

Raimo Siltala

”...EI LUONNOLLISELLA JÄRJELLÄ
VAAN KEINOTEKOISELLA
JURIDISELLA JÄRJELLÄ
JA OIKEUDELLISELLA
ARVOSTELMALLA”.

NORMIT JA KONSTRUKTIOT
OIKEUDELLISESSA PÄÄTTELYSSÄ

Sisällys

1	TULKINTAA JA SYSTEMATISOINTIA – JA VIELÄ JOTAIN MUUTAKIN	253
2	OIKEUDELLISET KONSTRUKTIOT EIVÄT OLE FIKTIOITA VAAN YHTEISÖLLISIÄ KONVENTIOITA.....	256
3	OIKEUDELLISET KONSTRUKTIOT JA NIIDEN MERKITYS JURIDISESSA PÄÄTTELYSSÄ	262
3.1	Oikeudellisen konstruktion määritelmä	262
3.2	Oikeudellisen konstruktion osatekijät	267
3.2.1	Kielellinen muoto	267
3.2.2	Todellisuuden oikeudellista rakentumista koskevat sitoumukset	268
3.2.2/a	Oikeuden ontologiset sitoumukset: oikeudellisesti merkitykselliset faktat.....	268
3.2.2/b	Oikeuden arvoteoreettiset sitoumukset: oikeudellisesti merkitykselliset yhteisölliset arvot	271
3.2.3	Konventionaalinen ontologia	273
3.2.4	Oikeudellisten ja ei-oikeudellisten konstruktioiden vuorovaikutus	278
3.2.5	(Välilliset) oikeusvaikutukset	287
4	TUOMIOISTUINRATKAISUN PERUSTELUJEN RAKENNE....	287
5	IT TAKES TWO TO TANGO!	296
	LÄHTEET.....	300
	OIKEUSTAPAUKSET.....	302
	”... NOT BY NATURAL REASON BUT BY THE ARTIFICIAL REASON AND JUDGMENT OF LAW”	303

”...ei luonnollisella järjellä vaan keinoitekoisella juridisella järjellä ja oikeudellisella arvostelmalla”.

Normit ja konstruktiot oikeudellisessa päättelyssä*

1. TULKINTAA JA SYSTEMATISOINTIA – JA VIELÄ JOTAIN MUUTAKIN

Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa on vakiintunut Aulis Aarnion perustelema käsitys, jonka mukaan tuomarin oikeudellinen ratkaisuharkinta on oikeussääntöjen *tulkintaa ja systematisointia*. Tähän liittyy läheisesti Kaarle Makkosen tulkinnan määrittely merkityksen *antamisena* lakitekstin eli lainsäädännön ja, laajasti ymmärrettynä, myös muiden oikeuslähteiden kuten prejudikaattien ja lain esitöiden kielellisille ilmauksille, eikä kyse siis ole merkityksen löytämisestä tai johtamisesta esimerkiksi oikeudellisesta käsitesystematiikasta. Ehkä hieman yllättäen oikeudellisen systematisoinnin tai systematiikan määritelmää ei ole aivan helppo löytää alan kirjallisuudesta.¹ Aarniokin määrittelee tuon asian vain epäsuorasti, viittaamalla suomalaisessa oikeusajattelussa 1950- ja 1960-luvun tapahtuneeseen tutkimukselliseen paradigmanvaihdokseen, kun käsitelainopin omistusoikeuskäsityksestä siirryttiin vähän kerrassaan Simo Zittingin, Wesley Newcomb Hohfeldin ja Alf Rossin perustelemaan analyyttiseen omistusoikeuskäsitykseen, joka teki uudenlaisen, aiempaa hienojakoisemman kysymyksenasettelun mahdolliseksi. Omistusoikeuden siirtyminen voitiin nyt hahmottaa eri henkilörelaatioihin kiinnittyvänä ja mahdollisesti ajallisesti vaiheittaisena tapahtumana, jossa omistusoikeuden osatekijät saattoivat siirtyä eriaikaisesti, niin kuin esimerkiksi omistuksenpidätysehdoin tapahtuvassa kaupassa määritelmällisesti tapahtuu. Itse määrittelen oikeudellisen systematisoinnin oikeusnormien keskinäisten *etusija- ja yhteensovittussuhteiden* määrittämisenä: mikä on oikeudenalan johtava pääsääntö ja mitkä siihen nähden poikkeussääntöjä, mikä on oikeudenalan vallitseva periaate ja mitkä siihen nähden täydentäviä periaatteita?

* Kiitän lämpimästi Suomen Tietokirjailijat ry:tä, jonka myöntämä apuraha teki tämän artikkelin kirjoittamisen mahdolliseksi.

¹ Vrt. kuitenkin Alchourrón – Bulygin 1971. Nähdäkseni Alchourrón ja Bulygin eivät hekkään tavoita sanottua kysymystä alan klassikkoteoksessaan.

Aarnion ja Makkosen käsitys tulkinnasta ja systematisoinnista on sinänsä hyvin perusteltu, mutta se on samalla vain osatotuus tuomarin oikeudellisesta ratkaisuharkinnasta. *It Takes Two to Tango!* – sanotaan, että tangoon tarvitaan kaksi, ja sama pätee myös tuomarin tai oikeustieteen tutkijan oikeudelliseen päättelyyn. Oikeusnormien ohella tuomarin oikeudellinen ratkaisuharkinta edellyttää aina yhden tai useamman *oikeudellisen konstruktion* (eli oppirakennelman, doktriinin, konvention) myötävaikutuksen, jotta tulkinta olisi mielekäs ja oikeudellisesti perusteltavissa. Juridiset doktriinit lukitsevat ”ajatuksellisen koordinaatiston”, joka määrittelee ja lukitsee yhteiskunnalliset asiantilat ja arvot tavalla, joka on yhteisöllisesti hyväksyttävä, oikeudellisesti toimiva ja tarkoituksenmukainen sekä otaksuttavasti täyttää sille asetetun yhteiskunnallisen tehtävän tyydyttävällä tavalla. Oikeudellisten doktriinien merkitys korostuu etenkin ylimpien tuomioistuinten antamissa ennakkoratkaisuissa. Esimerkiksi rikosoikeudellista itsekriminointisuoja määrittävät prejudikaatit KKO 2009:80 (Uoti) ja KKO 2010:41 (Huhtamäki) etenevät argumentaatioltaan vahvasti ”konstruktiot edellä”,² Uotin itsekriminointisuoja-argumenttiin perustunut tuomionpurkuhakemus menestyi korkeimmassa oikeudessa mutta Huhtamäen hakemus ei, ja ratkaisujen perustelut kulminoituivat vahvasti konstruktiiviseen kysymykseen: onko itsekriminointisuoja vain rikosjutun päätekijään vai laajemmin koko kriminalisoituun tekoon ja siihen liittyviin eri henkilötahoihin liittyvä opillinen hahmotelma?

Oikeusteoriakirjallisuudessa vakiintuneen käsityksen mukaan oikeusjärjestys koostuu yhtäältä muodollisin perustein, syntytapansa nojalla velvoittavista oikeussäännöistä, toisaalta riittävää institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivista oikeusperiaatteista.³ Läpimurtoartikkelissaan ”The Model of Rules, I” (1967), joka julkaistiin myös kokoomateoksessa *Taking Rights Seriously* (1977; 2. p. 1978), Ronald Dworkin perusteli oikeusperiaatteiden ja vastaavien ratkaisustandardien merkityksen tuomarin ratkaisuharkinnassa kahden oikeustilaa muuttaneen prejudikaatin avulla: ”kukaan ei saa hyötyä tekemästään vääryydestä”-periaate *Riggs v. Palmer* -tapauksessa, ja ajoneuvon valmistajan tuotevastuuta määrittävät yhtäältä sopimusvapauteen ja sopimussitovuuteen, toisaalta kollektiiviseen kuluttajansuojaan ja sopimusoikeudelliseen kohtuullisuuteen liittyvät näkökohdat *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.* -tapauksessa.⁴

² Ajatus tulkinnasta, joka tapahtuu ”konstruktiot edellä”, on alun perin Sanna-Maria Klemetin esittämä.

³ ”... in those hard cases ... [lawyers] make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies and other sorts of standards.” Dworkin 1978, s. 22.

⁴ Myöhemmässä tuotannossaan eli *Law's Empire* -teoksessa (1986) ja sen jälkeisissä

Kysymys oikeusperiaatteiden voimassaolosta osana oikeusjärjestystä on samalla osoittautunut ongelmalliseksi. Oikeussääntöjen muodollis-systeeminen validiteettikriteeri ei periaatteisiin sovellu, eikä niitä sen vuoksi voi tunnistaa H. L. A. Hartin *The Concept of Law* -teoksessa perusteleman oikeuden tunnistamissäännön (*rule of recognition*) avulla.⁵ Sääntöjen *joko/tai* tai *kaikki-tai-ei-mitään* -tyyppisen velvoittavuuden sijaan oikeusperiaatteet velvoittavat tuomaria *enemmän-tai-vähemmän* -tyyppisesti, eikä periaate kumoudu, vaikka se jätettäisiin yksittäisessä soveltamistilanteessa soveltamatta. Periaatteilla, toisin kuin säännöillä, on lisäksi sisällöllisen *painoarvon ulottuvuus*: oikeusperiaatteesta voi mielekkäästi kysyä, miten tärkeästä tai miten merkittävästä arvosta siinä on kyse. Systemisen voimassaolon sijaan periaatteiden oikeudellinen ratkaisuarvo perustuu toisin sanoen siihen, että ne koetaan toimivina ja tarkoituksenmukaisina oikeudellisina ratkaisuperusteina. Sen ohella niiden tulee saada riittävää *institutionaalista tukea* oikeuslähteistä, mutta tuo tuki voi olla vain epäsuorasti tai välillisesti ilmaista esimerkiksi lainvalmisteluaineiston sisältämien yleisten oikeudellisten pohdintojen tai yksittäisen prejudikaatin perustelujen muodossa, ja Dworkinin mukaan se voi perustua osin myös oikeuskirjallisuuteen ja yhteiskunnan vallitsevaan poliittiseen moraaliin virallislähteiden ohella.⁶

Ongelmat periaatteiden hahmottamisessa oikeusnormeina poistuvat, kun oivallamme, ettei kyse ole oikeusnormeista lainkaan vaan arvosidonnaisista oikeudellisista konventioista. Dworkin vieläpä luonnehtii periaatteita *Law's Empire* -teoksessa tavalla, joka tulee hyvin lähelle omaa terminologiaani:⁷

”According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness, and procedural due process that provide *the best constructive interpretation of the community's legal practice.*”

Nähdäkseni sama konstruktiivinen päättelymalli soveltuu myös Robert Alexyn teoriaan periaatteista *optimointikäskyinä* (*Optimierungsgebote*), jotka asettavat tuomioistuimelle tai muulle viranomaiselle vaatimuksen, että oikeusperiaatteen ilmentämä yhteiskunnallinen arvo tulee toteuttaa *niin suuressa määrin kuin on mahdollista* käsillä olevan soveltamisti-

kirjoituksissaan Dworkin otti käyttöön termin *oikeudellinen eheys* (*law as integrity*), joka viittaa oikeuslähteiden keskinäiseen koherenssiin, näin jatkaen ja muuntaen periaatesidonnaisen oikeudellisen ratkaisuharkinnan analyysyä.

⁵ Dworkin 1978, s. 40.

⁶ Dworkin käyttää tässä termejä *sense of appropriateness* ja *institutional support*.

⁷ Dworkin 1986, s. 225 (kursivoinnit lisätty). – Palaan tematiikkaan lähemmin alla.

lanteen oikeudellisten ja tosiasiallisten reunaehtojen vallitessa.⁸ Samoin formaalit konfliktiratkaisunormit, kuten *lex posterior derogat legi priori* ja *lex superior derogat legi inferiori*, ovat opillisia konventioita, eivät oikeusnormeja.⁹ Toisin kuin oikeusnormit, ne eivät käske, kiellä tai salli mitään eivätkä myöskään perusta kohteelleen kelpoisuutta normien muuttamiseen. Kyse on sen sijaan metatason opillisesta mallista eli konventiosta, jonka perusteella oikeussääntöjen keskinäinen kollisio on vakiotilanteissa ratkaistavissa. Lisäksi erilaiset viimekätiset oikeus/ei-oikeus-rajakriteerit, kuten Kelsenin transsendentaalis-looginen perusnormi (*Grundnorm*) tai Hartin viimekätinen oikeuden tunnistamissääntö (*rule of recognition*), ovat nähdäkseni nekin oikeustieteen kehittämiä opillisia konventioita, eivät velvoittavia oikeusnormeja.

Perustelen tässä kirjoituksessa keskeisväitteen, jonka mukaan tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellisessa ratkaisuharkinnassa on aina kaksi ainesosaa: yhtäältä oikeusnormit, jotka lainsäätäjä on yleisinä säädöksinä saattanut voimaan ja/tai jotka tuomioistuimet tai muut lainsoveltajat ovat ratkaisuillaan vahvistaneet, toisaalta oikeustieteessä eli oikeuskirjallisuudessa kehitetyt oikeudelliset konstruktiot eli oikeusopilliset konventiot. Perustelen toisin sanoen keskeisväitteen, jonka mukaan oikeustiede ja oikeudellinen päättely on vahvasti konstruktivista aina perusteitaan myöten.¹⁰ Aihetta ei ole meillä juuri aiemmin oikeustieteessä tarkasteltu, joten kirjoitus uskoakseni tarjoaa aiempaa täsmällisemmän kuvan tuomarin tai muun lainsoveltajan oikeudellisesta ratkaisuharkinnasta ja yleisemmin oikeudellisesta päättelystä.¹¹

2 OIKEUDELLISET KONSTRUKTIOT EIVÄT OLE FIKTIOITA VAAN YHTEISÖLLISIÄ KONVENTIOITA

”Vuonna 1607 ylituomari Sir Edward Coke kertoi, että oli suuresti loukannut kuningas James I:ä, kun hän oli jyrkästi pitänyt kiinni kannastaan, ettei kuninkaalla ollut valtaa toimia oikeusjutussa tuomarina. ’Vaikka on totta’, Coke kirjoitti, että ’Jumala on antanut hänen majesteetilleen

⁸ Alexy 2002, s. 47–48. Vrt. Alexy 1985, s. 75–76.

⁹ Sanottu oivallus on alun perin Sanna-Maria Klemetin esittämä.

¹⁰ ”... constructive all the way down.” Vrt. Thomas Morawetz 2000, s. 218, joka viittaa *Critical Legal Studies* -koulua edustavan Duncan Kennedyn käsitykseen, jonka mukaan oikeudessa on kyse ”politiikasta perusteitaan myöten” (engl. *politics all the way down*).

¹¹ Juha Pöyhönen 1988 tosin sivuaa sanottua tematiikkaa väitöskirjassaan, mutta Pöyhösen käsitykset poikkeavat olennaisin osin tässä kirjoituksessa esitetyistä, niin kuin alla tarkemmin perustelen.

erinomaisen ymmärryksen ja jalon luonteenlaadun ...’, silti ’hänen majesteettinsa ei ole perehtynyt hallitsemansa Englannin valtakunnan lakeihin; ja perusteita, joiden nojalla hänen alamaistensa elämää, perimystä, omaisuutta ja varallisuutta koskevat asiat määräytyvät, ei tule ratkaista *luonnollisella järjellä* vaan *keinotekoisella juridisella järjellä ja oikeudellisella arvostelmalla*, sillä oikeusoppi on ala, joka vaatii pitkällisen perehtymisen ja käytännön kokemuksen, jotta sen voi oikein taitaa.’”¹²

Ajatus oikeustieteen ja oikeudellisen ajattelun läpikotaisin *konstruktii-visesta* luonteesta siinä merkityksessä, että juristit tarkastelevat maailmaa erityisten oikeudellisten käsittekkategorioiden tai oppirakennelmien avulla, jotka ovat irtautuneet yhtä hyvin yleiskielestä ja arkiajattelusta kuin muiden tieteenalojen ja filosofian tavasta hahmottaa maailmaa, on esitetty jo 1600-luvun alussa. Tuolloin Sir Edward Coke (1552–1634) opetti Englannin kuninkaalle James I:lle huomattavan tarkkanäköisesti (ja samalla sangen uskaliaasti) oikeudellisen ajattelun perusteita: tuomarin oikeudellinen ratkaisuharkinta ei perustu kaikille yhteiseen luonnolliseen järkeen vaan *keinotekoiseen juridiseen järkeen ja oikeudelliseen arvostelmaan*, jotka edellyttävät syvällistä perehtymistä juridiikkaan ja käytännön kokemusta oikeudellisista asioista. Noita tietoja ja taitoja ei kuninkaalla ollut, joten hän ei Coken mukaan ollut kelpoinen toimimaan oikeusriitojen ratkaisijana. Coke lopulta voitti opillisen kiistansa kuningas James I:n kanssa, mikä merkittävästi vaikutti tuomioistuinten riippumattomuuteen ja oikeusvaltion kehitykseen 1600-luvun Englannissa.

Sittemmin Sir Edward Coken hieno oivallus oikeustieteen keinotekoisesta – tai oikeammin *konstruktii-visesta* eli *konventionaalisesta* – luonteesta on oikeusopin harjoittajilta unohtunut. Niinpä etevä amerikkalainen oikeusfilosofi Lon L. Fuller (1902–1978) mieltää juridiset konstruktio virheellisesti *fiktioina* samalla, kun hän esittää muutoin tarkkoja havaintoja juristien niiden avulla jäsentämästä oikeudellisesta ja yhteiskunnallisesta todellisuudesta. Fuller määrittelee oikeudellisen fiktion seuraavasti:¹³

¹² ”In 1607, Chief Justice Sir Edward Coke related that he greatly offended James I when he insisted that the King should not be allowed to adjudge a legal case. Though it is true, Coke wrote, that ‘God had endowed His Majesty with excellent science, and great endowments of nature...’ still ‘his Majesty was not learned in the laws of his realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his subjects, are not to be decided by *natural reason* but by *the artificial reason and judgment of law*, which law is an art which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognisance of it.’” Lainattu kirjoituksessa Bickenbach 1990, s. 23. (Kursivoinnit lisätyt; käännös allekirjoittaneen.)

¹³ ”A fiction is either (1) a statement propounded with a complete or partial consciousness of its falsity, or (2) a false statement recognized as having utility.” Fuller 1967, s. 9. (Käännös allekirjoittaneen.)

”Fiktio on joko (1) lause, jonka epätodesta luonteesta sen lausuja on täysin tai osittain tietoinen, tai (2) epätosi mutta hyödyllinen lause.”

Fullerin mukaan oikeudellisessa päättelyssä hyödynnetään runsaasti erilaisia fiktiota haluttuun lopputulokseen pääsemiseksi.¹⁴ Fullerin esimerkit ovat *common law* -oikeudesta, mutta hänen päätelmänsä pätevät toki myös *civil law* -oikeuteen ja pohjoismaiseen oikeuteen perustuvaan oikeudelliseen ajatteluun. Jo aiemmin filosofisessa kirjallisuudessa saksalaisfilosofi Hans Vaihinger (1852–1933) oli tarkastellut eri tieteenalojen hyödylliseksi osoittautuneita ”ikään kuin” (saks. *als ob*) -tyyppisiä fiktioita klassikon aseman saaneissa teoksessaan *Die Philosophie des Als Ob* (1911).¹⁵

Väitöskirjassaan *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu* Juha Pöyhönen tulkitsee samoin kehittämänsä sopimusmallin osatekijät lainopilliset dogmit ja niitä täydentävät konstruktiot Fullerin analyysiin tukeutuen fiktioiksi.¹⁶ Samalla Pöyhönen määrittelee juridisen konstruktion käsitteen olennaisesti toisin kuin nyt allekirjoittanut: Pöyhöselle konstruktiot ovat yksi sopimusmallin kolmesta ainesosasta oikeudellisten peruskäsitteiden ja lainopillisten dogmien ohella. Itse määrittelen juridisen konstruktion laajemmin oikeuskirjallisuudessa kehitettynä opillisena mallina eli konventiona, joka käsittää yhtä hyvin Pöyhösen sopimusteorian oikeudelliset peruskäsitteet ja lainopilliset dogmit kuin hänen suppeammin määrittelemänsä oikeudelliset konstruktiotkin. Kun Pöyhösen lainopilliset dogmit ovat aivan yhtä konstruktivisia kuin oikeudelliset peruskäsitteet ja konstruktiot termin suppeassa, Pöyhösen sille antamassa merkityksessä, ei Pöyhösen erottelu oikeudellisten peruskäsitteiden, dogmien ja konstruktioiden välillä ole kestävä.

Uudemmassa oikeuskirjallisuudessa Maksymilian Del Marin ja William Twiningin toimittaman laajan ja ansiokkaan kokoomateoksen *Legal Fictions in Theory and Practice* lukuisat kirjoittajat hahmottavat samoin oikeudelliset oppirakennelmat fiktioina.¹⁷

¹⁴ Hyvä esimerkki on englantilaisen tuomioistuimen päätelmä, jonka mukaan Minorcan saarta Espanjan rannikolla (Island of Minorca) voitiin oikeudellisesti pitää osana Lontoota. Fuller 1967, s. 18, 21. Esimerkki on alun perin John Chipman Grayn kirjasta *Nature and Sources of the Law* (1919).

¹⁵ *Als ob* (saks.) = ”ikään kuin”. – Myös Hans Kelsen hyödyntää Vaihingerin ajattelua postuumista julkaistussa käsikirjoituksessaan Kelsen 1979, s. 256.

¹⁶ Pöyhönen viittaa yksilöimättömällä *passim*-viittauksella Fullerin *Legal Fictions* -teokseen. Pöyhönen 1988, s. 86, alaviite 234.

¹⁷ Del Mar – Twining 2015, *passim*. Teos on erinomainen johdatus oikeudellisten fiktioiden (eli oikeammin juridisten konstruktioiden) kiehtovaan ja moniulotteiseen maailmaan. Arvostelin teoksen Lakimiehen numerossa 3–4/2017, s. 519–524.

Se, että muut kuin juristit ja usein juristitkin mieltävät oikeudelliset oppirakennelmat todellisuutta vastaamattomina fiktioina, on tavallaan ymmärrettävää, sillä oikeudelliset konstruktioit saattavat aika ajoin varsin radikaalistikin irtautua yhtä hyvin yleiskielen ja arkikokemuksen kuin muiden tieteenalojen kuin oikeustieteen tavasta hahmottaa ulkoista todellisuutta. ”Maailma on erilainen juristin silmin nähtynä!” – ja tämä johtuu juuri siitä, ettei oikeudellinen päättely perustu kaikille yhteiseen luonnolliseen järkeen vaan keinotekoiseen juridiseen järkeen ja oikeudelliseen arvostelmaan, niin kuin Sir Edward Cook tarkkanäköisesti oivalsi. Otan esimerkin teologis-juridisesta konstruktioista, joka vaikuttaa varsin epäintuitiiviselta jopa juristin silmin arvioituna, vaikka se mitä ilmeisimmin on aikanaan täyttänyt sille asetetun yhteisöllisen tehtävän. Tekstikatkelma sisältyy Leib Moscovitzin kirjoitukseen ”Rabbinic Legal Fictions” edellä mainitussa Maksymilian Del Marin ja William Twiningin kokoomateoksessa, liittyen teologis-juridisen puhtauden/epäpuhtauden määrittelyyn:¹⁸

1. Jos [rakennuksen] alakerran ja yläkerran välillä on aukko, joka ei ole kämmenen leveyttä suurempi, ja vaikka yläkerrassa on jotain epäpuhdasta, alakerran työvälit ovat puhtaita,
2. *koska käsitykseni mukaan yläkerran kattoparrut ovat ikään kuin laskeutuneet alas ja sulkenneet aukon.*
3. *Toinen selitys:* epäpuhtaus ei voi kulkea sisään eikä ulos teltan [eli vaakatasoon ripustetun kattorakenteen] aukosta, jos se ei ole kämmenen leveyttä suurempi.

Noin asian selitti uskovien yhteisölle rabbi T. Alihot. Kyse oli tapauksesta, jossa vainajaa oli säilytetty rakennuksen yläkerrassa, ja kerrosten välillä oli ollut pieni huoltoaukko ilmeisesti pienikokoisten esineiden nostamiseksi ja laskemiseksi kerrosten välillä. Perinteisen juutalaisen uskonnollisen lain mukaan ”teltan” eli tässä telttamaisen kattorakenteen alla säilytettävät esineet muuttuivat kaikki epäpuhtaiksi, jos samassa tilassa oli yksikin epäpuhdas esine, jollaiseksi esimerkiksi vainaja katsottiin, vaikka tilan muut esineet eivät olleet siihen fyysisessä kosketuksessa. Tuo uskonnollinen epäpuhtaus ulottui aina rakennuksen alakertaan ja sen esineistöön,

¹⁸ ”1. If there is an opening between the lower story and the upper story [of a house], and [the opening] is not a handbreadth wide . . . and there is something impure in the upper story, utensils in the lower story are pure.

2. *because I consider the beams [of the roof of the upper story] as if they had descended and sealed off [the opening].*

3. *Another explanation:* Impurity cannot enter or exit a tent [a horizontal overhanging structure] less than a handbreadth wide.” Moscovitz 2015, s. 331. (Käännös allekirjoittaneen; kursivoinnit alkutekstissä.)

jos kerrosten välillä oli avoin yhteys. Nyt rabbi T. Alihot siis tulkitse tuota sääntöä luovasti ja supistavasti siten, että epäpuhtaus ei siirtynyt kerrosten välillä, jos kerrosten välinen aukko ei ollut ”kämmenen leveyttä suurempi”, koska yläkerran kattoparrut olivat ikään kuin laskeutuneet alas ja sulkeneet aukon (= selitys 2) tai koska aukko oli kooltaan niin pieni, ettei epäpuhtaus voinut siitä kulkea (= selitys 3).

Leib Moscovitzin mukaan vain rabbi Alihotin ensimmäinen selitys on fiktiivinen ja jälkimmäinen ei-fiktiivinen.¹⁹ Nykytietämyksen valossa molemmat selitykset ovat toki yhtä fiktiivisiä – tai oikeammin *konstruktivisia* eli *konventionaalisia* – tapoja hahmottaa sanottua kysymystä juridisen teologian eikä esimerkiksi lääketieteen arviointikriteerien valossa. Vaikka juridis-teologisen epäpuhtausopin juuret ovat varhaisen lääketieteen sinänsä oikeansuuntaisissa uskomuksissa, jotka määräisivät siirtämään vainajan pois perheen yhteisistä asuintiloista mahdollisen tartuntariskin välttämiseksi, ei rabbi Alihotin tulkinta tietenkään vastaa modernin lääketieteen käsitystä: bakteerit ja muut mikro-organismit toki siirtyvät tilasta toiseen paljon kämmenen leveyttä pienemmästäkin aukosta. Juutalaisen uskonnollisen yhteisön monimuotoiset tarpeet ovat tarjonneet juridiikkaan ja teologiaan perehtyneille oppineille tilaisuuksia kehittää moninaisia opillisiä konstruktoita eri tilanteisiin. Vastaavasti muuttuvan yhteiskunnan uudenlaiset oikeudelliset pulmat ovat kehittäneet juristien mielikuvitusta yhtä hyvin Sir Edward Coken ajan Englannissa kuin sen jälkeen. Kiinnostavaa tässä on erityisen oikeudellisen tiedonintressin suhde ei-oikeudelliseen tietoon, oli sitten kyse luonnontieteiden tai ihmistä, kieltä, kulttuuria ja yhteiskuntaa tutkivien tieteiden tai filosofian opillisista malleista ja konventioista tahi yleiskielen ja arkikokemuksen erilaisista likiarvoisista käsityksistä ja uskomuksista.

Toisin kuin Lon L. Fuller, Juha Pöyhönen ja *Legal Fictions in Theory and Practice* -teoksen arvovaltaiset kirjoittajat väittävät, juridiset doktriinit eivät ole fiktioita eli tekstin puhujan/kuulijan tai sen kirjoittajan/lukijan tietien epätosia, virheellisiä ja paikkansa pitämättömiä väittämiä todellisuudesta, vaan ne ovat yhteisössä vähintäänkin hiljaisesti hyväksytyjä oikeusopillisia *konventioita*, jotka antamalla määrätyille tosiasioille ja yhteisöllisille arvoille erityisen oikeudellisen merkityksen muotoavat todellisuutta tavalla, joka paremmin toteuttaa erityisen oikeudellisen tiedonintressin. Lon L. Fullerin, Juha Pöyhösen ynnä muiden ”oikeudelliset oppirakennelmat ovat fiktioita” -koulukunnan jäsenten omaksuma ajattelutapa johtaisi loogisesti

¹⁹ Moscovitz 2015, s. 331: ”Nevertheless, the Tosefta rules that objects in the lower story are pure (1), and it provides two explanations for the ruling (2 and 3), the first fictional and the second non-fictional.”

loppuun asti vietyinä siihen varsin epäintuitiiviseen lopputulokseen, että vakiintuneet oikeudelliset instituutiot – avioliitto ja avioehto, testamentti, yksityisoikeudellinen sopimus, valtiopäiville kokoontunut Suomen eduskunta, oikeudenmukainen oikeudenkäynti ja valtiollinen suvereniteetti, ja niin edelleen – tulisi kaikki katsoa todellisuutta vastaamattomiksi fiktioiksi Grimmin veljesten, H. C. Andersenin ja Tove Janssonin mielikuvituksellisten tarinoiden ja satuhahmojen tavoin.

Punahilkka ja hänen huono-onninen isoäitinsä, Tuhkimo ja hänen ilkeät sisarpuolensa, Lumikki ja seitsemän kääpiötä samoin kuin Kyöpelinvuoren häijyt noidat koukkunokkineen, mustine korppeineen ja höyryävine myrkkypatoineen ovat fiktiivisiä taruolentoja, joiden olemassaolo rajautuu satukirjan kansien tai tarinasta tehdyn elokuvan alku- ja lopputekstien väliin. Oikeudelliset instituutiot ovat sitä vastoin yhteisössä yleisesti hyväksytyjä opillisia konventioita, joiden myötävaikutuksella voi saada aikaan oikeusvaikutuksia. Ne eivät siten ole fiktioita, jollaisia lapsille ja joskus muillekin iltasatuina luetaan.²⁰ Joka ei tätä usko, voi koetella uskoaan empiirisesti toimimalla tavalla, jonka oikeusjärjestys kieltää, tai jättämällä tekemättä jotain, minkä oikeusjärjestys velvoittaa tekemään. Kun tuomioistuimet ja viranomaiset todennäköisesti reagoivat menettelyyn langettamalla niskoittelijalle oikeusjärjestyksen määräämän rangaistuksen tai hallinnollisen sanktion, nuo konkreettiset oikeusvaikutukset varmimmin palauttavat epäilevän Tuomaan Grimmin ja Andersenin satujen maailmasta takaisin oikeusnormien ja oikeudellisten konventioiden jäsentämään oikeudelliseen ja yhteiskunnalliseen todellisuuteen.

²⁰ Vrt. toisin Karl Llewellyn, jonka mielestä juristien oikeussääntöjen avulla ehkä saattoi ennustaa tuomioistuinten tulevia ratkaisuja tai pyrkiä niihin vaikuttamaan, mutta muutoin ne kelpasivat vain lasten ja lapsellisten juristien leikkikaluiksi: ”This doing of something about disputes, this doing of it reasonably, is the business of law. And the people who have the doing in charge, whether they be judges or sheriffs or clerks or jailers or lawyers, are officials of the law. *What these officials do about disputes is, to my mind, the law itself.* (...) It will be [the judges’] *action* and the available means of influencing their action or of arranging your affairs with reference to their action which make up the ‘law’ you have to study. And *rules*, in all of this, are important to you so far as they help you see or predict what judges will do or so far as they help you get judges do something. That is their importance. That is all their importance, except as pretty playthings.” Llewellyn 1991, s. 3, 5. (Kursivoinnit alkutekstissä.)

3 OIKEUDELLISET KONSTRUKTIOT JA NIIDEN MERKITYS JURIDISESSA PÄÄTTELYSSÄ

3.1 Oikeudellisen konstruktion määritelmä

Oikeudelliset konstruktiot eli konventiot (doktriinit, oppirakennelmat) määrittelevät yhteisöllisesti hyväksyttävän, oikeudellisesti toimivan ja tarkoituksenmukaisen sekä yhteiskunnallisen tehtävänsä tyydyttävästi täyttävän ajatuksellisen kehikon, johon oikeusjärjestyksen sisältämät oikeusnormit tulee sijoittaa, jotta niiden tulkinta ja keskinäinen systematiikka olisi oikeudellisesti mielekkäällä tavalla toteutettavissa. Oikeudellisia konstruktioita on monilukuinen joukko eri oikeudenaloilla. Niitä ovat esimerkiksi rikosoikeudellinen tahallisuus tarkoitus-, varmuus- ja todennäköisyys/olosuhdetahallisuuden yhdistelmänä; oppi rikosentekijän syyntakeisuudesta; adekvaatti kausaliteetti ja välitön/välillinen vahinko vahingonkorvausoikeudessa; näyttö, joka ei jätä perusteltua epäilyä rikosentekijän syyttömyydestä (*beyond reasonable doubt*); ”murtautuminen” rikosoikeudellisena käsitteenä;²¹ ”perhe” tai ”puoliso” turvapaikka- ja pakolaisoikeuden käsitteenä;²² oikeudenmukainen oikeudenkäynti; hyvän hallinnon periaate hallinto-oikeudessa; valtiollinen suvereniteetti, ja niin edelleen.

²¹ Vrt. KKO 2006:99.

²² ”Maahanmuuttovirasto hajottaa irakilaisperheen – ”Uhkauksien ja kiristyksen kohde on ollut ensisijaisesti isäsi, joten pelkosi ei ole objektiivisesti perusteltua” (. . .) ”Tässä tullaan takaisin siihen kysymykseen, miten perhesiteet eri kulttuureissa koetaan. Meidän kulttuurissamme täysi-ikäiset lapset eivät kuulu enää perheeseen. Lähemme siitä oletuksesta, että terveet nuoret aikuiset pärjäävät omillaan”, [Maahanmuuttoviraston turvapaikkayksikön johtaja Esko] Repo kommentoi Helsingin Sanomille.” Lähde: <http://www.hs.fi/ulkomaat/art-2000005093265.html> (julkaistu 18.2.2017; käyty 25.5.2019). – Helsingin Sanomien uutisoimassa tapauksessa perheen kaksi täysi-ikäistä lasta oli rajattu oikeudellisen perhekäsitteen ulkopuolelle henkilöiden haettua turvapaikkaa Suomesta. Perhe on paitsi oikeudellinen myös yleiskielinen eli *yhteisöllis-kulttuurinen* käsite. Perhe oikeudellisena käsitteenä on toki tietynlaisessa suhteessa vallitsevaan yhteisöllis-kulttuuriseen perhekäsitteeseen, mutta lainsäätäjällä ja tuomioistuimilla on varsin laaja harkintavalta sen suhteen, mitä perheen käsitteen alaan kuuluu esimerkiksi perhe- ja perintöoikeudessa, sosiaalioikeudessa, vero-oikeudessa tai, niin kuin nyt, pakolais- ja turvapaikkaoikeudessa. Kansainväliset valtiosopimukset, kuten Euroopan ihmisoikeussopimus, tietenkin rajoittavat merkittävästi kansallisen lainsäätäjän ja lainsoveltajien harkintavaltaa. – ”Verohallinto ja Kela tulkitsevat eri tavoin sen, mitä tarkoittaa puoliso”. Tapauksessa 7 vuotta avoliitossa olleen henkilön työpaikan asunnon verovähennysoikeus evättiin verottajan toimesta, koska lainsäädäntö ei tunnistanut henkilöä puolisoiksi lain tarkoittamassa merkityksessä. Toisaalta sosiaalilainsäädännössä KELA on tulkinnut samassa huoneistossa asuvat opiskelijat (kämppekaverit) keskenään avoliitossa oleviksi. Lähde: <https://yle.fi/uutiset/3-9886865> (julkaistu 18.10.2017; käyty 25.5.2019).

Oikeudelliset konventiot määrittävät yhtäältä oikeudellisen *ontologian* eli sen, miten erilaiset asiantilat tai tosiasiat, kuten kausaliteetti, syyntakeisuus, oikeussubjekti, välitön/välillinen vahinko, tahdonvapaus, rikosoikeudellinen tahallisuus, todennäköisyys ja valtiollinen suvereniteetti, ovat oikeudellisesti tarkoituksenmukaisella tavalla hahmotettavissa. Toisaalta ne määrittävät oikeudellisen *aksiologian* eli ne yhteisölliset arvot, jotka saavat oikeudellista merkitystä, kuten henki, terveys, fyysinen koskemattomuus, yksityisyys, sananvapaus, kotirauha, tahdonautonomia, perustellun luottamuksen suoja ja vaihdannan intressi tai sopimusoikeudellinen kohtuus. Kaikin osin rajanveto oikeudellisten faktojen ja arvojen välillä ei ole tarkkarajaisesti tehtävissä. Onko valtiollinen suvereniteetti oikeudellinen tosiasia vai onko kyse myös oikeudellisesta arvosta? Entä oikeudenmukainen oikeudenkäynti ja rikosoikeudellinen itsekriminointisuoja sen osana, kumpaan kategoriaan ne kuuluvat vai kuuluvatko ne molempiin? Entä heikomman sopijapuolen suoja ja sosiaalinen suorituseste osana sosiaalista siviilioikeutta, onko niissä kyse yhteiskunnallisesta tosiasiasta vai arvosta? Nähdäkseni niissä on aineksia molemmista, sekä faktoista että arvoista.

Määrittelen *oikeudellisen konstruktion* eli oikeusopillisen konvention seuraavasti:

Oikeudellinen konstruktio on (a) käsitteellistetty eli kielen termien (käsitteiden) ja lauseiden avulla ilmaistu (b) opillinen konventio, joka (c) määrittelee ja muotoaa oikeudellista ontologiaa eli maailmassa vallitsevia tai ainakin mahdollisia asiantiloja ja oikeudellista aksiologiaa eli yhteisöllisiä arvoja paremmin oikeudellista tiedonintressiä vastaaviksi eli yhteisöllisesti hyväksyttäviksi, oikeudellisesti toimiviksi ja tarkoituksenmukaisiksi sekä yhteiskunnallisen tehtävänsä moitteettomasti täyttäväksi, (d) voi olla molemminpuolisessa vuorovaikutussuhteessa muiden tieteenalojen eli luonnontieteiden, ihmis- ja yhteiskuntatieteiden ja filosofian opillisten mallien ja konventioiden sekä yleiskielen ja arkikokemuksen käsitysten ja uskomusten kanssa, ja (d) jonka avulla voidaan toteuttaa yhdessä oikeusjärjestyksen käsittämien oikeusnormien kanssa oikeusvaikutuksia.

Entä miten oikeusnormit ja juridiset konstruktiot ovat erotettavissa toisistaan? *Oikeusnormi* koostuu oikeudellisesti merkityksellisestä yhteiskunnallisesta asiantilasta eli *oikeustosisekoista* ja niihin *deonttisesti* liitetyistä *oikeusvaikutuksista*. Oikeusnormin deonttinen modaliteetti ja samalla oikeustosisekoihin liitetyt oikeusvaikutukset voivat olla neljänlaisia yksittäisille oikeussubjekteille kohdennettuja oikeuksia ja velvollisuuksia Wesley Newcomb Hohfeldin hahmottaman oikeudellisen suhdekäsitteistön

tarkoittamalla tavalla, jos kyse on täysin systematisoidusta oikeudenalasta.²³ *Juridiset konstruktio*t eivät sisällä määrättyä oikeudellista faktakuvausta, eivätkä ne liitä oikeustosisekoisiin deonttisen operaattorin välittämänä erityisiä oikeusvaikutuksia. Kyse on sen sijaan oikeudellisesti merkityksellisten yhteiskunnallisten *faktojen* ja *arvojen* määrittelystä osana juristien oikeudellista todellisuuskäsitystä.

Juristien käyttämät opilliset konventiot ovat tavallisimmin *yhdistelmäkonstruktioita*,²⁴ jotka ovat muotoutuneet molemminpuolisissa vuorovai-
kutussuhteessa muiden tieteenalojen kuin oikeustieteen eli (α) luonnontieteiden, (β) ihmis- ja yhteiskuntatieteiden tai (χ) filosofian opillisten mallien ja konventioiden tahi (δ) yleiskielen ja arkielämän käytäntöjen likiarvoisten uskomusten ja käsitysten kanssa.

Ihmis- ja yhteiskuntatieteet on hajanainen joukko ihmistä, kieltä, kulttuuria ja yhteiskuntaa tutkivia tieteitä, joiden tutkimuskohteena ovat joko yksilön aidosti subjektiiviset tai erilaiset kollektiiviset eli yhteisölliset, kulttuuriset ja kielelliset merkitykset yhteiskunnassa ja joiden tutkimusmetodina on sanottujen merkitysten tulkinta ja (eläytyvä) ymmärtäminen. Omaehtoinen tutkimuskohde ja tutkimusmetodi sekä niitä myötäilevä tulkinnallinen tiedonintressi erottavat ne fysiikan, kemian, biologian ja tähtitieteen kaltaisista *luonnontieteistä*, joiden tutkimuskohteena ovat luonnonilmiöt sekä tutkimusmetodina ja tiedonintressinä sanottujen ilmiöiden selittäminen ja ennustaminen kausaalisten syy–seuraus-suhteiden avulla.

Filosofian tutkimuskohteena on todellisuuden olioiden, ilmiöiden, entiteettien tai asiantilojen määritelmälliset, käsitteelliset, olemukselliset tai muut piirteet, jotka eivät kuulu minkään erityistieteen alaan tai jotka saattavat osin lomittua niiden tutkimuksellisen tiedonintressin kanssa. Sellaisia ovat esimerkiksi yksilösubjektin tietoisuus, mielentila, intentionaalisuus ja muu tahdontoiminta, joita myös psykologia, psykiatria ja kognitiotiede tarkastelevat, tai kausaalioteetti, jonka erilaisia ilmentymiä empiiriset luonnontieteet tarkastelevat. Luonnontieteiden yhtä hyvin kuin erilaisten ihmis- ja yhteiskuntatieteiden taustalla on historiallisesti antiikin Kreikkaan palautuvat filosofian pohdinnat, jotka ovat sittemmin täsmentyneet erityistieteiden kysymyksenasetteluksi, kun niiden tieteelliset tutkimusmenetodit ovat riittävästi kehittyneet. *Yleiskielen* ja *arkielämän käytäntöjen* uskomukset, käsitykset ja maailmanselitykset ovat tavallisesti enemmän tai vähemmän likiarvoisia yleistyksiä eri tieteenalojen ylläpitä-

²³ Heikommin systematisoidulla oikeudenalalla oikeusnormin deonttinen modaliteetti ei ole yhtä täsmällisesti jäsentynyt, mutta silloinkin on kyse oikeuksista ja velvollisuuksista noiden termien heikommissa merkityksessä.

²⁴ Sanna-Maria Klemetti 2014 kirjoittaa väitöskirjassaan samaa tarkoittaen *polymorfisista* konstruktioista.

mistä malleista ja konventioista, ja oikeustiede lomittaa omat käsityksensä osin myös niiden varaan.

Juridinen konstruktio, jos se koetaan yhteisöllisesti hyväksyttävänä, oikeudellisesti toimivana ja tarkoituksenmukaisena sekä yhteiskunnalliseen tehtävänsä tyydyttävästi täyttävänä,²⁵ kiinnittää oikeuden tulkinnan ja systematiikan juridisen todellisuuskäsityksen *tosiasioihin* ja *arvoihin*. Esimerkiksi henkilön tuomitseminen rikoslain 21 luvun 1 §:n (21.4.1995/578) tarkoittamasta henkirikoksesta edellyttää, että joukko oikeudellisia oppirakennelmia myös soveltuu tapaukseen: rikoksen yleinen määritelmä tunnusmerkistön mukaisena, tekijälleen syyksiluettavana ja oikeudenvastaisena tekona; tekijän syyntakeisuus eli toisintoimimismahdollisuus ja tieto teon oikeudellisesta ja/tai moraalisesta luonteesta; rikosoikeudellinen tahallisuus tarkoitus-, varmuus- tai todennäköisyys/olosuhdetahallisuutena; oikeuttamis- tai anteeksiantoperusteiden soveltumattomuus, kuten hätävarjelu tai hätävarjelun liioittelu, pakkotila tai ylimitoitettu voimakeinojen käyttö pakkotilassa, loukatun suostumus, lainmukaisen virkatehtävän täyttäminen; rikosoikeudellisen itsekriminointisuojaan ja kaksoisrangaistavuuden kiellon loukkaamattomuus; prosessuaalisten todisteluelieltojen ja -privilegien loukkaamattomuus, ja niin edelleen.

Oikeudellisten konstruktioiden synty tapa ja arviointiperusta on *funktionaalinen* ja *yhteisöllinen*; ei *formaali* ja *institutionaalinen*, niin kuin se oikeussäännöillä on.

Juridisen konstruktion ainesosat määrittävät oikeudellisen kielen rakennetta (= kohta a), oikeudellisen todellisuuden rakennetta (= kohdat b & c), oikeudellisten ja ei-oikeudellisten konstruktioiden suhteita (= kohta d) sekä oikeudellisen kielen ja oikeudellisen todellisuuden suhdetta (= kohta e):

- (a) *kielellinen muoto*: kielelliset ilmaukset eli termit (käsitteet) ja lauseet, joilla on semanttinen referenssi eli soveltamisala (*ekstensio*) ja merkitys eli mieli (*intensio*);²⁶
- (b) *oikeudellisen todellisuuden rakentuminen*
 - + (b/1) *oikeudellisen todellisuuden ontologiset sitoumukset*: todellisuuden asiantilaja koskevat oletukset, reunaehdot, käsitelmäritelyt;
 - + (b/2) *oikeudellisen todellisuuden aksiologiset sitoumukset*: oikeuden institutionaalinen ja yhteisöllinen *arvoperusta*;

²⁵ Näistä määreistä voi käyttää yhteisesti termiä *sense of appropriateness*, joka on alun perin Ronald Dworkinin oikeusperiaatteiden yhteydessä käyttämä. Sen vastinparina Dworkinilla on termi *institutional support* eli oikeuslähteiden nauttima institutionaalinen tuki. Dworkin 1978, s. 40. Oikeudellisten konstruktioiden analyysi tulee tässä(kin) lähelle Dworkinin teoriaa oikeusperiaatteista.

²⁶ *Ekstensio* ja *intensio* ovat Rudolf Carnapin analyttisen semantiikan käsitteistöä. Avainteos on Carnap 1988. Gottlob Fregen semantiikassa vastaavat termit olisivat lauseen tai termin (käsitteen) semanttinen *referenssi* ja *merkitys* eli mieli.

- (c) *konventionaalinen ontologia*: yhteisöllinen hyväksyttävyyden, oikeudellinen toimivuus ja tarkoituksenmukaisuus sekä määrätyn yhteiskunnallisen tehtävän täyttäminen (*a sense of appropriateness*), samoin kuin vastavuoroiset odotukset ja yhteistoimintaa edistävät asenteet (engl. *mutual expectations & co-operative dispositions*) tai kollektiivinen ”me-tietoisuus” (engl. *we-consciousness*) oikeudellisen oppirakennelman olemassaolon perustana;
- (d) *vuorovaikutteisuus*: molemminpuolinen vuorovaikutussuhde muiden tieteenalojen eli luonnontieteiden, ihmis- ja yhteiskuntatieteiden ja filosofian opillisten mallien ja konventioiden tai yleiskielen ja arkielämän käytäntöjen likiarvoisten uskomusten ja käsitysten kanssa, minkä prosessin tuloksena voi olla:²⁷
 - + (d/1) *yhdistelmäkonstruktio*, kuten *adekvaatti kausaliteetti* ja *välitön/välillinen vahinko* (KKO 2003:124; KKO 2017:74); lääketieteellinen *palpaatio* \Leftrightarrow yleiskielinen ja arkikokemuksen mukainen koskettelu, sormeilu, kouriminen, kähmiminen \Leftrightarrow parisuhteen tavanomaiset hellyydenosoitukset \Leftrightarrow rikoslain tarkoittama seksuaalinen hyväksikäyttö (KKO 2011:1); *murtautuminen* rikosoikeudellisena käsitteenä \Leftrightarrow murtautuminen yleiskielen ja arkikokemuksen merkityksessä (KKO 2006:99), prosessioikeudellinen totuuskäsitys \Leftrightarrow filosofian & erityistieteiden totuuskäsitys, jolloin on kyse oikeudellisen ja ei-oikeudellisen konstruktion keskinäisen interferenssin myötä toteutuneesta *metamorfoosista*;²⁸
 - + (d/2) *hajotettu* ja/tai *hajautettu* juridinen konstruktio, joka on keskeisin osin palautettu takaisin jonkin erityistieteen tutkimuksellisten mallien ja konventioiden tai yleiskielen ja arkikokemuksen ylläpitämien uskomusten ja käsitysten osaksi, kuten virkamerkki \Rightarrow ”virka ja merkki” (KKO 2013:6) tai korkeimman oikeuden presidentin Pauliine Koskelon isyyden biologista olemusta koskevat loppupäätelmät hänen korkeimman oikeuden ratkaisuun KKO 2012:11 jättämässään eriävissä mielipiteessä,²⁹ jolloin on kyse oikeudellisen konstruktion *deformaatiosta* eli *hajottamisesta*;³⁰

²⁷ Oivallus ja terminologia oikeudellisesta *kinetiikasta*, *interferenssistä*, *metamorfoosista*, *polymorfisista konstruktioista* ja *deformaatiosta* ovat Sanna-Maria Klemetin väitöskirjassaan ehdottamia. Klemetti 2014, *passim*.

²⁸ Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2012:66 (kohdassa 15) sovellettavan oikeudellisen käsitteen merkitys erotetaan tietoisesti yleiskielen käyttötavasta: ”Ilmaisu on ’pitänyt varsin todennäköisenä’ on oikeudellinen käsite eikä se useinkaan luontevasti kuvaa sitä, miten ihmiset tarkastelevat vallitsevia olosuhteita. Rikoslain 4 luvun 1 §:ssä käytetty ilmaisu ’olla selvillä’ kuvaa ehkä osuvammin sitä, onko tekijällä ollut oikeanlainen kuva tai käsitys tapahtumassa olevista asioista.”

²⁹ KKO 2012:11 (pres. Koskelon eriävä mielipide): ”*VI Lopputulokset*. Tutkin kanteen sikäli kuin se koskee A:n biologisen syntyperän selvittämistä. – Totean, että asiassa voidaan pitää todistettuna, että A on B:n siittäjä.”

³⁰ Oikeudellisesta deformaatiosta, Klemetti 2014, s. 15–42.

- + (d/3) *ei-juridinen* konstruktio eli jonkin muun tieteenalan kuin oikeustieteen kehittämä opillinen malli tai konventio tai yleiskielen ja arkikokemuksen omaksuma uskomus tai käsitys, joka omaksutaan oikeudellisessa päättelyssä sellaisenaan, ilman erityisiä oikeudellisia muunnoksia, niin kuin tapahtui tapon yrityksen tahallisuutta koskevassa korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2013:82, jossa tilastotieteellinen todennäköisyyskäsitys omaksuttiin sellaisenaan keskeiseksi ratkaisupremissiksi osana rikosoikeudellista tahallisuuskonstruktioita;
- + (d/4) *puhtaasti oikeudellinen* konstruktio, jossa ei ole lainkaan vaikutteita muiden tieteenalojen opillisista malleista ja konventioista tai yleiskielen ja arkikokemuksen omaksumista uskomuksista ja käsityksistä, kuten oikeudenmukainen oikeudenkäynti, oikeusvaltio, rikosoikeudellinen itsekriminointisuoja, kaksoisrangaistavuuden kieltö ja yleinen sopimuskonstituutio eli oikeudellisesti sitovan yksityisoikeudellisen sopimuksen syntyä, voimassaoloa, oikeusvaikutuksia ja lakkaamista koskevat opilliset sitoumukset;
- (e) (*välilliset*) *oikeusvaikutukset*: liitettynä yhteen oikeusnormien kanssa käy mahdolliseksi tuottaa määrättyjä oikeusvaikutuksia.

Katsotaan oikeudellisen konstruktion rakennetta hieman tarkemmin.

3.2 Oikeudellisen konstruktion osatekijät

3.2.1 Kielellinen muoto

Oikeudellinen konstruktio on ilmaistu oikeusyhteisön tai jonkin sen osan, kuten määrättyyn oikeudenalaan perehtyneiden juristien, yleisesti käyttämän kielen käsitteiden ja niiden avulla muodostettujen lauseiden avulla.³¹ Käsitteen tai lauseen semanttinen referenssi (*ekstensio*) eli *kohdentuvuus* viittaa sen asialliseen soveltamisalaan eli kohteena oleviin ilmiöihin, olioihin tai entiteetteihin tai, niin kuin asia on tapana lainopissa mieltää, johonkin toteutuneeseen tai ainakin mahdolliseen yhteiskunnalliseen asiantilaan. Termin tai lauseen *syvyys* (*intensio*) viittaa siihen täsmällisyyteen, tarkkuuteen, selkeyteen ja seikkaperäisyyteen eli yleisyyteen tai yksityiskoh-taisuuteen, jolla se kohdettaan erilaisten predikaattien eli laatumääreiden avulla kuvaa. Kielifilosofian ja semantiikan kirjallisuudessa vakiintuneen käsityksen mukaan lauseen *ekstensio* eli semanttinen referenssi on yhtä kuin sen *totuusarvo* ja lauseen *intensio* eli merkitys tai mieli on yhtä kuin

³¹ Yhteisöllinen kieli voi tässä viitata joko yleiskieleen tai juristien ammatilliseen erityis-kieleen. Lisäksi tässä on kyse *teoreettisista* lauseista, jotka kuvaavat konventionaalisten (institutionaalisten) tosiasioiden ominaisuuksia ja keskinäisiä suhteita; ei empiirisistä *havaintolauseista*, jotka kuvaavat aistein havaittavissa olevien olioiden ominaisuuksia ja keskinäisiä suhteita eli asiantiloja.

sen propositionaalinen *ajatussisältö*. Termin tai lauseen *kohdentuvuus* ja *syvyys* vastaavat Rudolf Carnapin analyyttisen semantiikan käsitteparia *ekstensio* ja *intensio*, samoin kuin Gottlob Fregen varhaisempaa jaottelua termin tai lauseen semanttiseen *referenssiin* (lat. *nominatum*; saks. *Bedeutung*) ja *merkitykseen* tai *mieleen* (saks. *Sinn*).

Oikeudellisia konstruktioita kuvaavien kielellisten ilmausten avulla juristit kykenevät *muotoamaan* eli luomaan, muuttamaan ja lakkauttamaan yhteisöllisen todellisuuden ilmiötä sekä oikeudellisesti merkityksellisten *faktojen* (= oikeudellinen *ontologia*) että *arvojen* (= oikeudellinen *aksiologia*) osalta. Toisin kuin Ludwig Wittgenstein väitti *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksessa,³² oikeudellisen kielen termien (käsitteiden) ja lauseiden suhde todellisuuden asiantiloihin ei ole vain *isomorfinen*, rakenneyhtäläisen kuvasuhteen kaltainen,³³ vaan kielifilosofien J. L. Austinin ja John R. Searlen tarkastelemien *institutionaalisten puhetekojen* avulla juristi voi oikeudellisesti pätevällä tavalla osallistua yhteisöllisen todellisuuden muotoamiseen. Tässä oikeudellisilla oppirakennelmilla on keskeinen merkitys. Austinin ja Searlen ajatukset perustuvat keskeisin osin Wittgensteinin myöhemmässä tuotannossaan eli *Filosofisia tutkimuksia* -teoksessa ja muissa hänen postuumisti julkaistuissa kirjoituksissaan esittämiin ajatuksiin, jotka yleisesti tunnetaan luonnollisen kielen tai arkikielen filosofiana.

3.2.2 *Todellisuuden oikeudellista rakentumista koskevat sitoumukset*

Juridinen konstruktio määrittelee ja muotoaa todellisuuden oikeudellista rakentumista kiinnittymällä luonnontieteiden, ihmis- ja yhteiskuntatieteiden tai filosofian tai, vaihtoehtoisesti, yleiskielen ja arkielämän käytäntöjen hyödyntämiin oletuksiin, reunaehtoihin, sitoumuksiin ja käsittemäärittelyihin todellisuuden olemuksesta. Tätä tarkoittaen voi puhua yhtäältä filosofisen ontologian ja käsitteenmuodostuksen *olemisen* maailmasta (saks. *Sein*, engl. *Is*), toisaalta filosofisen arvoteorian *pitämisen* maailmasta (saks. *Sollen*, engl. *Ought*).

3.2.2/a *Oikeuden ontologiset sitoumukset: oikeudellisesti merkitykselliset faktat*

Filosofian osa-alue *ontologia* tarkastelee sitä, mitä on (olemassa) eli mistä tai millaisista ainesosista todellisuus koostuu. Voi myös puhua hieman

³² Wittgenstein 1986, *passim*.

³³ Wittgenstein tunnetusti muutti kantaansa myöhemmässä tuotannossaan, esimerkiksi *Philosophische Untersuchungen* -teoksessaan ja muissa postuumisti julkaistuissa kirjoituksissaan.

epätarkasti ja yleiskielisesti *metafysiikasta* todellisuutta koskevien sitoumusten ja määrittelyjen kokonaisuutena. Keskeiset filosofisen ontologian vaihtoehdot ovat:

- (a) ikuiset ja muuttumattomat ideat, jotka ovat subjektin itsereflektion avulla tavoitettavissa, kuten täydellisen ympyrän tai ehdottoman yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden idea filosofisen *idealism*in tarkoittamalla tavalla;
- (b) empiiristen aistihavaintojen kohteena olevat, maailmaan syntyvät, muuttuvat ja lopulta häviävät oliot, kuten tuolit ja pöydät, tähdet ja planeetat tai Suomen graniittinen peruskallio filosofisen *realism*in tarkoittamalla tavalla;
- (c) sääntö- ja merkityssidonnaiset *institutionaaliset* tosiasiat, kuten matematiikan luvut (π , kokonaisluvut, reaaliluvut, imaginaariluvut), taideteokset (Michelangelon *Viimeinen ehtoollinen*, da Vincin *Mona Lisa*, Velazquézin *Hovineidot*), kirjalliset teokset (Paavo Haavikon näytelmä *Rauta-aika*, Harry Martinsonin avaruusrunoelma *Aniara*, Zdeněk Milerin lastenkirja *Myyrän auto*), erilaiset yhteiskunnalliset ilmiöt (leipäjono, pörssiromahdus, ristiretki, moraalinen paniikki, yhteisöllinen *flash mob* -tapahtuma) ja oikeudelliset instituutiot (sopimus, avioliitto ja avioehto, testamentti, osakeyhtiö, valtio ja valtiollinen suvereniteetti) filosofisen *konventionalism*in tarkoittamalla tavalla.

Oikeustiede – tai oikeammin lainoppi – tarkastelee oikeudellisesti merkityksellisiä yhteiskunnallisia *asiantiloja* eli oikeustosisieikkoja, joihin lainsäätäjät tai tuomioistuimet ovat liittäneet määrättyjä *oikeusvaikutuksia*.³⁴ *Oikeustosisieikka* on oikeudellisesti merkityksellinen faktakonstellaatio eli asiantila, johon on lainsäädännössä ja/tai oikeuskäytännössä liitetty määrättyjä *oikeusvaikutuksia*. Oikeusvaikutukset ovat tietyllä henkilölle tai henkilöille kohdennettuja *oikeuksia ja velvollisuuksia* Wesley Newcomb Hohfeldin relationaalisen käsiteanalytiikan tarkoittamalla tavalla: (a) *käskeytys* tai *kielto* toimia tietyllä tavalla rangaistuksen, hallinnollisen sanktion tai muun epämiellyttävän oikeudellisen seuraamuksen uhalla, mistä säädetään oikeudellisilla *velvoitenormeilla*; (b) *lupa* toimia tavalla, joka muutoin olisi oikeusjärjestyksen kieltämä, mistä säädetään *sallivilla oikeusnormeilla*; (c) oikeudellinen *kelpoisuus* eli valta luoda, muuttaa ja kumota itselle tai toisille henkilöille kohdennettuja oikeuksia ja velvollisuuksia, mistä säädetään *oikeudellisilla kompetenssinormeilla*; ja (d) *dynaaminen suoja* henkilölle kohdennettujen oikeuksien ja velvollisuuksien ulkoista muuttamista vas-

³⁴ Juristit puhuvat yleensä *oikeustosisieikoista* filosofien ja sosiologien kielenkäytössään suosimien yhteiskunnallisten asiantilojen sijaan.

taan, mistä säädetään *oikeudellisen immuniteetin* perustavilla normeilla.³⁵

Nähdäkseni juristin maailmankuva vastaa keskeisin osin itävaltalaisfilosofi Ludwig Wittgensteinin (1889–1951) *Tractatus Logico-Philosophicus*-teoksessa perustelemaa ontologiaa, joka sekin rakentuu *asiantilojen* eli olioiden (esineiden, objektien, entiteettien, artefaktien, tms.) ja niihin liitettyjen ominaisuuksien (laatumääreiden, predikaattien) ja keskinäisten suhteiden tietynhetkisen konstellaation varaan.³⁶ Mahdollisia asiantiloja ovat esimerkiksi: ”sataa”, ”Sauli Niinistö on vuonna 2019 Suomen tasavallan presidentti” tai ”keskinäisen riidan päätteeksi A on lyönyt B:tä puukolla keskivartaloon herkästi vaurioituvien sisäelinten alueelle, minkä seurauksena B on kuollut”. Viimeksi mainittu asiantila on tyypillinen esimerkki oikeudellisesti merkityksellisestä faktakuvauksesta eli *oikeus-tosiseikasta*, johon on liitetty oikeusjärjestyksessä oikeusvaikutuksia. Maailmassa toteutuneita *asiantiloja* (saks. *Sachverhalten*; engl. *states of affairs*) Wittgenstein kutsui *tosiasioiksi* (saks. *Tatsachen*; engl. *facts*). Wittgensteinin elämäkertakirjoittajien filosofien Norman Malcolm ja Georg Henrik von Wrightin yhtäläisesti kertoman mukaan Wittgenstein sai oivalluksen *kielen kuvateoriasta* eli mielekkäiden, tosi/epätosi-määreellä varustettujen kielen ilmausten ja todellisuuden asiantilojen välillä vallitsevasta isomorfiasta eli rakenneyhtäläisestä kuvasuhteesta luettuaan sanomalehdestä oikeudenkäynnistä, jossa juristit olivat havainnollistaneet Pariisissa 1914 tapahtunutta auto-onnettomuutta pienoismallin avulla: juristien laatiman pienoismallin ajoneuvot, henkilöt, liikennemerkit, ja niin edelleen kuvasivat tarkasti määrättyä yhteiskunnallista asiantilaa, sanottua auto-onnettomuutta. Wittgenstein oivalsi, että mielekkäiden kielen lauseiden suhde todellisuuteen on samanlainen kuin juristien pienoismallin suhde sanottuun, väitetyksi toteutuneeseen asiantilaan.³⁷

Juristin käsitys todellisuudesta perustuu oikeusjärjestyksen sisältämien oikeusnormien ja oikeustieteessä kehitettyjen juridisten oppirakennelmien yhteisvaikutukseen. Oikeusnormit (oikeussäännöt) liittyvät yhteiskunnallisiin asiantiloihin oikeusvaikutuksia eli oikeuksia ja velvollisuuksia, jotka itse miellän Wesley Newcomb Hohfeldin oikeudellisen suhdekäsitteistön mukaisesti. Juridiset konstruktiot muotoavat juristin maailmankuvaa faktoihin ja arvoihin liittyvien sitoumusten ja opillisten mallien avulla, ja niissä voi siis olla myös vaikutteita muiden tieteenalojen tai filosofian

³⁵ Hohfeld 1964, *passim*.

³⁶ Vrt. Siltala 2005, *passim*. Makkosen hienon väitöskirjan *Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Rakenneanalyttinen tutkimus keskeiskäsitteellä isomorfia* on ilmeiset yhtymäkohdat Ludwig Wittgensteinin *Tractatuksen* ontologiaan, vaikka Makkonen ei sanottuun teokseen väitöskirjassaan jostain syystä viittaa.

³⁷ Malcolm 2001, s. 57; von Wright 2001, s. 8; Wittgenstein 1984, s. 7/7e (ad 29.9.1914).

opillisista malleista ja konventioista tahi yleiskielen ja arkikokemuksen hyödyntämistä käsityksistä ja uskomuksista. Erilaisia todellisuuden ilmiöitä tarkasteleva juristi on tässä kuin antiikin tarinan kuningas Midas, jonka kosketus muutti kaiken kullaksi.³⁸ Arvometalli kullan sijaan nyt on kyse määreestä *oikeudellinen*: juristin kosketus voi antaa mille tahansa fyysisen tai mentaalisen todellisuuden asiantilalle erityisen oikeudellisen merkityksen.³⁹

3.2.2/b *Oikeuden arvoteoreettiset sitoumukset: oikeudellisesti merkitykselliset yhteisölliset arvot*

Oikeusjärjestyksen taustalla vaikuttaa aina myös joukko perustavia yhteiskunnallisia arvovalintoja, jotka muodostavat oikeuden *institutionaalisen ja yhteisöllisen arvoperustan*. Nuo yhteiskunnalliset arvositoumukset välittyvät oikeudelliseen ratkaisuharkintaan ensisijaisesti *oikeusperiaatteiden* avulla. Toisin kuin Dworkin, hahmotan institutionaalista tukea ja yhteisöllistä hyväksyntää nauttivat oikeusperiaatteet arvosidonnaisina juridisinä konventioina, en oikeusnormeina, sillä oikeusnormin määritelmälliset ainesosat *oikeustosiseikasto + deonttinen operaattori + oikeusvaikutukset* nyt puuttuvat. Yhtä kaikki, Dworkin luonnehtii periaatteita *Law's Empire* -teoksessa useaan otteeseen tavalla, joka tulee hyvin lähelle omaa käsitteistöäni, vaikka hän siis mieltää oikeusperiaatteet oikeusnormeina, ei oikeusopillisina konventioina:⁴⁰

”According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from *the principles of justice, fairness, and procedural due process* that provide *the best constructive interpretation of the community's legal practice*.” (s. 225); ”... how to make ... *the best story ... from the standpoint of political morality*” (s. 239); ”Judges who accept *the interpretive ideal of integrity* decide hard cases by trying to find, in some coherent set of principles about people's rights and duties, *the best constructive interpretation of the political structure and legal doctrine of their community*.” (s. 255); ”... that the grounds of law lie in integrity, in *the best constructive interpretation of past political decisions ...*” (s.

³⁸ Midas oli vähemmän onnekas kuin hän ensin kuvitteli: kaikki, mihin hän koski, muuttui kullaksi, mukaan lukien elämälle välttämätön ravinto ja vesi, samoin kuin hänen tyttärensä, joka muuttui Midaksen halauksesta kultaiseksi patsaaksi.

³⁹ Esimerkkinä *fyysisestä* tosiasiaista, jolle annetaan oikeusnormien ja juridisten konstruktioiden valossa oikeudellinen merkitys, on asianmukaisesti laadittu ja oikeaksi todistettu testamenttiasiakirja. Esimerkkinä *mentaalisesta* tosiasiaista, jolle annetaan oikeusnormien ja juridisten konstruktioiden valossa oikeudellinen merkitys, on rikoksesta syytetyn henkilön mielentila.

⁴⁰ Sisennyksen viittaukset Dworkin 1984 (kursivoinnit lisätty).

262); ”[Super-Judge Hercules] is guided instead by a sense of *constitutional integrity*; he believes that the American Constitution consists in *the best available interpretation of American constitutional text and practice as a whole*, and his judgment about which interpretation is best is sensitive to the great complexity of political virtues bearing on that issue.” (s. 397–398); ”...*which interpretation, all things considered, makes the community’s legal record the best it can be from the point of view of political morality.*” (s. 411).

Nähdäkseni juridisten konstruktioiden kuten yksityisyyden suojan tai sananvapauden avulla voi tuoda oikeudelliseen päättelyyn ja ratkaisuharkintaan keskeisiä yhteiskunnallisia arvositoumuksia, joita kansallinen perustuslaki ja ylikansalliset valtiosopimukset, kuten Euroopan ihmisoikeussopimus, osaltaan ilmentävät.

Saksalainen valtiosääntöoppinut ja oikeusteoreetikko Robert Alexy mieltää periaatteet oikeudellisina *optimointikäskyinä* (*Optimierungsgebote*): oikeudellinen periaate asettaa tuomioistuimille ja muille lakia soveltaville viranomaisille vaatimuksen, että määrätty yhteiskunnallinen arvo tai tavoite tulee toteuttaa *niin suurella määrällä kuin on mahdollista* soveltamistilanteen oikeudellisten ja tosiasiallisten reunaehtojen vallitessa.⁴¹ Jos samaan oikeustapaukseen soveltuu kaksi tai kahta useampi oikeusperiaate, niitä tulee punnita ja sovittaa yhteen niiden kunkin suhteellisen painoarvon määrittämiseksi. Alexy tiivistää oikeusperiaatteiden soveltamisessa käytettävän *punnintalain* seuraavasti:⁴²

”Mitä enemmän jokin periaate jätetään täyttämättä jonkin toisen periaatteen hyväksi, sitä suurempi täytyy tuon jälkimmäisen periaatteen painoarvon olla.”

Alexyn punnintalaki on tiivistetyssä muodossa ilmaistu *metatason* opillinen konventio, joka ohjaa kahden tai useamman arvoperustaisen juridisen konstruktion keskinäistä vuorovaikutusprosessia ja siten myös tuomioistuimen tai muun viranomaisen oikeudellista päätöksentekoa. Oikeusperiaatteiden eli arvoperustaisten oikeudellisten konstruktioiden vuorovaikutusprosessi toteutuu toisin sanoen niiden arvosidonnaisen punninnan ja yhteensovittamisen avulla.

⁴¹ Alexy 2002, s. 47–48, 397. Vrt. Alexy 1985, s. 75–76.

⁴² ”The greater the degree of non-satisfaction of, or detriment to, one principle, the greater must be the importance of satisfying the other.” Alexy 2002, s. 102 (käännös allekirjoittaneen).

3.2.3 Konventionaalinen ontologia

Oikeusyhteisön tai sen määrätyn osan *kollektiivinen hyväksyntä* on edellytyksenä sille, että jokin oikeudellinen konventio voi saada tuossa yhteisössä oikeudellista merkitystä. Oikeustieteen hahmottama yhteisöllinen todellisuus on *konventionaalinen* ”aina perusteitaan myöten”,⁴³ sillä oikeustieteen ja yleisemmin oikeudellisen ajattelun hahmottama maailma koostuu keskeisin osin *institutionaalisista tosiasioista*. Toisin kuin fyysisen maailman oliot, esineet tai asiantilat, jotka ovat aistein empiirisesti havaittavissa, ja toisin kuin yksilötajunnan sisältämät ajatukset, ideat, mielteet ja muistikuvat, jotka ovat vain subjektin itsereflektion avulla tavoitettavissa, institutionaaliset faktat ovat olemassa vain, kun yhteisön jäsenet niin kollektiivisesti uskovat ja sovittavat omaa käyttäytymistään ja toisten menettelyä koskevat hyväksyvät tai paheksuvat arviot niiden kollektiivisten uskomusten mukaisesti.

Oikeusnormit ja juridiset konstruktiot ovat siis kumpikin institutionaalisia, konventionaalisia tosiasioita. Nykyisten oikeuspositivististen reunaehtojen vallitessa voimassa olevien oikeusnormien konventionaalisuus tarkoittaa, että niiden oikeudellinen velvoittavuus ja ratkaisuarvo tuomioistuinten ja muiden viranomaisten ratkaisuharkintaa ohjaavina argumentteina perustuu parlamentaarisen lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden viranomaisten tekemiin yksittäisiin päätöksiin, jotka ovat tunnistettavissa yhteisössä yleisesti hyväksytyin konventionaalisen kriteerin, kuten Hartin ideoiman oikeuden tunnistamissäännön (*rule of recognition*) tai Alf Rossin kollektiivisen tuomarinideologian, avulla.⁴⁴ Oikeudellisten konstruktioiden konventionaalisuus puolestaan tarkoittaa, että niitä oikeusyhteisössä hyödynnetään, koska niitä pidetään yhteisöllisesti hyväksyttävänä, oikeudellisesti toimivina ja tarkoituksenmukaisina sekä yhteiskunnallisen tehtävänsä tyydyttävästi täyttävänä ratkaisumalleina (*sense of appropriateness*) oikeudellisiin ongelmiin, vaikka ne eivät ole tunnistettavissa oikeuden tunnistamissäännön kaltaisen formaalin, muodolliseen syntytapaan liittyvän kriteerin avulla.⁴⁵

⁴³ Siis: *conventional all the way down*. Vrt. Thomas Morawetz 2000, s. 218, joka viittaa *Critical Legal Studies* -koulua edustavan Duncan Kennedyn käsitykseen, että oikeus on politiikkaa aina perusteitaan myöten (engl. *politics all the way down*).

⁴⁴ Esimerkiksi: *what the Queen in Parliament enacts is law in England*, Hart 1961, esim. s. 99, 104, 108, 113, 117, 142, 145. Suomen oikeuteen sovellettuna: ”se, mitä valtiopäiville kokoontunut Suomen eduskunta säätää ja tasavallan presidentti allekirjoituksellaan vahvistaa, on Suomessa lakina voimassa”.

⁴⁵ Vrt. Dworkin 1978, s. 40, joka tosin puhuu tekstikatkelmassa oikeusperiaatteista, vaikka oikeampaa olisi puhua juridisista konstruktioista: ”But this test of pedigree will not work for the *Riggs* and *Henningsen* principles. The origin of these as legal principles lies not in a particular decision of some legislature or court, but in a *sense of appropriateness* developed in the profession and the public over time. Their continued power depends upon this *sense of appropriateness* being sustained.”

Juridiikan ontologia on tässä paljolti *sosiaalisena konstruktionismina* tai *sosiaalisena konstruktivismina* tunnetun yhteiskuntafilosofian perusajatuksen kaltainen.⁴⁶

Mutta mitä oikeusnormien, oikeudellisten doktriinien ja oikeudellisen tiedon *konventionaalisuus* täsmällisesti ottaen tarkoittaa? Filosofisessa kirjallisuudessa *konventio* on voitu määritellä kahdella eri tavalla. Yhtäältä konventio on hahmotettu yhteisöllisenä käytäntönä, jonka olemassaolo perustuu siihen osallisten henkilöiden *yhdennukaisiin käyttäytymisodotuksiin* (David Lewis),⁴⁷ *vastavuoroisiin odotuksiin* (Eerik Lagerspetz)⁴⁸ tai *vastavuoroisiin odotuksiin ja yhteistoimintaa edistäviin taipumuksiin* (Govert den Hartogh).⁴⁹ Olennaista nähdäkseni on noiden odotusten yhtäläinen kohdentuminen *objektitasolla* samaan kohteeseen ja *metatasolla* konvention toisen osapuolen vastaaviin odotuksiin: ”A tietää, että B tietää, ja samalla B tietää, että A tietää ... (ja niin edelleen) ..., että x.”

Riittävän yhtenevät vastavuoroiset käyttäytymisodotukset luovat perustan oikeudelliselle ennakoitavuudelle, mitä ilman oikeusjärjestys ei voisi tyydyttävästi täyttää sille asetettuja tehtäviä yhteiskunnassa. Niinpä tieliikenteessä ajoneuvon kuljettaja A tietää, tai ainakin hänen pitäisi tietää, että väistämisvelvollisuutta osoittavan varoituskolmion takaa tienristeykseen tullessaan hän on väistämisvelvollinen. Toisaalta B tietää paitsi sen, että A on tuossa tilanteessa väistämisvelvollinen, myös sen, että A tämän tietää, jolloin A ja B voivat kumpikin sovittaa oman käyttäytymisensä

⁴⁶ Sosiaalisen konstruktionismin mukaan yhteiskunnallinen todellisuus koostuu keskeisin osin ihmismielen luomista mutta yksittäisen subjektin tajunnasta irtautuneista artefakteista. Alan klassikkoja ovat Alfred Schütz’in *Sosiaalisen maailman merkityksekäs rakentuminen. Johdatus ymmärtävään sosiologiaan* sekä Peter L. Bergerin ja Thomas Luckmannin *Todellisuuden sosiaalinen rakentuminen. Tiedonsosiologinen tutkielma*. – Sosiaalisen konstruktionismin ja sosiaalisen konstruktivismin kesken on painotusero: konstruktionismi viittaa sosiaalisten käytäntöjen vahvemmin objektiiviseen luonteeseen, kun taas konstruktivismi painottaa enemmän tarkastelun subjektisidonnaisuutta.

⁴⁷ Lewis 1969, s. 78. – David Lewis (1941–2001) on filosofisen konventionalismin perustaja.

⁴⁸ Lagerspetz 1989, s. 18 *et seq.*

⁴⁹ ”The conventionalist theory of obligatory norms I propose has two main components: patterns of *mutual expectations*, and *cooperative dispositions*. (...) I will argue that they have an internal reference to each other. Cooperative dispositions consist in being prepared to honour each other’s justified expectations, and those expectations are justified by the existence of the dispositions. An important corollary of this fact is that the mutual expectations of the people participating in a social norm cannot have developed independently of any pre-existing expectations. Only if the pattern of expectations already exists in a general way, is it possible to form concrete expectations of behaviour in any particular case. (...) If this corollary is accepted, it follows that the conventionalist theory can only explain the maintenance of either conventions or norms, not their emergence.” den Hartogh 2002, s. 20 (kursivoinnit lisätty).

noiden keskinäisten *vastavuoroisten käyttäytymisodotusten* mukaan. Jos A tulkitsee tieliikenteen väistämisvelvollisuutta koskevia sääntöjä ja periaatteita toisin kuin B, voi seurauksena olla ajoneuvojen yhteentörmäys ja oikeusriita, jossa ovat vastakkain osapuolten toisistaan poikkeavat tulkinnat tieliikennelain normeista sekä niiden tulkintaa ja systematiikkaa eli keskinäisiä etusija- ja yhteensovitus-suhteita määrittävistä juridisista konventioista. Yhteistä molempien osapuolten käsityksille on tietoisuus tieliikennelain väistämisvelvollisuutta koskevista säännöistä, mutta osapuolten tulkinnat noista säännöistä saattavat yksittäistapauksessa poiketa ratkaisevasti toisistaan.

Vastaavasti sopimusneuvotteluissa A tietää, että B tietää – ja samalla B tietää, että A tietää – että varallisuus-oikeudellisista oikeustoimista annetun lain (1929/228) eli oikeustoimilain mukaan *sopimus* määritellään sopijapuolten alkuperäisen sitoutumistahdon yhtymisenä tai, vaihtoehtoisesti, osapuolten perustellun luottamuksen suojana, jolloin kumpikin sopijapuolista voi sovittaa oman käyttäytymisensä tuon juridisen odotusarvon mukaisesti. Konventionalistinen ontologia voi osoittautua ongelmalliseksi, jos osapuolet tulkitsevat juridisia konventioita kovin eri tavoin tai jos yhteisesti hahmotetun konvention tulkinnasta ei vallitse oikeusyhteisössä perustavaa yksimielisyyttä. Esimerkiksi prejudikaatissa KKO 2010:23 (*ParkCom*-tapaus) korkein oikeus linjasi yksityisoikeudellista sopimuskonstituutiota tavalla, joka laajentaa sopimuksen syntyehdoja alkuperäisen varallisuus-oikeudellisista oikeustoimista annetun lain tarkoittamaa tarjous + vastaus -järjestelyä laajemmalle:

Yksityiselle alueelle oli asetettu opastetauluja, joiden mukaan pysäköinti oli sallittu merkityille paikoille pysäköintiluvan saaneille. Tauluissa oli lisäksi ilmoitettu, että ”Ehtojen vastaisesta pysäköinnistä veloitetaan valvontamaksu 40 euroa” ja että ”Pysäköimällä hyväksyt ehdot”. Kysymys siitä, oliko auton pysäköimisellä alueelle syntynyt pysäköinnin valvontaa alueella harjoittaneen yhtiön ja alueelle pysäköineen auton kuljettajan välille opastetaulun ehtojen mukainen pysäköimistä koskeva sopimus, joka on siten sisältänyt veloitteen suorittaa valvontamaksu siinä tapauksessa, että pysäköinti oli tapahtunut ehtojen vastaisesti. (Ään.)

Samoin ajatus sopimuksesta perustellun luottamuksen suojaamisena osin irtautuu alkuperäisestä oikeustoimilain tarkoittamasta sopimuskonstituutiosta myyjän tekemän tarjouksen ja ostajan siihen antaman vastauksen yhtäpitävyytenä. Niinpä jos sopijapuolet A ja B soveltavat kovin erilaisia operationaalisia käsityksiä sopimuskonstituutiosta eli oikeudellisesti pätevän sopimuksen perustavista tosiasioista (tahtoperiaate \Leftrightarrow luottamusperiaate), saatetaan sopimusehtojen tulkintaa joutua hakemaan oikeusteitse.

Yleisemmin ilmaistuna: jos vastavuoroisilta oikeudellisilta odotuksilta puuttuu riittävän täsmällisesti määritelty yhteinen kohde, osapuolten metatason odotukset eivät kohtaa, eikä oikeusopillinen konstruktio voi toteutua tavalla, joka täyttäisi molempien osapuolten odotukset.

Toisaalta, ja vaihtoehtona osapuolten vastavuoroisille odotuksille ja yhteistoimintaa edistäville taipumuksille, filosofit ovat määritelleet konvention kollektiivisena *me-tietoisuutena* (engl. *we consciousness*) tai *me-intentionaalisuutena* (engl. *we intentionality*). Näin arvioituna yhteisölliseen konvention osalliset henkilöt mieltävät olevansa osallisina kollektiivisessa hankkeessa ja pyrkivät niiden yhteisten tavoitteiden toteuttamiseen, oli sitten kyse moniairoisen soutuveneeseen soutajista, jalkapallojoukkueen pelaajista tai sinfoniaorkesterin soittajista. Näin ovat asian perustelleet John R. Searle ja Raimo Tuomela.⁵⁰ Useissa yhteisöllisissä ja oikeudellisissa tilanteissa toisilleen entuudestaan tuntemattomien osapuolten intressit ovat nähdäkseni useammin toisilleen vastakkaiset tai ainakin ei-yhteensopivat kuin aidosti yhtenevät, eihän tuomioistuimia ja muita konfliktinratkaisuun erikoistuneita viranomaisia muutoin tarvittaisi! Sen vuoksi konvention määrittely osapuolten suhteellisen yhdenmukaisina käyttäytymisodotuksina ja vastavuoroisina odotuksina tavoittaa kohteensa oikeudellisessa kontekstissa paremmin kuin konvention määrittely aidosti kollektiivisena *me-tietoisuutena* tai *me-intentionaalisuutena*.

Konventioperustaisessa ontologiassa on vielä syytä erottaa oikeudellinen instituutio *in abstracto*, kuten avioliitto voimassa olevaan lainsäädäntöön perustuvana, yhteiskunnassa yleisesti tunnustettuna kahden henkilön varallisuus- ja henkilösuhteita sekä lasten huoltajuutta koskevana oikeudellisenä järjestelynä, ja oikeudellinen instituutio *in concreto*, kuten avioliitto kahden henkilön A:n ja B:n välillä siihen liittyvine oikeusvaikutuksineen. Vastaavasti *raha* viittaa yhtäältä yhteiskunnassa yleisesti tunnustettuun maksuvälineeseen ja arvon mittaan eli rahaan oikeudellisenä ja yhteiskunnallisena instituutiona ja toisaalta fyysisesti tai digitaalisesti olemassa oleviin esineisiin (artefakteihin), jotka tuon käsitteen alle kuuluvat, kuten

⁵⁰ ”In my view all these efforts to reduce collective intentionality to individual intentionality fail. Collective intentionality is a *biologically primitive phenomenon* that cannot be reduced to or eliminated in favor of something else. Every attempt at reducing ‘We intentionality’ to ‘I intentionality’ that I have seen is subject to counterexamples. (...) There is a deep reason why collective intentionality cannot be reduced to individual intentionality. The problem with [me] believing that you believe that I believe, etc., and you believing that I believe that you believe, etc., is that it does not add up to a sense of *collectivity*. No set of ‘I Consciousness’, even supplemented with beliefs, adds up to a ‘We Consciousness’. The crucial element in collective intentionality is a sense of doing (wanting, believing, etc.) something together, and the individual intentionality that each person has is derived *from* the collective intentionality that they share.” Searle 1995, s. 24–25 (kursivointi lisätty). – Vrt. Tuomela 2002 ja Tuomela 2010.

keskuspankin liikkeelle laskemat setelit ja kolikot tai niiden elektroninen vastine binäärikoodina keskuspankin ja yhteiseen rahajärjestelmään kuuluvien pankkien tietokoneilla.⁵¹ Englanninkielisessä filosofian, metalogiikan ja kielitieteen kirjoituksissa oikeudellisista instituutioista *in abstracto* on käytetty myös nimitystä *type* ja instituutioista *in concreto* nimitystä *token*.⁵² Oikeusfilosofit ovat käyttäneet myös termiparia *institution* ja *instance* (*of an institution*).⁵³

Vuorovaikutussuhde oikeudellisen instituution *in abstracto* ja oikeudellisen instituution *in concreto* välillä on aina kahdensuuntainen, molemminpuolinen. Kun tuomioistuin täsmentää avioliittoon tai sopimukseen liittyviä oikeusvaikutuksia yksittäisessä ratkaisussaan *in concreto*, tuolla ratkaisulla on samalla takaisinkytkentäväikutus avioliittoon tai sopimukseen oikeudellisena instituutiona *in abstracto*.⁵⁴

Juridisten konstruktioiden ominaislaatua ja yhteiskunnallista funktiota voi myös tarkastella useiden filosofisten teorioiden tarjoaman teoreettisen kehikon avulla. Ne voi ensinnäkin hahmottaa John L. Austinin ja John R. Searlen kehittämän *puhetekojen teorian* (engl. *speech-act theory*) avulla: juridisten konstruktioiden avulla voi, J. L. Austinin termein, ”tehdä asioita” eli saada aikaan oikeudellisesti pätevällä tavalla määrättyjä oikeusvaikutuksia tai, vaihtoehtoisesti, estää niiden toteutumisen. Toiseksi juridiset konstruktiot ovat esimerkki Ludwig Wittgensteinin myöhäisfilosofian *kielipeleistä*, joissa kielelliset ilmaukset ja yhteisölliset käytännöt ovat tiiviisti yhteen kietoutuneina ja jotka kielipelit/konstruktiot ilmentävät juristien kollektiivisesti omaksumaa tapaa hahmottaa yhteiskunnallisia

⁵¹ *Bitcoin*-tyyppiset kryptovaluutat ovat sen sijaan olemassa vain digitaalisina yksikköinä.

⁵² *Type/token*-jaottelusta, Searle 1995, s. 32–34, 53. Myös Searle käyttää yhtenä esimerkkinä rahaa yhtäältä yhteiskunnallisena instituutiona (*type*) ja toisaalta yksittäisinä seteleinä ja kolikkoina tai vastaavina fyysisinä esineinä (*token*). Saman jaottelun teki John Rawls jo vuonna 1955 avainkirjoituksessaan ”Two Concepts of Rules”: ”...one must distinguish between justifying a practice as a system of rules to be applied and enforced, and justifying a particular action which falls under these rules.” Rawls 1995, s. 22. Rawls käytti esimerkkinä rangaistuksen oikeuttamisperusteita. *Utilitaristiset* argumentit soveltuvat rangaistusinstituution oikeuttamiseen eli sen perustelemiseen, miksi ylipäätään ketään tulee rangaista; kun taas *retribuutiiviset* argumentit soveltuvat yksittäisen rangaistustuomion oikeuttamiseen eli sen perustelemiseen, miksi rikokseen syyllistynyt henkilö NN tulee tuomita tuosta teosta lain määräämään rangaistukseen. Vrt. myös Hart 1968, joka päätteli samoin myöhemmässä teoksessaan *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*.

⁵³ MacCormick – Weinberger 1986, s. 9–11, 53–54.

⁵⁴ Usein oikeudellisten instituutioiden olemassaolo edellyttää laajaa oikeusyhteisön hyväksyntää. ”Any man who must say, ’I am the King’, is no true king”, niin kuin Tywin Lannister osuvasti huomauttaa HBO:n *The Game of Thrones* -sarjassa – toiset päättävät, oletko kuningas vai narri, et sinä itse! Sarja perustuu George R. R. Martinin *Tulen ja jäään laulu* -kirjasarjaan, jonka tapahtumat sijoittuvat kuvitteellista keskiaikaa muistuttavaan miljööseen.

asiantiloja oikeudellisesti.⁵⁵ Kolmanneksi juridisia konstruktioita voi vielä hahmottaa Michel Foucault'n ihmistieteiden tiedonarkeologian keskeiskäsitteen *tietomuoto* (ransk. *épistémè*) avulla:⁵⁶ oikeuden sanat (ransk. *les mots*) ja asiat (ransk. *les choses*) liittyvät juridisessa konstruktiossa tietyllä tavalla yhteen.

3.2.4 Oikeudellisten ja ei-oikeudellisten konstruktioiden vuorovaikutus

Juridiset konstruktiot ovat niiden *kohdentuvuutta* eli soveltamisalaa (*ekstensio*) ja *syvyyttä* eli täsmällisyyttä, tarkkuutta, selkeyttä ja seikkaperäisyyttä eli yleisyyttä/yksityiskohtaisuutta (*intensio*) muuntavassa *vuorovaikutussuhteessa* toisiin oikeudellisiin ja ei-oikeudellisiin konventioihin *luonnontieteiden*, ihmistä, kieltä, kulttuuria ja yhteiskuntaa tutkivien tieteiden eli *ihmis- ja yhteiskuntatieteiden* ja *filosofian* opillisten mallien ja konventioiden sekä *yleiskielen* ja *arkielämän käytäntöjen* likiarvoisten käsitysten ja uskomusten merkityksessä. Oikeudellisten konstruktioiden *kinetiikka* kuvaa välitysmekanismeja, joiden avulla nuo toisten tieteenalojen tutkimukselliset mallit ja konventiot tai yleiskielen ja arkielämän käytäntöjen uskomukset ja käsitykset muunnetaan muotoon, joka paremmin toteuttaa erityisen oikeudellisen tiedonintressin vaatimukset.⁵⁷

Kahden tai useamman oikeudellisen tai ei-oikeudellisen oppirakennelman kesken voi toteutua enemmän tai vähemmän hedelmällinen vuorovaikutus, minkä seurauksena yksittäisen oikeudellisen konstruktion kohdentuvuus tai syvyys tai molemmat muuttuvat. Tuon vuorovaikutusprosessin tuloksena on oikeudellinen *yhdistelmäkonstruktio*, jos juridisen konstruktion oikeudelliset määreet sen myötä vahentuvat niin, että tuo konstruktio täyttää aiempaa paremmin tehtävänsä oikeudellisesti merkityksellisten faktojen ja arvojen jäsentämisessä. Tuloksena voi myös olla oikeudellinen *deformaatio* eli keskeisin osin tai kokonaan hajotettu ja hajautettu oikeudellinen oppirakennelma, jos sen oikeudelliset määreet ohentuvat niin, ettei se enää tyydyttävästi täytä sille asetettua oikeudellista tehtävää. Deformaatio on toisin sanoen oikeudellisen yhdistelmäkonstruktion rakentumiselle käänteinen prosessi, jossa aiemmin oikeudellisesti tyydyttävästi toiminut juridinen

⁵⁵ Ajatus kielipeleistä lingvististen ja yhteisöllisten käytäntöjen yhteenliittymänä palautuu Ludwig Wittgensteinin myöhäisfilosofiaan, jota *Filosofisia tutkimuksia* -teos ja useat postuumisti julkaistut muistikirjat kuten *Sininen ja ruskea kirja* ja *Filosofisia huomautuksia* ilmentävät.

⁵⁶ Foucault 1966 ja Foucault 1969.

⁵⁷ Sanna-Maria Klemetti 2014 on kuvannut tätä vuorovaikutteista prosessia uudistermeillä *interferenssi*, *metamorfoosi* ja *polymorfinen* konstruktio, *deformaatio* ja *deformoitu* konstruktio sekä *erityinen oikeudellinen transformeri*.

konventio palautetaan ainakin osaksi takaisin jonkin toisen tieteenalan kuin oikeustieteen tai yleiskielen ja arkikokemuksen yhteyteen.

Oikeudellinen yhdistelmäkonstruktio on *funktionaalinen* eli oikeudellisesti arvioituna toimiva ja tarkoituksenmukainen, yhteisöllisesti hyväksyttävä ja yhteiskunnallisen tehtävänsä moitteettomasti täyttävä oikeudellinen malli. Hajotettu konstruktio on puolestaan *dysfunktionaalinen* eli täyttää vain heikosti, jos lainkaan, sille asetetun oikeudellisen ja yhteiskunnallisen tehtävän. Samoin *erityinen oikeudellinen transformeri* eli semanttisesti avoin oikeudellinen siltafraasi on funktionaalinen tai dysfunktionaalinen siitä riippuen, miten hyvin tai miten heikosti se täyttää tehtävänsä osana oikeudellista argumentaatiota.

Osa oikeudellisista yhdistelmäkonstruktioista voi osoittautua ongelmalliseksi, kun niitä arvioidaan taustalla vaikuttavan erityistieteen näkökulmasta. Esimerkiksi rikosoikeudellinen välikategoria *vähentyneesti syntyneinen* ei saa varauksetonta tukea psykiatrian vallitsevasta tutkimuksellisesta itseymmärryksestä: psykiatrian nykykäsityksen mukaan henkilö on joko syntyneinen tai syntyneeton, eikä kolmatta vaihtoehtoa ole. Psykiatri Hannu Lauerman mukaan:⁵⁸

”Tutkimusmenetelmät ovat edistyneet niin paljon, että monien psykiatrien mukaan koko alentuneen syntyneisuuden käsite voitaisiin poistaa. Olennaisinta on vain se, onko ihminen mielisairas hoitoa vaativalla tavalla vai ei. Psykiatrissa sairaalahoittoa vaativan ihmisen paikka ei tietenkään ole vankilassa...”

Oikeudellinen konstruktio voi vielä sisältää yhden tai useamman suhteellisen autonomisen osakonstruktion, jotka voivat nekin koostua vielä pienemmistä osa- eli alakonstruktioista. Esimerkiksi oikeusvaltio on keskeinen valtiosääntöoikeudellinen oppirakennelma. Sen yhtenä osatekijänä on vaatimus oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä, joka keskeisin osin saa merkityksensä siitä, miten Suomen perustuslain 21 §, Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artikla, Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntö ja Suomen kansallinen oikeuskäytäntö sen määrittävät. Oikeudenmukainen oikeudenkäynti koostuu puolestaan lukuisista osakonstruktioista, joita ovat esimerkiksi molempien asianosaisten yhtäläisen kuulemisen periaate (*audiatur et altera pars*) ja muutoinkin yhtäläinen

⁵⁸ Psykiatrisen vankisairaalan vastaavan ylilääkärin ja Terveiden ja hyvinvoinnin laitoksen tutkimusprofessorin Hannu Lauerman haastattelu 26.10.2010, ”Mielenlilatutkimukset tiukentuneet”. Lähde: http://yle.fi/uutiset/mielenlilatutkimukset_tiukentuneet/5657753 (8.2.2014).

prosessuaalinen asema,⁵⁹ rikosoikeudellinen legaliteettiperiaate, kaksoisrangaistavuuden kieltö (*ne bis in idem*) ja oppi tuomion oikeusvoimasta, rikosoikeudellinen itsekriminointisuoja, oikeudenkäynnin enimmäiskestolle asetetut ehdottomat rajat, asianosaisten oikeus saada välttämättömät tulkki- ja käännöspalvelut omalla äidinkielellään, näyttötaakan ja näyttöriskin jakoa koskevat periaatteet (*in dubio pro reo; in dubio mitius; in dubio contra stipulatorem*), ja niin edelleen.

Samoin rikos oikeudellisena käsitteenä eli tunnusmerkistön mukaisena, syyksiluettavana ja oikeudenvastaisena tekona koostuu lukuisista osakonstruktiosta, jotka yhteisesti määrittävät rikosoikeudellisen rangaistavuuden yleiset edellytykset: oppi rikosentekijän syyntakeisuudesta ja teon syyksilukemisesta, teon tunnusmerkistön mukaisuus ja oikeudenvastaisuus, mahdollinen hätävarjelu- tai pakkotilakonstruktio, itsekriminointisuoja, kaksoisrangaistavuuden kieltö, ja niin edelleen. Tietyn oikeudenalan opillisten konventioiden kokonaisuutta kutsutaan usein hieman epätarkasti sen *yleiseksi opeiksi*. Yksittäiset oikeudelliset käsitteet saattavat nekin toimia lyhennettyinä ilmauksina oikeudellisille konventioille. Korkein oikeus jopa käyttää antamansa prejudikaatin KKO 2006:99 perusteluissa vahvasti konstruktiivista alaotsikkoa ”murtautuminen rikoslaissa käytettynä käsitteenä”. Kyse on murtautumisesta juridisena oppirakennelmana, joka korkeimman oikeuden havaitsemalla tavalla irtautuu yleiskielen ja arkikokemuksen vastaavasta käsityksestä:

3. Lähtökohdaksi voidaan asettaa, että lainsäädännössä käytettäville ilmaisuille tulee antaa niiden yleiskielinen merkitys, jollei ilmaisulle ole laissa säädetty erityistä merkitystä tai muutoin ole perusteltua katsoa, että ilmaisu on käytetty erityisessä merkityksessä. Joillakin lainsäädännössä käytettävillä ilmaisuilla on vakiintunut merkitys, joka ei kaikin osin vastaa ilmaisun yleiskielistä merkitystä, vaikka tätä merkitystä ei olekaan lainsäädännössä nimenomaan määritelty.

Maallikolle ”murtautuminen” tarkoittanee samaa kuin tuntematon mies tai nainen, sorkkarauta, auki väännetty ovi tai rikottu ikkuna ja huoneistosta anastettu irtain omaisuus. Juristille se tarkoittaa nyt myös yöaikaan tapahtuvaa lukittuun hotellihuoneeseen tunkeutumista laittomasti haltuun saadun hotellin sähköisen yleisavaimen avulla ilman, että tekoon liittyisi minkäänlaista oveen tai sen lukitukseen kohdistuvaa voimankäyttöä, väkivaltaa tai rakenteiden rikkomista tuon termin yleiskielisessä merkityksessä.

⁵⁹ Tätä on tapana kutsua englanniksi fraasilla *equality of arms*.

Samoin prejudikaatissa KKO 2012:66 korkein oikeus kirjoitti oivaltavasti *olosuhdetahallisuutta* kuvaavan ilmaisun eli juridisen konstruktion ”on pitänyt varsin todennäköisenä” suhteesta rikoslain 4 luvussa käytettyyn yleiskieliseen ilmaukseen ”olla selvillä”:

”Ilmaisu ’on pitänyt varsin todennäköisenä’ on oikeudellinen käsite eikä se useinkaan luontevasti kuvaa sitä, miten ihmiset tarkastelevat vallitsevia olosuhteita. Rikoslain 4 luvun 1 §:ssä käytetty ilmaisu ’olla selvillä’ kuvaa ehkä osuvammin sitä, onko tekijällä ollut oikeanlainen kuva tai käsitys tapahtumassa olevista asioista.”

Hyviä esimerkkejä sekä oikeudellisista yhdistelmäkonstruktioista että hajotetuista oikeudellisista konstruktioista löytyy Klemetin väitöskirjasta. Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2013:6 toteutui oikeudellinen deformaatio, jonka tuloksena oli perusteellisesti *deformoitu* eli hajotettu ja hajautettu oikeudellinen konstruktio:

Vapaa-aikaa viettänyt poliisimies oli tavannut öisellä kadulla kotoaan karkumatkalla olleen 16-vuotiaan tytön, jolle hän oli ilmoittanut olevansa poliisi ja esittänyt virkamerkkinsä. Saatuaan tytön tulemaan asuntoonsa poliisimies oli muun muassa raiskannut tämän. Kysymys siitä, oliko poliisimies syyllistynyt menettelyllään myös virka-aseman väärinkäyttämiseen.

Oikeudellinen konstruktio poliisiin *virkamerkki*, joka ennen korkeimman oikeuden ratkaisua 2013:6 oli riidatta osoittanut, että sen esittävä henkilö on tuolloin virkatehtävässä oleva poliisimies, hajotetaan korkeimman oikeuden antaman prejudikaatin myötä muotoon *virka ja merkki*: henkilö, jolle statukseltaan tuolla hetkellä epämääräinen ”ehkä-on-tai-ehkä-ei-ole-poliisi” tuon merkin esittää, ei voi enää tietää, onko merkin esittänyt henkilö *juuri tuolla hetkellä* virkatehtävässä oleva, julkista valtaa käyttävä poliisi, jonka antamia kehotuksia ja toimintaohjeita on syytä noudattaa, jottei syyllistyisi rikoslaissa rangaistavaksi säädettyyn niskoitteluun, vai onko (virka)merkin esittämiselle jokin muu syy, niin kuin korkein oikeus antamassaan ratkaisussa epämääräisesti kirjoittaa:

13. Pelkästään se, että poliisinviran haltija vapaa-aikanaan esittää virkamerkin, ei kuitenkaan merkitse, että hän sillä hetkellä ilmoittaa toimivansa ja toimii virkatehtävässään. Virkamerkin esittämiselle voi olla myös muita syitä.

Mitä nuo muut hyväksyttävät syyt ovat, sitä korkein oikeus ei valitettavasti kerro. Noilla kahdella lauseella korkein oikeus irrottaa *poliisin*

virkamerkki ja *poliisin virkatehtävät* -konstruktiot toisistaan: virkamerkki hajoo ”viraksi ja merkiksi”, kun merkin esittämisellä nyt voi olla myös muita tehtäviä kuin osoittaa merkin haltija tuolla hetkellä virkatehtäväänsä hoitavaksi poliisiksi.⁶⁰

Kiinnostava oikeudellinen deformaatio löytyy myös (tuolloisen) korkeimman oikeuden presidentin Pauliine Koskelon eriävän mielipiteen lopusta korkeimman oikeuden ratkaisussa 2012:11, joka käsittelee isyyskanteen vanhentumisaikaa. Ratkaisun otsikon mukaan:

Ennen isyyslain voimaantuloa syntynyt A oli saanut tietää isänsä nimen vasta sen jälkeen, kun isyyslain voimaanpanosta annetun lain 7 §:n 2 momentissa säädetty viiden vuoden kanneaika oli päättynyt. Kun isyyttä ei tunnustettu, A nosti kanteen isyyden vahvistamiseksi. Korkein oikeus katsoi, että kanneaikasäännöksen soveltaminen tässä tapauksessa oli ristiriidassa perustuslain 10 §:ssä ja ihmisoikeussopimuksen 8 artiklassa turvatun yksityiselämän suojan kanssa. Kanneaikaa koskeva säännös jätettiin perustuslain 106 §:n nojalla soveltamatta ja isyys vahvistettiin.
(Ään.)

Täysistunto

Isyyteen on oikeusjärjestyksessä liitetty kahdenlaisia oikeusvaikutuksia: yhtäältä henkilön yksityisyyden suojaan ja oman identiteetin selvittämiseen liittyviä oikeusvaikutuksia, toisaalta varallisuusoikeuksiin eli henkilön isän jälkeensä jättämän omaisuuden perimyksen liittyviä oikeusvaikutuksia. Ratkaisussa korkeimman oikeuden enemmistö jätti kanneajan vanhentumista koskevan säännöksen soveltamatta ja vahvisti A:n isyyden. Loppupäätelmä on lyhyt ja ytimekäs:

36. Hovioikeuden mainitsemin perustein Korkein oikeus pitää näytetynä, että B on A:n isä.

Presidentti Koskelon pitkässä eriävässä mielipiteessä isyys oikeudellisena käsitteenä palautuu lopulta puhtaasti biologiseksi tosiasiaksi, joka on riisuttu kaikista oikeudellisista määreistä ja oikeusvaikutuksista. Loppupäätelmänä on biologinen tosiasia:

VI. Lopputulokset

Tutkin kanteen sikäli kuin se koskee A:n biologisen syntyperän selvittämistä.

Totean, että asiassa voidaan pitää todistettuna, että A on B:n siittäjä.

⁶⁰ Klemetti 2014, s. 15–42.

Oikeudellinen konstruktio ”isyys” on näin hajotettu ja hajautettuna palautettu osaksi biologian luonnontieteellistä käsitteistöä, ilman erityisiä oikeudellisia määreitä tai siihen mahdollisesti liitettyjä oikeusvaikutuksia.

Vaihtoehtona oikeudelliselle yhdistelmäkonstruktioille tai sellaisen hajottamiselle on jonkin ei-oikeudellisen oppirakennelman omaksuminen sellaisenaan oikeudellisessa päättelyssä, ilman minkäänlaisia oikeudellisia muunnoksia. Näin tapahtui korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2013:82, jossa henkirikoksen tahallisuutta arvioitiin tilastollis-matemaattisesti:

A oli kaksi eri kertaa pyöräyttänyt sattumanvaraisesti revolverin patruunarullaa ja pyöräytysten jälkeen laukaissut aseensa metrin etäisyydeltä kohti B:n otsaa. Sen jälkeen A oli tietoisesti siirtänyt patruunarullaa niin, että patruuna oli ollut iskurin kohdalla ja osoittanut aseella B:n päähän. Kun A oli tämän jälkeen laskenut aseensa ja ryhtynyt vapauttamaan iskuria, ase oli lauennut. B:lle oli aiheutunut luodin kimmokkeesta lievä vamma. Kysymys siitä, oliko sitä, että B olisi voinut A:n teon seurauksena kuolla, pidettävä sillä tavalla todennäköisenä, että teko oli luettava A:n syyksi tapon yrityksenä.

Perinteinen rikosoikeudellinen tapa hahmottaa henkirikoksen todennäköisyyttä pohjoismaisen todennäköisyystahallisuuden (”A:n oli täytynyt ymmärtää ... että uhrin kuolema tai muu lain kieltämä seuraus olisi varsin todennäköinen seuraus hänen menettelystään”) täydentyi puhtaasti tilastotieteellisellä analyysillä:

14. Tässä tapauksessa on ollut selvästi todennäköisempää, että syytteessä kuvatussa A:n menettelystä ei aiheutunut B:n kuolema kuin että se olisi aiheutunut. Korkein oikeus katsoo, ettei teko-olosuhteissa ole ilmennyt sellaisia aseeseen tai tapahtumainkulkuun muutenkaan liittyviä seikkoja, joiden perusteella seurauksen syntyyn liittyvää todennäköisyyttä olisi syytä arvioida A:n tekohetkisestä näkökulmasta muulla tavoin.

Ratkaisu on arvostelulle altis, sillä korkeimman oikeuden asettaman kriteerin mukaan arvioituna kahden tai edes kolmen panoksen asettaminen aseensa rumpulippaaseen, lippaan sattumanvarainen pyörittäminen ja aseensa laukaiseminen lähietäisyydeltä kohden uhrin päätä ei olisi muuttanut tekoa tahallisen tapon yritykseksi, vaikka panos olisi osunut iskurin kohdalle ja uhri menettänyt henkensä, sillä tuolloinkin ennakkollinen todennäköisyys uhrin kuolemalle olisi ollut ”vain” $2/6$ (= 33,3 %) tai $3/6$ (= 50 %) eli alle korkeimman oikeuden soveltaman ”selvästi todennäköisempää”-tahallisuuskriteerin. Alemmat oikeusasteet olisivat antaneet merkitystä myös

vaarannetun suojelukohteen eli uhrin hengen erityiselle arvolle, uhrin kokemalle pelon ja turvattomuuden kokemukselle sekä sille, että todennäköisyys asean laukeamiselle oli ollut ”tuntuva”. Sanotut määreet toimivat siis alempien tuomioistuinten perusteluissa oikeudellisina muuttujina, joilla puhtaasti tilastollista analyysiä modifioitiin.

Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2011:1 toteutui monivaiheinen oikeudellinen vuorovaikutusprosessi (rikos)oikeustieteen ja lääketieteen opillisten mallien kesken, ja lopputuloksena oli ilmeisen toimiva oikeudellinen yhdistelmäkonstruktio.⁶¹ Sanotussa ratkaisussa korkein oikeus arvioi rintasyöpäepäilyyn vuoksi lääkärin vastaanotolle tulleen naispotilaan rintojen epätavanomaista tutkimustapaa:

Kysymys siitä, oliko lääkäri potilaan tutkimisen yhteydessä syyllistynyt seksuaaliseen hyväksikäyttöön.

Korkein oikeus arvioi lääkärin toteuttamaa potilaan rintojen tutkintaa samalla kertaa oikeudellisesti ja lääketieteellisesti: onko kyse lääketieteellisestä *palpaatiosta* eli potilaan rintoja sormin tunnustelemalla ja painelemalla tehdystä kliinisestä tutkimuksesta vai täyttääkö lääkärin menettely rikoslaissa määritellyn seksuaalisen hyväksikäytön tunnusmerkistön? Potilas itse oli kokenut lääkärin tutkimusotteet epäasiallisina ja seksuaalisväritteisinä, jollaiset toimet kuuluivat hänen mielestään ”pikemminkin parisuhteeseen kuin lääketieteelliseen tutkimukseen”. Mukana oli siis vähintäänkin hiljainen viittaus myös yleiskielen ja arkikokemuksen tapaan hahmottaa tapahtunutta tilannetta. Korkein oikeus toteaa kokoavasti:

7. (...) Asiassa esitetyn selvityksen perusteella Korkein oikeus katsoo, että A:n toimenpiteet ovat poikenneet vakiintuneesta ja lääketieteellisesti suositellusta käytännöstä. Palpaatiota ei ohjeisteta tekemään tutkittavan seistessä eikä molemmin käsin rintoja kouraotteella puristelemalla ja pyörittelemällä vuoroin edestä ja takaa, kuten A:n on kuvattu tehneen. Ohjeistuksen mukaan palpaatio tehdään yleensä potilaan ollessa makuuasennossa sormilla säteittäisesti ja järjestelmällisesti painelemalla. Asiassa ei ole myöskään osoitettu lääketieteellistä perustetta rintojen tutkimiselle useaan kertaan eikä nännin imemiselle. Samoin tutkimusgeelin levittäminen paljain käsin ja yhtäaikaaisesti molemmilla käsillä on poikkeuksellista. Potilaan rintojen ulkonäön kehuminen ei kuulu tutkimuksen suorittamiseen.

Sanna-Maria Klemetti kuvaa oivaltavasti, miten oikeudellinen vuoro-

⁶¹ Analyysi perustuu tältä osin Sanna-Maria Klemetin väitöskirjaan.

vaikutusprosessi toteutuu tapauksessa vaiheittaisena pohdintana useiden välivaiheiden kautta, kun korkein oikeus arvioi, onko lääkärin menettely ollut (a) *lääketieteellistä* sormin tapahtuvaa rintojen säteittäistä tunnustelua ja painelua eli *palpointia*; (b) *yleiskieleen* ja *arkielämän* käytäntöihin viittaavaa rintojen koskettelua, puristelemista ja pyörittämistä tai kähmimistä ja kourimista, johon ei välttämättä liity seksuaalista motiivia ja joka ei siten ole kiellettyä seksuaalista hyväksikäyttöä termin rikosoikeudellisessa merkityksessä mutta joka ei myöskään ole lääketieteellistä tutkimusta; (c) tai *yleiskieleen* ja *arkielämän* käytäntöihin viittaavaa parisuhteen hellydenosoituksiin rinnastuvaa menettelyä, niin kuin teon kohteena ollut henkilö itse lääkärin toimintaa luonnehti; vai (d) motiiveiltaan ilmeisen seksuaalisväritteistä, rikosoikeudellisesti rangaistavaa potilaan *seksuaalista hyväksikäyttöä*, mihin potilaan rintojen ulkomuodon kommentointi, tutkimustapahtuman ilmeisen aiheeton toistaminen, tutkimusgeelin levittäminen potilaan rinnoille paljain käsin ja potilaan nännin imeminen otaksuttavasti liittyivät?⁶²

Uhrin oman luonnehdinnan, jonka mukaan lääkärin toiminta toi hänelle mieleen pikemminkin parisuhteeseen liittyvät motiivit kuin lääketieteellisen tutkimuksen, korkein oikeus sivuuttaa ja jättää vaille merkitystä, vaikka se sen ensin mainitsee. Arkielämän parisuhdekäytännöistä ja niihin liittyvistä motiiveista tulee näin ratkaisun *torjuttu premissi*. Myös *loukatun suostumus*-konstruktio, jonka varaan käräjäoikeus oli osin ja ilmeisen virheellisesti oman ratkaisunsa perustanut, korkein oikeus sivuuttaa ratkaisussaan merkityksettömänä, jolloin siitäkin tulee *torjuttu premissi*.

Vaikka lääkärin toimintaa ohjanneista motiiveista – lääketieteellinen, seksuaalinen vai jokin muu – ei asiassa saatu lopullista varmuutta tai täyttä näyttöä, korkein oikeus lopuksi toteaa, että lääkärin menettely, jossa tämä oli muun ohella kaksin käsin kouraotteella puristellut ja pyöritellyt potilaan rintoja edestä ja takaa, *kokonaisuutena arvioiden* täytti rikoslain 20 luvun 5 §:n tarkoittaman seksuaalisen hyväksikäytön tunnusmerkistön:

8. Se, että A on poikennut suositelluista lääketieteellisistä tutkimustavoista, ei vielä riitä osoittamaan menettelyn seksuaalista luonnetta. Kokonaisuutena arvioiden A:n menettely on kuitenkin ollut sen laatuista, että se vahvasti viittaa seksuaalisen kiihotuksen tai tyydytyksen tavoitteluun. (...) Mainituilla perusteilla Korkein oikeus pitää selvitettyinä, että A on lääketieteellisen tutkimuksen yhteydessä tehnyt B:n seksuaalista itsemääräämisoikeutta loukkaavan teon, jota on olosuhteet huomioon ottaen pidettävä seksuaalisesti olennaisena.

⁶² Klemetti 2014, s. 43–55.

Oikeudellisen kinetiikan näkökulmasta arvioituna on siis ollut kyse tilanteesta, jossa rikosoikeudellinen konstruktio ”seksuaalinen hyväksikäyttö”, lääketieteellinen konstruktio ”palpaatio” sekä yleiskieleen ja arkikokemukseen kuuluvat tavat hahmottaa todellisuuden ilmiötä, kuten rintojen koskettelu, puristeleminen ja pyörittäminen ilman seksuaalista motiivia tai osana parisuhteen käytäntöjä, saatetaan keskinäiseen vuorovaikutukseen. Prosessin lopputuloksena on yhdistelmäkonstruktio, jossa rikosoikeudellinen konstruktio ”seksuaalinen hyväksikäyttö” (mukaan lukien sen edellyttämät opilliset sitoumukset, jotka koskevat esimerkiksi tekijän seksuaalista motivaatiota) on määritelty tietyllä tavalla suhteessa sekä lääketieteellisesti hyväksyttävään tutkimustapaan (palpaatio) että naisen rintojen ei-seksuaaliseen mutta ei-lääketieteellisesti hyväksyttävään menettelyyn (rintojen kosketteluun, sormeiluun tai puristelemiseen).⁶³

Klemetin omintakeinen teoria oikeudellisten konstruktioiden kinetiikasta syventää oikeudellisen ajattelun suhdetta muihin tieteenaloihin, mitä kysymystä Otto Brusiin hahmotteli jo vuonna 1938 väitöskirjassaan *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*, joskin varsin erilaisten ajatuksellisten työvälineiden avulla. Brusiin huomautti, miten oikeudellisessa aukkotilanteessa, jossa oikeusjärjestys ei lainkaan sisällä käsillä olevaan tapaukseen soveltuvaa oikeusnormia, tuomarin tulee ajatella tai asennoitua esimerkiksi sosiologin, valtio-oppineen tai taloustieteilijän tavoin ja ratkaista juttu sen mukaisesti.⁶⁴ Sama pätee nähdäkseni yleistäen luonnontieteiden tuottamaan empiriseen havaintotietoon erilaisista luonnonilmiöistä, ihmis- ja yhteiskuntatieteiden tuottamaan tulkinnalliseen tietoon ihmistä, kieltä, kulttuuria, oikeutta ja yhteiskuntaa jäsentävistä, joko subjektisidonnaisista tai yhteisöllisistä merkityksistä, samoin kuin yleiskielen ja arkikokemuksen enemmän tai vähemmän likiarvoisiin käsityksiin, uskomuksiin, yleistyksiin ja kokemussääntöihin maailmassa vallitsevista lainalaisuuksista. Kuva tuomioistuimen tai muun viranomaisen oikeudellisesta ratkaisuharkinnasta muodostuu varsin erilaiseksi kuin Aulis Aarnion meillä vakiintunut oikeussäännösten *tulkintaa ja systematisointia* -luonnehdinta, kun oikeudelliset konstruktiot eli oppirakennelmat otetaan arvioissa myös huomioon.

⁶³ Toki prejudikaatissa on vaikuttamassa monilukuinen joukko muitakin juridisia konstruktioita, jotka liittyvät yleisesti teon rikos- ja prosessioikeudelliseen hahmottamiseen, kuten itsekriminointisuoja ratkaisun piilevänä premissinä. Esimerkiksi lievemmän lain periaate (*in dubio pro reo; in dubio mitius*) nyt sivuutetaan, mikä kuitenkin on ratkaisun lopputulos huomioon ottaen varsin ymmärrettävää ja hyväksyttävää.

⁶⁴ Brusiin 1938, s. 204–229 ja etenkin s. 222–223 ja 226. ”Itse asiassa oikeus, talous ja politiikka merkitsevät vain eri *näkökulmia*, joista yhtenäistä yhteiskunnallista todellisuutta voidaan tarkastaa. – Tuomarin aukkoharkinnalle tahtoisimme johtosäännöksi asettaa, ettei hän milloinkaan saa tarkastella ratkaistavaa tapausta vain juriidisesta näkökulmasta, vaan aina samalla taloudellisesta ja poliittisesta.” Brusiin 1938, s. 219.

3.2.5 (Välilliset) oikeusvaikutukset

Toisin kuin oikeusnormeihin, juridisiin doktriineihin ei ole liitetty omaehtoisia oikeusvaikutuksia. Toisaalta ilman juridisten konstruktioiden antamaa kosketuskohtaa oikeudellisesti merkitykselliseen todellisuuteen oikeusnormit eivät kykenisi tuottamaan mielekkäitä, oikeudellisesti perusteltavissa olevia oikeusvaikutuksia. Erilaiden opillisten konstruktioiden avulla voi lisäksi tuottaa hyvin erilaisia oikeusvaikutuksia silloinkin, kun ne liitetään yksien ja samojen oikeusnormien yhteyteen. Esimerkiksi rikosoikeudellisen itsekriminointisuojaan hahmottaminen joko suppeammin varsinaiseen tekijään tai laajemmin kriminalisoituun tekoon liittyvänä juridisena konstruktiona johti hyvin erilaiseen lopputulokseen korkeimman oikeuden prejudikaateissa KKO 2009:80 (Uoti) ja KKO 2010:41 (Huhtamäki): Uotin rikostuomio purettiin itsekriminointisuojaan perusteella, mutta Huhtamäen tuomiota ei. Perusteena oli tapa, jolla opillinen konstruktio *itsekriminointisuoja* noissa kahdessa ratkaisussa hahmotettiin. Huhtamäki-ratkaisun vähemmistöön jääneet tuomarit lisäksi hahmottivat itsekriminointisuojaan olennaisesti toisin kuin tuomioistuimen enemmistö.

4 TUOMIOISTUINRATKAISUN PERUSTELUJEN RAKENNE

Tuomioistuinratkaisun perustelut koostuvat oikeusnormeista ja oikeudellisista konstruktiosta, joilla lopputulos oikeutetaan (*justifioidaan*) eli osoitetaan lainmukaiseksi ja hyväksyttäväksi. Perustelujen osana normeja ja konstruktioita voi kutsua yhteisnimellä ratkaisupremissit ja niiden muodostama premissirakenne. *Avainpremissi* on funktionaalinen eli toimiva ja tarkoituksenmukainen argumentti, koska se on semanttisesti *oikein kohdennettu* jutun varsinaiseen oikeuskysymykseen (*ekstensio*) ja *syvyydeltään riittävä* eli selkeästi ilmaistu, täsmällinen, tarkka ja oikealla tavalla yksityiskohtainen tai yleinen (*intensio*). *Hukkapremissi* on dysfunktionaalinen eli epätydyttävästi toimiva ja epätarkoituksenmukainen argumentti, koska se on joko väärin kohdennettu eli ei tavoita jutun varsinaista oikeuskysymystä (*ekstensio*) tai on semanttiselta syvyydeltään riittämätön eli sisällöllisesti täsmentymätön, epätarkka, epäselvä, epämääräinen tai liian yleinen tai yksityiskohtainen antaakseen oikeanlaista tietoa ratkaisun perusteista (*intensio*). Hukkapremissi on toisin sanoen tarpeeton, ylimääräinen argumentti, joka ei tuo lisäarvoa siihen, mitä ratkaisun perusteluissa on jo toisaalla lausuttu, tai se voi olla aidosti harhaanjohtava argumentti,

joka heikentää ratkaisun perusteluja ja aiheuttaa sen lukijassa tai kuulijassa epätietoisuutta tai hämmennystä siitä, mistä ratkaisussa oikein on kyse ja miksi sen lopputulos on sellainen kuin se on.⁶⁵

Hukkapremissin viettelevyys on osuvasti kuvattu Joensuun torilla, jossa istuu puistonpenkillä – ja on istunut siellä aina toukokuulta 2007 – Eija Hännisen ja Henna Onnisen *Susi kosiomatalla* -veistos: hyvin pukeutunut ja ystävälliseltä vaikuttava pronssiin valettu hukka kutsuu ohikulkijoita luokseen, istahtamaan ojennettuun kainaloonsa. Myös tuomioistuinratkaisun perustelujen osana hukkapremissi voi vaikuttaa ystävälliseltä ja viattomalta, mutta se voi saada aikaan suurta vahinkoa tuomioistuinratkaisun premissinä, hukkakonstruktiona.

Piilevä premissi on tuomioistuimen oikeudellista päätöksentekoa tosiasiallisesti ohjannut tai siihen vaikuttanut argumentti eli joko avain- tai hukkapremissi, jota tuomioistuin ei ole kirjannut perusteluissa näkyviin. Koska oikeusvaltiossa yhteiskunnallisen vallankäytön tulee olla avointa ja läpinäkyvää, ei tuomioistuimen perusteluissa saisi esiintyä piileviä, julkisen kontrollin ulkopuolelle jääviä avain- tai hukkapremissejä.⁶⁶ Jos tutkija ei pidä varaansa, piilevien ratkaisupremissien jahtaaminen johtaa helposti erilaisten salaliittoteorioiden vahvistumiseen.

Salaliittoteoriat voivat viekoittaa ansioitunutta ja kokenutta kirjoittajaakin. Lapin yliopiston lainkäytön (emeritus)professori Jyrki Virolainen otsikoi blogikirjoituksensa 15.9.2012: ”KHO 2012:75: psykiatrinen pakkohoito. Paljastako oikeuden tiedottaja vahingossa päätöksen todelliset syyt?” Virolainen kirjoittaa: ”KHO:n tiedottajana toimiva viestintäpäällikkö Teuvo Arolainen taisi paljastaa päätöksen todellisen syyn Ylen Uutisille 13.9. antamassaan lausunnossa. Yle Uutisten mukaan Arolainen nimittäin sanoi, että ko. asiaa pidettiin erittäin tärkeänä – siksi se siis ratkaistiin 21 tuomarin toimesta KHO:n täysistunnossa – koska erilainen päätös olisi voinut mullistaa nykyiset hoitokäytännöt. ’Jos ratkaisu olisi ollut toinen, pakkohoitoon määräämisen tavat olisi jouduttu miettimään kokonaan uusiksi’, sanoi viestintäpäällikkö Teuvo Arolainen sanatarkasti.” Virolainen viittaa senkaltaisen päätöksen edellyttämään lisäresurssien tarpeeseen ja kustannusten kasvuun ja toteaa: ”Jos tämä on päätöksen todellinen syy, niin silloin KHO ei ole kertonut päätöksensä kaikkia ja kenties kaikkein

⁶⁵ Osuvat termit *avainpremissi* ja *hukkapremissi* ovat Klemetin väitöskirjassaan 2014 ehdottamia. Itse olin edellä luennoillani käyttänyt termejä *toimiva ja tarkoituksenmukainen* ja *ei-toimiva ja epätarkoituksenmukainen* ratkaisupremissi.

⁶⁶ Ylimpien tuomioistuinten tapa viitata epämääräisesti oikeuskirjallisuudessa yleisesti esiintyvään tai vakiintuneeseen käsitykseen on samasta syystä arvostelulle altis, kun tuon argumentin ulkoinen kontrolli on käytännössä mahdotonta.

ratkaisevimpiä ja todellisia syitä ja perusteita”.⁶⁷ Mielestäni Virolainen ylitulkitsi Arolaisen lausumaa, jossa tämä vain lausui julki sen, mitä nyt tehdylle ratkaisulle vastakkainen päätös olisi *de facto* merkinnyt julkisten resurssien lisätarpeena ja uudelleen kohdentamisena, ja antaa sille merkityksen, joka ei saa muista lähteistä tukea. Entä mistä tiedämme, että Virolaisen tulkinta viestintäpäällikkö Arolaisen pohdinnoista eli ratkaisun piilevistä premisseistä vastaa tuomioistuinnratkaisun ”oikeita” motiiveja? Tuskin tuomioistuimen tiedottajalla on ollut sanotunlaista tietoa hallussaan, eihän hän ollut paikalla ratkaisua tehtäessä. Yhtenä keskeisenä motiivina jutun viemiselle täysistuntokäsittelyyn oli varmasti myös se, että korkein hallinto-oikeus oli jutussa avoimesti eri mieltä kuin Euroopan ihmisoikeustuomioistuin, joka asiaa oli myös käsitelty ja tullut jutussa eri lopputulokseen kuin korkein hallinto-oikeus.

Puuttuva premissi on argumentti, jonka tulisi olla ratkaisun avainpremissinä, jotta se olisi tyydyttävällä tavalla perusteltu, mutta joka tuomioistuimen auki kirjoittamasta perustelunarratiivista kuitenkin puuttuu. Esimerkiksi ministeri Tannerin tuomionpurkujutussa KKO 2008:94, jota korkein oikeus ei ottanut tutkittavakseen, oikeusvaltioideologia oli ratkaisun puuttuva premissi, joka sai väistyä (ääri)legalistisen sanarajaperiaatteen noudattamisen tieltä.⁶⁸ Prejudikaatissa KKO 2006:99 (”murtautuminen rikoslaissa käytettynä käsitteenä”) sivuutettiin kokonaan hotellin johdon vastuu avainten huolellisesta säilyttämisestä, kun murtautumisen mahdollistanutta sähköistä yleisavainta oli säilytetty hotellin lukitsemattomassa siivouskaapissa. Modernin sähköisen lukitsemisteknologian yhteiskunnallista merkitystä ei ratkaisussa myöskään pohdittu. Lisäksi sivuutettiin kokonaan rikos- ja prosessioikeuden ylevät periaatteet, joilla alan oppikirjat on tapana aloittaa: rikosoikeudellinen legaliteetti- eli sanarajaperiaate sekä prosessioikeuden lievemman lain periaate (*in dubio pro reo* ja *favor defensionis* -periaatteet).

Torjuttu premissi on argumentti, jota tuomioistuin on ratkaisuperusteena ensin harkinnut mutta jonka se on lopulta sivuuttanut ja jättänyt ratkaisuperusteena hyödyntämättä.⁶⁹ Torjuttu premissi voi olla unohtunut ja perustelunarratiivista pois jäänyt argumentti tai se voi olla tietoisesti pois suljettu ratkaisuperuste. Toisinaan tuomioistuin saattaa pitkään ja perusteellisesti pohtia ja kehittää jotain argumenttia, jota se selvästi näyttää soveltavan ratkaisun avainpremissiksi, mutta lopulta se kuitenkin hylätään ja ratkaisu tehdään aivan toisten, mahdollisesti torjutuksi tulevalle pre-

⁶⁷ Lähde: <https://jyrkivirolainen.blogspot.fi/2012/09/635.html> (luotu 15.9.2012; käyty 30.9.2016).

⁶⁸ Klemetti 2014, s. 75–95.

⁶⁹ *Piilevä, puuttuva ja torjuttu premissi* ovat omia termejäni.

missille vastakkaisten näkökohtien varaan. Näin tapahtui ihmiskauppaa ja prostituutiota koskevassa korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2012:66, jossa tuomioistuin ensin esitteli laajalti epäillyn syyllisyyttä puoltavia argumentteja lain esitöissä esitettyjen näkökohtien valossa. Lopulta korkein oikeus kuitenkin päätyi vapauttavaan tuomioon:

31. X on omankin kertomansa mukaan tiennyt, että A on kotoisin jostain Baltian maasta. Yleisessä tiedossa on, että osa seksuaalipalvelujen tarjoajista on parituksen kohteena ja että tämä ilmiö on yleisempi ulkomaalaisten kuin suomalaisten prostituoitujen keskuudessa. Koska X on seurannut asiaa käsittelevää kirjoittelua lehdissä, hän on ilmeisesti tiennyt näistä yleisessä keskustelussa esitetystä arvioista. (...)

32. Korkein oikeus toteaa, että havaittavissa oleva psyykkisen toimintakyvyn puute ja täydellinen kielitaidottomuus voivat vahvastikin viitata siihen, ettei henkilö kykene toimimaan itsenäisesti, vaan että hän toimii parituksen tai ihmiskaupan uhrina. Pelkästään verraten nuoresta iästä tai ulkomaalaistaustasta tällaista epäilyä ei voida katsoa syntyvän. Edellä esitetty selvitys A:n henkilöstä ja olemuksesta tai kielitaidosta ja taustasta eivät muiden asiassa ilmenneiden olosuhteiden perusteella erikseen tai niitä kokonaisuutena arvioiden osoita, että X on pitänyt varsin todennäköisenä, että A on ollut ollut parituksen kohteena.

33. Edellä mainituilla perusteilla X:n ei ole näytetty syyllistyneen rikoslain 20 luvun 8 §:n 1 momentissa tarkoitettuun seksikaupan kohteena olevan henkilön hyväksikäyttöön.

Perusteluissa on semanttista huojuntaa, kun syyllisyyttä puoltavat *pro*-argumentit ja vastaan puhuvat *contra*-argumentit on esitetty sikin-sokin, vailla kokoavaa jäsenystä. Ennen tuomioistuimen perustelunarratiivin viimeistä lausetta lukija ei voi tietää, onko tuomio jutussa oleva langettava vai vapauttava, vaan kumpikin lopputulos vaikuttaa yhtä lailla mahdolliselta. Lisäksi langettavaa tuomiota edellä pohjustettu useiden syytetyn tahallisuutta tukevien argumenttien avulla, mutta lopulta tuo premissi kuitenkin yllättäen torjutaan. Yllätyksellisyys on hyvän rikosdekkarin ominaisuus: lopussa dekkarin lukija palkitaan odottamattomalla juonenkäänteellä, kun syyllinen viimein paljastuu. Korkeimman oikeuden antamalta prejudikaatilta on lupa odottaa aivan toisenlaisia ominaisuuksia: loogisuutta, systemaattisuutta, koherenssia ja *pro/contra*-argumenttien erottelemista toisistaan tavalla, joka oikein enteilee jutun lopputulosta.

Torjuttuna premissinä voi myös olla oikeusnormi tai juridinen konstruktio, joka on syystä tai toisesta jäänyt pois tuomioistuinratkaisun perustelunarratiivista. Esimerkiksi korkeimman oikeuden prejudikaatissa KKO 2013:6 tuolloin voimassa olleen poliisilain 9 c §:n vaatimus tuntuu matkan

varrella unohtuvan eikä sille ole annettu ratkaisuperusteena merkitystä, vaikka säännös on ratkaisun otsikossa mainittu:

Poliisilain 9 c §:n mukaan poliisimiehen on virassa ja yksityiselämässään käyttäydyttävä siten, ettei hänen käyttäytymisensä ole omiaan vaarantamaan luottamusta poliisille kuuluvien tehtävien asianmukaiseen hoitoon.

Erityinen oikeudellinen transformeri on Klemetin mukaan oikeudellinen konstruktio, jonka avulla tuomioistuin ylittää tuomioistuinratkaisun perustelunarratiivin murtuman, halkeaman, sortuman tai muunlaisen epäjatkuvuuskohdan semanttisesti avoimella siltafraasilla, joka peittää tuon päättelyn katkoksen näkyvistä.⁷⁰

Termi *erityinen oikeudellinen transformeri* on Klemetin kunnianosoitus edesmenneelle etevälle puolalais-ruotsalaiselle oikeusfilosofille Aleksander Peczenikille (1937–2005), joka kuvasi tuomioistuimen päättelyä ei-oikeudesta oikeuteen, oikeuslähteistä oikeusnormiin sekä oikeudellisen normi- ja faktapremissin yhdistelmästä oikeudelliseen tulkintalauseeseen oikeudellisena *transformaationa* eli argumentaation ”loikkana” tai ”hyppynä” (ruots. *språng*; engl. *jump*), jonka avulla päättelyn looginen epäjatkuvuuskohta ylitetään.⁷¹ Peczenikin oikeudelliset transformaatiot eivät täytä loogisesti pätevän päättelyn ehtoja, mutta ne voivat hyvin täyttää aristotelisen *retoriikan* tai *topiikan* lievemmat soveltamisedot.

Semanttisesti tyhjiä siltafraaseja ovat esimerkiksi ”selvää sinänsä on”, ”objektiivisesti arvioiden”, ”korkein oikeus lausuu t. katsoo”, ”kokonaisharkinnan perusteella”, ”kokonaisuutena arvioiden”, ”jo edellä lausutun perusteella on selvää” ja ”on katsottava”. Niiden avulla tuomioistuin esittää tuomioistuinratkaisun tueksi esitetyt argumentit sisäisesti koherenttina, johdonmukaisena perusteluketjuna, mutta tuo koherenssi on vain näennäistä, sillä perusteluketjua rasittaa yhä yksi tai useampi päättelyn murtuma, halkeama, siirtymä tai muu loogis-semanttinen epäjatkuvuus, jota oikeudellinen siltafraasi ei kykene poistamaan.⁷²

Erityinen oikeudellinen transformeri eli oikeudellinen siltafraasi voi olla joko *funktionaalinen* tai *dysfunktionaalinen* siitä riippuen, miten toimiva ja tarkoituksenmukainen sen avulla saavutettu oikeudellinen lopputulos

⁷⁰ *Transformare* (lat.) = muuttaa muotoa(an). – Itse käytän termiä ”oikeudellinen siltafraasi”.

⁷¹ Peczenikin transformaatioloiikka ei-oikeudesta oikeuteen on mahdollista toteuttaa esimerkiksi Kelsenin transsendentaalis-loogisen perusnormin (*Grundnorm*) tai Hartin oikeuden tunnistamissäännön (*rule of recognition*) avulla.

⁷² Klemetti 2014, s. 201–202.

on. Fraasi ”kokonaisharkinnan perusteella” voi lisäksi toimia eri ratkaisussa eri tavoin sanotusta arviosta riippuen: ”kysymys vaitiolo-oikeuden olemassaolosta on ratkaistava tapauskohtaisesti kokonaisharkinnan perusteella” (KKO 2012:16 & KKO 2010:49) ja ”valinta ehdollisen ja ehdottoman vankeuden välillä tapahtuu kokonaisharkinnan perusteella” (KKO 2011:93). Prejudikaatissa KKO 2011:1 ”kokonaisuutena arvioiden” toimi tarkoituksenmukaisella tavalla, kun kliinisessä tutkimustilanteessa ilmeisen epäasianmukaisesti toiminut lääkäri voitiin sen avulla tuomita potilaan seksuaalisesta hyväksikäytöstä toisin kuin alioikeus ja hovioikeus olivat jutussa katsoneet, kun oikeudellisesti riittävää näyttöä lääkärin toimintaa ohjanneesta seksuaalisesta motiivista ei niiden arvion mukaan ollut jutussa esitetty. Sitä vastoin prejudikaatissa KKO 2013:6 oikeudelliset siltafraasit ”selvää sinänsä on” ja ”korkein oikeus katsoo” johtivat – ratkaisussa esitettyjen muiden perusteiden ohella – ilmeisen epätydyttävään lopputulokseen eli oikeudellisen epävarmuuden lisääntymiseen, kun poliisin virkamerkin esittäminen ei tuon ratkaisun jälkeen enää yksiselitteisesti osoita, että merkin esittävä henkilö toimii tilanteessa poliisiin tehtävissä ja virkavastuulla.

Oikeudellisesti merkityksellisiin yhteiskunnallisiin *arvoihin* perustuvien juridisten konstruktioiden eli oikeusperiaatteiden vuorovaikutus toteutuu arvosidonnaisena *punnintana* ja *yhteensovittamisena*, mistä on englanniksi käytetty termiparia *weighing and balancing*. Se on samalla vahvemmin tilannesidonnainen ajatuksellinen operaatio kuin faktaperustaisten oikeudellisten ja ei-oikeudellisten konstruktioiden vuorovaikutus. Ero fakta- ja arvoperustaisten konstruktioiden vakioitavuudessa tai tilannesidonnaisuudessa johtuu nähdäkseni siitä, että etenkin luonnontieteiden mutta myös ihmistä, kieltä, kulttuuria ja yhteiskuntaa tutkivien tieteiden ja filosofian tuottama tieto maailmasta sekä siinä muodossa kuin se noissa erityistieteissä ilmenee (esimerkiksi: kausaliteetti, syyntakeisuus, intentionaalisuus/tahallisuus) että siltä osin kuin se vaikuttaa oikeudellisessa asiayhteydessä juridisina yhdistelmäkonstruktiona (esimerkiksi: adekvaatti kausaliteetti, vähentynyt syyntakeisuus, rikosoikeudellinen tahallisuus, murtautuminen rikosoikeudellisena käsitteenä, perheen tai puolison käsite turvapaikka- ja pakolaisoikeudessa) on huomattavasti vakioidumpaa kuin moniarvoisessa yhteiskunnassa vallitseva monimuotoinen ja hajautunut kanta oikeudellisesti merkityksellisiin arvokysymyksiin (esimerkiksi: sananvapaus/yksityisyys, viranomaisten voimankäyttö/fyysinen koskemattomuus, sananvapaus/uskonrauha), mitä seikkaa oikeusperiaatteiden ja niiden ilmentämien arvojen punninnan tilannesidonnaisuus osaltaan ilmentää.

Oikeudellisesti merkitykselliset yhteiskunnalliset arvot ovat toisin sanoen enemmän ”liikkeessä”, heikommin vakioituja ja avoimempia vaihtoehtoi-

sille tulkinnoille kuin oikeusyhteisössä vallitseva käsitys oikeudellisesti merkityksellisistä asiantiloista, joiden varaan oikeudellinen maailmankuva keskeisesti perustuu. Esimerkiksi luonnontieteiden ja filosofian perusteleva käsitys kausaliteetista eli erilaisten luonnonilmiöiden välillä vallitsevasta syy-yhteydestä, psykiatrinen tieto moitittavaan tekoon syyllistyneen henkilön syyntakeisuudesta (eli toisintoimimismahdollisuudesta ja tiedosta, että menettely on lainvastainen) tai tieto psykologian, kognitiotieteen ja filosofian tarkastelemasta tahallisuudesta t. intentionaalisuudesta muuntuvat oikeudellisessa asiayhteydessä juridiseksi yhdistelmäkonstruktioksi, joka on osin irtautunut oppillisesta taustastaan sanotussa erityistieteessä.

Kun oikeudellisen yhdistelmäkonstruktion taustalla vaikuttaa jonkin toisen tieteenalan perusteleva tai yleiskielen ja arkikokemuksen ylläpitämä käsitys todellisuudesta, tämä asettaa väistämättä *jonkinlaiset* rajat sille, miten paljon oikeustiede voi irtautua erityistieteiden otaksuttavasti eksaktista todellisuuskäsityksestä tai yleiskielen ja arkikokemuksen intuitiivisesta, enemmän tai vähemmän likiarvoisesta maailmankuvasta. Maapallo ei voi olla litteä kuin pannukakku edes osana juristin oikeudellista maailmankuvaa;⁷³ leikkiautot ja rullaluistimet eivät osaa kommunikoida edes juristeille⁷⁴ eivätkä puut ja kivet kykene rationaaliseen tahdonmuodostukseen, vaikka lainsäätäjät toisin päättäisi. Matematiikan, fysiikan ja logiikan kaavat ” $2 + 2 = 4$ ” ja ” $E = mc^2$ ” ja ” $A \equiv A$ ” pätevät myös oikeustieteessä, eikä juridinen kausaliteetti voi vaikuttaa ajassa taaksepäin, vaikka juristit voivat muutoin varsin radikaalistikin muuntaa toisten tieteenalojen tutkimuksellisia malleja ja konventioita samoin kuin arkielämän kokemussääntöjä, jotta ne paremmin täyttäsivät erityisen oikeudellisen tiedonintressin.

⁷³ Toisaalta juristien oppilliset innovaatiot voivat olla varsin mielikuvituksellisia, kun juridisten konventioiden perustana ei siis ole kaikille yhteinen luonnollinen järki vaan ”keinotekoinen juridinen järki ja oikeudellinen arvostelma” (*the artificial reason and judgment of law*), niin kuin Sir Edward Coke oivalsi jo 1600-luvulla. – Entä voiko mies synnyttää lapsen, olla äiti syntyvälle lapselle? Henkilön sukupuoli ja mahdollinen isyys tai äitiys on yhtäältä *biologinen* tosiasia, toisaalta *juridinen* konstruktio. Lokakuussa 2017 Aamulehti otsikoi: ”*Isä on ensi kertaa raskaana Suomessa – terveydenhuollon tietojärjestelmät eivät tunnista tilannetta.*” – Kyse oli *transmiehestä* eli biologisesti naiseksi alun perin määritellystä henkilöstä, joka oli myöhemmin korjannut sukupuolensa mieheksi mutta oli tullut raskaaksi keskeytettyään hormonihoidot. (Lähde: <https://www.aamulehti.fi/viihde/isa-on-ensi-kertaa-raskaana-suomessa-terveydenhuollon-tietojarjestelmat-eivat-tunnista-tilannetta-200444320/>; 7.10.2017; käyty 25.5.2019).

⁷⁴ ”The toy automobile cannot speak up and say, ‘I am a vehicle for the purpose of this legal rule’, nor can the roller skates chorus, ‘We are not a vehicle.’ Fact situations do not await us neatly labelled, creased, and folded; nor is their legal classification written on them to be simply read off by the judge. Instead, in applying legal rules, someone must take the responsibility of deciding that words do or do not cover some case in hand, with all the practical consequences involved in this decision.” Hart 1983, s. 63–64.

Oikeudellisesti merkityksellisten faktojen ja arvojen toisistaan poikkeavasta luonteesta ja tehtävästä oikeudellisessa päätöksenteossa on seurauksena, että oikeudellisten yhdistelmäkonstruktioiden välittämänä tieteellisiin faktoihin ja selitysmalleihin perustuvat opilliset mallit ja konventiot tai yleiskielen ja arkikokemuksen likiarvoisiin uskomuksiin ja käsityksiin perustuvat ideat esimerkiksi adekvaatista kausaliiteetista, rikosentekijän mahdollisesti vähentyneestä syyntakeisuudesta, rikosoikeudellisesta tahallisuudesta tai tuottamuksesta, murtautumisesta rikosoikeudellisena käsitteenä tai perheestä/puolisosta turvapaikka- ja pakolaisoikeuden, perhe- ja perintöoikeuden, vero-oikeuden tai sosiaalioikeuden käsitteenä eivät voi olla samalla tavoin tilannekohtaisesti arvioitavia ja tapauskohtaisesti muuttuvia kuin vahvemmin yhteiskunnallisiin arvoihin ja arvostuksiin palautuvat arviot esimerkiksi sananvapauden ja yksityisyyden suojan, sananvapauden ja uskonrauhan tai virkamiehen (poliisin, rajavartijan, tullivirkailijan) lainmukaisten pakkokeinovaltuuksien ja niiden kohteena olevan henkilön fyysisen koskemattomuuden suhteesta yksittäisessä oikeudellisessa soveltamistilanteessa.

Maailmaa koskevat tosiasiat ja niiden välillä vallitsevat lainalaisuudet (kausaliiteetti, syyntakeisuus, tahallisuus, ym.) ovat toisin sanoen aina arvoja ja niiden keskinäisiä painotuksia (sananvapaus, yksityisyys, ym.) vakaampia. Puhe *vaihtoehtoisista faktoista* tarkoittaa puhujan tietien epätosien väitteiden esittämistä eli valehtelemistä, kun taas puhe *vaihtoehtoisista arvoista* on sinänsä uskottavaa puhetta erilaisista tavoista hahmottaa yhteisöllisten arvojen maailmaa. Ainoa poikkeus tähän ovat asianajajan tuomioistuimelle kertomat tai osoittamat vaihtoehtoiset faktat, jotka viittaavat jutun vastapuolen edustamasta kannasta poikkeavaan käsitykseen tapahtumainkulusta.

Arvosidonnaisten juridisten konstruktioiden (oikeusperiaatteiden) tilansidonnaisuus ja niihin perustuvan oikeudellisen päätöksenteon vahvasti konstruktiivinen luonne on hyvin nähtävissä korkeimman oikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuissa, joissa on ollut kyse perusoikeuksien punninnasta ja yhteensovittamisesta. Esimerkiksi korkeimman oikeuden prejudikaatissa KKO 2010:88 oli kyse sananvapauden (tiedotusvälineiden lähdesuojan) ja kunnianloukkauksen keskinäisestä suhteesta:

Television ajankohtaisohjelmassa oli vihjattu, että kolme ohjelmassa nimeltä mainittua henkilöä kuului ryhmään, joka rahoitti ulkomailla toimivaa terroristijärjestöä. Kyseiset henkilöt olivat olleet Suomesta toimitettujen tietojen perusteella pidätettyinä Irakissa terrorismiyhteyksistä epäiltyinä, mutta sittemmin vapautettu. Ohjelmassa esitetyt väitteet ja vihjaukset olivat perustuneet keskeisesti haastattelulausumiin,

jotka olivat peräisin kahdeksalta eri henkilöltä, joiden henkilöllisyyttä ohjelman toimittaja ei paljastanut. Kysymys siitä, olivatko ohjelman toimittaja ja vastaava toimittaja sekä ohjelmassa haastattelulausumia antanut henkilö syyllystyneet kunnianloukkausrikokseen.

Ratkaisun perusteluosiossa korkein oikeus kirjoitti täsmentäen:

22. Näitä perusoikeuksia joudutaan siten punnitsemaan vastakkain arvioitaessa rikoslain 24 luvun 9 §:n 1 momentin 1 kohdan tunnusmerkistön täyttymistä julkaistaessa tietoja yksityisestä henkilöstä, kuten tässä tapauksessa X:stä, Y:stä ja Z:sta. Tässä punninnassa on otettava huomioon muun muassa se, kuinka keskeisesti julkaistut perättömät tiedot kulloinkin koskettavat asianomaisen henkilön perusoikeuden ydinaluetta ja kuinka välttämättömänä sananvapauteen puuttumista on tästä syystä pidettävä. Silloin, kun kunnianloukkausasian asianomistajaan kohdistuvan rikollista tai muuten yleisesti paheksuttavaa menettelyä koskevan väitteen paikansapitävyyttä ei ole kiistattomasti osoitettu, tulee lisäksi arvioitavaksi, mitä tällaisen tiedon tai vihjauksen tueksi esitettäviltä perusteilta voidaan edellyttää. Tällöin on huomioon otettava X:n, Y:n ja Z:n kannalta myös se, että ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 2 kohdan ja KP-sopimuksen 14 artiklan 2 kohdan mukaan jokaista rikoksesta syytettyä on pidettävä syyttömänä, kunnes hänen syyllisyytensä on laillisesti näytetty toteen. Säännöksistä ilmenevään syyttömyysolettamaan on kiinnitetty huomiota esimerkiksi Korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2004:136 (kohta 24) ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisussa *Hacquemand v. Ranska* 30.6.2009.

Perusoikeuksien soveltamisen konstruktiivisuus näkyy siinä, miten tuomioistuin pyrkii ratkaisussa sovittamaan yhteen kaksi vahvasti arvo- ja tilannesidonnaista argumenttia, tiedotusvälineiden sananvapauden ja henkilön kunnian suojan. Sovellettaviksi tulevat rikosoikeudellinen syyttömyysolettama, tulkintaopillinen konventio perusoikeuksien tehokkaimmin suojatusta ydinalueesta⁷⁵ ja arvio siitä, miten välttämättömänä sananvapauteen puuttumista tässä tapauksessa pidetään. Sama vahvasti konstruktiivinen perustelurakenne toistuu esimerkiksi korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2010:39, jossa oli kyse sananvapauden ja yksityisyyden suojan suhteesta:

⁷⁵ Oppi perusoikeuksien ydinalueesta edellyttää tietenkin myös ei-ydinalueen eli reuna-alueen tai reunavyöhykkeen olemassaoloa. Ajatus tulee hyvin lähelle H. L. A. Hartin oikeudellista tulkintateoriaa, vaikka Hartiin valtiosääntöoikeusoppineet eivät tässä yhteydessä juurikaan viittaa. Hart käytti tässä yhteydessä termejä *the core of settled meaning* (= merkityksen vakiintunut ydinalue) ja *the penumbra of doubt* (= tulkinnanvarainen reunavyöheke). Hart 1961, s. 124–132.

Kysymys pääministerin entisen seurustelukumppanin ja kirjan kustannusyhtiön edustajan syyllistymisestä yksityiselämää loukkaavaan tiedon levittämiseen sillä perusteella, että seurustelusuhdetta käsittelevässä kirjassa oli esitetty pääministerin yksityiselämää koskevia tietoja ja vihjauksia.

Perusteluosiossa korkein oikeus muun ohella totesi:

10. Mainittu rangaistussäännös osaltaan suojaa henkilön yksityiselämää perusoikeutena, jota turvataan perustuslain 10 §:ssä sekä Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklassa. Rangaistussäännöksen tulkinnassa on kuitenkin otettava huomioon myös toisen perusoikeuden, sananvapauden, suoja, jota turvaa perustuslain 12 § ja Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artikla. Rangaistussäännöstä sovellettaessa mainitut perusoikeudet ovat siten vastakkain, mikä on myös otettu huomioon jo säännöksen sisällössä. Korkein oikeus on ratkaisuisaan KKO 2005:82 ja 2006:20 todennut, että sananvapaus ei oikeuta kunnian tai yksityiselämän loukkausta eikä muutakaan oikeuden väärinkäyttöä ja että näillä perusoikeuksilla ei ole yleisellä tasolla keskinäistä etusijajärjestystä. Yksityiselämän suoja ja sananvapaus on siten pyrittävä sovittamaan yhteen ja toteuttamaan rinnakkain. Tämä oikeuksien punninta on tapauskohtaista, ja siinä on otettava huomioon se, kuinka keskeisesti julkaistut tiedot koskettavat asianomaisen yksityiselämän ydinaluetta ja kuinka välttämättömänä sananvapauteen puuttumista on tästä syystä pidettävä.

Jälleen korkein oikeus pyrkii vakauttamaan arvoperustaisten, aidosti tilannesidonnaisiksi miellettyjen juridisten konstruktoiden punnintaa ja yhteensovittamista tukeutumalla *metatason* opillisiin konventioihin, jotka otaksuttavasti lisäävät oikeudellisen harkinnan yleistettävyyttä ja vakioitavuutta: syyttömyysolettama, ajatus perusoikeuksien ydinalueesta sekä arvio siitä, miten välttämättömänä sananvapauteen puuttumista tapauksessa pidetään. Tämä konstruktiivinen tulkintaopin kaanon tuntuu vakiintuneen eräänlaiseksi perusoikeuksien määritelmällisen tilannesidonnaisuuden vastapainoksi.

5 IT TAKES TWO TO TANGO!

Juristille merkityksellinen tieto oikeusjärjestyksestä on *normatiivis-konstruktivistista*: tietoa opillisista konventioista, jotka lukitsevat tulkinnalle ja systematisoinnille välttämättömän ajatuksellisen koordinaatiston. *Oikeusnormit* ovat oikeudellisen päättelyn avulla johdettavissa institutionaalisista

ja yhteisöllisistä oikeuslähteistä. Ne perustuvat ensisijaisesti lainsäätäjän, tuomioistuinten ja muiden viranomaisten institutionaalsiin päätöksiin yleisten säädösten ja yksittäistapauksellisten soveltamisratkaisujen merkityksessä. *Juridiset konstruktio* ovat oikeustieteessä eli oikeuskirjallisuudessa kehitettyjä oikeudellisia konventioita (oppirakennelmia, doktriineja), jotka saattavat merkittävästikin irtautua muiden tieteenalojen, filosofian tai yleiskielen ja arkikokemuksen tavoista hahmottaa maailmaa.

Määrittelin edellä juridisen konstruktion seuraavasti:

Juridinen konstruktio eli oikeudellinen doktriini on (a) käsitteellistetty eli kielen termien (käsitteiden) ja lauseiden avulla ilmaistu (b) opillinen konventio, joka (c) määrittelee ja muotoaa oikeudellista ontologiaa ja aksiologiaa eli maailmassa vallitsevia tai ainakin mahdollisia yhteiskunnallisia asiantiloja ja arvoja paremmin oikeudellista tiedonintressiä vastaaviksi eli yhteisöllisesti hyväksyttäviksi, oikeudellisesti toimiviksi ja tarkoituksenmukaisiksi sekä yhteiskunnallisen tehtävänsä moitteettomasti täyttäväksi, (d) voi olla molemminpuolisessa vuorovaikutussuhteessa muiden tieteenalojen eli luonnontieteiden, ihmis- ja yhteiskuntatieteiden ja filosofian opillisten mallien ja konventioiden sekä yleiskielen ja arkikokemuksen käsitysten ja uskomusten kanssa, ja (e) jonka avulla voidaan toteuttaa yhdessä oikeusjärjestyksen käsittämien oikeusnormien kanssa oikeusvaikutuksia.

Oikeuden soveltaminen edellyttää oivallusta sekä oikeudellisten konventioiden rakenteellisista ominaisuuksista että niiden vuorovaikutuksesta erilaisten ei-oikeudellisten konstruktioiden kanssa. Oikeudellisten konstruktioiden vuorovaikutus voi johtaa joko oikeudellisen yhdistelmäkonstruktion syntyyn tai sellaisen hajottamiseen/hajauttamiseen.

Oikeudellinen konstruktio on *yhdistelmäkonstruktio*, jos se vuorovaikutussuhteessa toisten tieteenalojen tai filosofian opillisten mallien ja konventioiden tahi yleiskielen ja arkikokemuksen omaksumien käsitysten ja uskomusten kanssa on sulauttanut niistä itseensä aineksia ja jos sanottu oppirakennelma tuon prosessin jälkeen arvioidaan aiempaa paremmin toimivaksi oikeudellisen sääntelyn instrumenttina. Ennalta-arvattava eli adekvaatti kausaliteetti, vähentynyt syyntakeisuus, prosessioikeudellinen totuuskäsitys ja rikosoikeudellinen tahallisuus, samoin kuin ”murtautuminen” rikosoikeudellisena käsitteenä ja ”perhe” tai ”puoliso” turvapaikkaoikeuden käsitteenä, ovat esimerkkejä oikeudellisista yhdistelmäkonstruktioista.

Toiseksi konstruktio on hajotettu tai hajautettu eli *dekonstruoitu*, jos se vuorovaikutuksessa ei-oikeudellisten mallien tai konventioiden kanssa on rikottu, purettu, deformatu ja palautettu takaisin jonkin toisen tieteenalan yhteyteen, eikä se sen vuoksi enää kykene tyydyttävällä tavalla täyttämään

sille osoitettua oikeudellista tehtävää. Antamassaan prejudikaatissa KKO 2013:6 korkein oikeus hajotti opillisen konstruktion ”poliisin virkamerkki”, eikä poliisin virkamerkki tuon ratkaisun jälkeen enää toimi vain poliisin virka- ja käskyvallan osoittajana, vaan sillä voi olla myös ”muita tehtäviä”, niin kuin korkein oikeus antamassaan ratkaisussa epämääräisesti linjasi.

Kolmanneksi tuomioistuin voi omaksua jonkin toisen tieteenalan opillisen konvention tai mallin sellaisenaan, ilman mitään erityisiä oikeudellisia muunnoksia, osana oikeudellista argumentaatiota. Näin tapahtui venäläinen ruletti -tapauksessa (KKO 2013:82), jossa korkein oikeus sovelsi tilastomatemattista todennäköisyysoppia sellaisenaan osana rikosoikeudellista todennäköisyyttä. Tavallaan ratkaisussa on samalla kyse myös rikosoikeudellisen tahallisuuskonstruktion osittaisesta hajottamisesta eli dekonstruktiosta, kun sanottu opillinen konstruktio on tuon ratkaisun tarkoittamien muutosten jälkeen arvostelulle altis eikä enää toimi kaikin osin tyydyttävästi.⁷⁶

Neljäs vaihtoehto on ratkaisun perustuminen puhtaasti oikeudelliseen konstruktiioon esimerkiksi sopimuskonstituution (KKO 2010:23 & KKO 2011:43), oikeusvaltion, oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin tai rikosoikeudellisen itsekriminointisuojan (KKO 2009:80/Uoti; KKO 2010:41/Huhtamäki) täsmentämisen merkityksessä.

Tavallaan viides vaihtoehto oikeudelliselle yhdistelmäkonstruktiolle, dekonstruktiolle, toisen tieteenalan opillisen konvention omaksumiselle sellaisenaan sekä puhtaasti oikeudellisen konstruktion hyödyntämiselle on tuomioistuinprosessin ja samalla oikeudellisen interferenssin keskeytyminen ilman, että se johtaisi mihinkään edellä mainituista vaihtoehdoista. Näin tapahtui korkeimman oikeuden ratkaisussa KKO 2008:94 (Tanner), jossa korkein oikeus päätteli, ettei se nimenomaisen valtuuttavan oikeussäännöksen puuttuessa ollut toimivaltainen käsittelemään ministeri Tannerin sotasyllisyystuomion purkamiseksi tehtyä hakemusta. Ylivertainen (ääri-) legalistinen sanarajaperiaate esti purkuhakemuksen tutkittavaksi ottamisen, eikä minkäänlaista oikeudellista vuorovaikutusprosessia voinut tapahtua.⁷⁷

Semantiikan näkökulmasta tuomioistuinratkaisun perusteluissa on keskeistä yhtäältä normeja ja konstruktiota hyödyntävien oikeudellisten perustelulauseiden oikea *kohdentuvuus* jutun varsinaiseen oikeuskysy-

⁷⁶ Viittaan täältä osin edellä tekstissä pohdittuun hypoteettiseen tilanteeseen, jossa tekijä olisikin sijoittanut kuuden luodin panosrullaan kaksi tai kolme luotia yhden luodin sijaan. Tällöinkään ei kyse olisi ollut tahallisen henkirikoksen yrityksestä korkeimman oikeuden prejudikaatissa asettamien ehtojen alaisuudessa. Tilannetta on arvioitu kriittisesti myös Ruotsin oikeuskirjallisuudessa.

⁷⁷ Klemetti 2014, s. 75–95. Sanarajaperiaate on oikeammin tulkintaopillinen sanarajakonstruktio.

mykseen (*ekstensio*), toisaalta riittävä syvyys eli se täsmällisyys, tarkkuus, selkeys ja yleisyys/yksityiskohtaisuus tavassa, jolla ne tuota kohdettaan kuvaavat (*intensio*). Oikein kohdentuneet ja riittävän syvät eli toimivat ja tarkoituksenmukaiset perustelulauseet ovat ratkaisun *avainpremisestä*. Virheellisesti kohdennetut tai syvyydeltään riittämättömät perustelulauseet, jotka eivät tavoita jutun varsinaista oikeuskysymystä vaan joko menevät sen ”ohi” (= ekstension puutteet) tai ovat jutun oikeudellisen lopputuloksen kannalta tarpeettomia tai jopa harhaanjohtavia (= intension puutteet), ovat ratkaisun *hukkapremissejä*. Perustelujen osana voi olla myös puuttuvia, piileviä tai torjuttuja normeja tai konstruktioita. *Puuttuva* premissi on normi tai konstruktio, jonka tulisi olla ratkaisun avainpremissinä mutta joka siitä puuttuu. *Piilevä* premissi on normi tai konstruktio, jota tuomioistuimien tosiasiallisesti hyödyntänyt ratkaisupremissinä mutta jota se ei ole jostain syystä kirjoittanut perusteluissa näkyviin.⁷⁸ *Torjuttu* premissi on normi tai konstruktio, jota tuomioistuimien ensin ratkaisupremissinä harkinnut mutta on sitten sysännyt sen sivuun ja jättänyt tapauksessa soveltamatta, sen joko tietoisesti torjuen tai vain unohtaen sen merkityksen jutussa.

It Takes Two to Tango! – oikeudellinen tieto on aina normatiivis-konstruktivistista, ja oikeudellinen ratkaisu on perusteltavissa vain oikeusnormien ja oikeudellisten konstruktioiden avulla.

⁷⁸ Juha Pöyhönen (sittemmin Karhu) tosin kerran huomautti, että (juridista) tekstiä pitää osata lukea myös ”rivien välistä”.

LÄHTEET

- Alchourrón, Carlos E. – Bulygin, Eugenio, *Normative Systems*. Springer-Verlag 1971.
- Alexy, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*. Translated by Julian Rivers. Second edition. Oxford University Press 2002.
- Alexy, *Theorie der Grundrechte*. Nomos 1985.
- Berger, Peter L. – Luckmann, Thomas [1966], *Todellisuuden sosiaalinen rakentuminen. Tiedonsosiologinen tutkielma*. Suomentanut ja toimittanut Vesa Raiskila. Jälkisanat Tapio Aittola ja Vesa Raiskila. Gaudeamus 1994. (Alkuteos: *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*.)
- Bickenbach, Jerome E., *The "Artificial Reason" of the Law*. *Informal Logic* 12(1):1990, s. 23–32.
- Brusiin, Otto, *Tuomarin harkinta normin puuttuessa*. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1938.
- Carnap, Rudolf, *Meaning and Necessity. A Study in Semantics and Modal Logic*. Second edition. University of Chicago Press 1988.
- Del Mar, Maksymilian – Twining, William (eds), *Legal Fictions in Theory and Practice*. Springer Verlag 2015.
- Dworkin, Ronald, *Law's Empire*. Fontana Masterguides 1986.
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*. With a New Appendix: A Response to Critics. Harvard University Press 1978.
- Foucault, Michel, *Les Mots et les choses. Une Archéologie des Sciences Humaines*. Gallimard 1966.
- Foucault, Michel, *L'Archéologie du savoir*. Gallimard 1969.
- Fuller, Lon L., *Legal Fictions [1930–1931]*. Stanford University Press 1967.
- Hart, H. L. A., *Positivism and the Separation of Law from Morals*, s. 49–87 teoksessa H. L. A., Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Clarendon Press 1983.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*. Clarendon Press 1961.
- Hart, H. L. A., *Punishment and Responsibility*. *Essays in the Philosophy of Law*. Oxford University Press 1968.
- den Hartogh, Govert, *Mutual Expectations. A Conventionalist Theory of Law*. Kluwer Law International 2002.
- Hohfeld, Wesley Newcomb, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*. Yale University Press 1964.
- Kelsen, Hans, *Allgemeine Theorie der Normen*. Im Auftrag des Hans Kelsen Instituts aus dem Nachlass. Manz Verlag 1979.
- Kelsen, Hans, *General Theory of Norms*. Translated by Michael Hartney. Oxford University Press 1991.
- Klemetti, Sanna-Maria, *Oikeudellisten konstruktioiden kinetiikka*. Rakennanalyttinen tutkimus. Itä-Suomen yliopisto 2014.
- Lagerspetz, Eerik, *A Conventionalist Theory of Institutions*. *Acta Philosophica Fennica* 1989.
- Lewis, David [1969], *Convention. A Philosophical Study*. Blackwell, 2002.
- Llewellyn, Karl, *The Bramble Bush. On Our Law and Its Study*. Oceana Publications 1991.
- MacCormick, Neil – Weinberger, Ota, *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*. D. Reidel Publishing Company 1986.

- Malcolm, Norman, Ludwig Wittgenstein. A Memoir. With a Biographical Sketch by Georg Henrik von Wright. Second Edition, with Wittgenstein's Letters to Malcolm. Oxford University Press 2001.
- Morawetz, Thomas, Law as Experience: The Internal Aspect of Law, s. 195–234 teoksessa Thomas Morawetz, Law's Premises, Law's Promise. Jurisprudence after Wittgenstein. Ashgate 2000.
- Moscovitz, Leib, Rabbinic Legal Fictions, s. 325–346 teoksessa Maksymilian Del Mar – William Twining (eds), Legal Fictions in Theory and Practice. Springer Verlag 2015.
- Pöyhönen, Juha, Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Suomalainen Lakimiesyhdistys 1988.
- Rawls, John, Two Concepts of Rules. The Philosophical Review 64(1):1955, s. 3–32.
- Schütz, Alfred [1932], Sosiaalisen maailman merkityksenkäs rakentuminen. Johdatus ymmärtävään sosiologiaan. Johdatus ja suomennos Veikko Pietilä. Jälkisanat Tapio Anttila. Vastapaino, 2007.
- Searle, John R., The Construction of Social Reality. The Penguin Press 1995.
- Siltala, Raimo, Kaarle Makkonen ja Ludwig Wittgenstein: oikeudellinen isomorfia Wittgensteinin *Tractatus Logico-Philosophicus* -teoksen valossa arvioituna, s. 389–421 teoksessa Tapani Lohi – Erkki Havansi – Risto Koulu – Heidi Lindfors (toim.), Kaavoitus, rakentaminen, varallisuus. Juhlajulkaisu Vesa Majamaa 1945–28/12–2005. Edita 2005.
- Tuomela, Raimo, The Philosophy of Social Practices. A Collective Acceptance View. Cambridge University Press 2002.
- Tuomela, Raimo, The Philosophy of Sociality. The Shared Point of View. Oxford University Press 2010.
- von Wright, Georg Henrik, A Biographical Sketch, s. 3–20 teoksessa Norman Malcolm, Ludwig Wittgenstein. Oxford University Press, 2001.
- Wittgenstein, Ludwig, Notebooks 1914–1916. Second edition. Edited by G. H. von Wright and G. E. M. Anscombe, with an English translation by G. E. M. Anscombe. Index prepared by E. D. Klemke. Basil Blackwell 1961, 1979; University of Chicago Press 1984.
- Wittgenstein, Ludwig [1922], *Tractatus Logico-Philosophicus*. Translated by C. K. Ogden, with an Introduction by Bertrand Russell. Routledge & Kegan Paul 1986.

OIKEUSTAPAUKSET

Korkein oikeus

KKO 2003:124
KKO 2006:99
KKO 2008:94
KKO 2009:80
KKO 2010:23
KKO 2010:39
KKO 2010:41
KKO 2010:49
KKO 2011:1
KKO 2011:93
KKO 2012:16
KKO 2012:66
KKO 2012:11
KKO 2013:6
KKO 2013:82
KKO 2017:74

Korkein hallinto-oikeus

KHO 2012:75

”... NOT BY NATURAL REASON BUT BY THE ARTIFICIAL REASON AND JUDGMENT OF LAW”

In the modern Finnish legal literature, Aulis Aarnio’s definition of legal reasoning as the art of legal interpretation and systematization, with focus on legal norms of the prevalent legal order, is widely acknowledged and approved. Still, as I see it, Aarnio’s scholarly stance is but a half of the whole story, since the impact of legal doctrines (constructions, conventions) on legal argumentation is now missing. *It Takes Two to Tango!* – and the same goes for legal reasoning, too. The art of legal reasoning requires a synchronized play of two distinct elements: legal norms, as enacted by the legislator and subsequently enforced by the courts of justice or other officials, and a set of legal doctrines, as created and elaborated by the legal scholars. Nevertheless, in modern legal literature, legal doctrines are most often seen as mere fictions, as notably exemplified by Lon L. Fuller’s *Legal Fictions*, Hans Vaihinger’s *Die Philosophie der Als-Ob*, Juha Pöyhönen’s dissertation on Finnish contract law *Sopimus oikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*, and the authors of the collective work *Legal Fictions in Theory and Practice*, edited by Maksymilian Del Mar and William Twining (2015). Yet, the voluminous set of legal doctrines, constructions or institutions available for the judges and other lawyers, such as marriage, contract, fair trial, the rule of law, criminal intent or negligence, the protection against self-incrimination, and state sovereignty, are definitely not fictions, comparable to the fairy tales and fables that are commonly read as bedtime stories for children. Rather, they are legal conventions or doctrines among the legal community, as insightfully apprehended by Sir Edward Coke at the beginning of the 17th century:

”In 1607, Chief Justice Sir Edward Coke related that he greatly offended James I when he insisted that the King should not be allowed to adjudge a legal case. Though it is true, Coke wrote, that ‘God had endowed His Majesty with excellent science, and great endowments of nature...’ still ‘his Majesty was not learned in the laws of his realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his subjects, are not to be decided by natural reason but by the artificial reason and judgment of law, which law is an art which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognisance of it.’”

As a consequence, any contested legal issue is to be decided not by natural reason, owned by all men, but by the artificial reason and judgment of law, as achieved through lengthy legal studies and gained experience

in the legal matters, as Coke put it in his dispute with King James I. Yet, ever since Coke's insight into the heart of legal reasoning, the true nature of such conventions seems to have been forgotten by the lawyers and philosophers alike, as the case with Fuller, Vaihinger, Pöyhönen, and Del Mar and Twining amply illustrates.

In light of several precedents drawn from the case file of the Finnish Supreme Court of Justice, I argue for the decisive impact of legal constructions in legal reasoning. I define a legal doctrine (construction, convention) as follows:

"A legal doctrine is (a) community-based convention, (b) expressed in linguistic terms (concepts) and sentences, (c) to the effect of defining and shaping the legally pertinent facts and values, i.e. the ontology and axiology of law, so that they will better satisfy the legal needs and interests involved, in the sense of providing the facts and values with a sense of enhanced societal approval, legal functionality, and collective acceptance, (d) which may act in mutual interaction with the models and conventions of the other branches of science and human knowledge (i.e. the natural sciences, the human and the social sciences, philosophy) and the common knowledge and know-how entailed in the everyday practices of social life, and (e) which may effectively produce legal effects, when combined with the valid legal norms of a legal order.

Legal norms and legal doctrines both play a significant part in legal reasoning, but how can we distinguish legal doctrines from legal norms? A legal norm consists of a legal fact-description and a set of legal consequences (effects) that are deontically attached to them. According to Wesley Newcomb Hohfeld's analysis, the deontic modality of a legal norm may take one of the four alternatives available, each with differentiated legal effects: claim rights/duties, privileges/'no-rights', power/liability, or immunity/disability. The first two conceptual pairs are based on norms of conduct and the latter two on power-conferring norms. Legal norms are enacted by the legislator and enforced by the courts of justice and other officials, and they may be identified with reference to H. L. A. Hart's rule of recognition or some similar source-based criterion of rule-identification. Legal doctrines, in turn, do not comprise any specific legal fact-description, nor do they normatively attach any legal effects to some individual state of affairs in the world. In addition, they are not enacted by the legislator, nor enforced by the courts and officials but are created and further elaborated by the legal community. Also, their existence is based on a sense of approval at the legal community concerned, plus their overall functionality in addressing the legal issues concerned.

The linguistic ingredient of a legal doctrine comprises the extension and intension of its individual concepts and sentences, as outlined by Rudolf Carnap and Gottlob Frege in their model of analytical semantics. The extension of a legal doctrine is determined by how well it covers its intended reference in the world of legally significant facts and values. If the legal doctrine presented in a court decision duly addresses and covers the right legal issue of the case at hand, that signifies a success in the extension of a legal concept, sentence, or doctrine, and a failure signifies a ”misfire” or miscarriage in that respect. The intension of a legal doctrine, in turn, is determined by how satisfactorily it fulfils that task, judged from the point of view of its semantic clarity/ambiguity, exactness/vagueness, and the abstract/detailed characteristics.

The conventional character of a legal doctrine binds it to the mind-set of mutual expectations and co-operative dispositions of the individuals involved, as laid down by Govert den Hartogh and Eerik Lagerspetz: ”A knows that B knows that A knows, etc. (...) that when A and B are both approaching the same crossroads, B is coming from behind a traffic sign post that places him under an obligation to stop, while A is entitled to drive through the crossroads first”. Alternatively but with a somewhat less convincing outcome, such conventionality may be seen as an instance of collective ”we-intentionality”, as defined by John R. Searle and Raimo Tuomela. Due to the frequent presence of conflicting or colliding interests in the legal matters, the former alternative would seem far more realistic here.

In mutual interaction with the scientific models and conventions of the other branches of scientific inquiry, it is a commonplace that the facts and values provided and/or produced by the other fields scientific inquiry, philosophy, or the common practices of everyday life first need to be somehow altered or modified, i.e. by either adding something to them or leaving something out of concern, so as to better satisfy the specific legal needs and interests involved. The outcome of such an interaction may be called a combined legal construction, if it comprises elements from both non-legal and legal conventions. For instance, there is adequate, foreseeable causality in the legal context, rather than the more exact *conditio sine qua non* or *conditio per quam* criterion that is utilized in philosophy and the natural sciences; there is criminal intent (*dolus*) and negligence (*culpa*) in criminal law, rather than the notion of a subject’s intention or will-formation as in psychology, philosophy, and the cognitive studies; there still is the possibility of diminished legal responsibility in criminal law, if the mental capabilities of an offender are significantly weakened but not totally absent, while in modern psychiatry, such a legal notion is not unanimously acknowledged; there are consequential, or collateral, damages

acknowledged and differentiated from direct damages in tort law, rather than an unbroken chain of causes and effects as in physics and the other natural sciences; there is the procedural conception of truth in law, rather than the conception of truth as the correspondence of facts and belief as in philosophy, and so on, to the effect of distinguishing the legal world-view from the one provided by the non-legal branches of human knowledge.

Most often the effected interaction between a non-legal and a legal construction leads to a combined legal construction, in which some key elements of a non-legal construction are incorporated into a legal one in a somehow modified form so as to better match with the legal interests involved. Yet, there are other possible outcomes for such an interaction, as well. Sometimes such an interactive play between two constructions may lead to the deformation, or disintegration, of a previously well-functioning legal convention. Thus, in its ruling KKO 2013:6, the Supreme Court effectively demolished the effects attached to (the act of displaying) the police officer's badge. Before, the badge served as a clear indication that the person displaying it was a police officer in duty, to the effect that not obeying the orders issued by him or her would equal a case of criminally sanctioned insubordination by the citizen involved. After the Court ruling, there is no such link anymore. Thirdly, a non-legal scientific model or convention may sometimes be adopted as such, to the effect of serving as the basis of legal reasoning quite unmodified. Such was the case in KKO 2013:82 in which the Court made use of a purely statistical notion of probability without any legal modifications when it defined the requirement of criminal intent in a situation where the offender had subdued the non-consensual victim into the game of Russian roulette (while, according to the Court, such an exploit was not seen as attempted homicide because of lack of criminal intent on behalf of the offender, due to the low degree of statistical probability involved). Finally, there are several operative legal constructions that are of purely legal origin, i.e. invented within the legal community. For instance, the notion of fair trial and the protection against self-incrimination as part of it, state sovereignty, the rule of law, and the notion of a valid contract are such legal constructions.

The justificatory premises of a court decision are composed of two constitutive elements: (a) legal norms, as enacted by the legislator and then enforced by the courts of justice and other officials, and (b) legal doctrines (i.e. conventions, constructions), as created and elaborated by the scholars of the legal community concerned. The semantic characteristics of a legal doctrine adopted in a court decision have a decisive impact on how well it may succeed in reaching its goals in terms of basic legality, societal approval, legal functionality, and collective acceptance of the decision.

As far as legal constructions are concerned, one with an extension that properly captures the contested legal issue at hand and with an intension that outlines it in such linguistic terms as endowed with a proper level of clarity/ambiguity, exactness/vagueness, and the abstract/detailed characteristics is to be aspired for. Thus, a legal premise, or a set of premises, of a court decision that fully satisfies the criteria of societal approval, legal functionality, and collective acceptance may be called a key premise for that court decision. In turn, an individual premise, or a set of premises, for a court decision that somehow falls short of reaching such goals in terms of semantic extension and/or intension may be called a case of ”misfire” or ”abuse” of such legal reasoning. For instance, the Supreme Court ruling KKO 2013:6, in which the Court effectively deconstructed the legal effects attached to (the act of displaying) a police officer’s badge, is an example of such a misfire of legal reasoning. Moreover, a legal norm or legal construction may serve as a concealed premise for a legal decision if the court for some reason refuses to openly write it down in its reasoning for a particular outcome, even though the said argument evidently has assisted as a key premise for the outcome reached. A missing premise for a court decision is one that is missing from the court’s line of reasoning even though it ought to be there, serving as a key premise for the outcome reached. A rejected premise is one that the court has first considered as a valid argument but for some reason has then rejected it.

It Takes Two to Tango! – and the same goes for legal reasoning which requires a synchronized play of two distinct elements: legal norms, as enacted by the legislator and as enforced by the courts of justice or other officials, and legal doctrines, as created and collectively elaborated by the of legal scholars.