal Studies*. Law, Politics, Culture. Edinburgh University Press 2024.

50. Mark Kelman on tiivistänyt CLS:n tärkeimmät opinkappaleet teoksessa *A Guide to Critical Legal Studies*. Harvard University Press 1987, s. 3–4. Kattavasti CLS-kirjallisuudesta ks. myös Richard W. Baumann, *Critical Legal Studies. A Guide to the Literature*. Routledge 2021. Suomalaisesta yleisesityksestä ks. Anne Alvesalo, *Critical Legal Studies: kriittinen lähestymistapa oikeuteen*. Lakimiesliiton Kustannus 1997.

51. Unger 1986, formalismin ja objektivismiin kritiikki, ks. myös Duncan Kennedy, *Legal Formality*. *The Journal of Legal Studies* 2(2) 1973, s. 35–398.

52. Roberto Mangabeira Unger, *Knowledge and Politics*. Free Press 1975. CLS:n edustajien liberalismikäsitteistä ks. Kelman 1987, s. 3 ja Alvesalo 1997, s. 55.

normijärjestelmää, ne mahdollistavat useita tulkintoja. Myös tämä vaikeuttaa johdonmukaisten ja ennustettavien oikeudellisten tulosten saavuttamista.⁵³

CLS:n edustajien mukaan epämääräisyys johtuu siis sekä oikeuden kielen luontaisesta monimutkaisuudesta ja epämääräisyydestä että sen subjektiivisesta ja poliittisesta tulkinnasta. Taustalla vaikuttavat lisäksi yhteiskunnalliset hierarkiat ja valtasuhteet, joiden merkitys ei selviä oikeudesta itsestään.⁵⁴ Hieman yksinkertaistaen CLS:n edustajat näkevät oikeuden työkaluna, jota voidaan käyttää erilaisten yhteiskunnallisten ryhmien etujen ajamiseen.⁵⁵ Tällainen puolueellisuus johtaa epäjohdonmukaisiin ja vinoutuneisiin tuloksiin. Niinpä CLS:n edustajat suhtautuvat kriittisesti oikeudellisten periaatteiden ja doktriinien mahdollisuuksiin vähentää epämääräisyyttä, missä mielessä heidän esittämänsä kritiikki eroaa Hartin esittämästä. CLS:n edustajien mukaan myös tällaiset periaatteet ovat tulkinnanvaraisia ja niiden soveltaminen lisää oikeuden epämääräisyyttä eri tilanteissa.

Toisin sanoen CLS:n edustajat eivät sijoita oikeuden epämääräisyyttä oikeudellisten sääntöjen raja-alueelle vaan niiden ytimeen. Epämääräisyys ei täten ole vain kielenkäytön sivuvaikutus vaan siihen vaikuttavat ja sitä ylläpitävät myös yhteiskunnalliset ja poliittiset valtasuhteet.⁵⁶ Toisin kuin Hart CLS:n edustajat eivät hyväksy oikeuden puolueettomuuden ajatusta, vaan oikeus hahmotetaan läpikotaisin poliittisena ja inhimillisen subjektiivisuuden värittämänä kokonaisuutena. CLS:n edustajat pitävät oikeutta yhteiskunnallisen hallinnan välineenä, ja se näkyy myös tuomiovallan käytössä. Kun Hart pitää tuomiovallan käyttöä välttämättömänä sille, että oikeuden avoimen rakenteen kanssa voidaan tulla toimeen, ja epämääräisyydelle luoda tulkintakehyksiä, CLS:n edustajat ovat pessimistisempiä: myös tuomarit ja muut lainsoveltajat heijastavat omat arvonsa ja vinoumansa lain soveltamiseen eivätkä täten vähennä vaan lisäävät oikeuden epämääräisyyttä.⁵⁷ Ajatuksena on, ettei ihminen voi sulkea asenteitaan ja arvo maailmaansa lain soveltamistoiminnan ulkopuolelle.

Kokoavasti voidaan todeta, että olisi sangen ongelmallista väittää, että oikeuden käsitteillä olisi tarkkarajainen ja muuttumaton merkityssisältö, joka mahdollistaisi oikeuden formalistisen, mekaanisen tulkinnan. En väitä, että näin kukaan suoranaisesti tekeekään.⁵⁸ Tämän lisäksi oikeuden epäselvyyttä lisää se,

53. Unger 1975 ja Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*. Harvard Law Review 89 (1975), s. 1685–1779.

54. Ks. Joseph Singer, *The Player and the Cards: Nihilism and Legal Theory*. The Yale Law Journal 94(1) 1984, s. 1–70.

55. Ks. kuitenkin Martti Koskenniemi, kirja-arvostelu teoksesta Tuori, Kaarlo, *Oikeuden ratio ja voluntas* (WSOYPro 2007). Lakimies 1/2008, s. 119–127.

56. Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*. Lakimiesliiton Kustannus 1988.

57. Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication, Fin de Siècle*. Harvard University Press 1998.

58. Ks. kuitenkin Maija Aalto-Heinilä, *Laintulkinnan objektiivisuus epistemisten riskien hallinnan näkökulmasta*. Lakimies 7–8/2022, s. 1031–105.

että oikeutta on joskus vaikeaa löytää, sillä sen tekstit ovat hajallaan. Tämä on omiaan lisäämään oikeuden käytännöllistä epämääräisyyttä kielellisten epämääräisyyksien oheen. On kuitenkin huomattava, että siinä määrin kuin oikeudellista ratkaisutoimintaa halutaan automatisoida esimerkiksi täysautomatoitujen hallintopäätösten muodossa, joudutaan väistämättä ottamaan kantaa formalistisen tulkinnan mahdollisuuteen ja reunaehtoihin, kuten seuraavassa esitän. Toisin sanoen vaikka formalismiin ei teoreettisesti sitoutuisikaan, sitä voi tulla pitäneeksi automaatiokontekstissa käytännöllisesti mahdollisena ja hyväksyttävänäkin.

4. Voidaanko oikeuden kielen epämääräisyyttä vähentää automaation tarpeisiin?

Kuten on esitetty, jotta oikeus voi toimia automaattisesti sääntöpohjaisessa järjestelmässä esimerkiksi automaattisen päätöksenteon mahdollistamiseksi, se on muutettava koodiksi. Tämä muuttaminen tai kääntäminen ei ole helppo tehtävä. Herää joukko kysymyksiä: Kenellä tai millä on oikeus määritellä, miten käänös tapahtuu? Miten oikeuden kielestä saadaan mahdollistavaa tai jopa koneluettavaa? Mitä oikeudelle tapahtuu tässä prosessissa? Miksi juuri tämä käänös eikä jokin toinen? Palaammeko kysymykseen oikeuden formalistisesta tulkinnasta?

Kysymystä oikeuden avoimesta rakenteesta on sivuttu jo varhaisessa oikeuden ja teknologian tutkimuksessa.⁵⁹ Hartin tunnistama oikeuden avoin rakenne ja sen sitoutuminen ihmisen kokemukseen on tunnistettu ja tunnustettu oikeuden perustavanlaatuisiksi piirteeksi, joka täytyy ottaa huomioon automaatiohankkeissa. Oikeuden kielen epämääräisyyden ei kuitenkaan välttämättä ole katsottu estävän automaatiota, vaan se näyttäytyy sivuhuomautuksena tai ratkaistavana ongelmana. Esimerkiksi jo vuonna 1958 Lucien Mehl on esittänyt ajatuksen, jonka mukaan oikeuden käsitteitä voitaisiin (pitäisi) ajatella uusiksi automaation tarpeisiin.⁶⁰ Ajatus on sittemmin toistunut myöhemmissä keskusteluissa, kuten esitän seuraavassa.

59. Ks. esim. David T. Shannon – Forouzan Golshani, *On the Automation of Legal Reasoning*, *Jurimetrics Journal* 28(3) 1987, s. 305–315.

60. Lucien Mehl (*Automation in the Legal World: From the Machine Processing of Legal Information to the 'Law Machine'*, s. 755–787 teoksessa *Mechanisation of Thought Processes: Proceedings of a Symposium Held at the National Physical Laboratory on 24th, 25th, 26th and 27th November 1958*, Vol. II, London: Her Majesty's Stationery Office 1958) peräänkuulutti sellaisia uusia oikeudellisia käsitteitä, jotka eivät olisi epämääräisiä vaan riippumattomia niiden kielellisestä kuvauksesta (s. 760–764). Oikeuden avoimen tekstuurin merkityksestä varhais-

Computational law -tutkimussuuntauksessa on korostettu edellisen luvun hengessä sellaisia oikeuden ominaispiirteitä, jotka väistämättä menetetään automaatioprosessissa. Sen keskeisen edustajan, Hildebrandtin, mukaan lailisuusperiaate – ymmärrettynä siten, että se sekä edistää yhdenvertaisuutta että mahdollistaa päätösten ennakoitavuuden ja riitauttamisen – edellyttää sellaisia oikeudellisia normeja, jotka rakentuvat luonnollisen kielen avoimelle rakenteelle. Tällaiset normit välttäisivät myös tietokonekoodin yli- ja ali-inklusiivisuuden eli sen, että tietyn termin alaan osuu liikaa tai liian vähän aiottuja merkityksiä.⁶¹

Nähdäkseni Hildebrandt tarkoittaa, että tekstipohjaisen oikeuden mukautuvaa luonnetta tulisi tukea enemmän kuin vaihtaa se koodipohjaiseen oikeuteen.⁶² Kaikki eivät ole samaa mieltä vaan suhtautuvat myönteisemmin oikeuden muuttamiseen koodiksi tai koneluettavaan muotoon tai korostavat jopa code first -lähestymistavan mahdollisuutta. Siinä oikeuden abstraktioita muunnettaisiin suoraan koodiksi ilman, että ne ensin olisi muotoiltu oikeuden kielellä.⁶³ On myös esitetty, että harkintavaltaa ohjaavilla periaatteilla voisi olla annettavaa automaatiossa.⁶⁴

Siitä, voitaisiinko oikeudesta tehdä helpommin automatisoitavaa, on jonkin verran tutkimusta, joskin se on melko hajanaista.⁶⁵ Erityisesti Tanskassa⁶⁶ ja

sa automaatiokeskusteluissa ks. Riikka Koulu – Suvi Sankari – Hanne Hirvonen – Tatjana Heikkinen, *Artificial Intelligence and the Law: Can We and Should we Regulate AI Systems?*, s. 427–449 teoksessa Bartosz Brożek – Olija Kanevskaia – Przemysław Palka (eds), *Research Handbook on Law and Technology*. Edward Elgar Publishing 2023, s. 431–432.

61. Hildebrandt 2020a, s. 10. Hildebrandt ei tosin näytä käsittelevän sitä, että myös oikeuden termit voivat olla yli- ja ali-inklusiivisia eli niidenkin alaan voi tulla sisältyneeksi liikaa tai liian vähän aiottuja merkityksiä.

62. Hildebrandt 2020a, s. 10.

63. Oliver R. Goodenough – Preston J. Carlson, *Words or Code First? Is the Legacy Document or a Code Statement the Better Starting Point for Complexity-Reducing Legal Automation?* *Philosophical Transactions of the Royal Society A* 382(2270) 2024, 20230160.

64. Marion Oswald, *Algorithm-Assisted Decision-Making in the Public Sector: Framing the Issues Using Administrative Law Rules Governing Discretionary Power*. *Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences* 376(2128) 2018, 20170359.

65. Ks. Sarah B. Lawsky, *Formalizing the Code*. *Tax Law Review* 70(377) 2017, s. 377–408; Herbert Fiedler, *Functional Relations between Legal Regulations and Software*. *Computer Science and Law* 1980, s. 137–144 ja Christopher Markou – Simon Deakin, *Ex Machina Lex: Exploring the Limits of Legal Computability*, s. 31–66 teoksessa Simon Deakin – Christopher Markou (eds), *Is Law Computable? Critical Perspectives on Law and Artificial Intelligence*. Hart Publishing 2020. Ks. myös Alice Witt – Anna Huggins – Guido Governatori – Joshua Buckley, *Encoding Legislation: A Methodology for Enhancing Technical Validation, Legal Alignment and Interdisciplinarity*. *Artificial Intelligence and Law* 32(2) 2024, s. 293–324.

66. Michael Götze, *Digitally Ready Legislation in Danish Law: The Strengths and Weaknesses of Digital Simplicity in New Legislation*, s. 132–144 teoksessa Russell L. Weaver – Herwig C. H. Hofmann (eds), *Digitalisation of Administrative Law and the Pandemic-Reaction*. Cambridge Scholars Publishing 2022. Myös Johannes Næser Århusin yliopistosta on viimeistelemässä väitöskirjaa aiheesta.

Norjassa⁶⁷ on käyty jo vuosia keskustelua niin sanotusta automaatioystävällisestä lainsäädännöstä. Ajatuksena on, että jos ja kun lainsäädäntöä automatisoidaan, se pitäisi jo demokraattisissa prosesseissa säätää sellaiseksi, että automaatio olisi helppoa. Näin vastustetaan ajatusta, jossa oikeuden automatisoimisesta ja siinä tehtävistä valinnoista vastaisivat muut kuin lainsäätäjät. Tällöin oikeuden kääntämisestä koodiksi tulisi teknisen suunnitteluprosessin asia, johon ei voitaisi demokraattisesti vaikuttaa.⁶⁸

Lähtökohta on täten käytännöllinen ja automaatioon myönteisesti suhtautuva. Automaatioystävällisestä lainsäädännöstä onkin kirjoitettu verrattain vähän akateemista tutkimusta. Alan klassikkona voidaan pitää Jon Bingin artikkelia *Automatiseringsvennlig lovgivning* vuodelta 1977. Bingin keskeinen argumentti on, että automaatioystävällinen lainsäädäntö olisi omiaan tekemään oikeusjärjestyksestä tehokkaamman ja tarkemman. Samalla se myös pysyisi helpommin teknisen kehityksen tahdissa. Tällaisena siitä olisi kauaskantoista hyötyä yhteiskunnalle, koska lakien toimeenpano tehostuisi. Samalla Bing kuitenkin korostaa, että päätös automatisoida julkishallintoa – tai jättää se automatisoimatta – on poliittinen.⁶⁹ Toisin sanoen hän ei väitä, että lainsäädäntöä olisi välttämättä automaatoitava.

Bingin mukaan automaatioystävällistä lainsäädäntöä luonnehtivat erityisesti seuraavat piirteet: Ensinnäkin lainsäädäntö tulisi laatia selkeäksi ja yksiselitteiseksi, mikä vähentäisi virheiden ja väärintulkintojen todennäköisyyttä, kun koneet soveltavat lakeja. Toiseksi lait tulisi standardoida siten, että lainsäädännössä käytettäisiin yhtenäisiä ja johdonmukaisia määritelmiä, jotka voitaisiin helposti koodata algoritmeiksi. Kolmanneksi lakitekstien ja määräysten tulisi olla kone-luettavassa muodossa. Neljänneksi lainsäädäntö tulisi suunnitella sellaiseksi, että sitä voitaisiin muuttaa helposti yhteiskunnallisten tarpeiden ja teknologisen kehityksen edellyttämällä tavalla. Viidenneksi automaation tulisi olla läpinäkyvää, syrjimätöntä ja eettisesti kestävää. Kuudenneksi lainsäätäjien, oikeustieteilijöiden ja teknologian asiantuntijoiden tulisi tehdä jatkuvaa yhteistyötä, jotta voitaisiin ymmärtää ja ottaa huomioon automatisoitujen järjestelmien mahdollisuudet ja rajoitukset.⁷⁰

Yhtäältä edellä mainitut ulottuvuudet ovat merkittäviä ja toisiinsa lomittuvia, ja monet artikkelissa esitetyt ajatukset ovat aikaansa edellä: esimerkiksi kysymykset syrjimättömistä algoritmeista ja läpinäkyvästä automaatiosta ovat nykyäänkin polttavia, vaikka teknologia on ottanut aimo harppauksen sitten vuoden 1977.

67. Ks. esim. Dag Wiese Schartum, *Law and Algorithms in the Public Domain*. *Etikk I Praksis – Nordic Journal of Applied Ethics* 10(1) 2016, s. 15–26.

68. Vastaavaa kritiikkiä Pohjoismaiden ulkopuolella on esittänyt mm. Laurence Diver väitöskirjassaan *Digisprudence: Law as a Code Rebooted*. Edinburgh University Press 2023.

69. Jon Bing, *Automatiseringsvennlig lovgivning*. *Tidsskrift for rettsvitenskap* 90(2–3) 1977, s. 195–229, 197.

70. Bing 1977, s. 195–229.

Samoin vielä nykyäänkin teknologisen ja oikeudellisen asiantuntemuksen välillä tuntuu olevan juopa, jota ei ole täysin kyetty silloittamaan. Toisaalta kuitenkin ajatukset oikeuden nopeasta päivitettävyydestä tuntuvat utopistisilta.

Tämän artikkelin kannalta erityisen kiinnostava on luettelon ensimmäinen kohta. Voidaanko lait todella kirjoittaa yksiselitteisiksi, etenkin, kun otetaan huomioon edellisessä luvussa esitetyt väitteet oikeuden kielen epämääräisyydestä? Bing esittää, että lainsäädännössä tulisi käyttää mahdollisimman yksiselitteistä terminologiaa, jotta välttyttäisiin monitulkintaisuudelta. Näin automaattiset järjestelmät voisivat soveltaa oikeutta ongelmitta.⁷¹ Lisäksi oikeuden epämääräisyyttä vähentäisi Bingin mukaan se, että oikeudellisilla käsitteillä olisi standardoidut merkitykset, joita käytettäisiin läpi oikeusjärjestyksen. Tällainen sanasto – Bingin käsittein yksi käsite, yksi sana -periaate – yhdessä sääntelyn loogisen ja strukturoidun rakenteen kanssa helpottaisi automaation onnistumista kauttaaltaan, kun terminologiaa ei muutettaisi laista lakiin tyylyisistä.⁷²

Dag Wiese Schartum esittää samansuuntaisia ajatuksia.⁷³ Hän käsittelee muun muassa sitä mahdollisuutta, että epämääräiset oikeudelliset käsitteet voitaisiin jakaa niin hienojakoisiin alakäsitteisiin, että oikeuden kielen epämääräisyys ei enää tuottaisi ongelmia. Näillä hienojakoisemmilla käsitteillä pyrittäisiin edelleen ”täyttämään” yläkäsitteen kattama ala siten, että epämääräisyys poistuisi ja automaatio tulisi mahdolliseksi silloinkin, kun operoidaan epämääräisillä yläkäsitteillä. Ala, joka näin jäisi alakäsitteiden ulkopuolelle, olisi siinä määrin vähäinen, ettei sillä olisi merkittäviä vaikutuksia käsitteen tulkintaan.⁷⁴

Jotta julkishallinnon automaatio olisi laajasti mahdollista, olisi Schartumin mukaan houkutus poistaa epämääräisiin käsitteisiin liittyvä harkintavalta ja ottaa sen sijaan käyttöön rajoitettu määrä tiukempia ehtoja, jotka korvaisivat epämääräiset käsitteet, kuten ilman hyvää syytä ja kohtuullinen mahdollisuus.⁷⁵ Schartum kuitenkin toteaa, että lain tai asetuksen lainmukainen soveltaminen saattaa nimenomaan edellyttää harkintavaltaa. Jos näin on, usein käytetty ratkaisu on yksinkertaisesti jättää harkintavaltaa sisältävät säännökset automaattisen järjestelmän ulkopuolelle ja korvata ne syötteillä, jotka ilmaisevat harkinnanvaraisten arvioiden tuloksia (ilman hyvää syytä = K/E), kuten on tehty Suomessa.

71. Bing 1977, s. 206–207.

72. Bing 1977, s. 207.

73. Dag Wiese Schartum, *From Legal Sources to Programming Code: Automatic Individual Decisions in Public Administration and Computers Under the Rule of Law*, s. 301–336 teoksessa Woodrow Barfield (ed.), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*. Cambridge University Press 2020.

74. Vrt. Mehl 1958: ”However complete the checking of the legal material may be, however elaborate the classifications, it is probable that certain special cases, certain marginal situations, will escape the designers of the machine – .”

75. Wiese Schartum 2020, s. 315–316.

Tämän tyyppinen ratkaisu ei kuitenkaan Schartumin mukaan ole tyydyttävä, sillä harkinnanvaraisten elementtien erottaminen ei-harkinnanvaraisista on kallista, hankalaa ja selvästi käsittelytahtia hidastavaa. Hänen mukaansa ensisijainen kysymys kuitenkin on se, onko harkinnanvaraisen arvioinnin korvaaminen oikeudellisesti mahdollista. Toinen kysymys taas on se, olisiko käytännössä ja teknisesti mahdollista suunnitella sellainen automaattinen menettely, joka korvaisi harkintavallan tyydyttävällä tavalla. Vastaus molempiin kysymyksiin on Schartumin mukaan usein kieltävä.⁷⁶ Näyttää siltä, että oikeuden epämääräisyys ei ole helposti poistettavissa kielenkäyttöä täsmentämällä, sillä harkintavallan jättäminen lainsoveltajalle on lainsäätäjän tietoinen ratkaisu eikä (välttämättä) kielellisesti epätarkkaa lainsäätämistä.

Schartum käsittelee myös mahdollisuutta ottaa käyttöön koneoppivia järjestelmiä julkishallinnon automaattisessa päätöksenteossa. Hän kuitenkin päätyy siihen, että tämä olisi ongelmallista: koneoppivia järjestelmiä käyttämällä tultaisiin vain uusintaneeksi menneisyyden ratkaisuja ilman näkemystä siitä, tulisiko käytäntöä muuttaa. Tällainen lähtökohta tarkoittaisi sitä, että oikeusrealistiselle lähestymistavalle annettaisiin normatiivista merkitystä (vertaa: se, miten oikeutta on sovellettu tähän mennessä, määrittää sitä, miten sitä tulisi soveltaa tulevaisuudessakin) eli olemisesta johdettaisiin pitämistä. Kuten esitettyä, tämä puolestaan olisi mahdotonta laillisuusperiaatteen näkökulmasta. Tapauskohtaiselle kohtuusharkinnalle ei liioin jäisi tilaa.

Akateemisissa keskusteluissa automaatioystävällisestä lainsäädännöstä lähtökohta kuitenkin on, että oikeuden erityispiirteiden olisi mukauduttava automaation vaatimuksiin eikä toisin päin. Oikeus on se, joka joustaa. Tämä on siinä mielessä loogista, että oikeus ihmisten sääntöinä on sangen joustavaa ja että tämä joustavuus on sen sekä hyvä että huono puoli. Päinvastaista näkökulmaa – koodi mukautuu oikeuteen – ehkä edustaa ajatus siitä, että oikeutta voidaan sisällyttää osaksi koodia suunnitteluratkaisuilla, kuten aiemmin mainittiin. Marginaaliin jää kuitenkin se Hildebrandtin esittämä argumentti, että tämä käänös voidaan tehdä monella tavalla ja tällä voi edelleen olla merkitystä yksilöiden oikeuksien kannalta.⁷⁷ Ei ole vain yhtä mahdollista tapaa muuttaa oikeuden kieltä koodiksi, vaan oikeuden kielen muuttaminen koodiksi on väistämättä vallankäyttöä ja sellaisena myös poliittista. Harkintavalta siirtyy suunnitteluvaiheen ongelmaksi.

Bing ja Schartum näyttävät suhtautuvan lainvalmisteluun jokseenkin teknis-managerialistisesta näkökulmasta, parhaimmillaan ihanteellisena tapana mahdollistaa kitkaton hallinto. Bingin ja Schartumin näkemykset oikeuden kielen ongelmista automaation kontekstissa tai inhimillisistä elementeistä näkyvät paikantuvan harkintavaltaa koskeviin kysymyksenasetteluihin ja standardoitujen

76. Wiese Schartum 2020, s. 316.

77. Hildebrandt 2020b, s. 84: "[d]ue to its text-driven multi-interpretability [law] can be computed in different ways and these different ways will make a difference for those subject to law."

määritelmien puutteeseen. Sen sijaan lainsäädännön poliittisuutta lähestytään vain kysymyksenä siitä, tulisiko julkishallintoa ylipäätään automatisoida, ei oikeuden kielen epämääräisyyttä tuottavana piirtenä. Lainvalmistelun eri vaiheiden poliittisuus, oikeuden koodiksi muuttamisen poliittisuus ja eri suuntaan vetävät intressit on häivytetty poliittisuuden – ja samalla ristiriitojen ja taistelun oikeuden kielestä – ulottumattomiin.⁷⁸

5. Pohdintaa: Kattavaa vai paikallista epämääräisyyttä?

Automaatio on herätellyt oikeusteorian uinuvia kysymyksiä unestaan. Tämä on heijastunut oikeuspoliittisiin hahmotelmiin siitä, missä automaation rajat kulkevat. Kuten olen esittänyt, nämä kysymykset kytkeytyvät oikeuden kieleen. Ilmeisimpiä niistä ovat oikeuden kielen normatiivisuus (esimerkiksi oikeusrealismin mahdottomuus toimia normatiivisena ohjenuorana; datavetoinen automaatio tai oikeus on sitä, mitä tuomarit tekevät) sekä oikeuden formalistisen tulkinnan mahdollisuus tai mahdottomuus (ajatus siitä, että oikeutta voidaan soveltaa mekanistisesti). Esimerkiksi automaattista päätöksentekoa koskevassa hallituksen esityksessä formalismia ei suoraan pidetty ongelmallisena, kun taas koneoppivien järjestelmien jännitteinen suhde laillisuusperiaatteeseen tunnustettiin. Oikeuden epämääräisyydestä tai avoimesta rakenteesta johtuvien ongelmien katsottiin sijoittuvan oikeudellisten käsitteiden raja-alueille eikä estävän automaatiota. Kysymys oikeuden kielen epämääräisyydestä kiinnittyi kysymykseen harkintavallasta ja sen rajoista.

Näyttää siltä, että kriittisimmin oikeuden epämääräisyyteen tai sen kielen avoimuuteen suhtautuvat teoreettiset argumentit eivät ole löytäneet paikkaansa oikeuden automaatiota koskevissa akateemisissa, oikeudellisissa tai poliittisissa keskusteluissa. En ole ainakaan toistaiseksi löytänyt sellaista oikeudellista tutkimusta, joka kieltäisi automaation mahdollisuuden sillä perusteella, että oikeuden identiteetti automaatiossa menetettäisiin tai että automaatio jähmettäisi oikeuden valta-asetelmia entisestään.

Perustavanlaatuinen oikeuden kieleen perustuva kritiikki saattaisi jopa kokonaan kieltää automaation oikeutuksen, minkä kritiikin osa lienee nykyajassa jäädä vaille vaikutusta. Tämä ei toki tarkoita, etteikö oikeuden kielen automaatiota tai automaatiota ylimalkaan voisi vastustaa muilla argumenteilla. Näin

78. Vrt. Hartin kritiikki (1961, s. 127) ”juristien käsitetaivaasta”: “[t]his is reached when a general term is given the same meaning not only in every application of a single rule, but whenever it appears in any rule in the legal system. No effort is then even required or made to interpret the term in the light of the different issues at stake in its various recurrences.”

voitaisiin tehdä esimerkiksi sillä perusteella, että kieli on ihmisten kommunikaatioväline eivätkä koneet kykene tunnistamaan kulloisestakin asiayhteydestä merkityksellisiä vivahteita ja moraalisia ulottuvuuksia. Ehkä nimenomaan kriittisen oikeustieteen argumentit ovat kuitenkin liian radikaaleja, jotta ne otettaisiin tosissaan. Vaihtoehtoisesti ne voivat olla unohdettuja tai vanhentuneiksi koettuja tai vain epäkäytännöllisiä yhteiskunnassa, jossa automaation alaa alati laajennetaan.

CLS:llä ja siitä ammentavilla kriittisillä näkökulmilla olisi kuitenkin mahdollista rikastaa ja syventää sitä teoreettista keskustelua, jota oikeudellisen automaation rajoista käydään. Tämä voisi tarkoittaa esimerkiksi sellaisen kannan puolustamista, jonka mukaan oikeuden soveltaminen vaatisi välttämättä teknologiakseen ihmisen tai että automaatio edellyttäisi radikaalimpaa oikeuden kielen uudelleenajattelua kuin pyrkimyksiä yksinkertaistaa terminologiaa.⁷⁹ Jos CSL:n piirissä esitetty kritiikki otettaisiin automaation kontekstissa tosissaan, se tarkoittaisi, että vaikka oikeuden tulkintaa ja soveltamista koskevat vinoumat voitaisiin automaation avulla välttää, lainsäädäntöön sisältyvät poliittiset ristiriidat jähmetettäisiin teknologisiin suunnitteluratkaisuihin. Oikeus olisi jähmettynyttä politiikkaa ja oikeudellinen automaatio jähmettynyttä oikeutta.⁸⁰

Sen sijaan huolia siitä, että jotakin oikeuden olemuksesta menetettäisiin – kielen joustavuutta, avointa rakennetta, muuntautumiskykyä – akateemisissa keskusteluissa esiintyy usein. Sanojen tulkinnanvaraisuus tai avoimuus paikannetaan selvästi harkinnanvaraisiin ilmaisuihin, kuten ”perusteltu syy”, jolloin syntyy oletus siitä, että tulkinnanvaraa ei olisi muualla. Automaation myötä oikeus kaavamaisesti ja kivettyä ainakin tietyksi ajanjaksoiksi, ennen kuin käsittelysääntöjä tai koodia muutetaan. Näin automaatiolla tullaan purkaneeksi niitä koneistoja, jotka mahdollistavat oikeuden avoimuuden. Lisäksi teknologian voisi katsoa ohjaavan oikeutta itseään: medially on vaikutuksensa siihen, millaisia suunnitteluratkaisuja tehtäisiin. Oikeus ja teknologia punoutuvat yhä tiiviimmin yhteen.

Ensisilmäyksellä olisi järjenvastaista väittää, ettei oikeuden termeissä olisi lainkaan eroja siinä, miten paljon tulkintaa tai harkintaa ne sisältävät. Epäilemättä epämääräisyyttä on vähemmän termissä ”asianosainen” kuin ”perusteltu syy”. ”Alaikäinen” puolestaan on vielä vähemmän epämääräinen kuin ”asianosainen”, jonka käytännön epämääräisyys ilmenee esimerkiksi hallinto-oikeuksien ratkaisukäytännöstä. Toisaalta alaikäisyydessäkin on erilaisia tasoja: vaikka henkilö olisi alle 18 vuotta, hänen toimintaansa katsotaan eri näkökulmista

79. Vrt. Hildebrandt 2020a, s. 5: “The phrase ‘regulating technology’ can – grammatically speaking – refer to the process of regulating a specific object (‘technology’), or to a specific subject (‘technology’) that is regulating.” Vrt. Moyn (2023, s. 3): “Law remains a technology of rule of some over others, but in simple ways uncommonly, and unerringly even more rarely.”

80. Vrt. Hildebrandt 2020b, s. 78.

ja eri ikärajojen valossa sen mukaan, puhutaanko esimerkiksi lastensuojelusta, terveydenhuollosta, tietosuojalainsäädännöstä, rikosoikeudellisesta vastuusta, seksuaalisista suhteista, oppivelvollisuudesta vai oikeustoimien tekemisestä. Tämän ohella yksiselitteisen iän ohella häntä arvioidaan usein myös sangen epämääräisen käsitteen, kehitystason, perusteella.

Niinpä yksiselitteisiltä näyttävät oikeudelliset käsitteet osoittautuvatkin monimutkaisemmiksi, kun ne liitetään osaksi kulloinkin merkityksellistä asiayhteyttä. Toisin sanoen ne – Koskenniemen sanoin – usein kehystetään siten, että käsitteet voidaan asettaa oikeaan kontekstiin, kuten esimerkki alaikäisyydestä osoittaa. Oikeuden käsitteet saavat merkityksensä oikeuden kielipeleissä. Niissä alaikäisyyden merkityskin on kontekstisidonnaista. Edellä käsitelty automaation myönteisesti suhtautuva keskustelu näyttää kuitenkin pohjautuvan sellaiseen käsitykseen – ”teoria” on ehkä turhan juhlallinen sana – kielestä, jonka mukaan oikeudellisten termien ja käsitteidenkin merkitys voidaan ainakin pyrkiä jakamaan alamerkityksiin ja epämääräisyyttä radikaalisti vähentää. Pyrkimys lienee Hartin käsitteistöllä raja-alueen sellaiseen haltuunottoon, joka mahdollistaisi ytimen aluetta laajemman automaation ilman, että mitään korvaamatonta menetetään. Joko kielipeleillä ei katsota olevan ratkaisevaa merkitystä tai nekin katsotaan voitavan upottaa koodiin.

Näyttää siltä, että jotta automaatio olisi mahdollista, on tukeuduttava ajatukseen siitä, että oikeuden kielen epämääräisyys on paikallista. Tästä on pyritty varmistumaan siten, ettei selvästi harkinnanvaraisia päätöstyyppisiä voida automatisoida. Se, että oikeudessa on useita sangen epämääräisiä kielellisiä muotoiluja, helposti luo vaikutelman, että muualla tulkinnanvaraa ei olisi lainkaan tai että harkintavalta olisi aina vaivatta tunnistettavissa. Hildebrandtia mukaillen harkinta ei kuitenkaan ole vain selvyyden negaatio: se ei tarkoita periaatteiden tai sääntöjen puuttumista vaan niiden välistä tilaa. Tuo tila ei ehkä antaudu automaatiolle vaan vaatii teknologiakseen ihmisen.

6. Lopuksi: puuttuvia käsitteellistyksiä

Tämä artikkelissa olen pohtinut joitakin teoreettisia käsityksiä oikeuden kielestä ja niiden suhdetta automaatioon. Vaikka nämä käsitykset eivät ole uusia, niillä voi väittää olevan uutta merkitystä automaation aikakaudella. Ne tuovat esiin myös uusia tehtäviä oikeustieteelle, kun ihmisen ja koneen muuttuvat roolit oikeuden soveltajina ja tulkitsijoina vaativat uutta ajattelua ja uusia käsitteellistyksiä.

Palaan johdannossa esittämiini hypoteeseihin. Esitin, että 1) harkintavalta on se kehikko, jonka puitteissa oikeudellisen kielen avoimuutta tai epämääräisyyttä

käsitteellisestään ainakin suomalaisessa julkisoikeudellisessa ajattelussa. Näin todella näyttää olevan. Automaatiokeskusteluissa harkintavalta on kuitenkin siinä mielessä ongelmallinen käsite, että se ei ole vain kielen tulkintaan liittyvä kysymys vaan lainsäätäjän tietoinen ratkaisu delegoida valtaa lain soveltamisen tasolle. Tällaisen vallan delegoiminen edelleen koneelle voi osoittautua ongelmalliseksi. Toistaiseksi kysymystä ei kuitenkaan ole käsitteellistetty valta- vaan ainoastaan laillisuus- ja kielinäkökulmasta. Kieli ja valta ovat kuitenkin oikeuden muodossa toisiinsa erottamattomasti kytkeytyneet.

Esitin myös, että 2) oikeuden kielen epämääräisyys hahmotetaan automaatiota hankaloittavana vaan ei sitä estävänä asiana. Näyttää tosiaan siltä, että oikeuden kielen perustavanlaatuaista kontekstisidonnaisuutta ei nähdä automaatiokeskusteluissa sellaisena asiana, joka estäisi automaation. Sen sijaan epämääräisyys hahmotetaan Hartin hengessä oikeudellisten sääntöjen raja-alueen ongelmaksi, jota voidaan yrittää ratkaista kielenkäyttöä selventämällä. Jos siis automaatio keskittyy ytimen alueelle, mitään merkittävää tuskin menetetään. Ytimeen mahdollisesti sijoittuva epämääräisyys tai kontekstisidonnaisuus näin näyttäytyy asiana, joka on toissijaista suhteessa automaatiosta saataviin tehokkuus- ja ennakoitavuushyötyihin.

Näin oikeuden epämääräisyyden hallinta jätetään ihmisten vastuulle, kun koneiden tehtäväksi annetaan yksiselitteisiksi arvioitujen oikeusnormien soveltaminen. Tämän lisäksi automaatio saattaa vaikuttaa sitä ympäröiviin prosesseihin. Voi olla, että käsittelysääntöjä on vaikeampi ymmärtää kuin päätöksen perusteluja. Vaikka käsittelysäännöt ilmaistaisiinkin luonnollisella kielellä, ne ovat kauempana päätöksen kohteesta kuin päätöksen perustelut. Tämä voi edelleen vaikuttaa päätösten kohteiden oikeudelliseen asemaan. Ihmiskäsittelijälle lankeaa selittäjän ja välittäjän rooli päätöksen kohteen ja automaattisen järjestelmän välissä. Tämä ihmisen muuttunut rooli päätöksentekijästä oikeuden kielen epämääräisyyden hallitsijaksi, kontekstista pääteltävien vivahteiden ymmärtäjäksi ja ihmisten uusien oikeusturvatarpeiden hahmottajaksi on jätetty toistaiseksi käsitteellistämättä oikeustieteellisessä keskustelussa.

The language of law and automation – an impossible equation?

IDA KOIVISTO, LL.D., Associate Professor, University of Helsinki

The article discusses the language of law as an object of automation. The goal of the article is theoretical and its context is that of public law. When legal practices are increasingly automated, the question of how to translate the language of law into a computer code, becomes urgent. The article presents two theoretical perspectives regarding the indeterminacy of the language of law: H.L.A. Hart's idea of the open texture of law, and the view of the Critical Legal Studies movement on the contradictory nature of the legal system, and the political bias in legal interpretation. Both views consider the formalistic and mechanistic interpretation of law as impossible due to the indeterminacy of the language of law. The article also discusses the discourse on so-called automation-friendly legislation and its endeavour to simplify legal language to facilitate automation. This discourse considers the formalistic interpretation of law – at least, implicitly – possible. Therefore, the main tension in the article is formed around the question of how the language of law is as an object of automation and what is lost – if anything – if the indeterminacy of law were to be reduced. The article argues that 1) the power or deliberation is the framework in which the indeterminacy of the language of law is conceptualised at least in public law thinking in Finland, and 2) the indeterminacy of the language of law is understood as an issue that makes automation more difficult but not impossible in mainstream discussions on legal automation. These arguments make visible new tasks to legal scholarship, as the changing roles of humans and machines applying law require new thinking and new conceptualisations.