

Maija Aalto-Heinilä ja Seppo Sajama

OIKEUS, OIKEUDET JA OIKEUDENMUKAISUUS

Oikeusfilosofian oppimateriaali

Syksy 2018 (2011)

Johdanto

Tämä oikeusfilosofian opintomateriaali jakautuu neljään osaan. Ensimmäisessä osassa pohditaan, mistä voimassaoleva (pätevä) oikeus koostuu, ja esitellään oikeusfilosofian keskeinen vastakkainasettelu luonnonoikeusteorian ja oikeuspositivismin välillä. Toisessa osassa tarkastellaan yksilön oikeuksia. Kolmannessa osassa esitellään erilaisia käsityksiä oikeudenmukaisuudesta ja sen suhteesta voimassaolevaan oikeuteen. Neljännessä osassa pohditaan sopimukseen ja oikeudelliseen tulkintaan liittyviä ongelmia.

Perustavia kysymyksiä, joihin törmää näissä kaikissa neljässä osassa, ovat mm.: Onko oikeus ihmisten itse luoma järjestys vai heistä riippumaton ideaali? Täytyykö epäoikeudenmukaisia lakeja noudattaa? Mitä yksilön oikeudet ovat, miten ne syntyvät ja mihin ne perustuvat? Mitä on oikeudenmukaisuus ja mikä on sen suhde oikeuteen ja muuhun moraaliin? Miten lakeja pitää tulkita?

Oppimateriaalin on tarkoitus täydentää muuta jaksoon kuuluvaa kirjallisuutta ja tehdä tunnetuksi etenkin filosofian klassikoiden (kuten Platonin, Aristoteleen, Akvinolaisen ja Millin) oikeusfilosofista ajattelua. Joitakin päällekkäisyyksiäkin löytyy – esimerkiksi Kelsenin ja Hartin törmää myös Wennbergin ja Murphyn kirjoissa. Näkökulma näihin oikeusteorian merkkihenkilöihin on kuitenkin joka kirjassa omanlaisensa – tässä Kelsenin ja Hartia tarkastellaan erityisesti klassisen oikeuspositivismin näkökulmasta, ja tutustutaan myös vähemmän tunnettuun Hartin yksilön oikeuksia koskevaan ajatteluun.

Otamme mielellämme vastaan palautetta materiaalin toimivuudesta ja pidätämme itsellämme oikeuden tehdä tekstiin pieniä muutoksia ja korjauksia lukuvuoden

aikana, jos tarvetta ilmenee – kuitenkin niin, ettei materiaalin asiasisältöön tule mitään olennaisia muutoksia.

Tekijät

SISÄLTÖ

OSA I: OIKEUS

1 "Oikeuden" monet merkitykset	5
2 Tuomas Akvinolaisen luonnonoikeusoppi	8
2.1 Aristoteles ja luonnonoikeus. 2.2 Kern ja keskiajan oikeuskäsitys. 2.3 Tuomaan "jumalallinen" luonnonoikeus? 2.4 Lakien lajit. 2.5 Ensimmäisistä periaatteista. 2.6 Positiivisen lain johtaminen determinaation avulla. 2.7 Tuomaan jälkeen.	
3 Lon Fullerin proseduraalinen luonnonoikeus	23
3.1 Oikeuden sisäinen moraalit. 3.2 Kertomus kuningas Rexistä. 3.3 Tarinan opetus. 3.4 Kaksi moraalin lajia. 3.5 Oikeuden tavoitteellisuudesta. 3.6 Fullerin luonnonoikeuden proseduraalisuus. 3.7 Tehokkuus ja moraalisuus.	
4 Klassinen oikeuspositivismi	34
4.1 Oikeuspositivismin käsitteestä. 4.2 Benthamin käskyteoria. 4.3 Austinin käskyteoria. 4.4 Käskyteorian kritiikki: Hart.	
5 Kelsenin puhdas oikeusoppi	42
5.1 Lainopista oikeustieteeksi. 5.2 Oikeusnormien erityispiirteet. 5.3 Perusnormi oikeuden edellytyksenä.	
6 Hartin positivismi	50
6.1 Taustaa. 6.2 Oikeus primaari- ja sekundaarisääntöjen yhdistelmänä. 6.3 Tunnistussäännön erityisluonne. 6.4 Moraalin ja oikeuden suhde: viisi faktaa. 6.5 Kysymyksiä.	

OSA II: OIKEUDET

7 Hohfeldin analyysi oikeuksista	63
7.1 Peruskäsitteet. 7.2 Neljä oikeustyyppiä. 7.3 Vastakohtat ja korrelaatit. 7.4 Hohfeldin analyysin merkitys.	
8 Oikeuksien funktio	72
8.1 Perusratkaisut. 8.2 Tahtoteoria. 8.3 Tahtoteorian käsitys oikeuksien subjekteista. 8.4 Tahtoteorian ongelmia. 8.5 Intressiteoria. 8.6 Kenellä voi olla oikeuksia intressiteorian mukaan? 8.7 Yhteenveto tahto- ja intressiteorioista.	
9 Luonnolliset oikeudet	90
9.1 Hobbesin teoria luonnollisista oikeuksista. 9.2 Locken käsitys luonnollisista oikeuksista. 9.3 Benthamin kritiikki luonnollisia oikeuksia vastaan. 9.4 Statuspohjaiset ja instrumentalistiset oikeusteoriat.	

OSA III: OIKEUDENMUKAISUUS

10 Platonin ja Aristoteleen näkemykset	103
10.1 Miksi olisin oikeudenmukainen? 10.2 Glaukonin kysymys uudessa muodossa.	
10.3 Aritmeettinen ja geometrinen tasa-arvo. 10.4 Jaon geometrinen oikeudenmukaisuus. 10.5 "Ansion" tulkinnat. 10.6 Monia oikeudenmukaisuuden käsiteitä. 10.7 Formaalin oikeudenmukaisuus. 10.8 Proseduraalinen oikeudenmukaisuus. 10.9 Sisällöllinen oikeudenmukaisuus.	
11 John Rawls	117
11.1 Utilitarismin kritiikki. 11.2 Alkutila ja tietämättömyyden verho. 11.3 Rawlsin kaksi periaatetta. 11.4 Eroperiaate. 11.5 Vapausperiaate. 11.6 Onko se sittenkään proseduraalinen teoria?	
12 John Stuart Mill	126
12.1 Utilitarismin idea. 12.2 Utilitarismi, oikeudenmukaisuus ja oikeudet.	
12.3 Utilitarismin ja liberalismien ristiriita? 12.4 Hyvään pakottaminen?	
12.5 Oikeudenmukainen verotus. 12.6 Mitä Rawls sanoisi?	
13 Oikeudenmukaisuuden paikka	135
13.1 Moraalisen hyvän johdannaisuus. 13.2 Moraalisten arvojen ylivertaisuus.	
13.3 Moraalinen hyvä toisen tason arvona. 13.4 "Oikeushyvä" ja "moraalihyvä".	
13.5 Oikeuspositiivismin ja luonnonoikeuden näkökulmat.	
13.6 Oikeudenmukaisuuden paikka. 13.7 Ohjeita lainsäätäjälle.	

OSA IV: SOPIMUKSISTA JA TULKINNASTA

14 Sopimusoikeuden ongelmia	146
14.1 Von Wrightin <i>lupaamisen</i> käsitteen analyysi. 14.2 <i>Sopimuksen</i> määritelmä.	
14.3 Miksi sopimuksia tehdään? 14.4 Friedin teoria sopimuksesta lupauksena.	
14.5 Testitapaus: <i>Raffles v. Wichelhaus</i> . 14.6 Sopimusten tulkinnasta.	
15 Laintulkinnan teoriaa	167
15.1. Tekstuaalinen kaanon (tekstualismi). 15.2. Tekstualismin käsitys kielestä. 15.3. Systemaattinen kaanon. 15.4. Intentionaalinen kaanon. 15.5. Teleologinen kaanon.	

OSA I: OIKEUS

1 "Oikeuden" monet merkitykset

Aluksi pohdimme vähän sanan "oikeus" ja sen erikielisten vastineiden etymologiaa ja merkityksiä. Hannu Tapani Klami kirjoittaa johdannossaan – jota voi lämpimästi suositella ei-juristeille mainiona juridisen terminologian ja ajattelutavan kuvauksena – teoksen *Johdatus Suomen oikeusjärjestelmään* vanhaan versioon:

Suomen kielessä sanalla "oikeus" on kolme perusmerkitystä. Voidaan sanoa, että Suomen – tai jonkun muun maan – oikeus on tietyn sisältöinen. Tällöin tarkoitetaan maan oikeusjärjestelmää tai sen osaa. Myös voidaan sanoa: "Minulla on oikeus", jolloin tarkoitetaan sitä, mitä asianomaiselle – juuri hänen maansa oikeusjärjestyksen mukaan – kuuluu. Sana "oikeus" voi tarkoittaa myös tuomioistuinta. Tällöinkin on selvää, että tuomioistuimen asema ja toimivalta perustuvat tiettyyn oikeusjärjestykseen. (JSOJ (1989), osa I, s 3)

"Oikeuden" perusmerkitykset ovat siis (1) oikeusjärjestelmä eli "objektiivinen oikeus"; (2) yksilöllä johonkin asiaan oleva "subjektiivinen oikeus", jonka oikeusjärjestelmä takaa ja jonka viime kädessä valtion pakkokoneisto varmistaa; ja (3) tuomioistuin, joka on yksi keskeinen osa edellisessä kohdassa mainittua pakkokoneistoa.

Klami tekee lainatussa kohdassa selväksi, että sanan "oikeus" perusmerkitys on ensimmäinen eli *oikeusjärjestelmä*. Muut merkitykset ovat käsitteellisesti riippuvaisia tästä perusmerkityksestä. Mikä sitten on oikeusjärjestelmä? Klami torjuu helpon ratkaisun, jonka mukaan oikeusjärjestelmä on yhtä kuin yhteisössä voimassa olevat oikeusnormit – siis lakikirja. Hän perustelee kantaansa sanomalla, että "[o]ikeus ei ... koostu ainoastaan siitä, mitä lakipykälissä lukee, vaan myös siitä, miten luettu ymmärretään ja sääntöjä sovelletaan. Kahdessa maassa voi olla samasanainen laki, jota kuitenkin sovelletaan niin eri tavalla, että maiden oikeus poikkeaa toisistaan oleellisesti." (JSOJ, osa I, s. 3) Kun turkkilaiset Atatürkin aikoina kopioivat Sveitsin perustuslain, he tuskin omaksuivat koko sveitsiläistä oikeuskulttuuria. (Esimerkki ei ole Klamin.)

Englannin kielessä nämä kolme Klamin mainitsemaa "oikeuden" merkitystä ilmaistaan eri sanoilla: (1) oikeus oikeusjärjestelmänä on "law", (2) yksilöllä oleva oikeus on "right", ja (3) oikeus tuomioistuimena on "court [of law]".

Ja jotta asiasta ei tulisi liian yksinkertaista kuvaa, on lisättävä, että englannin sanalla "law" on kaksi merkitystä, jotka useat muut kielet pitävät erillään: (1) oikeus ja (2) laki. Esimerkiksi saksassa oikeus on *Recht*, ja laki on *Gesetz*; espanjassa vastaavat termit ovat *derecho* ja *ley*; latinassa *ius* ja *lex*; monissa slaavilaisissa kielissä *pravo* ja *zakon* jne. Englanninkielinen oikeusfilosofia "philosophy of law" on kuitenkin kiinnostunut lähinnä merkityksestä (1).

Itse asiassa englannin sana "law" on vielä hankalampi tapaus. *Collins Pocket English Dictionary* (2008) kertoo sanalla olevan peräti viisi eri merkitystä:

"law [noun] 1 rule binding on a community, 2 system of such rules, 3 [informal] police, 4 invariable sequence of events in nature, 5 general principle deduced from facts."

Nämä kaikki merkitykset (kolmatta lukuun ottamatta) voidaan ilmaista suomeksi sanalla "laki". 1:ssä on kyse yksittäisestä laista, 2:ssa on kyse kaikista laeista eli "objektiivisesta oikeudesta" ("Scots Law"), 3:ssa on kyse virkavallasta eli lain toimeenpanijasta, 4:ssä on kyse luonnonlaista ja 5:ssä mistä tahansa havaitusta empiirisestä säännönmukaisuudesta.

Vaikka suomen sanalle "oikeus" on jo löydetty lukuisia merkityksiä, yksi vielä puuttuu. Kun sanomme, että jokin asia on vain "oikeus ja kohtuus", emme tarkoita, että tuo asia on täysin lakikirjan tekstin mukainen. Ja jos sanomme, että "lopulta oikeus tapahtui", emme todennäköisesti tarkoita, että tuomioistuimen hidastelu ratkaisunsa kanssa päättyi. Luultavammin tarkoitamme, että ratkaisu on moraalisesti hyväksyttävä tai vastaa "kansan oikeustajua". Tämä "oikeuden" merkitys ilmaistaan englanniksi sanalla "justice", oikeudenmukaisuus.

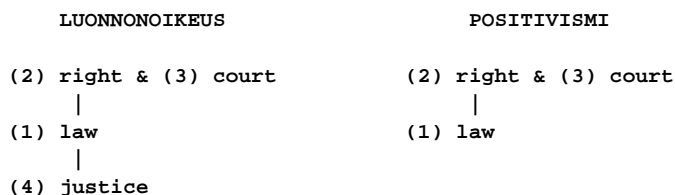
On tavallaan ymmärrettävää, ettei Klami ottanut oikeudenmukaisuutta tai moraalista hyväksyttävyyttä sanan "oikeus" perusmerkitysten listalleen. Hänen listansahan näytti perustuvan ajatukseen, että "oikeuden" perusmerkitys on oikeusjärjestelmä eli "objektiivinen oikeus" ja että sanan kaksi muuta merkitystä – yksilöllä oleva subjektiivinen oikeus ja tuomioistuin – ovat selviä johdannaisia siitä.

Vastaavaa selvää yhteyttä ei nimittäin näytä olevan toisaalta oikeusjärjestelmän ja toisaalta moraalisen hyväksyttävyyden tai oikeudenmukaisuuden ideoiden välillä.

Klamin kanssa ei tarvitse olla samaa mieltä. Voitaisiin aivan hyvin väittää, että oikeuden *oikeusjärjestelmänä* pitäisi aina perustua *oikeudenmukaisuuteen* eli oikeuteen *moraalisena* ihanteena.

Näin on päädytty puhtaasti merkityso pillisten pohdintojen kautta yhteen oikeusfilosofian perustavista kysymyksistä, nimittäin kysymykseen säädety n lain ja moraalin suhteesta. Kysymykseen annetut vastaukset voidaan jakaa kahteen ryhmään. Toiseen kuuluvat ne, joissa kiistetään (tai "unohdetaan") lain ja moraalin välinen yhteys. Yhteinen nimitys näille vastauksille on *oikeuspositivismi*. Toiseen ryhmään kuuluvat ne vastaukset, joissa hyväksytään ajatus oikeuden ja moraalin välttämättömästä yhteydestä. Yhteisnimitys näille käsityksille on *luonnonoikeus*. Niitä käsitellään jatkossa laajasti.

Tämän jakson olennaiset ajatukset voidaan tiivistää seuraavaan kaavioon, jossa ymmärrettävyyden vuoksi suomen "oikeuden" neljä perusmerkitystä ilmaistaan englannin sanoilla (1) law, (2) right, (3) court & (4) justice. Tilanne näyttäisi olevan seuraavan kuvan mukainen. Siinä perustavin käsite on alimpana:



Tässä monisteessa tutkitaan melkein kaikkia näitä käsitteitä ja niihin liittyviä kysymyksiä.

2 Tuomas Akvinolaisen luonnonoikeusoppi

2.1 Aristoteles ja luonnonoikeus

Luonnonoikeusopin keskeinen sisältö, josta löytyy kymmeniä tai satoja erilaisia variaatioita ihmiskunnan vanhimmista kirjoituksista maapallon kaikilta puolilta, on ajatus, että oikeudenmukainen on *luonnonmukaista* ja epäoikeudenmukainen *luonnonvastaista*. Tämän ikivanhan opin mukaan ihmisen on pyrittävä elämään hyvää, taitavaa ja tervettä elämää – sanalla sanoen *hyveellistä* elämää, joka on samalla myös *kosmisen maailmanjärjestyksen mukaista elämää*.

Aristoteles on selvästi sitä mieltä, että vain osa oikeudesta ja oikeudenmukaisuudesta perustuu ihmisten keskenään tekemiin sopimuksiin. Suurimmalta ja tärkeimmältä osaltaan ne perustuvat luontoon. *Retoriikassa* hän esittää ensin, että oikeudenmukaisuus perustuu lakiin, mutta kiirehtii lisäämään, että on olemassa kahdenlaisia lakeja: luontoon perustuvia ja ihmisten päätöksiin perustuvia:

”Tarkoitan lailla toisaalta erityistä, toisaalta yleistä lakia. Erityisen lain on kukin yhteisö määritellyt itseään koskevaksi joko kirjoitettuna tai kirjoittamattomana. Yleinen laki puolestaan perustuu luontoon. On olemassa kaikkien tietämyksen mukaan luonnostaan yleisesti oikeaa ja väärää siinäkin tapauksessa, että ei ole mitään keskinäistä ... sopimusta[.]” (*Retoriikka* I, 13; 1373b 4-8)

Nikomakhoksen etiikassa (V 7) hän sanoo, että ”luontoon perustuva oikeudenmukainen on kaikkialla voimassa mielipiteistä riippumatta”. Hän korostaa luontoon perustuvan oikeudenmukaisen muuttumattomuutta: “[V]aiikka kaikki voi muuttua, silti erottelu luontoon perustuvan ja luontoon perustumattoman välillä on pätevä.” (NE V 7) Teoksessaan *Magna moralia* (joka ei ehkä ole Aristoteleen itsensä kirjoittama) selitetään tarkemmin, mitä tarkoittaa se, että vaikka kaikki onkin muuttuvaa, silti ero luontoon perustuvan ja sopimuksenvaraisen oikeudenmukaisen välillä säilyy:

”Asiat ovat oikeudenmukaisia joko luonnon tai lain mukaan. Mutta meidän ei tule pitää luonnollista jonakin sellaisena, joka ei missään tapauksessa voisi

muuttua, sillä asiat, jotka ovat luonnostaan jonkinlaisia, voivat muuttua. Tarkoitan, että jos me kaikki harjoittelisimme heittämistä vasemmallalla kädellä, meistä tulisi molempikätisiä.” (MM I 33)

Olkoon tämä Aristoteleen oma käsitys tai ei, se tuntuu uskottavalta. Se merkitsee käytännössä sitä, että jos ihmisluonto muuttuisi ratkaisevasti biologisen tai kulttuurisen kehityksen kautta, ihmiset alkaisivat pitää eri asioita oikeina kuin he pitävät nykyisin.

Koska oikeuden sääntöjen tehtävänä on turvata yhteisön hengissä pysyminen (“elämä”) ja hyvinvointi (“hyvä elämä”), ne eivät voi olla millaisia tahansa. *Politiikassa* Aristoteles kuvittelee tilanteen, jossa köyhät ovat ottaneet valtiossa hallitusvallan ja säätäneet omien intressiensä mukaisen omaisuuden takavarikointilain:

”Jos esimerkiksi köyhät enemmistöasemansa turvin jakaisivat rikkaiden omaisuuden, eikö se olisi väärin? Tähän voi vastata: Zeun kautta, korkein vallankäyttäjä on päättänyt niin, joten se on oikeudenmukainen. Mutta eikö juuri tätä ole pidettävä suurimpana vääryytenä? Ja jos kaikkien otettua osansa enemmistö jakaa vähemmistön omaisuuden, valtio varmasti tuhoutuu. Mutta hyve ei tuhoa hyveellistä, eikä oikeudenmukaisuus ole valtiolle tuhoisaa. Siksi on selvää, ettei tällainen laki voi olla oikeudenmukainen.” (*Politiikka* III 10)

Jos oikeudenmukaisuus perustuisi vain ihmisten tekemiin lakeihin, ei olisi mitään mahdollisuutta kritisoida omaisuuden takavarikointilakia. Oikeudenmukaisuus ei siksi voi perustua ihmisten tekemiin lakeihin eikä ylimmän vallan haltijan eikä jumalien käskyihin, vaan se perustuu “asioiden luontoon”. Samaa mieltä oltiin yleisesti myös keskiajalla, vaikka silloin(kin) oli niitä, jotka halusivat nähdä oikeudenmukaisuuden vain ylhäältä annetun lain mukaisuutena.

2.2 Kern ja keskiajan oikeuskäsitys

Saksalainen oikeushistorioitsija Fritz Kern on ilmaissut mainiosti ja käytännönläheisesti keskiaikaisen (ja sitäkin vanhemman) käsityksen oikeudesta luonnonoikeutena viiden teesin muodossa kirjassaan *Recht und Verfassung im Mittelalter*:

"Oikeus on vanhaa. 'Uusi oikeus' on käsitteellinen ristiriita. Tuomarit löytävät ratkaisuisaan oikeuden, eivätkä luo sitä. Eivätkä edes kuningas ja parlamentti luo oikeutta. Se on olemassa jo ennen heidän päätöksiään, jotka voivat pahimmillaan olla sen vastaisia.

Oikeus on hyvää. Oikeuden ja moraalin välillä on läheinen ja elimellinen yhteys: Se, mikä ei ole moraalisesti hyväksyttävää, ei voi olla myöskään oikeutta.

Oikeus on kirjoittamaton. On tietysti olemassa kirjoitettuja lakeja, mutta niiden tehtävänä on vain muistuttaa tuomareita ja muita muistamaan, mitä oikeus on.

Vanha oikeus kumoo uuden. Jos uusi laki säädetään, sen on oltava vanhan kirjoittamattoman oikeuden mukainen. Jos uusi laki on ristiriidassa vanhan oikeuden kanssa, se automaattisesti menettää pätevyytensä.

Muutos oikeudessa on vanhan oikeuden palauttamista voimaan. On ollut pahoja kuninkaita, joiden lait on muutettu. Niitä ei ole korvattu uudella oikeudella vaan vanhalla hyvällä kirjoittamalla oikeudella."

Oikeuspositivisti esittäisi puolestaan näiden teesien vastakohtat:

Oikeus on osittain vanhaa mutta suurimmalta osaltaan uutta. Lain ikä näkyy lakikirjasta.

Oikeus ei ole hyvää eikä paha; se vain on. Koska ihmisillä on erilaisia käsityksiä moraalista, heillä on erilaisia käsityksiä myös siitä, onko jokin laki hyvä vai paha. Näillä käsityksillä ei kuitenkaan ole mitään merkitystä sen kannalta, onko tuo laki voimassa vai ei.

Oikeus on suurimmaksi osaksi kirjoitettua. Tavanomainen oikeus (maan tapa) on toki velvoittava oikeuslähde, mutta sen merkitys on vähäinen verrattuna säädettyyn lakiin.

Vanhalla oikeudella ei ole mitään etusijaa uuteen nähden. Päinvastoin uusi laki kumoo vanhan, vaikkei sitä olisikaan laissa ääneen sanottu. Ja usein se on sanottu.

Muutos oikeudessa ei ole vanhan oikeuden palauttamista. Päinvastoin muutos on uuden oikeuden synnyttämistä ja vanhan korvaamista sillä.

2.3 Tuomaan "jumalallinen" luonnonoikeus?

Keskiaika oli luonnonoikeusopin kulta-aikaa. Aikakauden tärkein teoreetikko on Aristoteleensa perusteellisesti lukenut Tuomas Akvinolainen (1225-75), jonka massiiviseen pääteokseen *Summa theologiae* sisältyy tutkielma laista (joka sisältyy myös kirjan osittaiseen suomennokseen). Teologisesta taustastaan huolimatta Tuomas uskoi ihmisjärjen voimaan. Siksi hän sanoi: "Laki (lex) on jotain järkeen kuuluvaa" (ST II-I 90 1). Tämä kannanotto on tärkeä, koska se merkitsee sitä, että myös Jumalan ihmiselle antama laki perustuu järkeen eikä pelkkään mielivaltaiseen käskyyn.

Laki (lex) ja oikeus (ius) ovat siis täysin ihmisjärjen tavoitettavissa olevia asioita. Vaikka luonnonoikeuden periaatteet on ilmaistu Raamatussa, ne voidaan ymmärtää myös pelkän inhimillisen järjen avulla. Mitään jumalallista ilmestystä ei siis tarvita – eikä Tuomas sellaiseen vetoakaan. Luonnonoikeuden periaatteet ovat täysin maallisen järjen tavoitettavissa.

Tuomas on rationalisti, koska hänen mielestään järki on ensisijainen tahtoon verrattuna: järjen tehtävä on ohjata tahtoa eikä päinvastoin. Järki esittää tahdolle tahtomisen kohteen hyvänä, minkä jälkeen tahto valitsee sen. Ilman järjen ohjausta tahto olisi sokea, ja sellaisen tahdon ohjaama ihminen toimisi kuin järjetön eläin tai automaatti. Sama pätee koko yhteiskunnan tasolla: jos tahto määräisi lain ilman järjen ohjausta, tuloksena olisi pikemminkin vääräys kuin oikeus.

Jo tässä vaiheessa on syytä ottaa esille tahdon käsitteeseen liittyvä asia, joka on tärkeä Tuomaan koko oikeusfilosofian ymmärtämisen kannalta. Se on ajatus hyvän epämääräisyydestä. Tuomaan mukaan tahto on alisteinen järjelle siinä mielessä, että se voi valita vain sen, minkä järki näyttää sille hyvänä asiana: "Tahto ei voi tavoitella mitään, mitä se ei käsitä hyväksi" (voluntas in nihil potest tendere nisi sub ratione boni) (ST I 82 2 ad 1).

Tahto ei kuitenkaan ole ihmisessä umpisuolen tapainen tarpeeton lisäke, koska ilman tahtoa ei syntyisi minkäänlaista toimintaa. Ihmisen tahdonvapaus (joka on Tuomaalle tärkeä asia hänen teologisten intressiensä vuoksi) ilmenee siten, että vaikka tahto välttämättä valitsee aina hyvän, sen ei tarvitse valita aina samoja yksittäisiä hyviä asioita: "koska hyvää on monenlaista, tahtoa ei siksi ole välttämättä määrätty yhteen" (ST I 82 2 ad 1). Tuomaan ratkaisun mukaan ihmisen

vapaus on sitä, että hän voi pitää monia eri asioita hyvinä ja vapaasti valita niiden joukosta sen, jonka hän toteuttaa.

Tuomalle tahto on siis välttämättä suuntautunut hyvään mutta ei välttämättä mihinkään yksittäiseen hyvään asiaan. Kaikki asiat, jotka mahdollistavat ihmisen eloonjäämisen ja onnellisuuden, ovat ihmiselle hyviä. Tällaisia asioita hän luonnostaan tavoittelee. Tämä haluna ja tahtona ilmenevä pyrkimys voi kuitenkin kohdistua väärin asioihin, ellei järki ohjaa sitä. Ja koska ihmisen oma järki ei aina riitä, on pelkästään hyvä, että häntä ohjaa suurempi järki, joka ilmenee luonnonoikeuden periaatteissa. (Nuo periaatteet ovat kyllä periaatteessa ihmisjärjen tavoitettavissa, mutta käytännössä ihminen ei aina käsitä niitä selvästi. Sama pätee matematiikan ja logiikan periaatteistakin.)

Luonnonoikeuden määräykset eivät ole ihmisten luonnollisten tarpeiden, intressien ja pyrkimysten vastaisia, vaan päinvastoin niiden tarkoituksena on mahdollistaa ihmisen eloonjäänti ja hyvinvointi. Luonnonoikeus on siis järjen ohjaamien ihmisten luontaisten pyrkimysten mukaista.

”Järki käsittää kaikkien niiden asioiden, joihin ihmisellä on luonnollinen taipumus, olevan hyviä ja siksi tavoittelemisen kohteita, ja niiden vastakohtien olevan välttämisen kohteita. Siksi luonnollisen lain määräykset ovat ihmisen luonnollisten taipumusten mukaisia. [Koska] jokainen olento tavoittelee luontonsa mukaisesti oman olemassaolonsa säilymistä ... mikä tahansa ihmiselämän säilyttämisen ja sen esteiden poistamisen keino kuuluu luonnolliseen lakiin.” (ST II-I 94 2.)

Ellei järki ohjaa ihmisen haluja, hän on kuin haluaan seuraava eläin, joka toimii samalla luonnonvälttämättömyydellä kuin tuli nousee ylöspäin (ST II-I 13 2 ad 2). Mutta järkeään käyttävien ihmisten laita on toisin: heidät ”taivuttaa hyvään tieto, jonka avulla he tietävät hyvän perusteen (*ratio boni*) itse. Tämä on järjen tehtävä.” (ST I 59 1) Puhuessaan *ratio bonista*, jonka ihmiset ymmärtävät mutta eläimet eivät, Tuomas tarkoittaa ilmeisesti sitä, että kun ihminen haluaa rationaalisesti jotain asiaa, hän pystyy esittämään jonkin *perustelun* halulleen. Tämä perustelu ilmaisee *ratio bonin*. Mutta jos hän haluaa jotain asiaa irrationaalisesti, hän ei pysty esittämään *ratio bonia* halulleen. Eläimellä ei voi olla mitään tietoa *ratio bonista*, koska se tuntee vain yksittäiset hyvät asiat tässä ja nyt.

Tällainen ratio bonin ilmaiseva perustelu on muotoa "Haluan X:ää, koska X on keino Y:n saavuttamiseksi", esimerkiksi "Haluan lukea tänä iltana, koska en muuten pääse läpi tentistä". Tälle perustelulle voidaan vaatia uutta perustelua kysymällä: "Miksi haluat päästä läpi tentistä?". Ja uusi perustelu voisi olla: "Koska haluan valmistua enkä valmistu, ellen läpäise tenttiä". Tällekin perustelulle voidaan vaatia perustelua, mutta jossakin vaiheessa perusteluketjun on loputtava. Olisi järjetöntä kysyä esimerkiksi "Miksi haluat olla terve?" tai "Miksi haluat välttää kärsimystä?", koska terveys ja kärsimyksen puuttuminen ovat itsessään hyviä asioita.

Oikeuden (lakien järjestelmän) tehtävänä on taata se, että mahdollisimman moni ihminen pystyy saavuttamaan ihmiselle lajityypillisen hyvän elämän. Koska monet ihmiset ovat käsityskyvyltään puutteellisia, he eivät oivalla tätä vaan pitävät lakia hallitsijan – tai Jumalan – mielivaltaisena käskynä.

2.4 Lakien lajit

Tuomas erottaa neljä lakityyppiä: (1) ikuisen lain (lex aeterna), (2) luonnollisen lain (lex naturalis), (3) jumalallisen lain (lex divina) ja (4) inhimillisen eli positiivisen laki (lex humana seu positiva). (Kannattaa huomata, että sana "positiivinen" tarkoittaa laista puhuttaessa *säädettyä* tai *asetettua* (positiva < ponere = asettaa) lakia. Termiin ei liity mitään *myönteisyyden* ideaa.) Tarkemmin kuvattuna Tuomaan neljä lakityyppiä ovat seuraavanlaiset:

Lex aeterna, laeista perustavin, on Jumalan luomisjärjestyksen ikuinen ja muuttumaton laki, jolla Jumala osoittaa jokaiselle oliolle sen oman paikan ja päämäärän osana maailmankaikkeuden kokonaisjärjestelmää. Olion luonto tai olemus on se päämäärä, jonka toteuttamiseen se luonnostaan pyrkii. Ihmisen päämäärä on onnellisuus, ja hän pyrkii siihen tietoisesti, kun taas järjettömät luontokappaleet pyrkivät omiin päämääriinsä tiedottomasti.

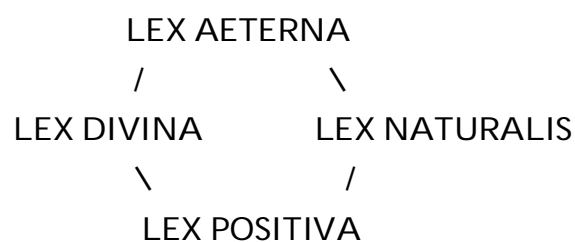
Lex naturalis, luonnollinen laki, on se osa ikuisesta laista, jonka ihminen voi käsittää oman järkensä avulla. Luonnolliseen lakiin kuuluvat sellaiset moraalin ja oikeuden ensimmäiset periaatteet kuin "Hyvää on tehtävä ja paha on vältettävä". Ne ovat luonteeltaan hyvin yleisiä, lähes sisällöttömiä periaatteita,

joiden suora soveltaminen yksityistapauksiin on hyvin ongelmallista, ellei mahdotonta.

Lex divina, jumalallinen laki, on tavallaan luonnollisen lain "rinnakkaismuoto". Ero on siinä, että luonnollinen laki voidaan käsittää järjen avulla, jumalallinen laki vain jumalallisen ilmoituksen (erityisesti Pyhän Kirjan) avulla. Siitä huolimatta luonnollisen ja jumalallisen lain sisältöjen välillä ei ole ristiriitaa, koska Jumala rationaalisenä olentona ei voi ilmoituksessaan antaa järjen kanssa ristiriidassa olevia määräyksiä.

Lex positiva, ihmisen säätämä laki, on tarpeen siksi, että ihminen voi käsittää ikuisesta laista vain luonnollisen lain hyvin yleiset periaatteet, joita on vaikea soveltaa suoraan inhimillisen elämän moninaisiin tilanteisiin. Siksi ihmisten yhteiselämän säätelyyn tarvitaan yksityiskohtaisempia ja tarkempia sääntöjä – positiivisia lakeja.

Näiden neljän lain suhde toisiinsa voidaan ilmaista kaavion muodossa seuraavasti:



Tuomaan ajattelussa luonnollisella lailla on tärkeä tehtävä. Se on positiivisen lain pätevyuden ja hyväksyttävyyden kriteeri. Jos hallitsija säätää luonnollisen lain vastaisen positiivisen lain, se ei ole oikea laki. Positiivinen laki on nimittäin pätevä vain jos se on johdettavissa luonnollisesta laista:

"[J]okaisella [positiivisella] lailla on lain luonnetta (*ratio legis*) vain siinä määrin kuin se on johdettu luonnollisesta laista. Jos se joltakin kohdalta poikkeaa luonnollisesta laista, se ei enää ole laki vaan lain vääristymä (*legis corruptio*)."
(ST II-I 95 2.)

Luonnollisen lain vastainen positiivinen laki ei Tuomaan mukaan sido ihmisen omaatuntoa eikä sitä sen vuoksi ole pakko noudattaa. Sitä voidaan silti noudattaa

“skandaalin ja sekaannuksen välttämiseksi, ellei se ole suoranaisesti jumalallisen lain vastainen, missä tapauksessa sen noudattaminen on kiellettyä” (ST II-I 96 4).

2.5 Ensimmäisistä periaatteista

Jos luonnollinen laki on kaikille sama, voiko se muuttua? Tuomaan lyhyt vastaus olisi: itsessään se ei muutu, mutta meidän tietokykymme kannalta se voi muuttua. Hän vastaa tyyliin uskollisena hieman koukeroisemmin.

“Luonnollisen lain voidaan ymmärtää muuttuvan kahdella tavalla. [1] Yksi tapa on se, että luonnolliseen lakiin lisätään jotain. ... [2] Toinen tapa on se, että siitä otetaan jotain pois, jolloin se, mikä aiemmin kuului luonnolliseen lakiin, ei enää kuulu siihen.” (ST II-I 94 5-)

Hän selittää, että luonnollisen lain muuttuminen jälkimmäisellä tavalla (jossa siis tähän asti päteestä laista otetaan jotain pois) on täysin mahdoton. Sen sijaan “mikään ei estä luonnollista lakia muuttumasta [edellisellä] tavalla. Itse asiassa jumalallinen laki ja inhimilliset lait ovat lisänneet siihen paljon ihmiselämän kannalta hyödyllistä.” (ST II-I 94 5) Tämä ei kuitenkaan tarkoita sitä, että luonnollisen lain ensimmäiset periaatteet muuttuisivat, sillä ne ovat täysin muuttumattomia. Tuomasta vapaasti tulkiten voisi sanoa, että luonnollisen lain muutos on vain näennäistä. Tämä “muutos” johtuu vain siitä, että – tietokykynsä rajallisuuden vuoksi – eri aikoina ja eri paikoissa ihmiset ovat onnistuneet johtamaan luonnollisesta laista eri asioita. Mutta mikäli johtaminen on suoritettu korrektisti, kaikki tehdyt johtopäätökset (positiiviset lait) ovat oikeita. Jossakin maassa jollakin hetkellä voimassaolevat positiiviset lait – jos ne on johdettu oikein – ovat luonnollisen lain kaikkien mahdollisten korrektien johdosten osajoukko.

Ajatuksessa, että yhdestä ja samasta luonnollisesta laista voidaan johtaa useita hieman toisistaan poikkeavia positiivisia lakeja (lakisysteemejä), ei ole mitään ristiriitaa. Itse asiassa se seuraa suoraan Tuomaan ajatuksesta “hyvän epämääräisyydestä”, josta tulee puhetta jatkossa.

Joka tapauksessa ajatus, että luonnollinen laki voitaisiin tyhjentävästi kirjoittaa lakikirjan muotoon, on mahdoton. Tilanne on ilmeisesti sama tai ainakin samanlainen kuin uskonnollisessa uskossa (fides). Tuomaan mukaan uskon

kohteena on Ensimmäinen Totuus, joka on yksinkertainen ja jota ei voida tarkasti ilmaista sanoilla, koska ihmisen tietokyky on rajallinen ja koska hänen kieltensä ilmaisukyky on rajallinen. Ensimmäiselle Totuudelle voidaan kyllä antaa erilaisia kielellisiä formulaatioita – esimerkiksi "Jumala on olemassa" – mutta ne eivät enää ole yksinkertaisia, koska ne täytyy ilmaista kielellä, jonka ilmaisut ovat kompleksisia, subjektista ja predikaatista koostuvia. Ensimmäinen Totuus itsessään (secundum se) on yksinkertainen, mutta meille (quoad nos) tai meidän tietotapamme mukaisesti se on jotakin kompleksista. (vrt. ST II-II, 1, 2) Koska ihmisten rajallinen tietokyky vaatii itsessään yksinkertaisen Ensimmäisen Totuuden pilkkomisen subjektiksi ja predikaatiksi, vain Jumala itse voi ymmärtää sen ilman pilkkomista eli ilman että hän predikoisi mitään ominaisuutta millekään oliolle.

Tuomas tarjoaa hyödyllistä analogiaa asian ymmärtämiseksi. Hän sanoo:

"[Kaikki luonnollisen järjen periaatteet] voidaan palauttaa perustavimpaan periaatteeseensa, joka on tämä: 'Samaa asiaa ei voi myöntää ja kieltää samalla kertaa' ... Samalla tavalla kaikki uskonkappaleet sisältyvät implisiittisesti tiettyihin uskon ensimmäisiin asioihin, kuten Jumalan olemassaoloon ja hänen kaitselmukseensa[.] (ST II-II, 1, 7.)

Näin ollen ne, jotka ovat hyväksyneet Ensimmäisen Totuuden, ovat samalla hyväksyneet implisiittisesti eli epäsuorasti kaiken, mitä siitä seuraa. Tässä ei ole mitään kummallista, sillä kaikki, jotka hyväksyvät Eukleideen geometrian aksioomat, ovat jo hyväksyneet implisiittisesti kaikki niistä seuraavat teoreematkin. Samalla tavoin luonnollinen laki sisältää implisiittisesti kaikki siitä seuraavat johtopäätöksetkin, vaikka meidän rajallinen järkemme ei pystykään niitä näkemään.

Näin ollen Ensimmäisen Totuuden olettaminen teologiassa ei ole sen mystisempää kuin Ensimmäisen Aksiooman olettaminen geometriassa tai Luonnollisen Lain Ensimmäisen Periaatteen olettaminen oikeustieteessä. Mutta monien mielestä se on aivan liian mystistä!

2.6 Positiivisen lain johtaminen determinaaation avulla

Tuomaan mukaan luonnollisen lain tulee toimia positiivisen lain säätämisen ohjenuorana:

”Aivan samalla tavalla kuin [teoreettisessa] järjessä me johdamme monien tieteiden johtopäätökset luonnollisesti tiedetyistä todistamattomista periaatteista, niin myös luonnollisen lain käskyistä ihmisjärjen täytyy edetä tiettyjen asioiden tarkempaan määrittämiseen. Näitä tarkempia määrittäyksiä (determinationes) kutsutaan inhimillisiksi laeiksi.” (ST II-I 91 3.)

Vaikka käytännöllinen järki toimii periaatteessa samalla tavalla kuin teoreettinen – “molemmissa edetään pmissseistä johtopäätöksiin” (ST II-I 91 3) – niiden välillä on kuitenkin se tärkeä ero, että “[teoreettista] järkeä käytetään etupäässä välttämättömissä totuuksissa, joiden on mahdotonta olla toisin kuin ovat; siksi totuus löytyy yhtä suurella varmuudella yksittäisistä johtopäätöksistä kuin yleisistä periaatteista itsestään” (ST II-I 94 4). Käytännöllinen järki ei yllä samaan tarkkuuteen, varsinkaan johtopäätöksissä: “Siksi, vaikka [käytännöllisen järjen] yleisissä periaatteissa onkin tiettyä välttämättömyyttä, mitä lähemmäksi laskeudutaan yksittäistä, sitä haavoittuvampi johtopäätös on poikkeuksille.” (ST II-I 94 4)

Me voimme tietää täydellä varmuudella käytännöllisen järjen ensimmäisen periaatteen “hyvää on tehtävä ja tavoiteltava, ja paha on vältettävä” (ST II-I 94 2), mutta emme voi sanoa läheskään samanlaisella varmuudella, miten sitä sovelletaan yksittäisiin tapauksiin tai miten siitä johdetaan alisteisia normeja, luonnollisen lain alempia periaatteita ja vielä vähemmän positiivisen lain normeja.

Alemman tasoisen normin johtamisessa ylemmästä (yleisemmästä) joudutaan käyttämään käytännöllistä päättelyä, joka ei yleensä ole yhtä eksaktia kuin teoreettinen päättely. Tarkasti ottaen oikeastaan vain toinen Tuomaan erottamista käytännöllisen päättelyn muodoista, tarkentaminen tai määrittäminen (determinatio), jää selvästi jälkeen teoreettisen järjen tarkkuudesta. Tuomas nimittäin tekee eron kahden normin johtamistavan välillä:

”[L]uonnollisesta laista voidaan johtaa jotain kahdella tavalla: [1] johtopäätöksenä pmissseistä ja [2] tarkentamalla jotain yleistä. Ensimmäinen tapa muistuttaa tapaa, jolla tieteissä todistettavat johtopäätökset johdetaan lähtökohdista. Toinen tapa taas muistuttaa tapaa, jolla käsityötaidoissa (in artibus) yleistä muotoa sovelletaan johonkin yksittäiseen; tällä tavalla

rakentaja soveltaa talon yleisen muodon tähän tai tuohon taloon.” (ST II-I 95 2.)

(1) Esimerkkinä yleisen säännön deduktiivisesta johtamisesta Tuomas mainitsee säännön “Älä tapa” johtamisen säännöstä “Älä tee kenellekään pahaa”, joka on ilmeisesti itse johdettu deduktiivisesti ylimmästä normista “Hyvää on tehtävä ja tavoiteltava, ja pahaa on vältettävä”. Hän näyttää ajattelevan, että “pahan tekemisen” ja “tappamisen” käsitteiden välillä on käsitteellinen tai looginen yhteys siten, että tappaminen on välttämättä aina myös pahan tekemistä. Tämän käsitteellisen välttämättömyyden vuoksi jokainen yksittäinen tappamisen akti on välttämättä pahan tekemisen akti. Näin ollen normin deduktiivinen johtaminen on prosessi, joka ei mitenkään olennaisesti eroa teoreettisen järjen käytöstä esimerkiksi matematiikassa ja logiikassa. Siksi käytännöllisen järjen erityislaadun – tietyn epätarkkuuden – on tullava esille toisessa johtamisen tavassa.

(2) Mitä yleisen tarkentaminen tai määrittäminen erityiseksi tai yksittäiseksi (“määräiseksi tekeminen”, determinatio) oikein on? Tuomaan esimerkissä rakentaja soveltaa talon yleistä ideaa rakentamaansa yksittäiseen taloon. Sitä voi havainnollistaa sadulla hölmöläisten talonrakennuksesta. He tekivät ensin ikkunattoman talon, joka osoittautui liian pimeänä asuinkelvottomaksi. Tehtyään yhden ikkunan he innostuivat valosta niin paljon, että poistivat kaikki seinät. Tuomaan terminologiaa käyttäen voisi sanoa, että he eivät onnistuneet rakentamaan asumiskelpoista taloa, koska heidän toimintaansa ohjasi puutteellinen “talon yleinen muoto”. Tämä talon yleinen muoto ei ole mikään mystinen platoninen idea, vaan se koostuu niistä ominaisuuksista, jotka millä tahansa talolla on oltava, jotta se todella olisi *talo* eli asumiskelpoinen suoja sadetta, kylmää ja villieläimiä vastaan. Siksi talo, jossa ei ole seiiniä tai kattoa ei ole talo. Samalla perusteella luonnollisen oikeuden periaatteiden vastainen positiivinen laki ei ole oikea laki vaan lain vääristymä: se voi olla olemassa mutta ei täytä tehtävänsä.

Johtaminen tarkentamisen (determinatio) avulla muistuttaa arkipäiväiseen toimintaan liittyvää harkintaa eli sen pohtimista, mitä olisi järkevintä tehdä tässä ja nyt, juuri tässä yksittäisessä ja ainutkertaisessa tilanteessa. Tällainen pohdinta ei muistuta yleispätevää deduktiivista todistusta, joka on pätevä aina ja kaikkialla. Esimerkiksi luonnollisen lain periaatteesta “Rikollisia on rangaistava” ei voida deduktiivisesti johtaa yhtä yleistä rangaistusta eikä edes rangaistusperiaatetta, joka soveltuisi jokaiselle murhaajalle ja varkaalle. Oikean rangaistuksen määrittäminen

jokaisessa yksittäisessä tapauksessa on kokemusta, harkintaa, arvostelukykä ja "silmaa" vaativa asia, jota on vaikea pukea yleisten periaatteiden muotoon. Tämän ajatuksen Tuomas on ottanut suoraan Aristoteleelta, joka korostaa kokemuksen merkitystä käytännöllisissä asioissa. Aristoteleen mukaan nuori mies voi olla hyvä matemaatikko mutta ei hyvä poliitikko, koska yhteisten asioiden hoitaminen, jos mikä, vaatii käytännöllistä järkevyyttä.

Harkitessaan toimintavaihtoehtoja ihminen ei toimi seurauslauseita premiseistä johtavan matemaatikon tavoin, vaan rikolliselle oikeudenmukaista rangaistusta harkitsevan tuomarin tavoin. Tuomarin yleinen päämäärä on kyllä selvä: rikollista on rangaistava. Mutta yksityiskohdat (miten ankara rangaistuksen on oltava) ovat epäselvät. Vastaavasti ihmisen tahdon kohde on yleisellä tasolla selvä, hyvä tai onnellisuus, mutta yksittäisten tekojen tasolla on epäselvää, mikä niistä johtaa onnellisuuteen.

Ja mitä kauemmaksi yleisistä periaatteista edetään, sitä enemmän poikkeuksia, anomalioita ja vaikeuksia tulee Tuomaan mukaan vastaan:

"Kaikki ihmiset tietävät, että on oikein ja totta toimia järjen mukaan. Ja tästä yleisestä periaatteesta seuraa yksittäisenä johtopäätöksenä, että velat on maksettava. Ja useimmissa tapauksissa tämä onkin totta, mutta joissakin erityisissä tilanteissa saattaa sattua, että olisi haitallista ja siksi järjen vastaista maksaa velka; näin on esimerkiksi silloin, kun rahat käytettäisiin sotaan maksajan omaa maata vastaan. Tällaisia poikkeuksia tapahtuu sitä enemmän mitä lähemmäksi konkreettisia tapauksia laskeudumme, kuten [tehdään] sanottaessa, että velat on maksettava sillä ja sillä ehdolla tai niissä ja niissä olosuhteissa. Mitä yksityiskohtaisempia mainitut ehdot ovat, sitä suurempi on poikkeuksen mahdollisuus." (ST II-I 94 4.)

Tuomas tekee tästä sen johtopäätöksen, että "luonnollisen lain yleiset ensimmäiset periaatteet ovat samat kaikille" – ja ne ovat sitä kahdessa mielessä: (i) samat normit pätevät kaikille ja (ii) kaikki tietävät ne vaikeuksitta. Mutta mitä kauemmas edetään näistä periaatteista uusia lakeja johdettaessa, sitä useammin tulee eteen tilanteita, joissa (i) johdettu normi ei sovellukaan kaikkiin yksittäistapauksiin ja (ii) ihmisten on vaikea ymmärtää normin järkevyyttä.

2.7 Tuomaan jälkeen

Alussa Jumala loi maailman ikuisen lain (lex aeterna) mukaisesti. Mutta ikuista lakia hän ei luonut. Siksi hän ei voi muuttaa sitä oikkujensa mukaan, esimerkiksi siten, että se olisi voimassa vain parittomina päivinä. Tästä seuraa, etteivät myöskään ihmisen hyvinvointiin ja onnellisuuteen tähtäävät moraalin ja oikeuden periaatteet ole Jumalan mielivaltaisesti muutettavissa, vaan ne perustuvat "olevaisen ikuiseen lakiin", lex aeternaan.

Näin ymmärretty lex aeterna näyttäisi rajoittavan vakavasti Jumalan rajattomaksi käsitettyä toimintavapautta. Tuomas tunsi vaikeuden ja ratkaisi sen sanomalla, että ikuinen laki ei rajoita Jumalan vapautta, koska se on järjen laki. Ja koska Jumala on täydellisen järkevä olio, hän ei edes ajattele sen rikkomista. Tuomaan ajatusta voisi puolustaa seuraavasti. Jos väitetään, että lex aeterna rajoittaa Jumalan toimintavapautta, syyllistytään samanlaiseen virheeseen kuin väitettäessä, että logiikan lait rajoittavat ihmisen ajattelun vapautta. Irrationaalinen ihminen voi tietysti rikkoa logiikan lakeja ajattelussaan ja argumentaatiossaan, mutta hän tekee sen aina omaksi vahingokseen: kukaan ei pysty ymmärtämään hänen puhettaan eikä seuraamaan hänen ajatustensa juoksua. Sen sijaan rationaalinen ihminen ajattelee aina logiikan lakien mukaisesti, vaikka hän ajattelee sisällöllisesti mitä tahansa.

Rationaalinen ajattelu antaa ihmiselle selvän etulyöntiaseman irrationaalisesti ajattelevaan nähden ja lisää olennaisesti hänen mahdollisuuksiaan saavuttaa itse asettamansa päämäärät ja yleensä säilyä hengissä (eli saavuttaa luonnon asettama päämäärä). Rationaalinen ihminen hallitsee itseänsä ja elämänsä, mutta irrationaalinen törmää jatkuvasti "uusiin ja yllättäviin" vaikeuksiin ja saavuttaa päämääräänsä vain harvoin ja silloinkin vahingossa. Vaikka jotkut ylistävätkin irrationaalisen ihmisen suurempaa "ajattelun vapautta", tosiasia on kuitenkin se, että ajattelunsa logiikan normeille alistava rationaalinen ihminen menestyy elämässään irrationaalista paremmin. Näin siis voisi mennä Tuomaan käsityksen uustomistinen puolustus.

Tuomas itse oli sitä mieltä, että olento, joka ensin loisi ihmisen sellaiseksi kuin hän on ja määräisi sitten moraalilaisilla hänelle hänen olemuksensa vastaisia päämääriä, olisi irrationaalinen tai paha tai molempia. Koska Jumala ei ole kumpaakaan, hän on asettanut ihmiselle vain ihmisen olemuksen mukaisia päämääriä. Näiden

päämäärien saavuttamisen mahdollistamiseksi ja turvaamiseksi hän on antanut ihmiselle oikeuden ja moraalin. Se on olemassa kirjoittamattomassa muodossa jokaisen ihmisen sydämessä ja kirjoitetussa muodossa Pyhässä Kirjassa.

Akvinolaisen tärkein vastustaja, 1300-luvulla vaikuttanut englantilainen fransiskaanimunkki William Ockham, ei hyväksynyt Tuomaan ajatuksia. Tuomaan uskon ja järjen kuilun silloittamiseen pyrkivää rationalismia hän kritisoi sanomalla, että *mikään uskonkappale ei ole järjen avulla todistettavissa*. Sen enempiä moraaliperiaatteita kuin muitakaan uskonkappaleita ei voi perustella rationaalisesti. Hänen mukaansa Jumala olisi voinut tulla maailmaan Jeesuksen sijasta kivenä, puunpalana tai aasina, ja kuitenkin meidän olisi täytynyt uskoa häntä, koska mikään uskonkappale ei ole rationaalisesti todistettavissa.

Myös kaikki moraalin ja oikeuden periaatteet perustuvat Jumalan absoluuttiseen tahtoon, jota eivät sido mitkään kuvitellut ”järjen totuudet”, eikä mikään ”ihmisolemus” eikä ”ikuinen luomisjärjestys”. Jumala olisi aivan hyvin voinut käskää ihmisiä tekemään varkauksia, murhia ja aviorikoksia. Ja jos hän olisi tehnyt niin, noiden tekojen tekemättä jättäminen olisi ollut yhtä vakava synti kuin niiden tekeminen on nykyisin. Varkauden, murhan ja aviorikoksen *käsitteet* eivät näet sisällä itsessään mitään, mikä tekisi ne moraalisesti pahoiksi. Tässä maailmassa ne kyllä sattuvat olemaan moraalisesti pahoja, mutta niiden pahuus on sattumanvaraista siinä mielessä, että Jumala sattui – jostakin ihmisjärjelle käsittämättömästä syystä – kieltämään juuri ne.

Ockhamin mielestä kaikki hyvyys ja pahuus, oikeus ja vääräys, perustuu ainoastaan Jumalan käskyihin ja kieltoihin, jotka ovat hänen tutkimattoman tahtonsa ilmauksia. (Ks. H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 81-89.) Gabriel Biel, yksi Ockhamin seuraajista, ilmaisi mestarinsa ajatuksen näin:

”Jumalan tahto on kaiken oikeudenmukaisuuden mittapuu (regula omnis iustitiae) ... [E]i ole niin, että Jumala tahtoo jotain, koska se on oikein tai oikeudenmukaista, vaan se on oikein tai oikeudenmukaista, koska Jumala tahtoo sitä.”

Ockhamin muista seuraajista tunnetuin on Martti Luther, joka omaksui ”rakkaan mestarinsa” Ockhamin käsitykset hyvän ja pahan riippuvuudesta Jumalan tahdosta ja Jumalan tahdon tutkimattomuudesta. Luther kirjoittaa:

”Jumala on Hän, jonka tahdolla ei ole syytä eikä perustetta, joka olisi sen sääntö ja mittapuu, sillä mikään ei ole sen tasalla eikä yläpuolella, vaan [Jumalan tahto] on itse kaikkien asioiden sääntö. ... Se, mitä Jumala tahtoo, ei ole oikein, koska Hänen piti tai täytyi tahtoa niin; päinvastoin, sen, mikä tapahtuu, täytyy olla oikein, koska Hän tahtoo niin. Syitä ja perusteita voidaan esittää luotujen olentojen tahdolle, mutta ei Luojan tahdolle, ellei Hänen yläpuolelleen aseteta toista Luojaa.” (Siteerattu Kolakowskin kirjan *Religion*, 23 mukaan.)

Lyhyesti sanottuna: sekä Ockhamille että Lutherille hyvä ja paha ovat vain sitä, mitä Jumala sattuu kulloinkin käskemään. Kuten Ockham asian ilmaisi: “Malum nihil aliud est quam facere aliquid, ad cuius oppositum faciendum aliquis obligatur” eli vapaasti käännettynä: “Paha teko on sellainen, jonka vastakohta on käsketty tekemään.” Jumalan käskyjä ihmisparka ei voi ymmärtää; hänen on vain noudatettava niitä.

Maallistetun version Ockhamin opista esitti Thomas Hobbes parisataa vuotta myöhemmin teoksessaan *Leviathan*, josta tuli vähän myöhemmin oikeuspositivismin teoreetikkojen raamattu. Hobbes asetti Ockhamin Jumalan tilalle maallisen hallitsijan, suvereenin. Kummankin valta on yhtä rajatonta ja yhtä mielivaltaista.

Ennen positivisteihin siirtymistä esittelyyn tulee kuitenkin vielä uudempi luonnonoikeusteoria.

3 Lon Fullerin proseduraalinen luonnonoikeus

3.1 Oikeuden sisäinen moraal

Lon Luvois Fuller (1902-1978) toimi pitkään Harvardin yliopiston oikeustieteen professorina (ja mm. Ronald Dworkinin opettajana). Fullerin kuuluisin teos *The Morality of Law* ilmestyi vuonna 1964. Siinä hän väittää, että oikeuden ja moraalin välillä on välttämätön yhteys. Kyseessä ei kuitenkaan ole mikään "sisällöllinen" yhteys, jollaisen olemassaoloa Tuomas Akvinolainen oli puolustanut, vaan eräänlainen "proseduraalinen" yhteys.

Fuller oli tietysti hyvin perillä oikeuspositivistien opeista, mutta hän suhtautui epäillen positivistien tekemän erotteluun "oikeusjärjestyksen" ja "hyvän oikeusjärjestyksen" välillä. Positivistit ilmaisivat nimittäin kritiikkinsä luonnonoikeusajattelua vastaan sanomalla John Austinin tavoin, että oikeuden *olemassaolo* on yksi asia ja sen *hyvyys* on toinen asia ja että näitä asioita ei saa sekoittaa keskenään. Ja luonnonoikeuden kannattajat syyllistyvät positivistien mukaan juuri tähän virheeseen sanoessaan Augustinuksen ja Tuomaan tavoin, että "epäoikeudenmukainen laki ei ole mikään laki". Positivismin mukaan sisällöltään epäoikeudenmukainenkin laki voi olla pätevää oikeutta, jos se on esimerkiksi säädetty muodollisesti oikealla tavalla. Siksi kysymykset yhtäältä lain olemassaolosta (tai voimassaolosta tai pätevyydestä) ja toisaalta lain hyvyydestä pitää ehdottomasti erottaa toisistaan.

Fuller ei hyväksynyt positivistien näkemystä. Hänen mielestään millä tahansa *toimivalla* oikeusjärjestyksellä on oltava tietty "sisäinen moraal". Tällä hän tarkoittaa sitä, että minkä tahansa toimivan oikeusjärjestyksen on välttämättä oltava esimerkiksi sisäisesti ristiriidaton ja ymmärrettävällä kielellä kirjoitettu. Siksi esimerkiksi tietokoneen ääreen istutetun apinan kirjoittama "lakikirja" ei – erittäin todennäköisesti – ole toimiva normijärjestelmä. Jos taas positivistit olisivat oikeassa sanoessaan, että oikeudella voi olla mikä sisältö tahansa, mikään ei estäisi apinan kirjoittaman koodeksin käyttöä lakikirjana. Fuller itse ei käytä apinaa esimerkkinä, vaan puhuu kuningas Rexistä, jonka lainsäätäjät kyvyt eivät ole paljon apinaa paremmat.

3.2 Kertomus kuningas Rexistä

Kirjassaan *The Morality of Law* Fuller kertoo tarinan kuningas Rexistä, joka ei millään onnistu lainsäädäntötyössään. Rex oli päättänyt tulla tunnetuksi valtakuntansa oikeusjärjestelmän uudistajana ja päätti valtaan astuttuaan luoda kokonaan uuden oikeudellisen systeemin vanhan tilalle. Valitettavasti hän epäonnistui tässä suunnitelmassaan pahasti. Hän turmeli edeltäjiensä systeemin eikä onnistunut itse saamaan aikaan yhtä ainoatakaan lakia.

Rex aloitti kuitenkin pontevasti. Hänen kumosi kaikki edeltäjiensä säätämät lait, jotta voisi aloittaa uuden järjestelmän luomisen puhtaalta pöydältä. Mutta kun hän sitten yritti laatia uusia lakeja, hän huomasi olevansa kyvytön tekemään edes kaikkein yksinkertaisimpia yleistyksiä. Hän kykeni kyllä ratkaisemaan yksittäisiä kiistatilanteita, mutta ei pystynyt antamaan ratkaisuilleen mitään yleistettävissä olevia perusteluja niin, että ihmiset tietäisivät miten hän haluaa heidän jatkossa käyttäytyvän. Rex kyllä itse uskoi nojaavansa yleisiin periaatteisiin, vaikkei osannutkaan muotoilla niitä. Mutta kun hän (eikä kukaan hänen alamaisistaan) kyennyt näkemään mitään sääntöä ratkaisujen taustalla edes satojen tapausten jälkeen, ymmärsi Rex että jotakin on tehtävä.

Rex päätti toden teolla opiskella yleistämistä ja pitkien älyllisten ponnistelujen jälkeen ryhtyi taas itse kirjoittamaan uusia lakeja. Kun hän oli saanut aikaan paksun lakikirjan, hän tiedotti alamaisilleen, että tästä lähtien hän ratkaisisi kiistat kirjoitettujen sääntöjensä avulla. Hän ei kuitenkaan ollut vielä aivan varma omista lainsäätäjän kyvyistään ja niinpä hän ilmoitti alamaisilleen, että noiden lakien sisältö pysyisi toistaiseksi salaisena ja että vain hän itse ja hänen sihteerinsä tietäisivät mitä nuo lait ovat. Hänen ihmetyksekseen alamaiset olivat tyytymättömiä parannukseen. He kehtasivat valittaa, ettei ollut mukavaa joutua sellaisten lakien alaiseksi, joiden sisällöstä he eivät tienneet mitään.

Alamaisten tyytymättömyyden takia Rex joutui harkitsemaan tilannetta uudestaan. Hän totesi vastoinkäymistensä opettaneen sen, että asiat on paljon helpompi ratkaista jälkiviisauden kuin tulevaisuuden ennustamisen avulla. Jälkiviisaana on paljon helpompi löytää perusteluja ratkaisuilleen. Niinpä Rex päätti, että joka vuoden alussa hän antaa ratkaisunsa edellisen vuoden kiistoihin ja myös perustelee ne huolellisesti eli kertoo myös ratkaisua ohjanneen säännön. Luonnollisestikaan nämä perustelut eivät soveltuisi *tuleviin* kiistoihin – koko suunnitelman tarkoitushan oli hyödyntää jälkiviisautta. Alamaiset olivat taas täysin tyrmistyneitä. He yrittivät selittää Rexille, että kun he sanoivat haluavansa tietää heitä koskevat

säännöt, he tarkoittivat haluavansa tietää ne jo *etukäteen*, jotta voisivat myös noudattaa niitä. Rex lupasi yrittää tehdä asialle jotakin.

Rex ymmärsi, että hänen on kerta kaikkiaan kirjoitettava ja julkistettava kansalaisia koskevat säännöt jo ennen kuin kiistoja ratkaistaan. Alamaiset olivat tyytyväisiä hänen päätökseensä. Mutta kun Rexin pitkien ponnistelujen jälkeen nuo säännöt julkistettiin, huomattiin, ettei niistä saanut mitään tolkkua. Sen paremmin alamaiset kuin oikeusoppineetkaan eivät ymmärtäneet yhtä ainoaa lausetta Rexin lakikirjasta. Alkoi jo esiintyä mielenosoituksia, joissa kyseltiin, kuinka voi noudattaa sellaista lakia, jota ei edes ymmärrä?

Rex veti lakinsa nopeasti takaisin ja ryhtyi uudistamaan niitä. Hän otti avukseen valtakunnan oikeusoppineet ja käski heitä kirjoittamaan lait uudelleen siten, että niiden sisältö pysyy samana mutta se ilmaistaan selkeästi. Lainoppineet tuottivatkin mallikelpoisen selkeän lakikokoelman, mutta kun sitä tutkittiin tarkemmin, huomattiin sen olevan täynnä ristiriitoja. Todettiin, ettei kokoelmassa ollut yhtäkään lakia, jonka kanssa jokin toinen laki ei olisi ollut ristiriidassa.

Lakikokoelmaa yritettiin taas uudistaa. Rex oli kuitenkin tässä vaiheessa jo varsin suivaantunut alamaisiinsa, joille mikään ei tuntunut kelpaavan, ja hän päätti antaa heille pienen opetuksen. Hän käski oikeusoppineita poistamaan lakikokoelmasta ristiriidat, mutta samalla kiristämään säännöissä esitettyjä vaatimuksia, sekä lisäämään pitkän listan uusia kieltoja ja käskyjä. Esimerkiksi sääntöä, jonka mukaan kuninkaan luo kutsutulla alamaisella oli kymmenen päivää aikaa noudattaa kutsua, muutettiin siten, että aikaa annettiin enää kymmenen sekuntia. Uudeksi, kymmenen vuoden vankeuteen johtavaksi rikokseksi määrättiin yskiminen, aivastaminen, hikottelu tai pyörtyminen kuninkaan läsnä ollessa. Kun tämä sääntökokoelma julkaistiin, alamaiset olivat jo valmiita vallankumoukseen. Ei kai heitä voi vaatia noudattamaan sellaisia lakeja, joita he eivät mitenkään pysty noudattamaan?

Voimakkaista protesteista pelästyneenä Rex veti jälleen kokoelmansa takaisin ja pyysi oikeusoppineita poistamaan kaikki lait, jotka vaativat alamaisilta mahdottomia. Itse asiassa kaikki lait piti kirjoittaa uudelleen; mutta kun työ saatiin viimein valmiiksi, tuloksena oli vihdoinkin selkeä, ristiriidaton kokoelma joka ei vaatinut keneltäkään mahdottomia. Tämä kokoelma julkaistiin ja sitä jaettiin ilmaiseksi kaikille halukkaille. Mutta tässä uudistustyössä oli mennyt niin kauan,

että valtakunnassa monet asiat olivat aivan toisin kuin työhön ryhdyttäessä. Uusi hieno kokoelma oli siis heti julkaisupäivänään pahasti ajastaan jäljessä ja siihen täytyi heti ruveta tekemään muutoksia; ja muutoksille ilmeni tarvetta joka päivä. Yleinen tyytymättömyys heräsi jälleen; alamaiset valittivat, että parempi olisi olla kokonaan ilman lakeja kuin yrittää seurata sellaisia lakeja, jotka muuttuvat joka päivä.

Vähitellen lakien uudistamistahti kuitenkin laantui ja alamaiset rauhoittuivat. Mutta Rex päätti tehdä vielä yhden uudistuksen. Pohtiessaan lukuisia epäonnistumisiaan Rex päätyi siihen, että suuri osa niistä johtui oikeusoppineiden antamista huonoista neuvoista. Niinpä hän otti lain soveltamisen kokonaan omiin käsiinsä eikä antanut oikeusoppineiden enää sotkea asioita omilla neuvoillaan ja tulkintoillaan. Rex osoittautuikin loistavaksi tuomariksi: hän ratkaisi oikeusjutut varmallalla tyyllillä, ilmaisi aina ne periaatteet joiden nojalla hän ratkaisun teki, ja antoi alamaisille suuntaviivoja myös tulevia kiistatilanteita varten. Mutta vaikka niin luultiin, asiat eivät vielääkään olleet kunnossa. Kun nimittäin Rexin ratkaisut perusteluineen julkaistiin yhtenä kirjana, huomattiin, ettei noiden ratkaisujen ja niiden kirjoitettujen sääntöjen, joita Rexin oli määrä soveltaa, välillä ollut minkäänlaista yhteyttä. Lakikokoelmalla ei käytännössä ollut mitään merkitystä juttujen ratkaisuisissa, vaikka Rex väitti toimineensa nimenomaan kirjoitetun lakikokoelman pohjalta.

Tarinan lopussa Rex kuolee katkeroituneena ja ennenaikaisesti vanhenneena ennen kuin hänen alamaisensa ehtivät toteuttaa vallankaappauksen. (*Morality of Law*, 33-8)

3.3 Tarinan opetus

Tarina Rexistä osoittaa Fullerin mukaan, että yritys luoda ja pitää yllä oikeussääntöjen systeemiä voi epäonnistua ainakin näillä kahdeksalla tavalla:

- ”1) Ei onnistuta muotoilemaan ylipäättään mitään sääntöjä, vaan ratkaistaan jokainen tapaus *ad hoc* -perustalta (mielivaltaisesti).
- 2) Ei onnistuta julkistamaan sääntöjä eli tiedottamaan niistä niille, joita ne koskevat.
- 3) Säädetään retroaktiivisia (taannehtivia) lakeja, jotka eivät voi ohjata kansalaisten toimintaa.
- 4) Ei onnistuta tekemään säännöistä ymmärrettäviä.

- 5) Laaditaan toistensa kanssa ristiriidassa olevia sääntöjä.
- 6) Laaditaan sääntöjä, joka vaativat niiden kohteilta mahdottomuuksia.
- 7) Muutetaan sääntöjä niin usein että käyttäytymistä on mahdotonta sovittaa niihin.
- 8) Ei onnistuta luomaan yhteyttä ilmoitettujen sääntöjen ja niiden tosiasiallisen soveltamisen välillä.” (ML, 39.)

Fullerin mukaan, jos näissä *kaikissa* suhteissa epäonnistutaan, silloin ei ainoastaan ole laadittu *huonoa* oikeussääntöjen järjestelmää, vaan silloin ei ole laadittu *mitään* oikeussääntöjen järjestelmää. Voi ehkä olla mahdollista noudattaa sellaista sääntöä, joka epäonnistuu vain yhdellä edellä mainitulla tavalla, mutta jos sama sääntö epäonnistuu useammalla kuin yhdellä tavalla, sen noudattaminen on jo periaatteessa mahdotonta. Ei ole mitään mieltä puhua säännöstä, josta kukaan ei tiedä mitään, joka laaditaan vasta sen jälkeen, kun teko on jo tehty, joka on täysin käsittämätön, joka on ristiriidassa jonkin toisen saman järjestelmän säännön kanssa, joka vaatii tekemään sellaista mihin kukaan ei pysty ja joka muuttuu koko ajan. Voidaan myös kysyä, onko esimerkiksi sellainen sääntöjärjestelmä, jolla on Fullerin listan parilliset ominaisuudet – julkaisemattomuus, käsittämättömyys, liiallinen vaativuus ja holtittomuus soveltamisessa – enää mikään aito *oikeusjärjestelmä*.

Jos sääntösystemi epäonnistuu vain *joissakin* suhteissa, silloin on hankalampi sanoa, voiko sitä pitää vielä oikeudellisena järjestyksenä. Esimerkiksi natsi-Saksan tai Neuvostoliiton kaltaiset valtiot onnistuivat lainsäädännössään kuningas Rexiä paremmin. (Niiden epäonnistumista voisi ehkä kuvata sanomalla, että lakien täytäntöönpanossa oli useammin vikaa kuin laeissa itsessään.)

3.4 Kaksi moraalilajia

Fullerin kahdeksaa tapaa *epäonnistua* oikeusjärjestyksen luomisessa vastaa kahdeksan oikeudellisen *erinomaisuuden* lajia joita kohti pyrkiä. Voimme kuvitella janan, jonka alapäässä on ne minimiehdot, jotka minkä tahansa oikeusjärjestyksen täytyy täyttää ollakseen oikeusjärjestys, ja jonka yläpäässä on ideaalinen oikeusjärjestystä täydellisesti toteuttava systeemi, jossa kaikki kahdeksan oikeusjärjestyksen tai oikeudellisuuden (*legality*) ”hyvettä” tai periaatetta toteutuvat maksimaalisesti.

Tämä idea jatkumosta, jonka alapäässä ovat tietyt järjestyksen minimivaatimukset ja ylhäällä ideaalinen tai täydellinen järjestys, liittyy Fullerin tekemään erotteluun kahdenlaisen moraalien välillä. Hän erottaa toisistaan *velvollisuusmoraalin (morality of duty)* ja *täydellisyyteen pyrkivän moraalien (morality of aspiration)* (ML, 5-12).

Velvollisuusmoraali käskee meitä tekemään vain sen mikä on välttämätöntä siedettävän sosiaalisen elämän kannalta. Tyypillisesti velvollisuusmoraalin normit muotoillaan kieltoina, kuten "Älä tapa" tai "Älä varasta", eikä sellaista ihmistä, joka täyttää nämä moraaliset minimivelvollisuudet, mitenkään ylistetä tai kehuta.

"Pyrkimys-" tai "täydellistymismoraali" liittyy puolestaan sellaisiin tekoihin ja ominaisuuksiin, jotka *ylittävät* välttämättömät minimivelvollisuudet. Tällaisessa moraalissa on – yksilön tasolla – kyse pyrkimyksestä hyvään elämään, ihmisenä kehittymiseen, jalostumiseen tai täydellistymiseen. Antiikin Kreikan hyve-etiikka on esimerkki tämäntyyppisestä moraalista ajattelusta. Tällainen moraalit pikemmin kehottaa kuin kieltää tekemästä jotakin: se kehottaa olemaan jalo, rohkea, oikeudenmukainen, viisas jne.

Näitä kahta moraalien tyyppiä ei ole helppo erottaa selkeästi toisistaan, koska ne muodostavat ikään kuin jatkumon; mutta sitä, missä kohdassa velvollisuus muuttuu itsensä jalostamiseksi – missä kohdassa ihmisten voidaan sanoa tekevän *enemmän* kuin minimivelvollisuutensa – on Fullerin mukaan erittäin vaikea täsmällisesti määrittellä.

Fullerin mukaan nämä molemmat moraalien aspektit tai tyypit kuuluvat oikeuden sisäiseen moraalisiin. Jotkut kahdeksasta oikeudellisuuden periaatteista asettavat vain tiettyjä minimivelvollisuuksia jotka voi ilmaista selkeinä kieltoina (kuten "Älä vaadi mahdottomia tekoja", "Älä laadi keskenään ristiriitaisia lakeja"). Mutta toisaalta oikeuden sisäisen moraalien vaatimukset vaativat enemmän kuin vain pidättäytymistä jostakin. Ne vaativat mm. selkeitä sääntöjä sekä sääntöjen johdonmukaista soveltamista. Nämä ovat pikemminkin pyrkimyksiä johonkin kuin pelkkää minimivelvollisuuden täyttämistä. Emme nimittäin voi tarkasti sanoa esim. *kuinka selviä* lakien täytyy olla, mikä juuri on Fullerin mukaan tyypillistä silloin kun liikutaan täydellisyydemoraalin alueella. Minimivelvollisuuksien tapauksessa voidaan yleensä vetää selvä raja siihen milloin velvollisuus on täytetty. (ML, 42.)

Vaikka Fuller ensin sanookin, että oikeuden sisäiseen moraalisiin kuuluvat moraalisiin molemmat aspektit, hän kuitenkin toteaa oikeuden sisäisen moraalisiin olevan *enemmän* täydellisyys- kuin velvollisuusmoraalia. (ML, 43)

3.5 Oikeuden tavoitteellisuudesta

Fuller kritisoi oikeuspositivisteista erityisesti aikalaistaan H.L.A. Hartia, jonka teoriaan tutustumme pian tarkemmin. Eräs Fullerin kritiikeistä Hartia vastaan kohdistuu juuri siihen, että Hart ei näe oikeutta pyrkimyksenä tai prosessina tai yrityksenä tavoitella jotakin. Toki Hart myöntää, että *yksittäisillä* laeilla oikeusjärjestyksen sisällä voi olla jokin tarkoitus tai päämäärä, joka vasta tekee ne kunnolla ymmärrettäviksi. Mutta ajatus siitä, että oikeusjärjestyksellä *kokonaisuutena* olisi jokin tarkoitus, on Fullerin tulkinnan mukaan Hartille vieras. Hart näkee oikeuden kokonaisuuden pikemminkin vain sosiaalisena tosiasiana. Oikeuden olemassaolo on Hartille vain se tosiasia, että ihmiset yleisesti ottaen noudattavat tiettyjä sääntöjä käyttäytymisessään. Hart itsekin kutsuu tarkastelutapaansa "deskriptiiviseksi sosiologiaksi" (klassikkoteoksessaan *The Concept of Law*).

Fullerin mukaan positivismi yleensäkin näkee oikeuden *objektina*, jota voi tieteellisesti tutkia ja kuvata, kuten elotonta luontoa. Positivistit yrittää löytää tuon objektin tai olion olemukselliset piirteet, eli analysoida oikeuden käsitteen sen keskeisiin rakenneosiiinsa. Fullerin mukaan oikeutta pitää tämän objektivoivan lähestymistavan sijaan tarkastella inhimillisenä toimintana, projektina, jolla on jokin päämäärä. Hän myöntää, että puhe kokonaisten instituutioiden takana piilevistä tarkoituksista tai päämääristä kuulostaa monien mielestä epäilyttävältä ja tuo mieleen hegeliläiset ajatukset valtion päämääristä tai historian tarkoituksellisuudesta (jotka Fullerin mielestä kaikki täysijärkiset ovat hylänneet). Puhe instituutioiden tarkoituksista kuulostaa epäilyttävältä myös sen takia, että instituutiot koostuvat yksittäisistä ihmisistä ja heidän teoistaan; ja noilla teoilla ei useinkaan ole mitään kummempaa päämäärää, vaan usein ne tehdään vain tottumuksesta ja tavasta. Ja vaikka esimerkiksi joillakin oikeuden virkamiehillä olisi töitä tehdessään aina mielessään koko oikeuslaitoksen perimmäinen tarkoitus, tuo tarkoitus voi olla jokaiselle erilainen. Jopa ne, jotka ovat olleet perustamassa kyseistä instituutiota, ovat voineet nähdä sen tarkoituksen eri tavoilla.

Fuller tunnustaa nämä epäilykset oikeutetuiksi, mutta huomauttaa, että se tarkoitus, jonka hän kuvaa oikeuden taustalle, on hyvin vaatimaton: oikeuden tarkoitus on yksinkertaisesti ohjata ja kontrolloida ihmisten käyttäytymistä yleisten sääntöjen avulla, jotta heidän elämänsä yhteisössä olisi mahdollista. Mutta vaikka tämä tarkoitus kuulostaa itsestään selvältä ja epäinformatiiviselta totuudelta, sillä on kuitenkin *seurauksia* jotka ovat kaikkea muuta kuin itsestään selviä ja merkityksettömiä. Tästä oikeuden taustalla piilevästä tarkoituksesta seuraa juuri tiettyjä vaatimuksia sille miten ihmisten käyttäytymistä ohjaavan sääntöjärjestelmän luominen ja ylläpitäminen ylipäätään on mahdollista. Siitä seuraa erityisesti se oikeuden sisäisen moraalin vaatimus, jonka Fuller täsmentää kahdeksaksi oikeudellisuuden periaatteeksi. (ML, 145-6)

Ellemme tunnusta oikeuden "pyrkimyksellisyyttä" ja "tarkoituksellisuutta", emme Fullerin mukaan voi mitenkään arvioida, onko esimerkiksi oma oikeusjärjestyksemme hyvä vai huono verrattuna muihin. Toisin sanoen, jos pidämme oikeutta vain objektina tai faktana, emme voi sanoa, että oikeusjärjestys x täyttää oikeudellisuuden ideaalin paremmin kuin oikeusjärjestys y. Mutta jos tunnustamme oikeuden olevan prosessi, johon kuuluu olennaisesti pyrkimys toteuttaa tarkoituksensa mahdollisimman hyvin, silloin meillä on oikeuden sisäisen moraalin tarjoama mittapuu, jonka avulla voimme arvioida sitä kuinka tuo tarkoitus toteutuu, missä määrin oikeus toteuttaa omaa päämääräänsä, oikeudellisuutta (legaliteettia). (ML, 147)

Oikeuden sisäinen moraalit on tällöin jotakin, jota kansalaiset voivat oikeutetusti odottaa ja vaatia lainsäätäjiltä – se on jotakin, jonka avulla lainsäätäjien toimintaa voidaan arvioida. Oikeus on Fullerin mukaan lainsäätäjien ja kansalaisten *vastavuoroisten velvollisuuksien* suhde: kansalaisilla on velvollisuus noudattaa lakeja, mutta lainsäätäjillä on myös velvollisuus noudattaa oikeuden sisäistä moraalit. Positivismi ei Fullerin mukaan ota tätä oikeuteen sisältyvää vastavuoroisuutta huomioon. (ML, 137-40)

3.6 Fullerin luonnonoikeuden proseduraalisuus. Kun tarkastelemme oikeutta päämäärään pyrkivänä prosessina, silloin Augustinuksen ja Tuomas Akvinolaisen mantra "epäoikeudenmukainen laki ei ole lainkaan laki" alkaa tuntua järkevältä. Fullerialisittain tämä tarkoittaa nimitäin sitä, että sellainen oikeussääntöjen järjestelmä, joka epäonnistuu yhtä pahasti kuin kuningas Rexin lainsäädäntö, ei ole sääntöjen järjestelmä lainkaan. Sikäli kuin ylipäänsä onnistumme laatimaan

jonkinlaisen sääntöjen järjestelmän, tuolla järjestelmällä on jo oma sisäinen moraalinsa. Tässä minimaalisessa mielessä epäoikeudenmukainen laki ei ole lainkaan laki. Mutta on huomattava, että tässä sanalla "oikeudenmukaisuus" tarkoitetaan jotakin aivan muuta kuin perinteistä *sisällöllistä* oikeudenmukaisuutta, joka ilmenee "kansan oikeustajun mukaisuutena".

Fuller ei viittaa ilmauksella "oikeuden sisäinen moraalit" yksittäisten lakien sisältöön, vaan koko lakijärjestelmän muodollis-menettelmällisiin ominaisuuksiin, sillä sellaisia hänen kahdeksan lakijärjestelmän hyvettään ovat. Siksi hänen oma luonnonoikeutensa on *proseduraalista* eikä *sisällöllistä* luonnonoikeutta. Hänen teoriansa päätarkoitus ei siis ole kertoa mitä konkreettisia asioita lakien tulisi kieltää tai sallia, vaan pikemminkin osoittaa, että *ennen* kuin meillä voi olla mitään lakeja – olivatpa ne sisällöltään hyviä tai huonoja, oikeudenmukaisia tai epäoikeudenmukaisia – lakien täytyy jo täyttää tietyt muodolliset tai proseduraaliset ennakkoehdot, joita voi kutsua moraaliksi vaatimuksiksi tai tietynlaisen oikeudenmukaisuuden vaatimuksiksi.

Fullerille oikeuden "luonnolliset lait" eivät siis ole ihmisten yläpuolella olevia jumalallisia lakeja. Päinvastoin, kyse on hyvin maanläheisistä laeista. Fullerin mukaan voisimme puhua myös vaikkapa kirvesmiehen ammattiin kuuluvista "luonnollisista laeista" samassa mielessä kuin puhumme oikeuteen kuuluvista luonnollisista laeista: sikäli kuin kirvesmies haluaa rakentaa taloja jotka pysyvät kasassa ja joissa voi asua, täytyy hänenkin noudattaa toiminnassaan tiettyjä lakeja tai "kirvesmiehuuden sisäistä moraalit".

Fuller suostuu tunnustamaan yhden sisällöllisen luonnollisen lain, jota hän pitää kaikkein tärkeimpänä. Fullerille luonnonoikeuden tärkein sisällöllinen periaate on *kommunikaatio*. Kommunikoimalla toistensa kanssa ihmiset ovat kyenneet laatimaan sääntöjä jotka edistävät heidän hengissä pysymistään. Kommunikaatio mahdollistaa myös paljon *muutakin* kuin vain hengissä pysymisen – sen avulla voimme oppia uusia asioita, kertoa toisillemme havainnoistamme, tunteistamme, jne. Tärkein luonnonoikeuden sisällöllinen käsky tai kehoitus koskee siis ihmisten välisten kommunikaation ylläpitämistä ja lisäämistä. (ML, 185-6)

3.7 Tehokkuus ja moraalisuus. Hart kirjoitti Fullerin kirjasta arvostelun, jossa hän kritisoi ajatusta oikeuden sisäisestä moraalista. Hartin mukaan Fullerin ajatus, että voidakseen todella ohjata ihmisten käyttäytymistä oikeuden täytyy täyttää tietyt

muodolliset tai proseduraaliset vaatimukset, on aivan oikea. Hartin mukaan näitä muodollisia vaatimuksia ei kuitenkaan voi pitää *moraalisina*. Kyse on pikemminkin *tehokkuudesta* siinä mielessä, että mitä paremmin jokin oikeusjärjestys (normijärjestelmä) täyttää Fullerin kahdeksan oikeudellisuuden periaatetta, sitä tehokkaammin se pystyy toteuttamaan tarkoitustaan. Tehokkuus on kuitenkin moraalisesti neutraali termi, koska se voi soveltua sekä hyvien että pahojen tarkoitusten edistämiseen. Voisimme aivan yhtä hyvin puhua jonkin selvästi moraalittoman käytännön, vaikkapa toisten ihmisten myrkyttämisen ”sisäisestä moraalista”. Jos tarkoituksena on tappaa joku myrkyttämällä, tämän voi tehdä enemmän tai vähemmän tehokkaasti. ”Myrkyttäjän sisäisen moraalin opas” kertoisi, että kannattaa valita mieluummin hajuton, mauton ja väritön myrkky, kuin sellainen jonka uhri tunnistaa myrkyksi. Tästä näemme, että jonkin päämäärän toteutusta mahdollisimman tehokkaasti edistäviä sääntöjä on absurdia kutsua ”moraaliksi”.

Fuller puolustautuu tätä syytöstä vastaan huomauttamalla, että ”tehokkuutta” ja ”moraalisuutta” ei voi mustavalkoisesti erottaa toisistaan – kuten Hart kritiikissään tekee. Päinvastoin, ainakin yhteiskunnallisista asioista puhuttaessa tehokkuus on lähes sama asia kuin moraalisuus. Ne molemmat ilmenevät käytännön tasolla muun muassa säännönmukaisuutena, poikkeuksettomuutena, ennustettavuutena ja johdonmukaisuutena. Yhteiskunnan tasolla ilmenevä moraalisuus on siksi olennaisesti proseduraalista luonteeltaan. (Ja kyllä yksilöltäkin vaaditaan moraalista johdonmukaisuutta. Esimerkiksi Kantin etiikka perustuu ajatukseen, että moraalisesti hyviä ovat vain ne teot, joiden periaate on yleistettävissä yleiseksi laiksi. Tämän idean hän lienee lainannut Jeesukselta.)

Artikkelissaan ”Positivism and Fidelity to Law” Fuller sanoo myös uskovansa, että sellainen oikeusjärjestys, joka toteuttaa proseduraalisen oikeudenmukaisuuden vaatimuksia, samalla myös väistämättä toteuttaa sisällöllisen oikeudenmukaisuuden vaatimuksia. Jos lait ovat sisällöltään moraalittomia, eivät ne myöskään voi täyttää legaliteettiperiaatteita. Taustalla on siis ajatus, että *pahuutta* ei voi toteuttaa johdonmukaisesti, ristiriidattomasti, ennakoitavasti jne. Mutta tätä Fuller ei ole vakuuttavasti pystynyt osoittamaan. Päinvastoin, esimerkiksi natsi-Saksan lait näyttävät olevan painava vasta-argumentti Fullerille. Fullerin puolustukseksi voidaan kuitenkin todeta, että proseduraalisen ja substantiaalisen oikeudenmukaisuuden yhdistäminen ei ole Fullerin teorian päätarkoitus (vaikka kriitikot siihen hanakasti tarttuvatkin). Tarkoitus on vain

osoittaa, että proseduurin noudattaminen itsessään on tietyllä tavalla moraalista tai oikeudenmukaista.

4 Klassinen oikeuspositivismi

4.1 Oikeuspositivismin käsitteestä

Kun oikeusfilosofiassa puhutaan *positivismista*, viitataan näkemykseen, jonka mukaan oikeutta ei ole olemassa ilman ihmisten omia päätöksiä ja konventioita. Positivismi tulee latinan sanasta "positum" eli *asetettu*. Oikeudessa on siis positivismin mukaan kyse ihmisten itsensä asettamista laeista tai muista normeista – ne eivät ole itsekseen valmiina jossakin (vaikkapa Jumalan mielessä). Toinen positivismia luonnehtiva piirre, jota korostetaan yleensä enemmän, on se, että positivismi erottaa oikeuden ja moraalin selvästi toisistaan. Toisin sanoen, positivismi erottaa tarkoin toisistaan oikeuden sellaisena kuin se *on* (eli voimassaolevan oikeuden) ja oikeuden sellaisena kuin sen *pitäisi* olla (ideaalisen oikeuden).

Positivistit eivät väitä, että oikeuden moraalinen hyvyys tai huonous olisi täysin merkityksetöntä tai irrelevanttia oikeustieteelle, tai että oikeus ja moraalit eivät koskaan tosiasiallisesti kytkeytyneitä toisiinsa. Kyse on vain siitä, että positivistien mukaan oikeuden ja moraalin välillä ei ole *välttämätöntä* suhdetta ja että siksi täysin moraalittomat lait ovat periaatteessa *mahdollisia* (vaikkeivät käytännössä yleisiä).

Nämä positivismin peruspiirteet voidaan tiivistää kahteen seuraavaan teesiin (Coleman ja Leiter, "Legal Positivism", *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Blackwell), s. 241):

- (1) Oikeuden olemassaolo (jonkin tietyn yhteiskunnan sisällä) on pohjimmiltaan yhteiskunnallinen tosiasia tai konventio ("the social thesis").
- (2) oikeuden ja moraalin välillä ei ole välttämätöntä yhteyttä ("the separability thesis")

Nämä molemmat piirteet sisältyvät Leslie Greenin *Stanford Encyclopedia of Philosophy:ssa* antamaan oikeuspositivismin määritelmään: "Oikeuspositivismi on teesi, jonka mukaan oikeuden olemassaolo ja sisältö riippuu yhteiskunnallisista tosiasioista eikä oikeuden ansioista (*merit*)".

Positivismi ei siis oikeudesta puhuttaessa tarkoita "negatiivisen" vastakohtaa. Oikeuspositivismia ei myöskään pidä sekoittaa *loogiseen positivismiin* (jonka

mukaan lauseen merkitys on sen verifioimismetodi) eikä *sosiologiseen positivismiin* (jonka mukaan yhteiskuntaa pitää tutkia luonnontieteiden metodilla). Tosin, kuten Coleman ja Leiter huomauttavat, kaikkia näitä positivismin muotoja yhdistää se idea, että kyseessä olevan ilmiön – oikeuden, kielellisen merkityksen tai yhteiskunnan – tulee olla ihmisen ymmärryksen ulottuvilla ja että ilmiön selityksessä ei siksi saa vedota ihmisen havainto- ja käsityskyvyn ulkopuolelle meneviin metafyyysiin tai yliluonnollisiin tekijöihin.

Oikeuspositivismissa voidaan erottaa kolme eri versiota. Vanhin on Jeremy Benthamin (1748-1832) ja John Austinin (1790-1859) ”käskyteoria”. Sen mukaan oikeus koostuu suvereenin antamista käskyistä, joiden rikkojia uhataan joillakin epämiellyttävillä seuraamuksilla. Toinen positivismin versio on Hans Kelsenin (1881-1973) ”puhtaan oikeusopin” malli, jossa oikeusnormit muodostavat suljetun hierarkian ja jossa kaikkien normien viimekätisenä oikeuttajana toimii edellytetty ”perusnormi”. Kolmatta versiota edustaa H.L.A. Hartin (1907-1992) käsitys oikeudesta kahdentasoisten sääntöjen systeeminä, jossa tärkeää on ottaa huomioon oikeuteen osallistujien oma *sisäinen* näkökulma oikeuteen. Tutustumme seuraavaksi kuhunkin versioon hieman tarkemmin, ja samalla testaamme sopivatko Colemanin ja Leiterin mainitsevat kaksi oikeuspositivismin määrettä niihin.

4.2 Benthamin käskyteoria

Vaikka oikeuspositivismin perusajatuksia löytyy jo 1600- ja 1700-luvulla eläneiltä Thomas Hobbesilta ja David Humelta, sen tärkein varhainen edustaja on ehdottomasti Jeremy Bentham. Bentham on tullut kuuluisaksi *utilitarismin* isänä. Tämän moraalij- ja yhteiskuntafilosofisen opin mukaan oikean toiminnan mittarina tulee olla *hyödyn periaate*, jonka mukaan kaiken toiminnan pitää pyrkiä tuottamaan mahdollisimman paljon onnellisuutta mahdollisimman monelle. (Ks. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, s. 11). Mutta ennen kaikkea Bentham oli kuitenkin oikeustieteilijä ja -filosofi. Hän oli koulutukseltaan juristi ja hänen valtava kirjallinen tuotantonsa käsittelee enimmäkseen oikeuden ja lakien luonnetta sekä ehdotuksia oikeuslaitoksen parantamiseksi. Utilitarismi liittyy toki näihin oikeutta koskeviin pohdiskeluhinkin, koska hyödyn periaatteen pitäisi ohjata myös julkista toimintaa. Benthamin mukaan lainsäätäjien ja tuomareiden pitäisi julkista valtaa käyttäessään pyrkiä maksimoimaan yleinen hyöty eli

lisäämään kansalaisten onnellisuutta, eikä sovittamaan toimintaansa yhteen epäilyttävien "luonnollisten lakien" kanssa.

Benthamista tekee positivistin nimenomaan se, ettei hän uskonut minkäänlaisten ihmisistä riippumattomien luonnollisten lakien ja oikeuksien olemassaoloon. Oikeus koostuu ihmisten itse säätämistä laeista. Tarkemmin sanottuna oikeudellinen järjestelmä on mahdollinen silloin, kun yhteiskunnassa on *suvereeni* eli määrätty henkilö tai henkilöiden ryhmä, jota muut ihmiset eli alamaiset tavanomaisesti tottelevat. (*A Fragment on Government*, teoksessa *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, s. 221) Lait tarkoittavat tällaisen suvereenin antamia *käskyjä* eli tahdon ilmauksia, jotka koskevat tiettyjen alamaisten käyttäytymistä tietynlaisissa tilanteissa. Ja halutunlaisen käyttäytymisen varmistamiseksi alamaisia motivoidaan rangaistuksien ja palkkioiden avulla (*Of Laws in General*, Lloyd, s. 224-5).

Periaatteessa kaikki lait ovat suvereenin tahdon ilmauksia (käskyjä) joihin liittyy jokin sanktio. Bentham erotti kuitenkin erityyppisiä lakeja. Lait voivat olla suvereenin suoria tahdonilmauksia, tai sitten ne voivat olla epäsuoria tahdonilmauksia, jotka eivät suoraan káske tekemään tai olemaan tekemättä jotakin vaan ainoastaan *sallivat* tietynlaisen käyttäytymisen. Alamaiset voivat esimerkiksi laillisesti käydä kauppaa tai solmia sopimuksia keskenään kysymättä lupaa suvereenilta. Näin suvereeni siirtää tietyn määrän valtaansa alamaisilleen. Hänen omat käskynsä ovat tässä kohtaa "epätäydellisiä" ja alamaiset itse täydentävät ne. Jos esimerkiksi myyn taloni jollekulle ja jos toimi tehdään lain määräämän proseduurin mukaan, se tarkoittaa sitä, että taloni omistusoikeus siirtyy kauppahinnan suorittamisen jälkeen ostajalle eikä jollekin kolmannelle. Tavallaan suvereeni on siis kieltänyt muita paitsi ostajaa kajoamasta talooni. Suvereeni ei tietenkään ole spesifisti antanut juuri minun taloani ja juuri tätä tiettyä myyntitilannetta koskevaa käskyä, vaan "epätäydellisen mandaatin", jolla hän määrää, miten omaisuuden siirrot pitää toteuttaa hänen valtakunnassaan ja mitä seurauksia on hänen määräystensä rikkomisesta. Tällaiset alamaisille valtaa antavat ja tietynlaisen käytöksen sallivat laitkin ovat viime kädessä palautettavissa suvereenin käskyihin, eikä aitoja lakeja voi olla ilman niitä. (Ks. *LG*, s. 229-30.)

Benthamin käsitys laeista suvereenin tahdon ilmauksina täyttää siis Colemanin ja Leiterin mainitseman ensimmäisen ehdon ("social thesis"): oikeutta ei ole olemassa ilman tiettyjä yhteiskunnallisia tosiasioita tai konventioita. Benthamin käsitys oikeudesta täyttää myös positivismin toisen määreen, jossa oikeus ja moraal

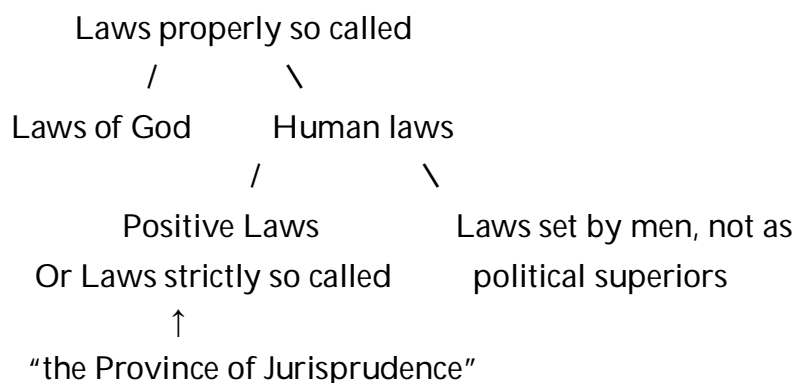
erotetaan toisistaan ("separability thesis"). Bentham pyrki kylläkin koko elämänsä ajan kiihkeästi uudistamaan ja parantamaan oikeuslaitosta. Hänen mielestään Englannin silloinen *common law*-järjestelmä oli "teknisten porsaanreikien ja oikeudellisten fiktioiden täyttämä, selittämätön ja sekava ennakkotapausten ja käsittelytapojen kokoelma, käsittämätön kaikille muille paitsi juristien etuoikeutetulle ammattikunnalle." (Häyry, "Jeremy Bentham ja klassinen utilitarismi", teoksessa *Filosofien oikeus*, s. 204.) Mutta Bentham ei silti kiistänyt moraalittomien lakien *pätevyyttä* (kuten luonnonoikeusteoreetikko tekisi). Hän piti tarkasti toisistaan erossa lakien ja oikeuslaitoksen oikeutetun *kritisoinnin* sen pätevyyden kiistämisestä.

Moraalittomia ja huonoja lakeja saa ja pitääkin kritisoida sillä perusteella, että ne eivät noudata hyödyn periaatetta. Mutta sellainen vallitsevaan oikeusjärjestelmään kohdistuva kritiikki, jossa vedotaan kaikille ihmisille luonnostaan kuuluviin ikuisiin oikeuksiin, ja jossa tällä perusteella kiistetään kokonaan säädettyjen lakien pätevyys, oli Benthamin mielestä vaarallista ja sekasortoon johtavaa. Huonokin positiivinen laki on parempi kuin fiktiivinen luonnollinen laki. Benthamin kuuluisan lausahduksen mukaan juristin tulee totella lakeja kuuliaisesti mutta kritisoida niitä vapaasti. (Ks. Waldron, *Bentham's Anarchical Fallacies*, s. 41) Eli tiivistetysti: huonot ja moraalittomat laitkin ovat päteviä lakeja jos ne ovat sanktioin vahvistettuja suvereenin tahdon ilmaisuja. Niitä saa ja pitääkin pyrkiä muuttamaan, mutta vain oikeussysteemin sisältä käsin, ei anarkian ja väkivallan avulla.

4.3 Austinin käskyteoria

Toinen tunnettu käskyteorian kannattaja oli Benthamin oppilas ja seuraaja John Austin. Hän toteaa pääteoksessaan *The Province of Jurisprudence Determined* (1832) lyhyesti ja ytimekkäästi, että "every law is a command" (Lloyd, 244). Tämä vaatii kuitenkin täsmennystä, sillä mikä tahansa käsky ei ole laki eivätkä kaikki lait kuulu "oikeustieteen valtakuntaan". Austin erottaa ensinnäkin kaksi lakien päätyyppiä: Jumalalta ja ihmisiltä lähtöisin olevat. Jumalalta tulevat lait eivät kuulu oikeustieteen piiriin. Ne voivat toki toimia ihmisten säätämien lakien hyvyyden tai huonouden kriteereinä, mutta positivismin erotteluteesin mukaisesti Austin ei pidä lakien hyvyyttä tai huonoutta niiden pätevyyden mittarina. Austinin kuuluisa toteamus on, että "The existence of law is one thing, its merit or demerit is another" (Lloyd, 250).

Oikeustieteen tehtävänä on tutkia ihmisten itse säätämiä lakeja, jotka ovat aina käskyjä. Mutta kaikki käskyt eivät ole lakeja. Käskyt ovat varsinaisia positiivisia lakeja vain jos ne on antanut poliittisesti *ylempiarvoinen* henkilö. Jos samanarvoiset ihmiset antavat käskyjä toisilleen, ne eivät ole oikeudellisesti päteviä lakeja. Oikeustieteen tutkimuskohteena on poliittisesti ylempiarvoisen ihmisen tai ihmisryhmän muille ihmisille antamat käskyt. Voimassaoleva oikeus tarkoittaa näitä käskyjä. Tässä tehdyt erottelut voi esittää seuraavan kaavion muodossa (Austinin omia englanninkielisiä termejä käyttäen):



Avaintermi Austinin teoriassa on siis "käsky". Tarkemmin sanottuna käsky tarkoittaa jonkin halun tai toiveen ilmausta, johon liittyy *uhkaus* jostakin epämiellyttävästä seuraamuksesta, jos käskyä ei noudateta. Tätä epämiellyttävää seurausta kutsutaan yleensä Austinin mukaan *sanktioksi* (vaikka esimerkiksi Benthamilla sanktio voi olla myös jokin miellyttävä seuraus). Jos käskyn antaja ei kykene tai ei aio rangaista niitä, jotka eivät käskyä noudata, kyseessä ei ole aito käsky. Austinilla (aitoa) käskyä vastaa aina toisen *velvollisuus*. Käsky ja velvollisuus ovat hänelle korrelatiivisia termejä. Velvoittavuus liittyy tietysti sanktion olemassaoloon: käsky ei aidosti ole velvoittava, jos sen noudattamatta jättämisestä ei seuraa mitään epämiellyttävää. Toisin sanoen: jos A antaa *käskyn* B:lle, niin B:lla on *velvollisuus* totella A:ta, ja ellei B tottele, A voi antaa *sanktion* B:lle.

Jotta A todella kykenisi antamaan B:lle sanktion, hänen täytyy olla ylempässä asemassa (*superior*) kuin B. Ja ylempi asema tarkoittaa nimenomaan (tietyn) poliittisen järjestelmän kaikkein korkeinta asemaa eli suvereenia. Suvereenin Austin määrittelee tietyksi ihmiseksi tai ihmisten joukoksi jota pääosa yhteiskunnan muista jäsenistä yleensä tottelee ja joka ei itse yleensä tottele ketään tiettyä ylempiarvoista henkilöä. (Lloyd, s. 251) (Mainittakoon että Austin kritisoi

Benthamin käskyteoriaa siitä ettei siinä mainittu tätä negatiivista ehtoa suvereenille). Tällainen itsenäinen, riippumaton, oman yhteiskuntansa sisällä ylivertainen käskyjen antaja on se jonka avulla rajataan tietty oikeusjärjestelmä muista. Ne ihmiset jotka tavanomaisesti tottelevat jonkun toisen suvereenin käskyjä kuuluvat toisen oikeusjärjestyksen piiriin.

4.4 Käskyteorian kritiikki: Hart

Austinin käskyteoria oikeudesta muistuttaa jonkin verran rikosoikeuden järjestelmää – siinähan ihmisiä sanktioiden uhalla kielletään tekemästä tiettyjä tekoja. Mutta siitä löytyy paljon kritisoitavaa. Tässä muutamia Hartin esiin nostamia puutteita (jotka löytyvät Hartin *Concept of Law:n* alkuluvuista). Teoria ensinnäkin sopii huonosti siviilioikeudellisiin lakeihin, jotka määrittelevät mm. miten pitää laatia testamentti tai solmia sopimus tai avioliitto. Nämä lait eivät *pakota* ihmisiä toimimaan tietyllä tavalla, halusivatpa he sitä tai eivät, vaan ne *mahdollistavat* sen, että ihmiset voivat itse luoda uusia oikeuksien ja velvollisuuksien rakenteita. Jos esimerkiksi testamentin tekemisen sääntöjä rikotaan, tuntuisi oudolta kuvata tilannetta ”tottelemattomuudeksi”, josta seuraa ”rangaistus”. Kyse on pikemminkin huolimattomuudesta tai tietämättömyydestä, josta ei seuraa muuta ”rangaistusta” kuin se, että aiottu testamentti *ei ole pätevä*.

Austin ei siis huomaa sitä, etteivät kaikki oikeussäännöt käske ihmisiä tekemään tai olemaan tekemättä jotakin. Edelleen, Austinin teoria soveltuu huonosti lakeihin, jotka säätelevät tuomioistuinten toimintaa – jotka esimerkiksi määrittävät, kuinka laajalle ja minkä tyyppisiin asioihin tietyn tuomioistuimen valta ulottuu. Tällaisten sääntöjen tarkoitus tuskin on pelotella tuomareita toimimaan tietyllä tavalla, vaan kyse on pikemminkin niiden *ehtojen ja rajojen määrittämisestä*, jonka puitteissa tuomioistuimen ratkaisut ovat lainvoimaisia. Jos näitä sääntöjä ei noudateta, ”rangaistus” on tosiasiallisesti vain se, että jokin päätös ei tosiasiallisesti ole lainvoimainen ja että ylempi oikeusaste voi halutessaan kumota tällaisen päätöksen. (Mutta tätäkään ei aina tapahdu, koska tuomiovaltansa ylittäneelle tuomarille ei välttämättä tapahdu yhtään mitään). Samaten, jos rikotaan niitä sääntöjä, jotka säätelevät lakien säätämistä eduskunnassa, on ”rangaistus” vain se, että mitään lakia ei tosiasiallisesti säädettykään – olettaen että joku huomaa virheen.

Austinin käskyteoriaa voidaan kritisoida myös siitä että siinä oikeussäännöt vaativat aina joitakin *toisia* käyttäytymään tietyllä tavalla, mutta säännöt eivät

koske käskyjen antaa. Yleensä lait kuitenkin soveltuvat myös niiden säätäjiin: esimerkiksi kansanedustajia koskevat suurimmalta osaltaan samat lait kuin tavallisia ihmisiäkin.

Austinin yksinkertaisessa käsky-uhkaus-mallissa sääntöjen *alkuperä* on aina selkeä – säännön alkuperä on siinä tietyssä hetkessä kun suvereeni sen antaa. Mutta monet oikeussäännöt ovat syntyneet pitkäaikaisen *tavan* tuloksena, eikä niiden alkuperää voi paikantaa mihinkään tiettyyn hetkeen tai kenenkään tietyn ihmisen eksplisiittiseen käskyyn. Austin selitti tavanomaisen oikeuden olemassaolon sanomalla, että vaikka maan tapa ei perustu suvereenin antamaan käskyyn, suvereeni *sallii* alaiensa pitää maan tapaa sitovana. Näin hän ikään kuin implisiittisesti kääkee kansalaisia toimimaan maan tavan mukaisesti. Olemalla puuttumatta maan tavan rikkomisesta annettuihin rangaistuksiin suvereeni hiljaisesti hyväksyy ne, aivan kuten armeijassa ylempi esimies saattaa olla puuttumatta jonkun alemman esimiehen harrastamaan alokkaiden simputukseen.

Hart huomauttaa, että jotta tämä selitys olisi hyväksyttävä, suvereenin pitäisi olla *tietoinen* alaiensa toiminnasta, lisäksi hänen pitäisi harkita asiaa ja *päättää* olla puuttumatta siihen. Nykyisissä valtioissa suvereeni ei kuitenkaan voi olla kaikkietävä – ts. ylintä valtaa käyttävät eivät voi olla tietoisia siitä mitä alemmilla lainkäytön tasoilla tapahtuu, millaisia sääntöjä maan eri tuomioistuimissa tosiasiallisesti sovelletaan. Näin suvereeni ei voi tietoisesti jättää puuttumatta joihinkin tiettyihin käytäntöihin, koska hän ei voi olla tietoinen kaikista mahdollisista käytännöistä. Tämä yritys sulauttaa kaikki tosiasiallisesti sovelletut säännöt suvereenin tahdon ilmauksiksi toimii kenties pienissä, suljetuissa yhteisöissä, joissa ylintä valtaa käyttävä tietää kaiken mitä hänen alaisensa tekevät, mutta moderneissa, monimutkaisissa, valtion tasoissa yhteisöissä tämä malli ei toimi.

Kenties hankalin Hartin käskyteorialle esittämä kysymys on se, miten pelkkä *tapa* totella jonkun käskyjä (*habitual obedience*) voi selittää sen, että käskyvalta *siirtyy* suvereenilta toiselle? Tai sen, että lait ovat yleensä luonteeltaan *pysyviä* eivätkä lakkaa olemasta voimassa suvereenin vaihtuessa? Lainsäädäntövallan jatkuvuus ja lakien pysyvyys ovat oikeudellisen järjestelmän olennaisia piirteitä jotka minkä tahansa teorian oikeudesta pitää ottaa huomioon. Käskyteoria ajautuu tässä kohtaa lopullisesti vaikeuksiin. Teorian mukaanhan lait saavat pätevyytensä siitä, että kansalaiset tavanomaisesti tottelevat lakien antajaa, eikä lakien antaja tottele ketään muuta. Mutta sillä hetkellä kun suvereeni vaihtuu, uutta suvereenia ei kukaan ole

vielä ehtinyt totella, eikä ole olemassa mitään takeita siitä että häntä tulnaisiin tottelemaan. Miksi hänen antamansa ensimmäiset käskyt olisivat siis päteviä lakeja? Hartin mukaan ne ovat lakeja sen takia, että ne antaa tietyssä *asemassa* oleva henkilö (eikä tietty henkilö), ja tuo asema on sellainen, joka määrittellään tietyn *säännön* avulla – esimerkiksi “Uuden hallitsijan tulee olla entisen hallitsijan vanhin miespuolinen perillinen”. Tämä sääntö on ollut olemassa jo ennen suvereenin vaihdosta ja ainoastaan sen perusteella uudenkin suvereenin käskyt ovat lakeja. Toisin sanoen, suvereenia ei voi määrittellä puhtaasti faktuaalisesti, vetoamalla pelkästään siihen tosiasiaan että suurin osa ihmisistä tavanomaisesti tottelee tiettyä henkilöä. Suvereeni määrittellään tietyn säännön avulla; vain näin taataan lainsäädäntövallan jatkuvuus (ja lakien pysyvyys). Siitä, mistä säännön olemassaolo puolestaan koostuu, puhumme tarkemmin Hartin positivismin esittelyn yhteydessä.

5 Kelsenin puhdas oikeusoppi

5.1 Lainopista oikeustieteeksi

Toinen positivismin pääversio, Hans Kelsenin *puhdas oikeusoppi*, pyrkii välttämään nämä käskyteorian faktuaalisuuteen (tosiasioihin sidoksissa olemiseen) liittyvät ongelmat. Kelsenin pääteos *Reine Rechtslehre* julkaistiin vuonna 1934; siinä esitelty omaperäinen käsitys oikeuden luonteesta on ollut erittäin vaikutusvaltainen mutta myös kiistelty. Kelsenin oikeusopin "puhtaus" viittaa siihen, että hän halusi siivota oikeudesta kaikki siihen kuulumattomat ainekset pois, niin että saataisiin selkeästi rajattua oikeustieteelle oma tutkimuskohde. Tämä on välttämätöntä, jos oikeustiede aikoo olla *tiede* muiden tieteiden joukossa. Jos oikeustieteellä ei ole omaa tutkimuskohdetta, se redusoituu esimerkiksi moraalifilosofiaan tai sosiologiaan. (Tässä halussa tieteellistää oikeustiede näkyy selvästi Kelsenin aikana kukoistaneen loogisen positivismin vaikutus hänen ajatteluunsa.)

Mitä oikeustieteilijät sitten oikein tutkivat, kun he tutkivat oikeutta? Jos oikeutta tarkastellaan luonnontieteellisestä näkökulmasta käsin, se koostuu vain tietynlaisista ajallis-paikallisista fyysisistä prosesseista. Esimerkiksi tuomion julistamista (Kelsenin ajan Itävallassa) voi kuvata siten, että viittaan pukeutunut mies lausuu korokkeelta edessään seisovalle ihmiselle tiettyjä sanoja. Tällainen prosessi muuttuu *oikeudelliseksi* vasta kun liitämme siihen tietyn *merkityksen*. Kelsenin mukaan tuo merkitys on peräisin *normista* jonka sisältö viittaa kyseiseen prosessiin. Esimerkiksi kahden henkilön välillä tapahtuva tietynsisältöinen kirjeenvaihto muuttuu juridisesti pätevän *sopimuksen* tekemiseksi vasta sopimusten tekoa säätelevien normien kautta. (*Puhdas oikeusoppi*, s. 2.)

Oikeus koostuu siis normeista, ja oikeustiede on normien tutkimista. Näin oikeustiede on rajattu tosiasioita tutkivista luonnontieteistä. Normit ovat käyttäytymisohjeita, joissa on kyse siitä, miten asioiden *pitäisi* olla. Ne eivät siis viittaa mihinkään tosiasiasa vallitseviin olosuhteisiin. Mutta pelkästään tämän perusteella oikeutta ei vielä saada rajattua omaksi alueekseen. Onhan myös esimerkiksi moraalissa kyse normeista, ihmisten käyttäytymistä säätelemään pyrkivistä säännöistä. Ja muiden oikeuspositivistien tavoin Kelsen ei halunnut sotkea oikeutta ja moraalialia toisiinsa: oikeus on puhdistettava paitsi tosiasioista, myös moraalista. Miten oikeusnormit sitten eroavat muista normeista? Tavallaan

koko Kelsenin teoria on tämän eron selventämistä (sen jälkeen kun oikeus on saatu erotettua tosiasioita tutkivista luonnontieteistä).

5.2 Oikeusnormien erityispiirteet

Kelsenin mukaan moraalinormit ovat tyypillisesti käskyjä (imperatiiveja), kuten "Älä valehtele". Oikeusnormit sen sijaan ovat *hypoteettisia arvostelmia*, joissa ilmaistaan erityinen suhde tietyn olosuhteen ja seurauksen välillä ("Jos teet niin-ja-niin, tapahtuu sitä-ja-sitä"). Tässä jos-niin suhteessa ei kuitenkaan ole kyse samanlaisesta suhteesta kuin luonnonlaeissa, joissa tietyt tapahtumat tai olosuhteet liittyvät toisiinsa syyn ja seurauksen avulla. Oikeusnormissa liitetään yhteen *oikeusehto* ja *oikeusseuraamus* tavalla, joka hieman muistuttaa luonnontieteellistä syyn ja seurauksen suhdetta. Ero on kuitenkin siinä, että luonnonlaisissa liitosperiaatteena on kausaalisuuhde, kun taas oikeusnormissa liitosperiaatteena on *imputaation* (syyksilukemisen) suhde. Imputaationsuhdetta ilmaisee sana "pitäisi" (*sollen*). Eroa voi havainnollistaa seuraavalla tavalla (PO, s.86):

Luonnonlaki (kausalisuuden periaate): Jos A vallitsee, niin B:kin vallitsee.

Oikeusnormi (imputaation periaate): Jos A vallitsee, niin B:n *pitäisi* vallita.

Luonnonlaisissa A:n ja B:n välillä on välttämätön suhde, siinä mielessä että A:sta tosiaan aina seuraa B (jos kyseessä on aito luonnonlaki eikä pelkkä testattavana oleva hypoteesi). Oikeusnormissa taas on kyse *normatiivisesta* suhteesta: A:sta ei aina välttämättä seuraa B – oikeusseuraamus ei aina välttämättä toteudu vaikka oikeusehto täyttyisi – mutta seuraamuksen kuitenkin *pitäisi* aina toteutua silloin kun oikeusehtokin toteutuu.

Tarkemmin sanottuna oikeusseuraamus tarkoittaa sanktiota eli *rangaistusta*. Oikeusjärjestyksen tarkoitus on saada ihmiset käyttäytymään tietyllä tavalla, ja jos he eivät niin tee, he saavat rangaistuksen. Oikeus on Kelsenille ennen kaikkea *pakkojärjestys*: siinä on kyse normeista, joita ihmiset saadaan tarvittaessa pakkokeinojen avulla noudattamaan. Kelseniläisittäin ilmaistuna oikeusehdon täyttymisestä seuraa *pakkoakti*, eli akti, "joka on pantava täytäntöön vastoin sen tahtoakin, johon akti kohdistuu, ja vastarintaa tehtäessä fyysisen väkivallan avulla" (PO, 121).

Pakottaminen on yksi piirre, joka erottaa oikeusnormit moraalinormeista. Moraalinormien noudattaminen perustuu tyypillisesti vapaaehtoisuuteen ja omaan sisäiseen motivaatioon, ja niiden noudattamiseen voidaan kannustaa palkkioin tai painostaa esimerkiksi paheksumisen avulla. Samojen keinojen avulla voidaan toki yrittää saada ihmisiä noudattamaan oikeusnormejakin, mutta ne tekee oikeudellisiksi kuitenkin vasta se että niiden rikkomisesta seuraa oikeudellisesti määrätty pakkoakti. (Kelsenin mukaan juuri pakkokeinojen käyttö yhdistää niinkin erilaiset oikeusjärjestykset kuin muinaisen Babylonian ja nykyisen USA:n; ks. "General Theory of Law and State", Lloyd, 283)

Oikeusehto on näin ollen se *vääryys (Unrecht)*, josta rangaistus seuraa. Kelsenin teoriassa vääryys on olennainen osa oikeutta – oikeusnormissa kytketään yhteen juuri vääryys ja sanktio. Yleensä vääryyden ajatellaan olevan jotakin oikeudelle vastakkaista ja sen ulkopuolella olevaa, mutta tämä käsitys on Kelsenin mukaan virheellinen. Hän itse väittää päinvastoin, että vääryys on oikeuden *ehto*, ei sen negaatio: "oikeus olemukseltaan nojautuu juuri vääryyteen ja aivan erityisesti siihen." (PO, 126) Kelsen tarkoittanee sitä, että oikeus konkretisoituu käytännössä vasta silloin kun tehdään jokin teko, jota ei saisi tehdä eli josta on normissa määrätty rangaistus. Ellei vääryyksiä koskaan tapahtuisi, voisi ihmetellä, onko oikeutta lainkaan olemassa. Vääryys oikeuden ehtona ilmenee Kelsenin mukaan siitä, että oikeusnormien ydinsisällön voi kuvata täydellisesti hypoteettisilla arvostelmilla, joissa lausutaan, että "jos esiintyy tietty käyttäytyminen, pitää suorittaa tietty pakkoakti" (ibid.) Toisin sanoen, oikeusnormit ovat itse asiassa *viranomaisille* annettuja käskyjä – niissä sanotaan mitä pitää tehdä silloin kun vääryys tapahtuu. Toki usein mukavuussyistä käytetään suoraan kansalaisten käyttäytymistä koskevia normeja, esimerkiksi "Jos olet nauttinut alkoholia, älä aja autoa", mutta tämä on todellisuudessa vain katkelma pidemmästä normista, kuten "Jos joku ajaa autoa alkoholin vaikutuksen alaisena, hänet pitää määrätä viideksi vuodeksi vankilaan."

Oleellista Kelsenin käsitykselle on se, että oikeusnormissa ilmaistu imputaatio (joka liittyy toisiinsa jonkin vääryyden ja rangaistuksen) on puhtaasti *formaalinen*: siihen ei sisälly mitään moraalista tai poliittista kannanottoa siihen, *mitkä* tosiasiat ja seuraamukset normissa pitäisi yhdistää. Kelsenin mukaan imputaatio soveltuu minkä tahansa oikeusehdon A ja minkä tahansa seuraamuksen B välille (PO, 89-90). Puhtaassa oikeusopissa tutkitaan siis normeja vain niiden *muodon* näkökulmasta eikä oteta kantaa siihen millaisten tosiasioiden

pitäisi liittyä millaisiin oikeudellisiin seuraamuksiin (esim. millaisia rangaistuksia rattijuoppoudesta tulisi langettaa).

Kannattaa huomata, että vaikka Kelsen puhuu "pakkoakteista" tavalla, joka tuo mieleen Austinin suvereenin käskijän (ja rikosoikeuden), hänen teoriansa soveltuu vaikeuksitta myös siviilioikeuteen. Jos A ja B tekevät sopimuksen, jonka ehtojen tulkinnasta he joutuvat myöhemmin kiistaan, he vievät asian oikeuteen.

Tuomioistuimien selvittää, mistä he ovat itse asiassa sopineet ja millä tavalla – jos mitenkään – sopimus on pantava täytäntöön. Se voi esimerkiksi määrätä, että B:n on maksettava A:lle 2000 euroa korvausta sopimusrikkomuksesta. Jos B ei maksa, seuraa sanktio. Mutta "sanktio" voi olla myös se, että tuomari julistaa, että perustavan molemminpuolisen erehdyksen vuoksi mitään sopimusta ei koskaan syntynyt ja että kummankaan ei tarvitse tehdä mitään – ei edes maksaa toiselle mitään. "Sanktio" voi siis olla mikä tahansa oikeuksien muutos (tai jopa niiden ennallaan pysyminen).

5.3 Perusnormi oikeuden edellytyksenä

Oikeusnormit siis eroavat moraalinormeista muotonsa puolesta (oikeusnormit ovat hypoteettisia arvostelmia, moraalinormit tyypillisesti käskyjä) sekä siten että oikeusnormeihin liittyy pakkoakti. Mutta millä perusteella pakkokeinot liitetään vain tiettyihin normeihin eikä toisiin – eli mistä oikeusnormit saavat "oikeudellisuutensa"? Ja mistä valtio saa valtuutuksensa käyttää pakkokeinoja? Kelsenin kuuluisa *perusnormi* on yritys vastata näihin kysymyksiin. Oikeusnormit muodostavat yhtenäisen, muista normijärjestelmistä erottuvan systeemin sillä perusteella, että kaikkien oikeusnormien pätevyys riippuu viime kädessä yhdestä ja samasta normista – perusnormista (*Grundnorm*). Kuten muistamme, Kelsen halusi erottaa oikeuden vallitsevista tosiseikoista, eli normia ei tee oikeudelliseksi esimerkiksi pelkästään se tosiasia, että sitä yleisesti noudatetaan. Normit ilmaisevat sen miten asioiden *pitäisi* olla ja pitämisen (*Sollen*) maailmaa ei saa sotkea olemisen (*Sein*) maailmaan. Niinpä normin pätevyyttä voi perustella ainoastaan jonkin toisen normin avulla – viime kädessä perusnormin avulla.

Kelsen erottaa kaksi tapaa jolla normi voi olla riippuvainen toisesta perustavammasta normista.

(1) Normin *sisältö* voi olla riippuvainen toisen (yleisemmän) normin sisällöstä. Moraalin piiriin kuuluvat normijärjestelmät ovat Kelsenin mukaan tällaisia. Esimerkiksi normit "Älä valehtele", "Pidä lupauksesi" ja "Älä petä" voidaan johtaa perusnormista "Ole rehellinen" (PO, 209) – aivan Tuomas Akvinolaisen esittämällä tavalla. Moraalisissa sääntöjärjestelmissä yksittäisten normien sisällöt voidaan siis johtaa universaal(e)ista perusnorm(e)ista. Kelsen kutsuu tällaista normien järjestelmää *staattiseksi*, koska siinä kaikki normit tavallaan jo sisältyvät perusnormiin ja ne pitää vain loogisesti päätellä siitä.

(2) Oikeusnormit sen sijaan eivät saa pätevyyttään sisältönsä johdosta. Kelsenin "positivistin uskontunnustukseksi" kelpaavan lausunnon mukaan "mikä tahansa norminsisältö voi olla oikeutta. Mikään ihmisten käyttäytyminen ei sellaisenaan, laatunsa perusteella, ole oikeusnormin sisällöksi mahdoton" (PO, 212). Normista ei tee oikeusnormia sen sisältö vaan sen *synty tapa* eli se että normi on muodostettu tietyn säännön ja menettelytavan avulla. Perusnormi on se perimmäinen sääntö, jonka mukaan oikeusnormeja luodaan. Perusnormi määrittää sen, millä tavalla luodut normit ovat oikeudellisesti päteviä. Perusnormista ei siis voi johtaa oikeusjärjestyksen yksittäisiä normeja pelkästään pääättelemällä, kuten yleisestä moraalilaisesta voidaan johtaa yksityiskohtaisempia sääntöjä. Jokainen yksittäinen oikeusjärjestyksen normi täytyy *asettaa* erillisellä "tahdon aktilla". Yksittäiset normit seuraavat perusnormista ainoastaan siinä mielessä, että ne noudattavat perusnormissa annettua normien asettamisen proseduuria. (Jääkö tässä mallissa sijaa lakien tulkinnalle – normin soveltamiselle tapaukseen, johon se ei kirjaimellisesti sovellu mutta johon sitä olisi järkevä soveltaa? Jos Suomen laki kieltää vain valtion viran haltijalta lahjusten otton, saako työsuhteessa kuntaan oleva toimihenkilö vapaasti kerätä lahjuksia? Järki sanoo "ei", laki "kyllä".)

Kelsen havainnollistaa asiaa seuraavalla tavalla (PO, 213-4). Joku voi ihmetellä, miksi jokin akti – esimerkiksi kuoleman aiheuttaminen toiselle hirttamällä – on oikeusakti (rangaistuksen täytäntöönpano) eikä murha. Kelsenin mukaan kyseessä on oikeusakti ainoastaan sen vuoksi, että jokin yksittäinen oikeusnormi on asettanut sen sellaiseksi: "jos tekee niin-ja-niin, pitää tuomita kuolemaan hirttamällä." Mutta mikä tekee hirttamistuomiosta lainvoimaisen? Se, että kyseisen rangaistuksen määräävä normi on asetettu soveltamalla rikoslakia, jonka sisältämän yleisemmän normin mukaan kyseisenlaisessa tapauksessa on julistettava kuolemantuomio. Millä perusteella sitten rikoslaki on voimassa? Koska

lainsäädäntöelin on sen hyväksynyt ja koska sillä on valtiosäännön sisältämän normin mukaan kelpuutus asettaa yleisnormeja. Millä perusteella sitten valtiosääntö on voimassa? Se on syntynyt edellisten valtiosääntöjen määräysten mukaisesti (perustuslainmukaisena perustuslainmuutoksena). Näin päädytään lopulta historiallisesti ensimmäiseen valtiosääntöön.

Tämä ketjun viimeinen lenkki – ensimmäinen valtiosääntö – ei ole enää syntynyt samalla tavalla (jonkin positiivisen, oikeusauktoriteetin asettaman normin mukaisesti). Sehän on syntynyt ikään kuin tyhjästä, ennen varsinaisen oikeusjärjestyksen olemassaoloa. Meidän täytyy kuitenkin *edellyttää* että tämä ensimmäisen valtiosääntö on pätevä ja voimassaoleva ”jotta olisi mahdollista selittää sen mukaisesti asetetut aktit pätevien yleisten oikeusnormien luomiseksi tai soveltamiseksi ja näitä yleisiä oikeusnormeja soveltamalla asetetut aktit pätevien yksittäisnormien luomiseksi tai soveltamiseksi” (PO, 214). Näin päädyimme kelseniläiseen perusnormiin, jonka voi ilmaista esimerkiksi seuraavalla tavalla: ”Pakkoakteja pitää asettaa niillä ehdoilla ja sillä tavoin kuin historiallisesti ensimmäinen valtiosääntö ja sen nojalla asetetut normit säätävät”, tai lyhyemmin: ”Pitää käyttäytyä siten kuin valtiosääntö määrää” (PO, 215).

Perusnormi on siis ainoastaan edellytetty normi: sen takana ei enää ole mitään muuta normia, joka takaisi sen pätevyyden. Jos vaatisimme perusnormin taustalle jonkin toisen normin joka takaisi sen pätevyyden, jatkuisi tämä normien ketju loputtomiin, eikä oikeus muodostaisi omaa rajattua systeemiä. Jos taas emme pitäisi perusnormia päteväenä (koska sen takana ei ole mitään perustavampaa normia), emme voisi pitää muitakaan oikeusnormeja pätevinä: kuinka ei-pätevä normi voisi taata pätevyyden muille normeille? Jotta siis oikeus voisi muodostaa muista normijärjestelmistä erottuvan, hierarkisen systeemin, täytyy meidän olettaa tämän systeemin taustalle perusnormi.

Miten Kelsen voi rakentaa koko oikeusnormien järjestelmän ainoastaan hypoteettisen, oletetun normin varaan? Tästä Kelseniä on kritisoitu paljon. On kuitenkin muistettava, että perusnormi on hänen omien teoreettisten sitoumustensa johdonmukainen lopputulos. Jos normin perustana voi olla vain toinen normi (oikeuden ”puhtausvaatimus”), ja toisaalta oikeuden yleinen funktio on säännellä ihmisten käyttäytymistä, niin silloin normien perusteluketju ei voi jatkua äärettömiin, vaan sen on loputtava johonkin – perusnormiin jota ei voi enää perustella. Perusnormi on Immanuel Kantin terminologiaa käyttäen oikeuden

“transsendentaalis-looginen ehto”: jotakin varsinaisen oikeuden ulkopuolella olevaa mutta sen *mahdolliseksi* tekevää – aivan kuten Kantin kuuluisat ymmärryksen kategoriat tekivät mahdolliseksi kaiken tietämisen. (PO, 216). Kelsen huomauttaa myös, että vaikka perusnormi on ainoastaan hypoteettinen, se ei kuitenkaan ole mielivaltaisen valinnan tulos. Perusnormi liittyy konkreettiseen normiin, historiallisesti ensimmäiseen perustuslakiin. Perusnormin hypoteettisuus on ainoastaan sitä, että tuo perustuslaki oletetaan päteväksi.

Kelsen ei kuitenkaan lopulta jätä rakennelmaansa leijumaan ilmaan pelkän edellytetyn perusnormin varaan, vaan kytkee sen myös reaaliseseen *Sein*-maailmaan. Kelsen nimittäin tunnustaa sen, että oikeuden voimassaolon kriteereihin kuuluu myös *tehokkuuden* vaatimus: “oikeusnormin ei enää katsota olevan voimassa, jos se pysyy jatkuvasti tehottomana.” (PO, 12). Toisin sanoen, vaikka jokin normi olisi asetettu perusnormin määräämällä tavalla, mutta kukaan ei tosiasiasa koskaan noudattaisi sitä (ihmiset eivät pyrkisi välttämään normissa määriteltyä sanktioon johtavaa käyttäytymistä, eivätkä toisaalta tuomarit määräisi rangaistuksia vaikka oikeusehto täytyisikin), silloin normia ei voisi pitää pätevänä. Oikeusjärjestelmä on voimassa vain jos se on tehokas eli ihmiset suurin piirtein noudattavat sen sääntöjä. Mutta normien noudattaminen kuuluu faktojen maailmaan; näin Kelsenin puhdas oikeusoppi ei olekaan täysin puhdas, ainoastaan *Sollen*-maailmaan kuuluvista normeista koostuva systeemi.

Perusnormi on ongelmallinen Kelsenin teoriassa myös siksi, että *sen* noudattamatta jättämiseen ei liity pakkoaktia eli sanktiota. Kuten muistamme, Kelsen pitää oikeutta olennaisesti pakkojärjestyksenä, joka koostuu normeista, joissa tietynlainen käyttäytyminen kytketään oikeudellisesti määrättyihin sanktioihin. Mutta mikä rangaistus seuraa perusnormin noudattamatta jättämisestä? Siitä ei voi seurata mitään oikeudellisesti määrättyä sanktiota, koska perusnormi itse määrittää sen, mikä ylipäätään on oikeutta. Sanktio näyttäisi olevan vain se, että jokin tietty normi, jota ei ole asetettu perusnormin määräämällä tavalla, ei olekaan pätevä. Toisin sanoen, perusnormi on luonteeltaan erilainen kuin muut normit: se on salliva, valtuuksia antava (kelpuuttava) eikä vääryyden ja sanktion kytkentä. Tässäkään mielessä Kelsenin teoria ei ole täysin “puhdas”.

Kytetään vielä lopuksi Kelsenin teoria Colemanin ja Leiterin antamaan positivismiin kahteen teesiin. Erotteluteesi pätee ilman muuta Kelsenin teoriaan: oikeutta ja moraalia ei juuri Kelseniä selväsanaisemmin voi erottaa toisistaan. Ja

“social thesis” (jonka mukaan oikeuden olemassaolo on pohjimmiltaan yhteiskunnallinen tosiasia tai konventio) sopii siihen myös, kahdessakin mielessä. Ensinnäkin, Kelsenin mukaan oikeusjärjestyksen yksittäiset normit pitää aina erillisellä “tahdon aktilla” asettaa, jolloin ne ovat siis riippuvaisia tietyistä tosiasioista, ihmisten konkreettisista teoista. Ja toisaalta oikeuden voimassaolo kytkeytyy Kelsenillä sen tehokkuuteen: koko normijärjestelmän voimassaolo vaatii, että ihmiset suurin piirtein noudattavat sitä. Mutta kuten näimme, tämä tosiasioihin kytkeytyminen nakertaa Kelsenin teorian sisäistä johdonmukaisuutta – Kelsen ei lopulta pysty pitämään normien *Sollen*-maailmaa ja tosiasioiden *Sein*-maailmaa toisistaan tiukasti erillään.

6 Hartin positivisismi

6.1 Taustaa

H.L.A. Hart, joka toimi mm. Oxfordin yliopiston oikeustieteen professorina, julkaisi klassikkoteoksensa *The Concept of Law* vuonna 1961. Kyseessä on epäilemättä englanninkielisen maailman vaikutusvaltaisimmin esityks oikeuspositivismista. Hartin teoriassa on tiettyjä yhtymäkohtia Kelsenin puhtaaseen oikeusoppiin, ja tuskin kukaan on perehtynyt Hartia huolellisemmin Benthamin ja Austinin ajatteluun. Kuten jo aiemmin mainittiin, Hart aloittaa kirjansa juuri käskyteorian analysoinnilla ja kritisoinnilla (kohteena on nimenomaan Austinin versio). Hartin mukaan austinilaista mallia oikeudesta vaivasivat mm. seuraavat heikkoudet: siinä ei oteta huomioon sitä tosiasiaa, että esimerkiksi rikosoikeuden säädökset (joka parhaiten sopivat Austinin malliin) sitovat myös niiden antajia, eivätkä pelkästään muita; oikeuteen kuuluu muunkinlaisia lakeja kuin käskyjä tehdä (tai olla tekemättä) jotakin (mm. lakeja jotka mahdollistavat yksityishenkilöiden välisten vapaaehtoisten oikeudellisten suhteiden luomisen); ja oikeuteen kuuluu myös lakeja jotka eivät ole kenenkään eksplisiittisiä käskyjä, vaan jotka ovat muotoutuneet pitkäaikaisen tavan seurauksena. Lisäksi näimme, ettei austinilainen analyysi, jossa oikeus muodostuu suvereenin tottelemisesta, pysty selittämään lakien pysyvyyttä ja jatkuvuutta.

6.2 Oikeus primaari- ja sekundaarisääntöjen yhdistelmänä

Hartin mukaan perussyy Austinin mallin virheellisyyteen on se, että siihen ei sisälly *säännön* käsitettä. Ilman sitä emme Hartin mukaan voi ymmärtää edes oikeuden alkeellisimpia muotoja. Olemme myös jo alustavasti nähneet, että vähänkin monimutkaisempi oikeudellinen systeemi koostuu *erityyppisistä* säännöistä. Voimme erottaa toisaalta perustavat tai *primaariset* säännöt, jotka suoraan käskivät ihmisiä tekemään tai olemaan tekemättä tiettyjä asioita (halusivatpa he tätä tai eivät). Sen lisäksi voimme puhua *sekundaarisista* säännöistä, jotka koskevat esimerkiksi primaarisääntöjen identifiointia, niiden laatimista, muuttamista tai kumoamista. Ne ovat siis "sääntöjä koskevia sääntöjä".

Tarkastellaan ensin lyhyesti sitä, mitä säännön seuraaminen ylipäätään tarkoittaa. Säännön olemassaolo vaatii toistuvaa yhdenmukaista käyttäytymistä, mutta siinä ei kuitenkaan ole kyse pelkästä tavasta tai tottumuksesta toimia tietyllä tavalla.

Säännön eroavuus pelkästä tavasta käy ehkä parhaiten ilmi kun katsomme, miten säännön *rikkajiin* suhtaudutaan. Jos joku rikkoo pelkkää tapaa toimia tietyllä tavalla – rikkoo esimerkiksi tapaansa mennä baariin joka perjantai-ilta – tätä ei yleensä kritisoida, eikä poikkeamisesta seuraa mitään rangaistusta, korkeintaan ihmettelyä. Sen sijaan jos *sääntöä* rikotaan, rikkojaa yleensä moititaan ja häntä painostetaan takaisin yhdenmukaiseen käyttäytymiseen. Moitteille on niiden esittäjien mielestä myös olemassa pätevä syy – nimittäin juuri se, että *sääntöä on rikottu*. Kritiikkiä pidetään siis oikeutettuna, ja säännön rikkojat *itsekin* yleensä tunnustavat moitteet ansaituiksi (CL, 10-11).

Eron säännön ja pelkän tavan välillä voi tiivistää sanomalla, että sääntöihin kuuluu *sisäinen* aspekti. Tapa on jotakin, jota vain noudatetaan, ilman että pohdittaisiin sen kummemmin sitä, miksi sitä noudatetaan tai pitäisikö sitä noudattaa. Sen sijaan säännön olemassaolo vaatii, että ainakin jotkut pitävät säännönmukaista käyttäytymistä yleisenä standardina jota *pitäisi* noudattaa. Sisäisen aspektin tai näkökulman idea on keskeinen Hartin teorialle oikeudesta, ja palaamme siihen pian uudestaan.

Oikeus on siis Hartille ennen kaikkea sääntöjen systeemi, ja nimenomaan kahdentyyppisten sääntöjen, primääri- ja sekundaarisääntöjen, yhdistelmä. Hän pyrkii osoittamaan primaari- ja sekundaarisääntöjen välttämättömyyden oikeudellisen systeemin olemassaololle kuvittelemalla ensin yhteisön, jossa ei ole lainsäätäjiä, tuomioistuimia eikä muitakaan viranomaisia, ja jossa ainoa sosiaalisen kontrollin väline on ryhmäpaine, jonka avulla yhteisön käyttäytymissääntöjä ylläpidetään. Tuollaisessa yhteisössä on siis ainoastaan primaarisääntöjä, jotka koskevat suoraan yksilöiden käyttäytymistä. Ja jotta tuo yhteisö ei tuhoutuisi, noiden sääntöjen täytyy rajoittaa mm. vapaata väkivallan käyttöä, varastelua ja petoksia. Lisäksi yhteisön enemmistön täytyy hyväksyä nämä säännöt.

Todellisuudessa tällainen yhteisö pysyy koossa vain, jos se on hyvin pieni ja sitä yhdistävät tiiviit verisiteet ja yhteiset uskomukset (ja lisäksi se saa elää vakaissa luonnonolosuhteissa). Tuon yhteisön käyttäytymissäännöt muistuttavat meidän etikettisääntöjämme: jos joskus herää epäily siitä, *mitä* sääntöjä yhteisön elämään kuuluu, tai kuinka niitä pitää soveltaa, ei ole olemassa mitään virallista proseduuria jolla nämä kysymykset ratkaistaisiin: ei ole mitään auktorisoitua tekstiä tai henkilöä joka ratkaisisi tällaiset ongelmat. Ryhmällä on vain käyttäytymissääntönsä, mutta ei sääntöjä siihen, miten primaarisääntöjen tunnistamista tai soveltamista koskevat

kiistat ratkaistaan. Tällaisen pelkistä primaarisäännöistä koostuvan sosiaalisen rakenteen huono puoli on siis sääntöjen identifiointia ja soveltumisalaa koskeva epävarmuus. (CL, 92.)

Toinen puute tällaisessa yhteisössä on se, että sen säännöt ovat välttämättä *staattisia* luonteeltaan eivätkä muutu muutoin kuin hitaiden, luonnollisten prosessien myötä. Yhteisöllä ei ole välineitä *tietoisesti* muuttaa sääntöjä jonakin tiettyinä hetkenä (esimerkiksi uusien olosuhteiden myötä) vaikkapa luomalla uusia sääntöjä tai kumoamalla vanhoja. Jotta primaarisääntöjen muuttaminen haluttaessa olisi mahdollista, yhteisö tarvitsisi toisentyyppisiä sääntöjä, jotka määrittävät miten se tapahtuu. (CL, 92-3)

Kolmas puute yksinkertaisessa primaarisääntöjen yhteisössä on se, että jos syntyy kiistaa jonkin säännön rikkomisesta (toinen väittää että sääntöä on rikottu, toinen väittää että ei), ei ole olemassa erotuomaria tai auktoriteettia, joka olisi valtuutettu päättämään, onko rikkomus tapahtunut vai ei. Sääntöjärjestelmä on toisin sanoen *tehoton*. (Tämä on hieman eri puute kuin se, että tällaisessa yhteisössä ei myöskään olisi valtuutettua rangaistusten toimeenpanijaa, vaan rangaistukset olisivat yhteisön jäsenten omissa käsissä.) (CL, 93)

Kaikki nämä puutteet saadaan korjattua täydentämällä yksilöiden käyttäytymistä suoraan sääteleviä primaarisia sääntöjä *sekundaarisilla säännöillä*, jotka ovat "sääntöjä koskevia sääntöjä". Lisäämällä malliin primaarisääntöjen identifioimista ja muuttamista koskevia sekundaarisääntöjä, siirrymme samalla esi-oikeudellisesta yhteisöstä varsinaiseen *oikeudelliseen* yhteisöön.

Primaarisääntöjen epävarmuus saadaan poistettua lisäämällä joukkoon *tunnistussääntö* (*rule of recognition*). Se spesifioi (yksinkertaisimmillaan) tietyn piirteen, joka kaikilla yhteisön primaarisäännöillä on oltava. Siksi sen avulla voidaan selvästi tunnistaa eli identifioida primaarisäännöt. Epävarmuutta siitä, mitä kaikkea primaarisääntöihin kuuluu, ei tämän jälkeen enää ole. Yksinkertaisimmillaan tunnistussääntö sanoo esimerkiksi että voimassaolevia sääntöjä ovat ne jotka löytyvät kirjoitettuna tietystä paikasta; tai että niitä ovat kaikki kuninkaan antamat käskyt.

Monimutkaisemmissa oikeudellisissa yhteisöissä tunnistussääntö on tietenkin paljon kompleksisempi: primaarisäännöt tunnistetaan usean eri piirteen avulla,

joista toiset voivat olla tärkeämpiä kuin toiset (jos ajaututaan ristiriitoihin). Tunnistussääntö voi identifioida voimassaoleviksi primaarisäännöiksi esimerkiksi eduskunnan säätämät lait, lakien esityöt, tuomioistuinten ennakkopäätökset sekä maan tavan. Tunnistussääntö sitoo nämä eri lähteistä kumpuavat säännöt yhteen yhdeksi systeemiksi ja luo näin *yhtenäisyyttä* kaikelle sille mitä kutsumme "oikeudeksi". Tunnistussääntö on sekundaarisäännöistä tärkein ja se on keino oikeudellisen voimassaolon testaamiseksi (CL, 94-5).

Primaarisääntöjen *staattinen* luonne saadaan poistettua kun lisäämme sekundaarisäännön, joka koskee sääntöjen muuttamista (*rules of change*). Yksinkertaisimmillaan tällainen sääntö valtuuttaa tietyn henkilön tai toimielimen luomaan uusia sääntöjä tai poistamaan vanhoja. Tällaiset säännöt voivat myös mahdollistaa sen, että *kuka tahansa* kansalainen voi itse luoda oikeudellisia suhteita, esimerkiksi solmia avioliiton tai tehdä sopimuksen, ja näin ollen omalta osaltaan muuttaa (itseään ja sopimuskumppaniaan koskevia) ensi asteen velvoitesääntöjä. (CL, 95)

Kolmas oikeudellisissa yhteisöissä tarvittava sekundaarisääntöjen tyyppi on sellainen, joka valtuuttaa tietyn henkilön tai tahon "erotuomariksi" primaarisääntöjen rikkomista koskevissa kiistoissa. Tarvitaan siis päätössääntöjä (*rules of adjudication*), jotka määrittävät mm. kuka saa ratkaista primaarisääntöjä koskevat kiistat, kuinka laajalle alueelle hänen valtuutensa ulottuu, ja millä tavalla ratkaisu annetaan. Ilman tämäntyyppisiä sekundaarisääntöjä yhteisössä ei voi olla sellaisia keskeisiä oikeudellisia instituutioita kuin tuomari ja tuomioistuin.

Näiden sääntöjen lisäksi useimmat oikeudelliset systeemit sisältävät sääntöjä, jotka kieltävät kansalaisilta omankäden oikeuden eli jotka määrittävät, millä tavalla rangaistukset toteutetaan ja kuinka vakavia ne voivat olla. Tällaisten sanktiointia koskevien sekundaarisääntöjen avulla luodaan keskitetty rangaistusjärjestelmä. (CL, 96-8)

6.3 Tunnistussäännön erityisluonne

Sekundaarisäännöistä tärkein on tunnistussääntö. Sen avulla identifioidaan primaariset, kansalaisten käyttäytymistä suoraan säätelevät (ja heille velvoitteita asettavat) säännöt. Suomalaisten oikeusteoreetikoiden käymä keskustelu *oikeuslähdeopista* voidaan nähdä yrityksenä muotoilla eksplisiittisesti Suomessa

hyväksytyt ja sovellettu tunnistussääntö. Oikeuslähdeopissa pyritään luettelemaan ne lähteet, joista voimassaolevaa oikeutta voi etsiä. Esimerkiksi Aulis Aarnion kuuluisan opin mukaan oikeuslähteet jakautuvat vahvasti velvoittaviin (laki ja maan tapa), heikosti velvoittaviin (lain esityöt ja aiemmat tuomioistuinratkaisut) sekä sallittuihin oikeuslähteisiin (mm. oikeustiede, yleiset oikeusperiaatteet, arvot, moraaliperiaatteet). Aarnion oikeuslähdeopissa määritellään myös neljä sääntöä normiristiriitojen ratkaisutilanteisiin (yleisempi säännös syrjäyttää alemman (esimerkiksi laki asetuksen), myöhempi säännös kumoaa aiemman, erikoissäännös syrjäyttää yleissäännöksen, myöhemmin annettu yleissäännös ei kumoa aiempaa erityissäännöstä). (Aarnio, *Laintulkinnan teoria*).

Oikeuslähdeoppi eroaa Hartin tunnistussäännön ideasta kenties siinä, että oikeuslähdeoppi on yleensä tarkoitettu apuvälineeksi *tuomareille*, helpottamaan heidän velvollisuuttaan löytää ratkaisu kaikkiin tapauksiin. Se antaa heille oikeudellisen argumentaation työkaluja. Mutta yhteys Hartin tunnistussääntöön on selvä – sekä tunnistussääntö että oikeuslähdeoppi liittyvät voimassaolevan (pätevän, velvoittavan) oikeuden identifioimiseen ja sen erottamiseen muista mahdollisista ihmisten käyttäytymistä säätelevistä normeista.

Hartin mukaan jokapäiväisessä oikeudellisessä käytännössä tunnistamissääntöä muotoillaan harvemmin eksplisiittisesti. Tunnistamissäännön olemassaolo kuitenkin *ilmenee* siitä tavasta, millä tuomarit, muut oikeusviranomaiset tai tavalliset kansalaiset identifioivat yksittäisiä velvoitesääntöjä. Juuri siinä, että tietyn oikeusjärjestelmän jäsenet käyttävät tiettyä sääntöä oikeusnormien tunnistamisessa, ilmenee myös se, että he *hyväksyvät* tuon säännön oikeuden tunnistamisen perustaksi, eli että heillä on *sisäinen* näkökulma tuohon sääntöön. Sisäinen näkökulma ilmenee esimerkiksi siten, että käytetään ilmaisuja kuten ”Lain mukaan sinun pitää tehdä niin-ja-niin...” (”It is the law that ...”). Tällöin on sovellettu tunnistamissääntöä velvoittavan lain identifioimiseen, ja sitä on käytetty myös *perusteena* vaatimukselle, että pitää tehdä niin-ja-niin.

Jos omaksuisimme tunnistussääntöön *ulkoisen* näkökulman, sanoisimme samassa tilanteessa vain, että ”Suomessa pidetään lakina sitä että tietyssä tilanteessa pitää tehdä niin-ja-niin” (CL, 102). Tässä kohtaa Hartin teoriolla on selvä yhteys Kelsenin. Kelsenin totesi että ulkoisesta (luonnontieteen) näkökulmasta tarkasteltuna esimerkiksi lakien säätäminen näyttää vain tietynlaisena ihmisjoukon käyttäytymisenä (noustaen seisomaan ja istuudutaan, nostetaan käsiä

tai painetaan nappeja jne.) Prosessi muuttuu lainsäätämiseksi vasta oikeuden sisäisestä, normatiivisesta, näkökulmasta käsin.

Oikeusnormin pätevyys tarkoittaa siis Hartille sitä, että se täyttää ne vaatimukset tai kriteerit jotka tunnistamissääntö asettaa. Hart kiistää sen usein esitetyn väitteen, että oikeusnormin pätevyys riippuisi yksinomaan sen *tehokkuudesta*. Oikeusnormin tehokkuudella tarkoitetaan sitä, että normia tosiasiallisesti noudatetaan (ainakin yleensä). Mutta Hartin mukaan ei ole olemassa mitään välttämätöntä yhteyttä jonkin tietyn yksittäisen normin ja sen tehokkuuden välillä. Tämä yhteys on olemassa vain, jos tunnistussääntö sanoo, että normi ei ole pätevä jos se ei ole tehokas. Jos tunnistussääntö ei tätä erikseen vaadi, silloin jonkin yksittäisen normin tosiasiallinen noudattamatta jättäminen ei vielä välttämättä tee siitä pätemätöntä. (Toisaalta aivan kuten Kelsen, Hartkaan ei lopulta johdonmukaisesti pidä tehokkuutta ja voimassaoloa selkeästi erossa toisistaan. Hart nimittäin sanoo, että jos oikeusjärjestelmä *kokonaisuutena* ei ole tehokas eli jos sen sääntöjä yleisesti ottaen ei noudateta, silloin ei ole mitään mieltä puhua sääntöjen pätevydestä. Silloin ei ole mitään mieltä puhua oikeudellisesta järjestyksestä ylipäätensä.)

Hartin teoriassa tunnistamissääntö on siis kaikkein perustavin (*ultimate*) sääntö, joka toimii viimekätisenä perusteena muiden normien pätevyydelle. Ja sen antamien pätevyyskriteereiden joukossa yksi on yleensä yliverlainen (*supreme*). Kysymys siitä, mitä tunnistamissäännön viimekätisyys tai perimmäisyys tarkoittaa, on sen sijaan hankalampi – ja joidenkin mielestä koko Hartin teorian kompastuskivi. Samoin kuin Kelsenin perusnormia, Hartin tunnistussääntöä ei voi perustella minkään toisen säännön nojalla. Tunnistussääntö – esimerkiksi “Eduskunnassa perustuslain mukaisesti säädetyt lait ovat päteviä” – on perustavin ja viimekätinen juuri sen takia, että sen *yläpuolella* ei enää ole mitään, millä sen itsensä voisi oikeuttaa. Tunnistussääntö on se kehikko tai viitekehys, josta käsin muiden normien pätevyyttä arvioidaan, mutta tunnistussäännön oman pätevyyden arvioiminen ei enää ole mahdollista.

Hart ei kuitenkaan halua samaistaa tunnistussääntöään Kelsenin perusnormiin. Kuten muistamme, Kelsenin perusnormi oli “edellytetty”: se oli hypoteettinen normi joka piti *olettaa* päteväksi. Hartin mukaan tunnistussääntöön ei kuitenkaan liity mitään hypoteettista tai oletettua. Päinvastoin, tunnistussääntö on olemassa konkreettisena käytäntönä. Kun esimerkiksi tuomari toteaa jonkin säännön olevan voimassaoleva oikeusnormi, hän aktuaalisesti *soveltaa* tunnistussääntöä jonka hän

itse hyväksyy; lisäksi kaikki muutkin oikeusviranomaiset hyväksyvät tuon saman säännön ja noudattavat sitä omassa toiminnassaan. Koko sanaa "pätevä" tarvitaan Hartin mukaan vain jonkin sääntöjärjestelmän *sisällä*, jossa säännöt identifioidaan tiettyjen tunnustussäännössä annettujen kriteerien perusteella. Kysymystä tunnustussäännön pätevydestä sen sijaan ei voi nostaa; se ei itsessään ole sen enempää pätevä kuin epäpäteväkään – se on jotakin joka *mahdollistaa* muiden sääntöjen pätevyden arvioinnin.

Hart mainitsee tässä yhteydessä Pariisin "perusmetrin" (joka ennen oli virallinen metrin mitan malli tai paradigma). Hänen mielestään tunnustussäännön käsittäminen kelseniläisenä "hypoteettisena" perusnormina olisi yhtä outoa kuin se, että pitäisimme Pariisin perusmetriä "hypoteettisena" perusmetrinä. Perusmetri on se viimekätinen standardi, johon metrillä mittaamisen käytäntö perustuu. Jos meillä tulee epäselvyyttä siitä, onko jokin mittayksikkö todella metrin pituinen vai ei, voimme ratkaista kiistan vertaamalla sitä Pariisin perusmetriin. Mutta perusmetriä itseään ei enää voi verrata mihinkään ja varmistaa että se todella on metrin pituinen – siksi siitä itsestään ei tarkkaan ottaen voi sanoa sen enempää että se on metrin pituinen kuin että se ei ole metrin pituinen. Samalla tavalla tunnustussääntö on jotakin, jonka puitteissa muiden sääntöjen pätevyyttä arvioidaan, mutta se itse ei ole sen enempää pätevä kuin epäpäteväkään (eikä myöskään "oletetusti pätevä"). (CL, 107-10.)

Tästä seuraa, että vaikka oikeusyhteisön jäsenillä itsellään on sisäinen näkökulma tunnustussääntöön – he itse aktuaalisesti soveltavat sitä ja hyväksyvät sen toimintansa mittapuuksi – sen *olemassaolo* sinällään voi kuvata vain ulkoisesta näkökulmasta käsin. Sen olemassaolo on yksinkertaisesti vallitseva *tosiasia* – tunnustussääntö on olemassa vain oikeusyhteisön kompleksisena käytäntönä jossa pätevät normit tunnustetaan tiettyjen kriteerien avulla. Vaikka siis Hart on korostanut sisäisen näkökulman tärkeyttä tunnustussääntöön, hän joutuu kuitenkin toteamaan, että se on olemassa vain (ulkoisena) faktana: "its existence is a matter of fact" (CL, 110).

6.4 Moraalin ja oikeuden suhde: viisi faktaa

Onko Hart yhtä puhdasoppinen positivistiksi kuin Austin ja Kelsen? Ainakin Hartin teoria täyttää Colemanin ja Leiterin ensimmäisen oikeuspositivismin kriteerin ("social thesis"): tunnustussääntö – oikeuden perustavin normi – on olemassa vain

ihmisten tosiasiallisena käytäntönä (eikä heistä riippumattomana ideaalina). Sen sijaan Hartin teoria ei yksioikoisesti täytä "erotteluteesiä". Toisin sanoen, Hart ei erota voimassaolevaa oikeutta ja moraalialla jyrkästi toisistaan (kuten kaikki aiemmin käsitellyt positivistit tekivät).

Hart myöntää luonnonoikeusajattelun mukaisesti sen, että on joitakin tekoja, jotka ovat ihmisille luonnostaan hyviä. "Luonnollisella" Hart tarkoittaa tässä sellaisia asioita, joita ei pidetä hyvinä pelkästään jonkin *konvention* perusteella (kuten esimerkiksi hatun pois ottamista kirkossa), eikä myöskään sellaisia asioita, jotka ovat hyviä jotakin tilanteen mukaan vaihtuvaa *tarkoitusta* tai *päämäärää* varten. Luonnostaan hyvät teot tai asiat eivät ole konventionaalisia tai välineellisiä, vaan itsessään hyviä. Ja niitä ovat Hartin mukaan sellaiset teot, jotka tähtäävät ihmisten *hengissä pysymiseen*. Sekä oikeuden että moraalin peruseriaatteiden täytyy jollakin tavalla ottaa tämä tosiasia huomioon. Hart ei pidä ihmisten halua säilyä hengissä sen kummempaan metafysisenä tai jumalallisena totuutena, vaan yksinkertaisesti tätä maailmaa ja ihmisiä koskevana selvästi havaittavissa olevana tosiasiana, joka voisi olla toisinkin (CL, 192).

Halu säilyä hengissä yhdistettynä tiettyihin muihin ihmistä koskeviin kontingentteihin tosiasioihin asettaa tiettyjä sisällöllisiä vaatimuksia oikeuden ja moraalin perussäännöille. Hart kutsuu näitä vaatimuksia "luonnonoikeuden minimisisällöksi". Nuo ihmistä koskevat (kontingentit) perustotuudet ovat seuraavat:

(i) *Ihmisten haavoittuvuus*. Ihmiset eivät ole luonnostaan suojattuja haarniskoilla tai panssarikuorilla, jotka tekisivät heidän ruumiillisen vahingoittamisensa mahdottomaksi. He ovat myös joskus taipuvaisia väkivaltaiseen käyttäytymiseen. (Haarniskoiden puute ei häiritse jos ihmiset eivät koskaan haluaisi vahingoittaa toisiaan). Hart korostaa, että tämä ei ole välttämätön totuus: asiat voisivat olla toisinkin – jotkut eliölajit ovat sellaisia, että niitä on kerta kaikkiaan mahdoton vahingoittaa, tai sitten niiltä puuttuvat kokonaan vahingoittamiseen tarvittavat ruumiin osat (kuten vaikkapa kastemadoilta). Mutta asioiden ollessa kuten ne ovat, ihmiset ovat haavoittuvia ja alttiita ruumiillisen hyökkäyksen kohteeksi; niinpä tarvitaan sääntöjä, jotka kieltävät tappamisen ja mielivaltaisen väkivallan. Tämän takia sekä oikeuden että moraalin perustavin käsky on: "Älä tapa".

(ii) *Tasavahvuus.* Vaikka ihmisten välillä on eroja niin ruumiillisten kuin henkisten kykyjen suhteen, kukaan yksilö ei kuitenkaan ole niin ylivertainen muihin nähden että hän kykenisi yksin alistamaan muut valtaansa (paitsi ehkä lyhyeksi ajaksi). Ihmisten tasavahvuuden takia sekä oikeuteen että moraaliin tarvitaan tiettyjä kieltoja, rajoituksia ja kompromisseja, jotta ihmiset voivat esimerkiksi nukkua yönsä rauhassa. (Hart ei tässä yhteydessä mainitse mitään konkreettista sääntöä, mutta nuo säännöt ovat luultavasti samantyyppisiä kuin haavoittuvaisuudesta johtuvat säännöt – eli sellaisia, jotka vaativat ihmisiä pidättäytymään väkivallasta ja kunnioittamaan jokaisen omaa reviiriä.) Hart huomauttaa jälleen, että asiat olisivat voineet olla toisinkin: ei ole loogisesti mahdotonta, että ihmisten väliset erot olisivat niin suuria, että vahvimpien ei tarvitsisi välittää mitään kielloista ja rajoituksista. Mutta asioiden ollessa kuten ne ovat, kieltoja ja rajoituksia tarvitaan.

(iii) *Rajallinen epäitsekkyyys.* Hart muistuttaa meitä siitä tosiasiasta, että ihmiset eivät ole petoja, joiden ainoa halu on tappaa muita, mutta he eivät myöskään ole enkeleitä, jotka jatkuvasti ajattelisivat vain toisten parasta eivätkä koskaan omaa etuaan. He ovat jotakin siltä väliltä, ja juuri sen takia he tarvitsevat erilaisia kieltoja ja rajoituksia. Jos ihmiset olisivat enkeleitä, mitään kieltoja ei tarvittaisi, sillä enkelit eivät koskaan kuitenkaan vahingoittaisi toisiaan. Jos ihmiset taas olisivat petoja, säännöt olisivat mahdottomia, koska kukaan ei koskaan niitä noudattaisi eikä tajuaisi niiden merkitystä. Tämä on siis jälleen yksi (ei-välttämätön) tosiasia, joka heijastuu niin oikeuden kuin moraalinkin perimmäisissä käskyissä ja kielloissa.

(iv) *Rajalliset resurssit.* Neljäs tosiasia, joka asettaa tiettyjä vaatimuksia sekä oikeuden että moraalin perustaville säännöille, on se, että ihmiset tarvitsevat ravintoa, vaatteita ja suojaa; ja näitä ei ole olemassa yllin kyllin, vaan rajoitetusti, ja niiden hankkiminen on usein työlästä. Tämän takia tarvitaan tiettyjä omistusoikeuden peruseriäiteitä – esimerkiksi sellaisia, jotka kieltävät varastamisen tai vapaan pääsyn toisen haltuun ottamalle maalle. Hieman monimutkaisemmassa yhteiskunnassa, joka perustuu työnjakoon (niin ettei kaikkien tarvitse esimerkiksi kasvattaa ravintoansa ja rakentaa taloansa), tarvitaan puolestaan sääntöjä, jotka mahdollistavat tavaroiden vaihtamisen tai myymisen. Nämä säännöt edellyttävät ennen kaikkea sen, että lupaukset pidetään ja sopimuksia noudatetaan – muuten työnjaosta ei ole kenellekään mitään hyötyä.

(v) *Rajallinen ymmärryskyky ja tahdonvoima.* Suurin osa ihmisistä tajuaa oikeuden ja moraalin perustavimpien sääntöjen tärkeyden ja välttämättömyyden. He

ymmärtävät, että ilman sääntöjä, jotka vaativat ihmisten hengen, terveyden, omaisuuden ja lupauksen kunnioittamista, elämä yhteisössä kävisi mahdottomaksi. Silti kaikki tuntevat joskus kiusausta rikkoa näitä perustavia sääntöjä oman edun tavoittelun vuoksi, ja jos ei ole olemassa mitään erikseen organisoitua valvontaa tai rangaistusjärjestelmää sääntöjen rikkojille, monet lankeaisivat kiusaukseen (hyvistä aikomuksista huolimatta). Sääntöjen noudattaminen (mikä usein vaatii omasta välittömästä edusta luopumista) olisi jopa typerää jos noudattamista ei mitenkään valvottaisi ja jos sääntöjen rikkomisesta ei olisi mitään seurauksia. Sanktioita – epämiellyttäviä seuraamuksia säännön rikkomisesta – tarvitaan, ei niinkään sääntöjen noudattamisen motiiviksi, vaan takeeksi sille, että ne, jotka sääntöjä noudattaisivat muutenkin (vapaaehtoisesti), eivät noudata niitä turhaan – etteivät hyväntahtoiset ja sääntöjen tärkeyden ymmärtävät ihmiset jäisi häikäilemättömien oman edun ja säännöistä piittaamattomien egoistien uhreiksi. (CL, 193-8)

6.5 Kysymyksiä

Nämä viisi ihmistä koskevaa tosiseikkaa asettavat siis tiettyjä minimivaatimuksia minkä tahansa ihmisyhteisön perustaville säännöille. Tässä mielessä oikeuden sisältö ei voi olla aivan mitä tahansa (kuten esimerkiksi Kelsen esitti), ja tässä mielessä oikeus ja moraalit kietoutuvat yhteen, sillä ihmisten halu säilyä hengissä heijastuu niin oikeuden kuin moraalinkin perustavimpien periaatteiden sisältöön.

Mitä jää jäljelle Hartin positivismista, jos kerran tunnustetaan, että oikeuden sisältö ei voi olla mitä tahansa? Hart yrittää erottaa luonnonoikeusteoreetikoista vetoamalla useaan otteeseen siihen, että hänen mainitsemansa tosiseikat (jotka asettavat tiettyjä sisällöllisiä vaatimuksia mille tahansa oikeusjärjestykselle) ovat *satunnaisesti* tosia, eivät välttämättä tosia. Jos asiat olisivat toisin, luonnonoikeuden minimisisällön vaatimukset eivät enää olisi voimassa. Toisaalta Hart kuitenkin sanoo, että mainitut viisi ihmistä koskevaa faktaa ovat tosia "aina ja kaikkialla" (CL, 196). Mutta satunnainen totuus tarkoittaa nimenomaan sitä, että jokin asia *ei* ole välttämättä tosi aina ja kaikkialla. Hartin viiden faktan tieto-opillinen asema (eli se, minkä tyyppisiä totuuksia ne lopulta ovat) on vähintäänkin epäselvä.

Hartin teoria voi yrittää säilyttää positivistisen luonteensa vetoamalla siihen, että luonnonoikeuden minimisisältö tarkoittaa vain erittäin yleisiä puitteita, jotka yhdistävät kaikkia oikeusjärjestelmiä. Järjestelmien tarkemmalle sisällölle ei sitä vastoin ole mitään ennalta määrättyjä kriteereitä. Toisin sanoen, *noiden puitteiden*

sisällä lakien pätevyys määräytyy yhteisössä hyväksytyn tunnustussäännön mukaan, eikä minkään etukäteen olemassa olevan sisällöllisen vaatimuksen mukaan. Tämä mahdollistaa myös selvästi moraalittomienkin lakien olemassaolon, eikä Hart pidä sellaisia lakeja sisältäviä oikeusjärjestyksiä oikeuden vastaisina. (Ei vaikka mikään oikeusjärjestys ei salli toisten mielivaltaista tappamista, voi joku oikeusjärjestys kuitenkin sallia esimerkiksi jonkin ihmisryhmän räikeää syrjintää.) Voimme siis sanoa, että luonnonoikeuden minimisisällön ulkopuolella Hart erottaa oikeuden ja moraalin toisistaan.

Hartin mukaan moraalittomien lakien tunnustaminen päteväksi ei silti tarkoita sitä, että niitä pitää *noudattaa*. Niiden pätevyyden toteaminen on yksi asia, ja kysymys siitä, voiko kukaan vastuunsa tunteva tuomari niitä todella noudattaa, on toinen. Juuri moraalinen pohdinta saattaa saada aikaan lain sivuuttamisen, vaikka laki sinällään olisikin pätevä. Oikeuden ja moraalin erottaminen tässä suhteessa mahdollistaa siis lakien *kritisoinnin* moraalisiin perusteisiin. Jos se, mikä on oikeutta, olisi aina samalla myös moraalista (moraalisesti hyväksyttävää), emme voisi tätä arviointia suorittaa. Ajatus, että lainsäätäjät samalla päättää myös mikä on moraalisesti oikein ja väärin, kuulostaa monista vastenmieliseltä ja on kuviteltavissa, että tämä lainsäätäjän valta toimia myös moraalin määrittäjänä johtaa absolutismiin tai arvokonservatismiin, jossa valtaapitävien moraalikäsitteet tuputetaan kaikille.

Hart siis pitää näkemystä, jonka mukaan moraalittomat lait voivat olla päteviä, parempana *teoreettisena työkaluna* kuin suppeampaa luonnonoikeudellista käsitystä, joka rajaa pätevät lait vain moraalisesti hyväksyttäviin. Suppeampi näkemys voi estää meitä näkemästä niitä todellisia, monimutkaisia ongelmia, joiden kanssa lakeja soveltavat tuomarit (ja muut viranomaiset) joutuvat painimaan. Voidaan myös sanoa, että oikeuden ja moraalin erottaminen toisistaan Hartin mielessä ei suinkaan tarkoita sitä, että moraalin merkitystä oikeudelliselle harkinnalle *vähätellään*. Päinvastoin, juuri moraaliset syyt voivat olla niin painavia, että ne syrjäyttävät muutoin täysin pätevästi säädetyt ja hyväksytyt lain. (CL, 210-12)

Hartia voi kaikesta huolimatta kritisoida huonosta termin valinnasta. Hänen terminsä "luonnonoikeuden minimaalinen sisältö" antaa ymmärtää, että hänen mainitsemansa viisi faktaa rajoittavat *luonnonoikeuden* mahdollista sisältöä. Paljon osuvampi nimi noiden viiden faktan rajaamalle alueelle – eräänlaiselle minimaaliselle moraalille – olisi "positiivisen oikeuden minimaalinen sisältö". Nuo

viisi faktaa näet rajaavat positiivisen oikeuden mahdollista sisältöä. (Tietysti oikeudellinen järjestelmä, joka loukkaa noita viittä faktaa voi olla olemassa hetken, mutta mikään *kestävä* homo sapiens -lajin muodostama yhteisö ei voi perustua normeihin, jotka eivät ota vakavasti noita faktoja.)

OSA II: OIKEUDET

Olemme tähän mennessä tarkastelleet oikeutta kaikkein yleisimmällä tasolla ja yrittäneet selvittää, mistä siinä kokonaisuutena ottaen on kyse – mitä kriteerejä jonkin tietyn sääntöjärjestelmän tulee täyttää jotta sitä voi kutsua oikeudelliseksi järjestelmäksi. Vaihdamme nyt näkökulmaa hieman toisenlaiseksi ja kysymme mitä *oikeudet* ovat. Jos oikeutta (*objektives Recht, law*) tarkastellaan sen sisältä käsin, yksittäisen toimijan kannalta, niin se näyttäytyy erilaisten oikeuksien (*subjektive Rechte, rights*) ja velvollisuuksien verkostona. Lait (etenkin rikosoikeudelliset) velvoittavat meitä olemaan tekemättä tiettyjä tekoja; toisaalta ne myös suojaavat meitä muiden vastaavilta teoilta. Yksityisoikeudelliset lait mahdollistavat sen että voimme itse synnyttää erilaisia oikeuksia ja velvollisuuksia esimerkiksi sopimusten tekemistä säätelevien normien kautta. Valtiosääntöoikeudelliset lait antavat kansanedustajille oikeuden säätää lakeja ja tuomareille oikeuden ratkaista kiistoja, jne.

Mitä jonkin subjektiivisen oikeuden olemassaolo tarkkaan ottaen tarkoittaa? Onko niitä erityyppisiä vai ovatko kaikki perusmuodoltaan samoja? Mikä yleinen funktio oikeuksilla on ihmisille? Mitä oikeuksia oikeusjärjestykseen pitäisi kuulua? Tarkastelemme tässä osassa mm. näitä kysymyksiä. Osio jakautuu kolmeen lukuun. Ensimmäisessä käsitellään oikeuksia puhtaan muodollisesta näkökulmasta käsin, ja esitellään *Wesley Hohfeldin* kuuluisa analyyttinen kaavio jossa erotetaan neljä eri oikeuksien tyyppiä. Toisessa luvussa tarkastellaan sitä, mikä funktio oikeuksilla on niiden haltijoille: ovatko oikeudet ensisijaisesti ihmisten oman tahdon ilmaisun välineitä, vai onko niiden tehtävä suojata ihmisille tärkeitä intressejä? Viimeisessä luvussa pohditaan sitä, onko olemassa joitakin kaikille ihmisille luonnostaan kuuluvia oikeuksia, jotka minkä tahansa oikeusjärjestyksen tulisi ottaa huomioon.

7 Hohfeldin analyysi oikeuksista

7.1 Peruskäsitteet

Kun oikeusfilosofiassa puhutaan oikeuksista, ei voi sivuuttaa Wesley Hohfeldin tekemiä kuuluisia erotteluja. Hohfeld oli amerikkalainen juristi joka kuoli valitettavan nuorena (hän eli vuosina 1879 - 1918) ja ehti kirjoittaa aiheesta vain kaksi artikkelia (*Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning I & II*, Yale Law Journal); mutta noista artikkeleista sen sijaan on kirjoitettu hyllymetreittäin kommentaareja ja ne puhuttavat oikeustieteilijöitä edelleen. Kuten aiheesta pienen suomenkielisen kirjan kirjoittanut Matti Niemi toteaa, "Hohfeldin analyysit ovat saavuttaneet klassikon aseman, ja niitä voidaan pitää olennaisena osana länsimaista oikeusteoriaa ja sen perintöä" (*Hohfeld ja oikeuksien analyysit*, s. 1).

Ennen Hohfeldin varsinaiseen analyysiin menemistä on tärkeää ymmärtää se, mistä tuossa analyysissa itse asiassa on kyse (usein tämä jää teknisluonteisissa kommentaareissa hämäräksi). Hohfeldin artikkelien päätarkoitus on osoittaa se, että yleisesti ottaen oikeudessa on kyse abstrakteista *suhteista* ihmisten välillä. Usein näitä oikeudellisia suhteita (*legal* tai *jural relations*) ei osata tarkasti pitää erossa niistä fyysisistä tai mentaalisisä tosiasioista jotka saavat aikaan nuo suhteet; ja lisäksi erityyppiset oikeudelliset suhteet sotketaan keskenään (tai eroja ei huomata lainkaan).

Sekaannusta aiheuttaa esimerkiksi se, että oikeuksista puhutaan ikään kuin ne olisivat objekteja joita voidaan siirtää ihmiseltä toiselle samalla tavalla kuin fyysisiä esineitä. Keskiajalla oikeudet itse asiassa ymmärrettiinkin näin, mutta nykyisin kun puhumme oikeuksien siirtämisestä tai luovuttamisesta, tarkoitus on tietenkin käyttää kyseisiä verbejä vertauskuvallisesti. Tällainen puhetapa johtaa kuitenkin helposti käsitteellisiin sekaannuksiin ja estää meitä näkemästä selvästi ne suhteet ihmisten välillä, joista oikeuksissa itse asiassa on kysymys. (FLC I, 19-24)

Silloinkin kun henkilöiden välisten suhteiden keskeisyys oikeudelle ymmärretään, on tyypillistä olettaa kaikkien oikeudellisten suhteiden olevan samaa tyyppiä: yhden oikeutta vastaa toisen tekemä konkreettinen teko tai suoritus (esim. työntekijän oikeutta palkkaan vastaa työnantajan velvollisuus maksaa palkka). Hohfeld kuitenkin yrittää osoittaa runsaan oikeustapausaineiston avulla, että tarkkaan ottaen vain yhdentyyppisessä oikeudellisessa suhteessa on kyse edellisen

kaltaisesta oikeus-velvollisuus-suhteesta. Oikeudellisia suhdetyyppejä on Hohfeldin tutkimusten mukaan neljä. Nämä suhteet ilmenevät selvästi oikeustapauksia tutkittaessa, mutta oikeusoppineet eivät ole kunnolla tietoisia niiden välisistä eroista ja esimerkiksi tuomareiden ratkaisujen perusteluissa ne sotketaan usein keskenään.

Hohfeld esittää analyysinsä tulokset seuraavanlaisen kaavion avulla, jossa hän määrittää neljä suhdetyyppeä paitsi suhteen molempien osapuolten kannalta eli *korrelatiivisina* suhteina, myös vastakohtien kautta – täsmentämällä sen, mitä suhteen toisella osapuolella *ei* ole silloin kun hän on kyseisessä suhteessa (FLC I, 30):

Jural opposites:	right	privilege	power	immunity
	no-right	duty	disability	liability
Jural correlatives:	right	privilege	power	immunity
	duty	no-right	liability	disability

7.2 Neljä oikeustyyppiä

Jos tarkastelemme näitä suhteita ensin pelkästään yhdestä näkökulmasta eli oikeudenhaltijan kannalta, voimme erottaa neljä eri vaihtoehtoa. Oikeudenhaltijan oikeus johonkin voi tarkoittaa (i) oikeutta *vaatia tai odottaa* jotakin (*right* tai *claim-right*), (ii) etuoikeutta tai vapautta (*privilege*), (iii) valtaa (*power*), tai (iv) tietynlaista suoja-asemaa, immuniteettia (*immunity*). Hohfeldin mielestä on epätarkkaa käyttää näistä kaikista tapauksista nimeä oikeus (*right*), koska varsinaisia oikeuksia ovat hänen mukaansa vain ryhmään (i) kuuluvat eli ne joita vastaa jonkun toisen velvollisuus (*duty*). Tosin Hohfeld joskus antaa itsekin ymmärtää, että oikeus (*right*) on "geneerinen termi" joka kattaa kaikki neljä eri tyyppiä. Kun seuraavaksi tarkastelemme näitä tyyppiä tarkemmin, puhumme niistä väljästi oikeustyyppinä tai yleisen oikeus-käsitteen alalajeina.

(i) *Vaadeoikeudet (odotusoikeudet) (rights or claim-rights)*. Oikeus sanan varsinaisessa merkityksessä syntyy esimerkiksi silloin, kun työnantaja ja työntekijä tekevät työsopimuksen jossa työnantaja sitoutuu maksamaan tietyn määrän palkkaa työntekijälle (sovittua työsuoritusta vastaan). Työntekijällä on

oikeus vaatia työnantajaa maksamaan hänelle palkkaa. Vastaavasti työnantajalla on *velvollisuus* maksaa palkkaa työntekijälle. Hohfeldin analyysissä jokaista varsinaista oikeutta vastaa siis jonkin toisen *velvollisuus*. Tällaiset oikeudet eivät välttämättä perustu vapaaehtoisein sopimuksiin, ja niitä vastaava velvollisuus voi myös koskea useampia kuin yhtä henkilöä. Esimerkiksi lapsen oikeus välttää hyväksikäytöltä ei perustu mihinkään erilliseen sopimukseen ja velvollisuus olla käyttämättä lasta hyväksi koskee kaikkia sivullisia. Tämä esimerkki havainnollistaa myös sitä, että oikeus varsinaisessa merkityksessään voi vaatia velvoitetuilta (eli muilta kuin oikeuden haltijalta) tietynlaisesta käyttäytymisestä *pidättäytymistä* (eikä välttämättä jonkin teon tekemistä, kuten esim. palkanmaksua). (ks. Leif Wenar, *Rights*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, s.4.) (Nimitys "odotusoikeus" on peräisin Visa Kurjelta, jonka artikkeli "Analytiikan puolesta: Hohfeldin kehikosta perusoikeuksien aikakaudella" (*Lakimies* 3-4/2015) on erinomainen johdatus Hohfeldin analyysiin.)

(ii) *Vapaudet (etuoikeudet, privileges)*. Oletetaan, että löydän kadulta kolikon. Minulla on oikeus ottaa se omakseni. Tätä oikeutta voi kutsua hohfeldiläisittäin *vapaudeksi, etuoikeudeksi tai käyttäytymisetuoikeudeksi*. Jos minulla on tällainen oikeus, se tarkoittaa sitä, että minulla *ei ole velvollisuutta* olla poimimatta kolikko. Jos siis poimin kolikon, en riko mitään *kieltoa* olla poimimatta sitä. Hohfeldin oma esimerkki oikeudesta "etuoikeuden" mielessä oli X:n oikeus kulkea vapaasti omistamallaan maalla. Tällöin hänellä ei ole mitään velvollisuutta olla kulkematta maalla. Edelleen, voin esimerkiksi vapaasti istua valitsemalleni tyhjälle tuolille yliopiston ruokalassa tai voin vapaasti maalata keittiöni oranssiksi. Nämä ovat käyttäytymisetuoikeuksia, eli näihin tekoihin ei liity mitään velvoitteita olla käyttäytymättä mainitulla tavalla. Kuten näemme, tällaisiin oikeuksiin liittyy kiinteästi *vapaus* toimia (tai olla toimimatta) tietyllä tavalla, ja joskus tätä oikeuden alalajia kutsutaankin vapaudeksi tai vapausoikeudeksi. Esimerkiksi Niemen mukaan "vapaus Hohfeldin käsitteistössä tarkoittaa samaa kuin sivullisen puuttuva kielto-oikeus ko. käyttäytymisen suhteen", joten "vapaus tarkoittaa nimenomaisesti sitä, että sivullisella tai esivallalla ei ole oikeutta kieltää" (s. 35-36) Tällaisiin oikeuksiin vedotaan tyypillisesti *kilpailutilanteissa*: jos kaksi ihmistä näkee kadulla kolikon, kumpikin heistä on yhtä vapaa poimimaan sen itselleen, ja kilpailun hävinnyt ei voi vedota siihen, että voittajalla ei ollut mitään oikeutta ottaa kolikko itselleen. Kummatkin olivat yhtä vapaita eikä kummallakaan ollut velvoitetta olla ottamatta kolikko itselleen.

(iii) *Valta (kompetenssi, power)*. Käyttäksemme positivismin yhteydessä esiteltyä H.L.A. Hartin terminologiaa, varsinaiset oikeudet sekä käyttäytymisetuoikeudet (tai yksinkertaisemmin sanottuna *odotusoikeudet* ja *vapausoikeudet*) ovat pohjana ns. *primaarisäännöille*. Oikeusjärjestykseen kuuluvat primaarisäännöt velvoittavat ihmisiä tekemään tai olemaan tekemättä joitakin tekoja. Siksi näistä säännöistä puhutaan usein velvoitesääntöinä. Hohfeldin kaksi jäljellä olevaa tyyppiä (tai oikeuksien alalajia) puolestaan voidaan nähdä pohjana niille säännöille, joita Hart kutsui *sekundaarisäännöiksi*. Nämähän ovat sääntöjä, jotka koskevat primaarisääntöjen luomista, muuttamista ja kumoamista. *Valtaoikeus* tarkoittaa Hohfeldin analyysissä sitä, että henkilö voi *muuttaa* häntä itseään tai muita koskevia oikeudellisia suhteita. Esimerkiksi henkilö, joka omistaa jonkin esineen (ja jolla on näin käyttöetuoikeus tähän esineeseen) voi itse päättää myydä tai vuokrata tai antaa jonkin toisen hallintaan tuon esineen. Tällöin hän itse omasta tahdostaan aiheuttaa muutoksia omassa (ja muiden asianosaisten) normatiivisessa asemassaan. Jos henkilöllä on tällainen valta, silloin suhteen toinen osapuoli eli sivullinen on *sidonnaisuussuhteessa* tämän vallan käyttäjään: esimerkiksi "esineen ostajaksi halukas henkilö on yleensä sidottu omistajan halukkuuteen myydä esine." (Niemi s.38)

(iv) *Syrjäytymättömyys (inkompetenssi; immunity)*. Neljäs ja viimeinen Hohfeldin analyysin oikeustyypeistä on immuniteetti eli syrjäytymättömyys. Se on oikeudenhaltijaan nähden sivullisten *kyvyttömyyttä* muuttaa tämän oikeudellisia suhteita. Jos minulla siis on immuniteettioikeus, muut eivät pysty määräämään minua jossakin asiassa. Niemen sanoin syrjäytymättömyys tarkoittaa sitä, että "kellään ei ole valtaa syrjäyttää oikeudenhaltijaa hänen asemastaan" (s. 37). Esimerkiksi kukaan ei voi pakottaa minua luopumaan laillisesti hankkimastani omaisuudesta (eli kukaan ei voi riistä minun käyttöetuoikeuttani siihen); valtio ei pysty pakottamaan kansalaisia käymään kirkossa joka sunnuntai, tai ketään ei voi pakottaa solmimaan avioliittoa. Kun Hohfeldin valta-oikeudessa oikeudenhaltijalla oli valta tai kompetenssi muuttaa omaa tai muiden oikeudellista asemaa, niin immuniteetti-oikeudessa muilta *puuttuu* tuo valta oikeudenhaltijaan nähden.

7.3 Vastakohtat ja korrelaatit

Kuten jo mainittiin, Hohfeldin käsityksen mukaan oikeus (*Law, objektives Recht*) pohjimmiltaan koostuu oikeudellisista *suhteista* (oikeuksista ja velvollisuuksista) ihmisten välillä. Tämä tarkoittaa sitä, että jokaiseen edellä esiteltyyn oikeuksien tyyppiin liittyy oma korrelaattinsa, jolla kuvataan oikeussuhteen toisen osapuolen asemaa. Ja kuten Hohfeldin kaaviosta näimme, kullakin tyyppillä on myös tietynlainen vastakohta tai negaatio. Hohfeldin analyysi järjestyy siis *käsiteparien* kautta. Korrelaattisuhteet (*jural correlatives*) ovat käsitepareja, jotka juristikielellä ilmaistuna "merkitsevät yhtäältä oikeudenhaltijan oikeutuksia ja toisaalta sivullisten velvoitteita [...] Korrelaattirelaatiossa on siis kysymys saman asian kahdesta käsitteellisestä puolesta. Kun toisella on oikeutus, niin toisella on samansisältöinen velvoite" (Niemi, s. 39). *Vastakohtasuhteissa* sen sijaan määritellään nimenomaisesti oikeudenhaltijan (vaikkakin välillisesti myös sivullisen) oikeusasemia. Vastakohtassa on siis kyse siitä, mitä oikeudenhaltijalla *ei* ole, eli mikä häneltä *puuttuu*, silloin kun hänellä *on* jokin oikeus.

Asiaa voidaan hahmottaa Niemen esimerkillä velkojan ja velallisen suhteesta. Velkojan *saaminen* tarkoittaa samaa kuin velallisen *velka*. Oletetaan lisäksi, että saamissuhde on yksipuolinen, eli velkoja itse on vapaa maksuvelvollisuudesta. Tällöin velkojan asema koostuu sekä *oikeudesta vaatia* suoritus velalliselta, että *vapaudesta* suoritusvelvollisuuden suhteen. Oikeutta vaatia suoritusta vastaa velallisen suoritus*velvollisuus*, ja velkojan vapaus suoritusvelvollisuudesta merkitsee, että kellekään sivullisella *ei ole oikeutta* vaatia suoritusta velkojalta. Voimme järjestää nämä korrelaatti- ja vastakohtasuhteet seuraavan kaavion avulla:

SAAMINEN

Velkoja:

A. Oikeus vaatia suoritusta

C. Vapaus suorituksesta

Velallinen:

B. Suoritusvelvollisuus

D. Ei oikeutta vaatia suoritusta

Korrelaatit ovat tässä vaakasuoraan toisiaan vastapäätä (A-B, C-D), vastakohtat ovat taas ristikkäin toisiaan vastapäätä (A-D, C-B). Suoritusoikeuden vastakohta on siis ei-oikeus vaatia suoritusta, suoritusvapauden vastakohta on suoritusvelvollisuus. (Ks. Niemi, s. 42-3)

Hohfeldin oma varallisuus oikeudellinen esimerkki on maanomistajan *oikeus (claim-right)* vaatia toista poistuman maaltaan; tällöin korrelaattina on sivullisen *velvollisuus (duty)* olla menemättä toisen maalle. Maanomistajan oikeuteen kuuluu

usein myös maanomistajan yksinoikeus kiinteistön vapaaseen käyttöön. Tällöin maanomistajalla on vapaus tai etuoikeus (*liberty, privilege*) olla omalla maallaan. Korrelaattina maanomistajan vapaudelle on sivullisen *ei-oikeus (no-right)* vastaavaan käyttöön.

Korrelaattiosuhteessa on siis kyse saman asian tarkastelusta kahden *eri* osapuolen näkökulmista; sen sijaan vastakohtasuhdetta voidaan tarkastella vain *toisen* osapuolen kannalta. Esimerkiksi oikeudenhaltijan vapaus tarkoittaa sitä, että *hän* ei ole velvollisuusasemassa. Vastaavasti velvollisuusasema tarkoittaa sitä, että velvoitettu ei ole vapausasemassa (etuoikeutettu). Toisin sanoen, vastakohtasuhteesta ei voida tehdä johtopäätöksiä toisen henkilön asemasta; eli jos esim. oikeutettu henkilö on vapaus-asemassa, pelkästään sen perusteella ei voi päätellä, että sivullinen on velvollisuusasemassa. Vapauteen ei välttämättä liity muiden taholta mitään positiivisia velvoitteita, ainoastaan kielto olla puuttumatta kyseessä olevaan käyttäytymiseen.

Olemme edellä tarkastelleet korrelaatti- ja vastakohtasuhteita Hohfeldin kahden ensimmäisen oikeustyyppin, eli etuoikeuden (vapauden) ja varsinaisen oikeuden (*claim-right*) avulla. Näitä käsittepareja voidaan kutsua *staattisiksi*. Toiset kaksi käsitteparia muodostavat järjestelmän *dynaamisen* puolen. Dynamiikka viittaa siihen, että oikeussuhteet voivat *muuttua*: oikeuksien subjektit voivat vaihtua, oikeuksia voidaan muuntaa tai uusia oikeuksia perustaa. Esimerkiksi oikeudenhaltijalla on *valta (power)* luovuttaa omistusoikeutensa ja näin muuttaa oikeussuhteita; tämä tarkoittaa samalla sivullisen *sidonnaisuutta (liability)* oikeudenhaltijan valtaan (jos hän mielii uudeksi omistajaksi). Oikeudenhaltija on myös *syrjäytymättömyysasemassa*, eli sivullisella ei ole valtaoikeutta syrjäyttää oikeudenhaltijaa omistajanasemasta; sivullinen on toisin sanoen *kyvytön* tässä suhteessa (*disability*) (ks. Niemi, s.46). Dynaamisen puolen korrelaatti- ja vastakohtasuhteet voidaan jälleen esittää seuraavan nelikentän avulla:

A. valta / kompetenssi (*power*)

B. sidonnaisuus (*liability*)

C. syrjäytymättömyys (*immunity*)

D. kyvyttömyys (*disability*)

Korrelaattiparit ovat A-B ja C-D, ja vastakohtaparit A-D ja C-B.

Tässä on siis jälleen tärkeää muistaa se, että korrelaattisuhteessa on kyse saman asian tarkastelusta kahden eri osapuolen näkökulmista – jos minulla on valta-asema

toiseen nähden, toinen on silloin sidonnaisuusasemassa minuun nähden. Vastakohtaparit sen sijaan ovat kaksi vaihtoehtoista tapaa määrittää oikeudenhaltijan asemaa: jos minulla on valta muuttaa oikeudellisia suhteitani, se tarkoittaa samaa että *en* ole kyvytön muuttamaan niitä.

7.4 Hohfeldin analyysin merkitys

Onko tällaisesta formaalista ja monimutkaisen näköisestä käsite-erottelusta, joka perustuu 1900-luvun alkupuolen USA:n common law -systeemiin, mitään hyötyä nykypäivän oikeustieteelle ja -filosofialle? Hohfeld itse uskoi että hänen analyysinsä on yleispätevä ja auttaa niin juridisten kuin arkipäiväistenkin oikeuksia koskevien ongelmien selvittämisessä. Epäilemättä voimme Hohfeldin käsiteparien ja neljän eri oikeustyyppin avulla selkeämmin esittää, mitä tarkkaan ottaen tarkoittaa jonkin tietyn henkilön oikeus johonkin. Kuten Visa Kurki toteaa, Hohfeldin analyysi pakottaa esimerkiksi miettimään aina oikeussuhteen toista osapuolta: jos minulla on odotusoikeus johonkin asiaan, kenellä on vastaava velvollisuus? Ja koska Hohfeldin kehikko pilkkoo oikeussuhteen pieniin osiin, "sitä käytettäessä kyetään poikkeuksellisen tarkkaan analyysiin. Esimerkiksi vapauksien ja odotusoikeuksien sekoittaminen johtaa usein väärinymmärryksiin" (Kurki 2015, 457)

Havainnollistetaan asiaa muutamalla esimerkillä . Omistusoikeuteni tietokoneeseen voidaan esittää Hohfeldin avulla seuraavalla tavalla:

- Voin *vaatia*, että kukaan muu ei saa käyttää tietokonetta (*claim-right*).
- Voin itse *vapaasti* käyttää omaa konettani (*privilege*).
- Minulla on *valta* luovuttaa, lakkauttaa tai siirtää omistusoikeuteni (*power*).
- *Muut* eivät kykene tähän, eli olen immunitettiin- tai *syrjäytymättömyys*asemassa sivullisiin nähden (ellen itse vapaaehtoisesti tästä asemasta luovu) (*immunity*).

Kaksi ensimmäistä oikeuden elementtiä koskevat oikeuttani itse tietokoneeseen. Kaksi jälkimmäistä elementtiä koskevat oikeuksia muuttaa "ensimmäisen asteen" oikeuksia. Vielä tarkemmassa analyysissä näihin oikeuksiin täytyy tehdä eräitä tarkennuksia. Minulla ei esimerkiksi ole vapautta käyttää tietokonettani jonkun hakkaamiseen tai toisen tietokoneeseen murtautumiseen. Ja immunitettiasemasta huolimatta esimerkiksi valtiolla saattaa olla oikeus takavarikoida kone vakavan

rikoksen selvittämiseksi. Useimmat lailliset oikeudet ovat tarkemmin analysoituna juuri tällaisia "klustereita" eri oikeustyypeistä. Oikeudellisissa pulmatilanteissa tämä oikeuksien kompleksinen rakenne pitää ottaa huomioon. (ks. Wenar, *Rights*, Stanford Encyclopedia of Philosophy.)

Kurjen mainitsemaa vapauksien ja odotusoikeuksien sekaannusta puolestaan havainnollistaa seuraava vanha englantilainen oikeustapaus (esimerkki on peräisin Nigel Simmondsin kirjasta *Central Issues in Jurisprudence*). Tapauksessa *Quinn v. Leatham* (1901) lihakauppias Leatham palkollisina oli ammattiliittoon kuulumattomia työntekijöitä. Quinn yritti saada Leatham erottamaan liittoon kuulumattomat työntekijät ja palkkaamaan tilalle liittoon kuuluvia. Hän uhkasi järjestää lakon erään Leatham asiakkaan kaupassa ellei tuo asiakas lopettaisi asioimista Leatham kanssa. Toisin sanoen, Quinn yritti hankaloittaa Leatham bisneksiä. Leatham haastoi Quinin oikeuteen.

Lordi Lindleyn ratkaisun mukaan Leathamilla oli *oikeus* toimia lihakauppiana ja solmia vapaasti asiakassuhteita. Tästä oikeudesta tuomari päätteli, että kaikilla muilla on *velvollisuus* estää kauppiasta harjoittamasta tätä elinkeinovapauttaan (ellei tämä ole ristiriidassa jonkun toisen vastaavan vapauden kanssa). Toisaalta Lindley myös tunnusti, että selvästi ilkeästä motiivista tehty teko joka vahingoittaa toista ei kuitenkaan välttämättä loukkaa kenenkään oikeuksia. Tuomari näytti siis ymmärtävän "oikeuden" kahdessa eri merkityksessä: "tiukassa" mielessä, jossa oikeudesta seuraa toisen velvollisuus, ja toisaalta pelkkänä vapautena tai lupana, joka tarkoittaa sitä, että Leathamilla ei ole velvollisuutta olla toimimatta lihakauppiana, mutta toisaalta muilla ei ole mitään erityisvelvollisuuksia Leathamia kohtaan, vaan he voivat omilla toimillaan estää tuon vapauden tehokasta käyttöä.

Hohfeldin analyysin avulla voidaan paljastaa, mistä jutussa oli kyse – mikä oli se juridinen ongelma, joka tuomarin pitää ratkaista. Tuo ongelma oli tämä: Täytyykö Leatham vapautta (lupaa) toimia lihakauppiana suojella *erillisellä* vaade- tai odotusoikeudella, josta seuraa velvollisuuksia muille? Pelkästä vapaudesta ei voi päätellä, että toisella on velvollisuus: Hohfeld osoitti, että vapautta vastaa vain toisen ei-oikeus kyseisen toiminnan suhteen, mutta ei välttämättä mitään rajoituksia *oman* toiminnan suhteen. Minulla on siis vapaus perustaa lihakauppa, ja sinulla ei ole oikeutta vaatia että en perusta sitä; mutta sinulla on oikeus avata lihakauppa oman kauppani viereen, tai pitää mielenosoitus lihatuotannon

haitallisuudesta kauppani edustalla. Jos halutaan varmistua, että vapausoikeuden haltija pystyy käyttämään vapauttaan häiriöttömästi (niin että muut eivät häiritse sitä esimerkiksi lakkouhkailuilla), silloin voi olla syytä luoda erillinen odotusoikeus (*claim-right*) ikään kuin tuon vapauden ympärille, josta seuraa velvollisuuksia muille. Tämä oli se kysymys joka olisi pitänyt selkeästi ratkaisussa muotoilla.

Hohfeldin analyysi ei kerro *miten* asia pitäisi ratkaista (tämä on tuomarin oman harkinnan varassa), mutta se voi siis selkiyttää sitä, *mikä* kysymys tuomarin pitää ratkaista. Näin Hohfeldin kehikon hyödyntäminen voi estää ihmisiä muodostamasta virheellisiä käsityksiä siitä mitä kaikkia "oikeuksia" heillä on ja mitä he voivat oikeutetusti muilta vaatia.

8 Oikeuksien funktio

8.1 Perusratkaisut

Jos Hohfeldin analyysissä oli olennaista käsittää oikeudet aina suhteina, johon kuului kaksi osapuolta ja kaksi erilaista oikeusasemaa, niin vaihdetaan nyt tarkastelukulma koskemaan pelkästään suhteen toista osapuolta, oikeudenhaltijaa. Mikä yleinenmerkitys oikeuksilla on niiden haltijoille? Minkä funktion ne täyttävät hänen kannaltaan? Tähän kysymykseen on annettu kaksi erilaista vastausta. *Tahtoteorian* mukaan oikeuksien funktio on mahdollistaa oikeudenhaltijan rationaalisen, vapaan tahdon käyttö: oikeudet ovat keino ilmentää yksilön *autonomiaa* eli kykyä hallita ja määrätä itse itseään. Sen sijaan *intressiteorian* mukaan oikeuksien tehtävä on suojata yksilölle tärkeitä intressejä eli tiettyjä hänen *hyvinvointiinsa* kuuluvia asioita. Intressiteorian mukaan oman tahdon käyttö ei ole olennaista oikeuden olemassaololle ja näin tämän teorian mukaan oikeuksia voi periaatteessa olla sellaisillakin olennoilla, jotka eivät itse kykene päättämään omista asioistaan. Kiista näiden kahden teorian välillä on jatkunut jo kauan ja se kulminoituu juuri kysymykseen siitä ketkä ovat kelvollisia oikeuksien subjekteiksi (eli keillä ylipäätään voi olla oikeuksia). Tarkastelemme seuraavaksi kumpaakin teoriaa hieman tarkemmin.

8.2 Tahtoteoria

Oikeuksien tahtoteorian perusajatuksen voi ilmaista myös siten, että oikeuden funktiona on antaa oikeuden haltijalle jossakin asiassa *valtaa* muihin nähden. Oikeudenhaltija on Hartin kuuluisan fraasin mukaan ”suvereeni pienessä mittakaavassa”: jos minulla on esimerkiksi omistusoikeus tietokoneeseeni, voin itse päättää, saavatko muut käyttää sitä vai eivät. Samoin jos joku on antanut minulle lupauksen, minulla on valta vapauttaa lupauksen antaja velvoitteestaan pitää lupaus jos itse näin tahdon ja valitsen. Oikeuden olemassaolo antaa siis meille mahdollisuuden kontrolloida muiden käyttäytymistä jollakin tavalla; *valinnan* mahdollisuus on oikeuksissa olennaista – voimme käyttää tuota valtaa jos niin valitsemme tai tahdomme.

Otamme tässä lähemmän tarkastelun kohteeksi teorian tunnetuimman modernin edustajan H.L.A. Hartin version tahtoteoriasta. Hän puolusti tahtoteoriaa ensin ainoastaan *moraalisten* oikeuksien yhteydessä, mutta sovelsi myöhemmin

tahtoteoriaa myös juridisiin oikeuksiin. Esittelemme ensin teorian varhaisemman moraalisia oikeuksia koskevan version, sillä se tekee ymmärrettäväksi Hartin juridisia oikeuksia koskevat käsitykset, joita käsitellään lyhyesti luvun lopussa.

Hart lähtee klassisessa tahtoteorian esityksessään liikkeelle kysymällä, onko meidän moraalisisessa diskurssissamme – eli hyvää ja pahaa tai oikeaa ja väärää koskevissa arvostelmissamme – sijaa oikeuksien (rights) käsitteelle. Jos on, niin silloin tällaisten subjektiivisten oikeuksien idea kytkeytyy kaikille yhtäläisen vapauden ideaan. Hart nimittäin toteaa, että ”jos ylipäättänsä on olemassa mitään moraalisia oikeuksia, sitä seuraa, että on olemassa ainakin yksi luonnollinen oikeus, nimittäin kaikkien ihmisten yhtäläinen oikeus vapauteen” (Hart, ”Are there any natural rights?” teoksessa Waldron, *Theories of Rights* 1984, s. 77).

Hart sallii sen, että moraalisisessa elämässä vetoaminen oikeuksiin *on* joskus sallittua ja relevanttia eikä pelkkää tyhjää puhetta joka voitaisiin korvata toisenlaisella terminologialla. Nykyisin pidämme oikeuksiin vetoamista itsestään selvyytenä, mutta Hart muistuttaa, ettei ole mitenkään ristiriitaista tai absurdia olettaa sellaisen moraalinormiston olemassaoloa, jossa ei puhuta lainkaan oikeuksista. (Hart 1984, s. 78) Kaikki käyttäytymistä säätelevät ohjeet voitaisiin ilmaista vain esimerkiksi käskyjen ”Tee niin-ja-niin” avulla. Tällaisissa systeemeissä teot voisivat olla oikeita tai väriä tai hyviä tai pahoja, mutta kenelläkään ei olisi mitään oikeuksia, kukaan ei vetoaisi niihin tai pystyisi loukkaamaan niitä. Hart mainitsee esimerkkinä kymmenen käskyä (s. 83). Tällaisessa moraalissäännöstössä ei tietenkään tunnustettaisi myöskään kaikkien ihmisten oikeutta yhtäläiseen vapauteen, ja sen takia Hart ei itse halua omaksua sellaista moraaliala, jossa oikeuksilla ei ole mitään sijaa.

Moraalisisessa diskurssissa on siis Hartin mukaan joskus sallittua vedota oikeuksiin, mutta millaisissa tilanteissa näin voidaan tehdä ja mikä rooli tai tehtävä oikeuksilla tuollaisissa tilanteissa on? Oikeuden luonnetta ja funktiota on joskus selitetty siten, että se, jolla on oikeus, *hyötyy* jollakin tavalla siitä, että hänen oikeutensa toteutuu – esimerkiksi siten että toinen suorittaa oikeutta vastaavan velvollisuuden. (Tämä on kilpailevan intressiteorian kanta.) Hart pyrkii kuitenkin osoittamaan, ettei oikeuksien funktio tyhjenny tähän etujen suojelemista korostavaan näkemykseen. Hän käyttää seuraavaa esimerkkiä. Oletetaan, että X lupaa Y:lle, jotakin palvelusta vastaan, huolehtia Y:n vanhasta äidistä Y:n ollessa matkoilla. Tämä lupaus tilanne synnyttää oikeuksia. Mutta Hartin mukaan olennaista tässä tilanteessa on se, että

oikeus syntyy nimenomaan *lupauksen kohteelle* eli Y:lle, eikä Y:n äidille. Oikeudenhaltija on siis Y, vaikka oikeudesta on *hyötyä* nimenomaan Y:n äidille: hän on se jonka intressejä lupauksen pitäminen palvelee, ja joka kärsii eniten jos lupausta ei pidetäkään. Silti Hartin mukana X:n velvollisuus koskee varsinaisesti vain Y:tä, ja jos X rikkoo lupauksensa, hän tekee väärin nimenomaan Y:tä kohtaan ja on piittaamatta tämän oikeudesta. Toisaalta taas nimenomaan Y:llä on oikeus vaatia X:ää pitämään lupauksensa; juuri Y on oikeutettu siihen, että hänen äidistään huolehditaan, ja *vain Y eikä kukaan muu* voi vapauttaa X:n velvoitteestaan jos Y niin tahtoo. (s. 82)

Hartin mukaan oikeuksissa on olennaista nimenomaan se, että oikeudenhaltijalla on *moraalinen oikeutus rajoittaa* jonkin toisen vapautta jossakin suhteessa – eikä se, että joku taho hyötyy oikeuden olemassaolosta. Kuten Hart itse sanoo edellisestä lupausesimerkistään:

”Y on toisin sanoen moraalisesti katsottuna sellaisessa tilanteessa, jossa hän voi omalla valinnallaan päättää, kuinka X toimii, ja rajoittaa näin X:n omaa valinnan vapautta; ja juuri tämä tosiasian (eikä sen, että Y saa jotakin hyötyä tilanteesta) takia voimme puhua Y:n *oikeudesta*.” (s. 82.)

Y on siis tässä tapauksessa ”suvereeni pienessä mittakaavassa” siinä mielessä, että hänellä on valta päättää siitä, miten X käyttäytyy – hänellä on oikeus vaatia lupauksen pitämistä, mutta toisaalta myös oikeus vapauttaa X lupauksestaan jos hän näin tahtoo.

Hart kutsuu *erityisiksi oikeuksiksi (special rights)* juuri tällaisia oikeuksia, jotka syntyvät määrättyjen tahojen välille, esimerkiksi heidän vapaaehtoisten sopimustensa perusteella. Itse sen *teon* tai asian luonteella, jota sopimus tai lupaus koskee, ei ole merkitystä oikeus-velvollisuus-suhteen syntymiselle. Olennaista on vain se, että osapuolet *itse* vapaaehtoisesti hyväksyvät sen, että heidän normatiivinen suhteensa muuttuu siten että toisella osapuolella on sopimuksen tai suostumuksen tai lupauksen jälkeen oikeus puuttua toisen vapauteen jollakin tavalla.

Lähtökohta on se, että ilman erityistä lupaa tai valtuutusta *kenenkään vapauteen ei saa puuttua*. Tämä implisiittinen lähtökohta kaikissa oikeuksiin vetoamisissa ilmenee Hartin mukaan siitä tavasta, jolla puhumme oikeuksista. Tyypillinen tilanne on

sellainen, jossa perustelemme puuttumistamme toisten asioihin tai heidän käyttäytymiseensä sanomalla, että meillä on siihen oikeus. Jos esimerkiksi Kalle lainasi minulta rahaa viime viikolla ja lupasi maksaa takaisin tänään, voin sanoa hänelle: "Minulla on oikeus vaatia rahojani nyt, koska lupasit viime viikolla maksaa velkasi tänään". Tai jos tutkin Villen pankkitilejä ja kuitteja ja joku ihmettelee tätä, voin puolustautua sanomalla: "Minulla on tähän täysi oikeus, Ville valtuutti minut raha-asioidensa hoitajaksi." Lähtökohta on siis se, että keneltäkään ei noin vain voi vaatia rahaa tai tutkia heidän yksityisasiotaan, vaan tähän vaaditaan jokin erityinen syy.

Ihmisten keskinäiset sopimukset tai lupaukset tai toiselle annetut suostumukset ovat tuollainen syy ja ne selittävät erityisten oikeuksien olemassaolon. Noissa oikeuksissa on aina kyse siitä, että toisen vapauteen on oikeutettua puuttua jollakin tavalla. Mutta nämä ovat *erityisiä* oikeuksia siinä mielessä, että niiden taustalla on *yleinen* oikeus yhtäläiseen vapauteen. Yhtäläisen vapauden oikeus on yleinen siinä mielessä, että se ei riipu mistään erillisestä sopimuksesta tai lupauksesta tiettyjen tahojen välillä, vaan kuuluu samalla tavalla kaikille vapaisiin valintoihin kykeneville ihmisille, ja oikeutta vastaava velvollisuus olla puuttumatta tuohon vapauteen kuuluu myös kaikille sivullisille.

Se, että omaksumme moraalisisessa ajattelussamme tällaisen yleisen vapausoikeuden olemassaolon, ilmenee Hartin mukaan sellaisissa tilanteissa, joissa joku yrittää ilman mitään perustelua rajoittaa toimintaamme jollakin tavalla. Jos joku yrittää estää meitä kävelemästä vapaasti kaupungilla tai yrittää estää vaikkapa sanan- tai uskonnonvapauttamme, ensireaktiomme on sanoa: "Sinulla ei ole mitään oikeutta tehdä noin". Tällaiset yleiset vapaudet tai perusoikeudet, jotka koskevat kaikkia ja joita kaikilla on velvollisuus kunnioittaa, pohjautuvat Hartin mukana juuri yhteen ainoaan "luonnolliseen oikeuteen" eli kaikkien ihmisten lähtökohtaiseen yhtäläiseen vapauteen. (s.87-8)

Hartin moraalisten oikeuksien tahtoteoria on siis tiivistettynä seuraava. Kaikilla ihmisillä on lähtökohtaisesti luonnollinen oikeus yhtäläiseen vapauteen, ja kaikki tuon vapauden rajoitukset pitää moraalisesti *perustella*. Ne perustellaan vetoamalla joihinkin *erityisiin oikeuksiin*, jotka puolestaan voivat syntyä vain ihmisten omien vapaiden valintojen ja sopimusten kautta. Kenelläkään ei ole oikeutta puuttua toisen vapauteen mielivaltaisesti ja ilman mitään erityistä syytä, eikä toisaalta mikään yksilön tekemä teko ole itsessään ja luonteeltaan sellainen, että siihen olisi

oikeutettua puuttua – mikäli se tehdään loukkaamatta kenenkään muun vapautta. Ainoastaan erityisen oikeuden haltijalla on valta rajoittaa toisen valinnan vapautta jollakin tavalla. Ja oikeuden olemassaolo tarkoittaa juuri tätä valtaa, eikä esimerkiksi sitä, että oikeus suojelee jonkun etua tai intressiä. Yhtäläiseen vapauteen puuttuminen näissä erityisissä tapauksissa on oikeutettua sen takia, että silloin me itse asiassa juuri toteutamme yhtäläisen vapauden periaatetta. Toisten asioihin puuttuminen on nimittäin oikeutettua vain sellaisissa tapauksissa, joissa joku yksilö omaa vapausoikeuttaan käyttämällä *itse vapaaehtoisesti* luopuu vapaudestaan esimerkiksi tekemällä lupauksen tai sopimuksen, joka antaa toiselle valta-aseman häneen nähden. Emme voi *pakottaa* ihmisiä olemaan luomatta tällaisia sidonnaisuussuhteita; pakotettu vapaus ei olisi aitoa vapautta.

Kuinka tämä teoria soveltuu juridisiin oikeuksiin? Myöhemmässä artikkelissaan "Legal Rights" (teoksessa *Essays on Bentham*) Hart pyrki osoittamaan, että tahtoteorian perusajatus selittää, mistä juridisten oikeuksien paradigmaattisessa tapauksessa, *siviilioikeudellisissa* oikeuksissa ja velvollisuuksissa, on kyse. Esimerkiksi sopimus- ja vahingonkorvausoikeuden taustalla on ajatus yksilöstä "pienen mittakaavan suvereenina", joka tietyissä olosuhteissa ja tiettyjen asioiden suhteen pystyy käyttämään valtaa toisen velvollisuuteen nähden. Hartin omin sanoin:

"Idea on se, että laki antaa yhdelle ihmiselle enemmän tai vähemmän laajan kontrollivallan (control) toisen ihmisen velvollisuuteen nähden siten, että velvollisuuden piiriin kuuluvassa toiminnassa oikeuden haltija on pienen mittakaavan suvereeni velvollisuuden kantajan (velvoitetun) suhteen." (Legal rights, s. 183)

Tarkemmin sanottuna tätä valtaa (sen kaikkein laajimmassa muodossa) on mahdollisuus käyttää kolmessa eri vaiheessa: (1) Oikeudenhaltija voi joko vapauttaa velvoitetun velvoitteestaan tai pitää velvoitteen voimassa. (Eli esim. vaatia tai olla vaatimatta sopimuksessa luvattua suoritusta) (2) Jos velvoitetta rikotaan tai uhataan rikkoa, oikeudenhaltija voi joko reagoida tähän – esimerkiksi vaatimalla oikeudessa vahingonkorvausta velvoitteen rikkomisesta koituneesta haitasta – tai olla reagoimatta. (3) Jos velvoitteen rikkoja tuomitaan korvaamaan aiheuttamansa vahinko, oikeudenhaltija voi itse olla käynnistämättä oikeuden päätöksen täytäntöönpanoprosessia. (Hart, Legal rights, s.183-4).

Sen sijaan *rikosoikeudessa* ei ole kyse velvoitteista joiden noudattamisesta tai noudattamatta jättämisestä yksilöt saisivat itse päättää. Tämän takia Hartin mukaan rikosoikeudessa on turhaa puhua yksilöiden oikeuksista, esimerkiksi oikeudesta olla joutumatta ryöstetyksi. Rikosoikeuden erottaa siviilioikeudesta se että siinä on kyse "absoluuttisista velvollisuuksista" joiden suhteen yksilöillä ei ole valtaa. Ihmiset eivät esimerkiksi voi antaa toisilleen valtuuksia tappaa muita ihmisiä (paitsi tietysti joissakin poikkeustilanteissa, kuten sodassa). Tahtoteorian hyvä puoli on Hartin mukaan se että se kykenee pitämään erossa nämä oikeudenalat kun se kytkee oikeudet ainoastaan siviilioikeudellisiin relatiivisiin (eli tiettyihin yksilöihin kohdistuviin) velvollisuuksiin. (ks. LR, s. 183-5).

Hartin moraalisia ja juridisia oikeuksia koskevien käsitysten välillä on selvä yhteys. Moraaliset oikeudet syntyivät yksilöiden vapaaehtoisesti tekemien sopimusten, lupauksen, valtuutusten ym. kautta. Juuri niistä on kyse siviilioikeudessa. Siinä annetaan tuollaisille sopimuksille ja lupauksille lainvoima eli tunnustetaan yksilön erityinen asema ja valta toisiin nähden jossakin rajatussa asiassa. Hartin varhaisemman moraalisia oikeuksia koskevan teorian voi katsoa antavan moraalisen oikeutuksen yksityisoikeudellisten pakkokeinojen käyttöön (kun esimerkiksi jotakuta pakotetaan pitämään sopimuksensa oikeudellisten sanktioiden uhalla). Toisin sanoen teoria moraalista oikeuksista selittää miksi joissakin olosuhteissa on reilua (oikeudenmukaista) pakottaa ihmisiä käyttäytymään tietyllä tavalla, vaikka lähtökohtaisesti kaikilla on oikeus yhtäläiseen vapauteen. (Ks. Hart, "Are there any natural rights?", s. 79-80)

8.3 Tahtoteorian käsitys oikeuksien subjekteista

Minkälaisilla olennoilla voi sitten olla oikeuksia tahtoteorian mukaan? Vastaus lienee edellisen perusteella selvä: vain sellaisilla, jotka ensinnäkin ovat *vapaita* tekemään lupauksia ja solmimaan sopimuksia, ja jotka toisekseen myös *kykenevät* käyttämään tätä vapauttaan sekä sen mahdollistamaa valtaa. Vapaus ja riittävän kehittyneet kognitiiviset kyvyt – tai kuten voisimme myös sanoa, *autonomia* ja *rationaalisuus* – ovat siis välttämättömiä ominaisuuksia oikeudenhaltijoille. Tämä käsitys oikeuksien subjekteista kattaa ainakin suurimman osan tavallisista ihmisistä. Mutta se voisi kattaa myös vaikkapa avaruusolennot, jos sellaisia maan päälle tupsahtaisi ja jos he osoittautuisivat kognitiivisilta kyvyiltään samanlaisiksi kuin me. Edelleen tahtoteorian mukaan oikeuksia voi olla myös rationaalista toimijoista koostuvilla *ryhmillä*, sikäli kuin ne kykenevät kollektiiviseen

päätöksentekoon sekä vallankäyttöön. Näin siis oikeuksia voi olla esimerkiksi yhtiöillä, yliopistoilla, yhdistyksillä jne. Oikeuksia sen sijaan *ei* voi olla älylliseen ajatteluun ja pitkäjänteiseen sitoutumiseen kykenemättömillä eläimillä. Entäpä sitten lapset tai sellaiset aikuiset, joilta puuttuvat normaalit kognitiiviset kyvyt? Jos oikeuksien funktio on mahdollistaa vallankäyttö (toisen vapauden rajoittaminen jossakin suhteessa) ja se edellyttää kykyä tehdä ja ymmärtää sopimuksia ja lupauksia, niin ainakaan pienillä lapsilla ja mentaalisesti vajaakykyisillä aikuisilla ei voi olla oikeuksia. Tämä tahtoteorian seuraus herättää helposti vastustusta ja palaamme aiheeseen pian uudesta.

Tahtoteoria juontaa selvästi juurensa Immanuel Kantin moraalifilosofiaan, jossa ihmisen järjellisuuden ja vapauden arvostus yltää huippuunsa. Kantin filosofiassa järki antaa meille tietoa moraalista (siitä kuinka pitäisi toimia), ja *vapaa tahto*, joka toimii järjen löytämän moraalilain perusteella, tekee teoista aidosti moraalisesti arvokkaita. Kant uskoi että ihmiset voivat järkensä avulla, apriorisesti päättellessään, löytää kaikkia samalla tavalla sitovan moraalilain, Kantin kuuluisan *kategorisen imperatiivin*. Kategorinen imperatiivi kehottaa toimimaan sellaisen motiivin tai maksimin perusteella, jonka voi samalla toivoa tulevan yleiseksi laiksi (*Tapojen metafysiikan perustus*, s.110). Kant olettaa että muutkin ihmiset ovat rationaalisia toimijoita, koska kategorisen imperatiivin käyttäjä tavallaan asettuu muiden ihmisten paikalle ja miettii, mitä siitä tulisi, jos jokainen toimisi samalla tavalla kuin minä aion nyt toimia.

Koska Kantin mukaan kaikki ihmiset ovat samalla tavalla järjellisiä, heitä kaikkia tulee kunnioittaa samalla tavalla. Kategorisen imperatiivin toisen kuuluisan muotoilun mukaan kaikkia ihmisiä tulee aina kohdella *päämäärinä sinänsä* eikä koskaan pelkkinä välineinä. (TMP, 120) Ideaalitapauksessa järkevät, vapaat, toisia aina päämäärinä sinänsä kohtelevat ihmiset muodostavat "päämäärien valtakunnan", joka Kantin mukaan on

"yhteisten objektiivisten lakien koossapitämä, järjellisten olentojen järjestelmällinen yhtymä, so. valtakunta, jota voidaan sanoa päämäärien valtakunnaksi (mikä tosin on vain ihanne) [...] Päämäärien valtakuntaan kuuluu jäsenenä jokainen järjellinen olento, jos se on siinä yleisesti lakiasäätävänä mutta itse myöskin näiden lakien alainen." (TMP, 125-6).

Päämäärien valtakunnassa kaikki siis voivat toimia lainsäätäjinä ja lait muodostavat harmonisen, ristiriidattoman kokonaisuuden, sillä ne eivät perustu kenenkään satunnaisiin mielijohteisiin tai haluihin, vaan ainoastaan yleiseen, abstraktiin, kaikille samanlaiseen universaaliin järkeen – kategoriseen imperatiivin. *Oikeudet* tässä päämäärien valtakunnassa muodostuvat niiden velvollisuuksien kautta, joita ihmisillä on. Meillä on velvollisuus kohdella muita, ja itseämme, aina päämäärinä sinänsä eli järjellisinä ja vapaina olentoina. Oikeudet ilmaisevat ja suojaavat tätä arvokkuuttamme ja autonomiaamme rationaalisina ihmisinä. Ajatus jokaiselle ihmisille kuuluvasta arvokkuudesta on selvästi nykyisenkin oikeuksien tahtoteorian taustalla.

8.4 Tahtoteorian ongelmia

Tahtoteorian ajatus siitä, että jos jollakulla on oikeus johonkin, silloin juuri kyseinen henkilö eikä kukaan muu saa päättää tuon oikeuden käyttämisestä tai käyttämättä jättämisestä, tuntuu ensi alkuun hyväksyttävältä. Mutta ovatko kaikki oikeudet sellaisia, joiden käyttämisestä oikeudenhaltija saa itse päättää? Tahtoteorian eräänä ongelmana pidetään sitä, että siinä ei näytä olevan sijaa *luovuttamattomille* oikeuksille eli sellaisille oikeuksille, joiden suhteen meillä ei ole valinnan vapautta eikä minkäänlaista valtaa. Esimerkiksi oikeus olla joutumatta orjaksi tai oikeus elämään ovat useimpien mielestä oikeuksia, joiden luopumisesta kukaan ei voi omalla tahdollaan päättää (ei omasta eikä muiden puolesta) – ne kuuluvat kaikille automaattisesti ja niiden rikkomiselle ei missään tilanteessa löydy mitään moraalista oikeutusta. (Toisen tappamista ei voi oikeuttaa sillä, että hän itse antoi siihen luvan!) Pitääkö tahtoteorian siis myöntää, että kaikkein tärkeimmät henkeä ja terveyttämme suojaavat oikeudet eivät ole varsinaisia oikeuksia koska ne ovat (esimerkiksi YK:n ihmisoikeuksien julistuksen mukaan) luovuttamattomia?

Jos pitäydymme Hartin versioon tahtoteoriasta, niin täytyy muistaa, että Hartkin piti *vapautta* kaikille kuuluvana luovuttamattomana, luonnollisena oikeutena. Hänen teoriansa koski vain erityisiä oikeuksia, jotka syntyvät tuon vapauden käyttämisen kautta. Vapautta ei siis kukaan saa Hartin tahtoteoriassakaan luovuttaa kokonaan pois lopullisesti – ilman yksilöille lähtökohtaisesti kuuluvaa vapautta koko teorialta putoaa pohja pois. Käytännössä tämä luovuttamaton oikeus vapautteen tarkoittaa myös kaikille kuuluvaa yhtäläistä oikeutta elämään, koska vapautta ei voi käyttää ilman elämää. Näin luovuttamaton oikeus elämään olisi myös yksi tahtoteorian ennakoedellytys.

Tahtoteoriassa on siis sijaa luovuttamattomille oikeuksille, mutta ne ovat tavallaan "esioikeuksia", kaikkien spesifimpien oikeuksien välttämättömiä ennakkoehtoja. Erityisiin oikeuksiin liittyy tahtoteoriassa aina mahdollisuus kontrolloida muiden käyttäytymistä jollakin tavalla. Mutta on huomautettu, että joskus jollakin muulla kuin oikeudenhaltijalla voi olla valta vapauttaa sivullinen velvoitteestaan. Esimerkiksi tuomari voi vapauttaa velallisen velkataakastaan (vaikka velkoja itse ei sitä haluaisikaan). Tällöin siis valta kontrolloida velvollisuuden toteutumista on jollakin muulla kuin itse oikeus-velvollisuussuhteen osapuolilla (Frances Kamm, *Intricate Ethics*, s. 243). Hart kenties vastaisi tähän, että hänen teoriansa koskeekin vain *moraalisia* oikeuksia; ja moraalisessa mielessä vain velkoja voi vapauttaa velallisen maksuvelvollisuudestaan (oikeuden vapauttava päätös ei välttämättä poista velkojan ja velallisen välistä moraalisesti jännitteistä suhdetta). Mutta tämän voidaan nähdä olevan merkki juuri Hartin teorian rajoittuneisuudesta: ajatus oikeuksista vallankäyttönä, oman tahdon ja valinnan ilmaisun keinona, ei sovi kaikkiin niihin tapauksiin, joissa selvästi on kyse oikeuksista.

Kaikkein perustavimpana tahtoteorian ongelmana pidetään sitä, että sen käsitys siitä, kenellä voi ylipäättään olla oikeuksia, on liian suppea. Jos oikeudet ovat kytköksissä rationaalisten ihmisten vapaisiin valintoihin, silloin sellaisilla henkilöillä, jotka eivät ole kykeneviä vapaisiin valintoihin (jotka eivät näin ollen voi toimia suvereenina) ei koskaan voi olla mitään oikeuksia. Esimerkiksi pienet lapset, eläimet tai henkisesti jälkeenjääneet aikuiset olisivat vailla oikeuksia tahtoteorian mukaan. Hart itse myöntää tämän teoriansa seurauksen, mutta ei pidä sitä teorian ongelmana eikä tietenkään perusteena kohdella huonosti tai väärin lapsia tai eläimiä. Hart vain ajattelee, että meidän moraalinen velvollisuutemme kohdella eläimiä ja lapsia hyvin voidaan ilmaista *ilman* oikeuden käsitettä. Toisin sanoen, voimme aivan hyvin olla sitä mieltä, että meidän *pitäisi* kohdella hyvin lapsia ja eläimiä ja että on *väärin* kohdella heitä huonosti, ilman että meidän täytyy olettaa lapsille ja eläimille vastaavaa oikeutta tulla hyvin kohdelluksi. ("Are there any natural rights?" s. 82). Voidaan siis ajatella, että meillä voi olla erittäin painavia moraalisia velvollisuuksia joita ei välttämättä vastaa kenenkään toisen ihmisen oikeus. Velvollisuudet ikään kuin kattavat laajemman alueen moraalista kuin oikeudet. Näistä Hartin puolusteluista huolimatta monet pitävät sellaista teoriaa oikeuksista riittämättömänä, joka ei kykene ottamaan huomioon myös muiden kuin vapaisiin valintoihin kykenevien aikuisten oikeuksia.

8.5 Intressiteoria

Intressiteorian vahvuutena pidetään sitä, että sen antama määritelmä oikeuksien funktiolle kykenee kattamaan laajemman joukon oikeuksia ja oikeudenhaltijoita kuin suppeampi tahtoteoria. Kuten jo aiemmin totesimme, intressiteorian perusajatus on lyhykäisyydessään se, että oikeuksien funktio on edistää tai turvata oikeudenhaltijan etuja tai intressejä. Esimerkiksi omistusoikeus ei ole oikeus sen takia, että omaisuuden omistaja voi kontrolloida muiden käyttäytymistä suhteessa omaisuuteen, vaan kyseessä on oikeus sen takia, että omistamisesta on jotakin hyötyä tai etua omistajalle (tai yhteiskunnalle).

Tämä teoria oikeuksien tehtävästä on alun perin lähtöisin utilitaristifilosofi Jeremy Benthamilta. Benthamin mukaan jos minulla on oikeus johonkin, silloin minä hyödyn tai saan etua oikeutta vastaavan *velvollisuuden* toteutumisesta. Bentham ymmärsi siis oikeudet velvollisuuksien kautta. Velvollisuus tarkoitti hänelle tekoa (tai teosta pidättäytymistä), jota suvereeni vaatii rangaistuksen uhallalla. Oikeus viittaa tällöin siihen hyötyyn, joka velvollisuuden tekemisestä jollekulle aiheutuu. Benthamille oikeuksia ja velvollisuuksia voi olla olemassa vain jonkin tietyn oikeusjärjestelmän sisällä. Oikeudet ovat suvereenin käskyjä ja niistä on jollain lailla hyötyä. Bentham kiisti jyrkästi minkäänlaisten luonnollisten, ihmisten säätämistä laeista riippumattomien oikeuksien olemassaolon. (Ks. "Anarchical Fallacies", teoksessa Waldron (ed.), *Nonsense upon Stilts*, s. 73.) Nykyisiä kuuluisia intressiteorian puolustajia ovat mm. Joseph Raz, Neil MacCormick sekä Matthew Kramer. Keskitymme tässä nimenomaan Razin teorian esittelyyn, sillä siinä käydään selvästi vuoropuhelua äskeisen teoreetikon eli Hartin kanssa.

Raz antaa seuraavan määritelmän oikeuksille:

"X:llä on oikeus jos ja vain jos X:llä voi olla oikeuksia, ja jokin aspekti X:n hyvinvoinnista (intresseistä) on riittävä syy pitää joitakin toisia henkilöitä velvollisuuden alaisina." (Raz, "On the Nature of Rights", *Mind* 1984, s. 195.)

Razin mukaan tämä määritelmä pyrkii kattamaan kaikkien oikeuksien ytimen (s.196). Hänen teoriallaan on siis rohkeampi ja kunnianhimoisempi tavoite kuin Hartin tahtoteorialla. Hartin teoria rajoittui pelkästään yksityisoikeuden alaan (sekä sitä pohjustaviin moraalisiin oikeuksiin) ja sen yksi heikkous on juuri tämä suppeus.

Keskeistä Razin määritelmässä on vetoaminen *intresseihin* ja *velvollisuuksiin*. Intressi tai etu tarkoittaa jotakin yksilön hyvinvointiin (*well-being*) liittyvää aspektia. Mutta vastaako *jokaista* yksilön intressiä jokin toisia velvoittava oikeus? Razin mukaan ei. Vain erityisen *painavat* intressit ovat pohjana niitä turvaaville oikeuksille. Painava intressi eroaa muista intresseistä siten, että se on riittävä peruste synnyttämään muissa velvollisuuden pyrkiä suojaamaan tuota intressiä (ks. esim. s. 211). Jos intressi on sellainen, että muut asiat osoittautuvat tärkeämmiksi kuin intressin suojaaminen, silloin oikeutta ei ole olemassa. Toisaalta jokaista olemassa olevaa velvollisuutta ei aina vastaa jonkun toisen oikeus. Velvollisuuksia on monenlaisia ja ne perustuvat moniin eri asioihin. Vain niitä velvollisuuksia, jotka perustuvat jonkin toisen henkilön intressin turvaamiseen, vastaa tuolla toisella oleva oikeus. Lisäksi tuo oikeutta vastaava velvollisuus voi olosuhteiden myötä muuttua, tai velvollisuuksia voi tulla lisää. Se, millaisen velvollisuuden avulla jokin oikeus turvataan, ei ole mitään lukkoon lyötyä ja pysyvää (s. 199-200).

Jotta Razin hankala teoria selkiytyisi hiukan, tarkastellaan konkreettista esimerkkiä, hänen selitystään *lupaustilanteeseen* liittyvistä oikeuksista ja velvollisuuksista. Kuten muistamme, Hart piti lupaustilanteessa olennaisena sitä, että lupauksen saajalla on valta kontrolloida lupauksen antajan käytöstä tietyllä tavalla: lupauksen saaja voi halutessaan joko vaatia lupauksen lunastamista tai vapauttaa lupauksen antajan velvoitteestaan. Pohjimmiltaan tämä oikeus johtuu siitä, että kummallakin lupaussuhteen osapuolella on kyky ja vapaus solmia sidonnaisuussuhteita haluamiensa ihmisten kanssa ja haluamiensa asioiden suhteen. Raz taas näkee asian siten, että vasta oikeuden olemassaolo mahdollistaa kyvyn vallankäyttöön: tuo valta on Razin mielestä *seuraus* oikeuden olemassaolosta. Oikeus ei siis perustu kykyyn käyttää valtaa, vaan se perustuu *intressiin* luoda sidonnaisuussuhteita muiden kanssa (s. 202). Tämä intressi perustelee sekä lupaajan oikeuden antaa lupauksia että lupauksen saajan oikeuden vaatia luvattun asian toteutumista.

Näin Raz voi vastata Hartin esittämään "third party beneficiary"-ongelmaan. Vaikka lupauksen sisältö varsinaisesti hyödyttääkin jotakin kolmatta osapuolta (esimerkiksi lupauksen saajan äitiä, josta lupaaja sitoutuu huolehtimaan), on lupauksessa kyse myös lupauksen saajan intressistä. On näet yleisesti ottaen hyödyllistä saada vapaasti solmia sopimuksia ja muita sidonnaisuussuhteita. Niinpä siis lupauksen saajallakin on oikeus saada hänelle luvattu asia, onhan kyseessä hänenkin intressinsä. (ks. Raz 1984, s. 203)

Razin teorian mukaan Hartin esimerkin analyysi olisi siis tämä: X:llä, joka lupaa huolehtia Y:n vanhasta äidistä Y:n ollessa matkoilla, on oikeus antaa tällaisia lupauksia koska on hänen intressiensä mukaista saada vapaasti tehdä sopimuksia. Y:llä, jolle lupaus annetaan, on oikeus vaatia lupauksen toteuttamista tämän saman intressin perusteella. Y:n äidillä, jota lupauksen sisältö koskee, on oikeus vaatia lupauksen toteuttamista, koska se on hänen välittömien etujensa (hänen konkreettinen hyvinvointinsa) mukaista. Tahtoteoreetikoita voidaan syyttää siitä, että he kuvaavat tämänkaltaiset lupaustilanteet liian yksioikoisesti, jos he olettavat, ettei ihmisillä yleisesti ottaen ole mitään intressejä huolehtia muista ihmisistä eli solmia muita kuin heitä itseään hyödyttäviä sopimuksia.

Mutta jos sallitaan se, että lupaustilanteeseen liittyy eri henkilöiden erilaisia intressejä, ja heillä kaikilla voi olla intressiä vastaava oikeus, niin joudutaan uuden ongelman eteen: miten intressiteoreetikko rajaa sen hyötyjien joukon, jolla on *oikeus* saada intressinsä turvatuksi? Jonkin velvollisuuden suorittamisestahan saattavat hyötyä lukemattomat tahot. Esimerkkitapauksessamme suoraa hyötyä X:n velvollisuudesta on tietysti Y:n äidille, josta huolehditaan, sekä Y:lle, jolla on kyseessä intressi saada vapaasti solmia sopimuksia (jos hyväksymme Razin analyysin tilanteesta). Mutta siitä, että X hoitaa velvollisuutensa ja pitää huolta Y:n äidistä voi hyötyä myös vaikkapa Y:n äidin (myöskin iäkäs ja huonokuntoinen) naapuri, jonka kanssa äiti jaksaa seurustella kun hänen omasta hyvinvoinnistaan on huolehdittu; tai kaupungin vanhustenhuolto, joka pystyy paremmin hoitamaan muita vanhuksia kun X helpottaa heidän työtaakkaansa; tai Y:n lapset, jotka saavat nauttia isänsä seurasta rauhassa koko matkan ajan ilman että isän täytyy jatkuvasti käydä hoitamassa omaa äitiänsä. Jos nyt naapuri, lapset ja vanhustenhoitajat hyötyvät jollakin tavalla X:n lupauksen toteuttamisesta, onko heilläkin lupausta vastaava *oikeus* saada kyseessä olevat intressinsä turvatuiksi? Intressiteoreetikoiden täytyy jollakin tavalla kyetä rajaamaan *relevantti* hyötyjien joukko, elleivät he halua myöntää oikeuksia kaikille mahdollisille velvollisuudesta hyötyjille.

Toinen intressiteoreetikko Matthew Kramer esittelee tähän rajausongelmaan seuraavan ratkaisun (joka on alun perin lähtöisin Benthamilta): relevantti edunsaaja eli velvollisuutta vastaavan oikeuden haltija löytyy, kun pohditaan, mitkä perusteet ovat riittävät sopimuksen tai lupauksen *rikkomisen* osoittamiseksi. Jos se, että Y:n äidin naapurille on koitunut jotakin haittaa, on riittävä peruste sen osoittamiseksi, että X on laiminlyönyt velvollisuutensa, silloin naapurillakin on *oikeus* X:n

velvollisuuden täyttämiseen. Jos taas naapurin kärsimä haitta ei ole riittävä osoitus X:n velvollisuuden laiminlyönnistä (jos se ei itsessään todista, että X ei ole hoitanut Y:lle antamaansa lupausta), silloin naapurilla ei ole tuota velvollisuutta vastaavaa oikeutta. Kramer uskoo, että tämän testin avulla – mieluummin kuin esimerkiksi lupauksen tai sopimuksen takana olevaa *intentiona* tutkimalla – intressiteoreetikko kykenee näppärästi erottamaan satunnaiset hyötyjät todellisista oikeudenhaltijoista. (ks. Kramer, "Rights Without Trimmings", teoksessa *A Debate Over Rights* 1998, s. 81-86)

Voidaan siis katsoa, että intressiteoria kykenee vastaamaan Hartin esittämään "third party beneficiary" -haasteeseen. Mutta entäpä sitten sellaiset tapaukset, joissa jollakin on oikeus johonkin ilman, että tämä palvelee mitenkään oikeudenhaltijan etuja? Joku voi esimerkiksi olla oikeutettu perintöön, jota ei voi myydä ja jonka hallinta on kallista ja aikaa vievää, joten tämä oikeus pikemminkin heikentää kuin edistää oikeudenhaltijan hyvinvointia. Toisena esimerkkinä mainitaan usein tuomarin oikeus rangaista rikollisia. Tästä oikeudesta ei tuomarille itselleen ole välttämättä mitään hyötyä tai etua; päinvastoin, voi olla, että rikollisen ystävät ryhtyvät kostotoimenpiteisiin tuomaria kohtaan, jolloin oikeudesta on tuomarin hyvinvoinnille suoranaista haittaa. Rankaiseminen ei tietenkään useimmiten edistä rikosentekijän hyvinvointia, eikä siitä välttämättä seuraa myöskään mitään yleistä yhteiskunnallista hyötyä. Silti tästä tuomareiden rangaistus-oikeudesta ei kukaan varmaankaan halua luopua. Oikeuksien funktio ei siis kaikissa tapauksissa ole jonkun edun tai intressin suojaaminen.

Kramer on vastannut tämänkaltaiseen kritiikkiin toteamalla, että vaikka oikeuksien *yleinen* funktio on suojata intressejä, ne eivät silti välttämättä tee niin *poikkeuksetta*. Perintöoikeudesta on varmasti useimmissa tapauksissa hyötyä perinnön saajalle, eikä muutama vastakkainen tapaus kumoa oikeuden olemassaoloa. Sen sijaan jos jostakin väitetystä oikeudesta on jatkuvasti oikeudenhaltijoille pelkkää haittaa, silloin kyseessä ei ole aito oikeus (Kramer 1998, 93-5). Intressiteoria tarkkaan ottaen tarkoittaakin siis sitä, että oikeuksien funktio on *yleensä* suojata oikeudenhaltijan intressejä. Tämä myönnytys tekee ensi alkuun yksiselitteiseltä näyttävästä teoriasta hieman epämääräisemmän – voidaan kysyä esimerkiksi, kuinka paljon jokin oikeus saa vahingoittaa oikeudenhaltijoita ennen kuin se muuttuu ei-oikeudeksi?

8.6 Kenellä voi olla oikeuksia intressiteorian mukaan?

Razin aiemmin lainatussa oikeuksien määritelmässä " X:llä on oikeus jos ja vain jos X:llä voi olla oikeuksia, ja jokin aspekti X:n hyvinvoinnista (intresseistä) on riittävä syy pitää joitakin toisia henkilöitä velvollisuuden alaisina" (s. 195). Mutta millaisilla entiteeteillä sitten *voi* olla oikeuksia? Raz pyrkii antamaan tähänkin kysymykseen täsmällisen määritelmän:

"Yksilöllä voi olla oikeuksia jos ja vain jos hänen hyvinvoinnillaan on perimmäistä arvoa (*ultimate value*) tai jos hän on 'keinotekoinen persoona' (esimerkiksi yhtiö)." (s. 195)

Kuten muistamme, "intressi", johon kaikki oikeudet Razin teoriassa perustuvat, tarkoittaa jotakin aspektia yksilön hyvinvoinnista. Oikeuksia siis voi olla vain sellaisilla entiteeteillä, joiden kohdalla on mielekästä puhua hyvinvoinnista. Mutta kuten Razin yllä olevasta määritelmästä voi päätellä, *kaikki* ne asiat, joiden voidaan sanoa voivan hyvin tai huonosti, eivät kuitenkaan ole sopivia oikeuksien subjekteja. Vain ne asiat tai olennot, joiden hyvinvointi on *äärimmäisen arvokasta*, ovat soveliaita oikeuksien haltijoita. Intressiteoriassa ratkaisevaa onkin kysymys siitä, minkä tai keiden hyvinvointi sitten on äärimmäisen arvokasta; tähän annetut vastaukset lopulta paljastavat sen, miten intressiteoria käytännössä eroaa tahtoteoriasta (vai eroaako mitenkään), sekä sen, miten eri intressiteoreetikot eroavat toisistaan.

Valitettavasti Razilta ei saa tähän kysymykseen suoraa ja selkeää vastausta. Sen Raz tuntuu myöntävän, että ainakaan *kasveilla* ei voi sanoa olevan oikeuksia, vaikka niiden hyvinvoinnista on selvästi mielekästä puhua ja vaikka joskus jollakin voi olla *velvollisuus* pitää huolta kasvien hyvinvoinnista. Esimerkiksi kaupungin puistotyöntekijöiden velvollisuutena on pitää huolta julkisista istutuksista (koska tämä on määritelty heidän työsopimuksessaan); tai Kallen velvollisuutena voi olla kastella Villen ruukkukasveja Villen ollessa matkoilla, koska Kalle on luvannut Villelle niin. Razin mukaan tällaisissa tilanteissa, joissa kasvien hyvinvointi on tiettyjen velvollisuuksien taustalla, kasveilla ei kuitenkaan ole oikeutta noihin etuisuuksiin. Syy tähän on se, että kasvien olemassaololla ja kukoistuksella ei ole perimmäistä arvoa. (s. 205)

Kasveilla on toki *instrumentaalista* arvoa; tällä Raz tarkoittaa niitä hyödyllisiä *seurauksia*, joita kasvien hyvinvoinnista on muille kuin itse kasveille. Oikeuksia voi

kuitenkin olla vain sellaisilla olennoilla joiden hyvinvointi on *itsessään arvokasta* tai *itseisarvoista* (*intrinsically valuable*). Mutta kaikkien niiden olentojen hyvinvointi, joka on itsessään arvokasta, ei ole kuitenkaan *äärimmäisen arvokasta* (*of ultimate value*). Raz siis haluaa erottaa itseisarvoisista olennoista vielä "äärimmäistä arvoa omaavat" olennot ja myöntää oikeuksia vain heille. Havainnollistaakseen tätä eroa Raz pyytää meitä kuvittelemaan koiran, johon sen omistaja on syvästi kiintynyt ja joka kaikin tavoin parantaa omistajansa elämänlaatua. Koira on olennainen osa omistajansa hyvää elämää – samaa koiran aiheuttamaa mielihyvää ei voisi tuottaa esimerkiksi jonkun mielialälääkkeen avulla. Tällöin voimme sanoa koiran hyvinvoinnin olevan itsessään arvokasta. Mutta vaikka koiralla on arvo sinänsä, sillä ei kuitenkaan ole perimmäistä tai äärimmäistä arvoa: sen arvo riippuu lopulta koiran vaikutuksesta ihmisen hyvinvointiin. Ihmisen (tässä tapauksessa koiran omistajan) hyvinvoinnilla sen sijaan on äärimmäistä arvoa. (205-6).

Raz ei kuitenkaan sano suoraan onko hän itse sitä mieltä, että koirat (ja muut eläimet) eivät ole sopivia oikeuksien subjekteja. Hän sanoo vain, että ne, jotka pitävät koirien olemassaoloa ja hyvinvointia arvokkaana sen takia, että ne edistävät ihmisten hyvinvointia, ovat täten sitoutuneet myös siihen, ettei koirilla voi olla oikeuksia – vaikka meillä saattaakin olla velvollisuuksia edistää koirien hyvinvointia (s. 206). Kysymys siitä, millä perusteella jokin olento on perimmäisesti arvokas, on perusteellista moraalista pohdintaa vaativa kysymys, jonka Raz tässä yhteydessä työntää syrjään (ks. s. 204). Saman tekee myös toinen kuuluisa intressiteoreetikko Kramer. Hänen mielestään oikeuksien intressiteoriassa on kyse vain formaalista, analyttisestä määritelmästä (jossa oikeuksien käsite kytketään intressien suojaamiseen). Se, minkä olentojen mitkä intressit ovat suojelemisen arvoisia, on moraalii- ja poliittisen filosofian alaan kuuluva kysymys, eikä analyttisen oikeustieteen. (Kramer 1998, s.79) Tätä voi kuitenkin pitää tärkeän kysymyksen välttelynä, varsinkin kun intressiteoreetikoiden eräs pääkritiikki tahtoteoriaa kohtaan on juuri se, että siinä mahdollisten oikeudenhaltijoiden joukko on liian rajattu.

(Nigel Warburtonille antamassaan haastattelussa Kramer suostuu täsmentämään kantaansa hieman enemmän. Kramer kiistää kasvien oikeudet, mutta sen sijaan pitää "korkeampia eläimiä" sopivina oikeuksien haltijoina. Hän mainitsee oikeudenhaltijoiden välttämättömiksi ominaisuuksiksi ainakin elollisuuden, kyvyn tuntea nautintoa ja tuskaa, sekä jonkinlaisen reflektiivisen tietoisuuden.

Haastattelu löytyy netistä osoitteessa

http://www.nigelwarburton.typepad.com/philosophy_bites/

Intressiteoreetikko voi kääntää kysymyksen toisin päin ja määritellä sen, millainen oikeuksia vastaavan *velvoitetun* tulee olla. Tällöin siis puhutaan oikeuksista, joita aina vastaa jonkin toisen velvollisuus, eli Hohfeldin vaadeoikeuksista (*claim-rights*). Jos ajattelemme tämäntyyppisiä oikeuksia, niin silloin voidaan väittää, että olennaista on se, että oikeutta vastaavan velvollisuuden haltijalla on tahtoteorian mukainen kyky itsenäiseen, rationaaliseen päätöksentekoon. (ks. Tom Campbell, *Rights – A Critical Introduction*, s. 48) Tällöin siis ajatellaan, että oikeudenhaltija itse voi olla kyvytön käyttämään oikeuttaan, mutta velvoitettu on tarpeeksi järkevä ymmärtääkseen velvollisuutensa esimerkiksi lapsia, eläimiä tai ympäristöä kohtaan. Rationaalinen ihminen voi huomata, että myös muilla kuin hänen kaltaisillaan olennoilla on intressejä, jotka pitää turvata oikeuksilla; hän voi esittää vaatimuksia ei-rationaalisten olentojen tai entiteettien *puolesta*. (Samalla voidaan myöntää, että oikeuksia, joihin liittyy Hohfeldin valta-elementti (*power*), ei ole mielekästä myöntää pienille lapsille tai eläimille: lapset eivät kykene esimerkiksi säätämään lakeja tai laatimaan testamentteja.) (Campbell, *Rights*, s. 48)

Mutta *keiden kaikkien puolesta* vaatimuksia voidaan esittää? Rajauksen ongelma on edelleen akuutti, sillä oikeuksia ei voi vaatia aivan mille tai kenelle tahansa. Emmekä saa tähän täsmällistä vastausta Campbelliltakaan, joka itse kuitenkin selvästi kannattaa intressiteoriaa. Hän vain toteaa, että kun pitäisi määrittää se, minkälaisen olioiden minkälaiset intressit ovat riittävän tärkeitä vaatiakseen oikeuksia suojaamaan niitä, riippuu vastaus kunkin teoreetikon omista moraalisisista periaatteista. Kaikki intressiteoreetikot eivät esimerkiksi tunnusta eläinten oikeuksia (ainakaan kaikkien eläinten). Todellisia suojelemisen arvoisia intressejä on nähty olevan vain esimerkiksi kielen käyttöön ja käsitteelliseen ajatteluun kykenevillä olioilla; tai itsensä tiedostamiseen kykenevillä olioilla; tai elämän ja kuoleman tiedostamiseen kykenevillä olioilla; tai järjenkäyttöön ja vapaisiin valintoihin kykenevillä olioilla. (s. 50)

Oikeuksien kytkeminen intresseihin ei siis *välttämättä* kata kovinkaan paljon laajempaa oikeudenhaltijoiden joukkoa kuin oikeuksien kytkeminen rationaalisen tahdon käyttöön. Se riippuu siitä, keitä ylipäätään lasketaan niiden joukkoon, joilla voi olla intressejä, sekä siitä, keiden intressit ovat riittävän painavia toimiakseen perusteena oikeuden syntymiselle. Lisäksi intressiteoreetikon pitäisi vielä

määrittää, *mitkä* vaikkapa ihmisten hyvinvointiin liittyvät aspektit ovat sellaisia, että ne pitää suojata oikeuksilla. Tarkoittaako hyvinvointi materiaalista hyvinvointia, vai toimivia ihmissuhteita, vai omien kykyjen harjoittamista, vai itse valittujen ideaalien mukaan elämistä? Tässä kohdassa vastaus riippuu jälleen jokaisen intressiteoreetikon omista moraalisisista näkemyksistä. Campbell osoittaa että intressiteoreetikko voi olla niin utilitaristi, hyve-etiikan kannattaja kuin kantilainen ihmisen autonomiaakin arvostava. (58-60)

8.7 Yhteenveto tahto- ja intressiteorioista

Kerrataan vielä lopuksi kummankin teorian pääpiirteet sekä keskeiset vahvuudet ja heikkoudet. Tahtoteorian perusajatus on tiivistettynä tämä: oikeuksien funktio on mahdollistaa vapaiden, rationaalisten ihmisten oman tahdon käyttö. Tahtoteorian taustaoletuksena on, että ihmiset ovat lähtökohtaisesti vapaita tekemään (tai olemaan tekemättä) keskenään sopimuksia, joilla he itse voivat vapaaehtoisesti rajoittaa omaa vapauttaan. Teorian hyvä puoli on sen selkeys: siinä ei ajauduta hankaliin rajanvetokiistoihin siitä mitkä intressit ovat tärkeitä tai millaiset olennot ovat sopivia oikeuksien haltijoita. Oikeuksia kun voi olla vain vapailta ja rationaalisilla yksilöillä. Teorian ongelmana on ensinnäkin se, että kaikki oikeudet eivät ole sellaisia, joihin liittyy oikeudenhaltijan valta päättää itse oikeuden käyttämisestä tai käyttämättä jättämisestä – nimenomaan kaikkein perustavimmat henkeä ja terveyttä suojaavat oikeudet ovat yleisen käsityksen mukaan luovuttamattomia. Toisekseen, tahtoteorian käsitys oikeuksien subjekteista on monien mielestä vaikea hyväksyä. Eläinten sekä jopa joidenkin ihmisten rajaaminen oikeudenhaltijoiden joukon ulkopuolelle tuntuu moraalisesti epäilyttävältä.

Intressiteoria puolestaan kytkee oikeuden funktion intressien eli hyvinvointiin liittyvien aspektien suojaamiseen. Teoria ei siis lähtökohtaisesti sulje mitään tiettyä ryhmää oikeuksien ulkopuolelle – se, keillä kaikilla voi olla oikeuksia, riippuu siitä, keillä kaikilla on suojelemisen arvoisia intressejä. Mutta tämä intressiteorian vahvuus (saada laajempi joukko mukaan oikeudenhaltijoiden piiriin) on samalla myös teorian heikkous. Käytännön tasolla mitään selkeää oikeudenhaltijoiden joukkoa ei ole saatu rajattua; intressiteoreetikot kieltäytyvät ottamasta kysymykseen kantaa ja sysäävät sen moraalifilosofien pohdittavaksi. Intressiteoriaa voidaan kritisoida myös siitä etteivät oikeudet aina kytkeydy suoraan itse

oikeudenhaltijan intresseihin; voi jopa olla oikeuksia jotka eivät kytkeydy *kenenkään* intresseihin.

9 Luonnolliset oikeudet

Vaikka intressiteoreetikoilta on vaikea saada selkeää vastausta siihen keillä kaikilla voi olla oikeuksia, on selvää että joukkoon kuuluvat ainakin tavalliset ihmiset. Paradigmaattinen oikeuksien subjekti on niin tahto- kuin intressiteoriassakin täysi-ikäinen, suurin piirtein normaaleilla älyllisillä kyvyillä varustettu ihminen. Siirrymme tämän oikeuksia koskevan jakson viimeisessä luvussa tarkastelemaan, mitä oikeuksia tällaiselle tyypilliselle tapaukselle pitäisi kuulua. Onko olemassa joitakin tiettyjä oikeuksia jotka kuuluvat kaikille ihmisille luonnostaan, vai ovatko oikeudet aina riippuvaisia positiivisesta lainsäädännöstä (jolloin niiden sisältöä ei voi ennalta lyödä lukkoon)? Tämä kysymys kytkeytyy siis ensimmäisessä osassa esiteltyyn oikeusfilosofian peruskiistaan luonnonoikeusteorian ja oikeuspositivismin välillä.

Nykyisessä poliittisessa ja oikeudellisessa argumentaatiossa on tyypillistä pitää *ihmisoikeuksia* universaaleina ja kaikille kuuluvina, riippumatta siitä minkä oikeusjärjestyksen piiriin ihmiset sattuvat kuulumaan. Niinpä kysymys kaikille kuuluvista luonnollisista oikeuksista liittyy samalla siihen, miten universaalien ihmisoikeuksien – kuten YK:n kansainvälisessä ihmisoikeuksien julistuksessa lueteltujen oikeuksien – sitovuutta voidaan perustella.

9.1 Hobbesin teoria luonnollisista oikeuksista

Thomas Hobbes on ensimmäisiä filosofejia joka puhuu "oikeuksista" (monikossa) sanan nykyisenkaltaisessa merkityksessä, eikä pelkästään "oikeudesta" (yksikössä) tai "oikeudenmukaisuudesta" kuten esimerkiksi Platon. Hobbesin pääteosta, *Leviathania* (1651) on oikeusfilosofisessa mielessä hankala kategorisoida: hän edustaa yhtäältä luonnonoikeusajattelua, sillä hän tunnustaa tietyn ihmisille luonnostaan kuuluvan oikeuden olemassaolon; mutta toisaalta Hobbesia voi pitää myös positivistina, sillä kun ihmiset siirtyvät luonnontilasta järjestäytyneen yhteiskunnan tilaan, heidän oikeutensa ovat täysin suvereenin säätämistä laeista riippuvaisia. Tämä kaksijakoisuus käy ilmi kun tarkastelemme Hobbesin teoriaa hieman tarkemmin.

Hobbesin teoria luonnollisista oikeuksista lähtee liikkeelle hänen varsin raadollisesta ihmiskäsityksestään. Hän näkee ihmisen toimivan ennen kaikkea *halujensa* ohjaamana: perussyy minkä tahansa asian tavoittelemiseen on se, että sitä

halutaan, ja ihmisen järjen rooli on vain kertoa, *miten* tuo haluttu asia saavutettaisiin. Ne asiat, joita ihmiset eniten haluavat, ovat Hobbesin mukaan omaisuus, valta ja kunnia. Mutta ihmiset ovat Hobbesin näkemyksen mukaan sekä ruumiillisilta että henkisiltä kyvyiltään lähes *tasavahvoja*. Periaatteessa heikoinkin yksilö kykenee surmaamaan vahvimman (esimerkiksi tämän nukkuessa). Tasavahvuus, sekä se tosiasia, että omaisuutta, valtaa ja kunniaa ei ole rajattomasti jokaisen saatavilla, saavat ihmiset luontaisesti näkemään muut *kilpailijoina* ja jopa *vihollisina*. (Hart on varmasti lukenut Hobbesinsa hahmotellessaan "luonnonoikeuden minimisisältöä".) Hobbesin kuuluisa ajatus on, että mikäli ihmiset eivät tekisi sopimusta ja perustaisi valtiota jossa vallitsevat tietyt toisen henkeä ja omaisuutta kunnioittavat säännöt, ihmisten elämä olisi kurja, alkeellinen ja lyhyt.

Hobbes esittää ajatuskokeen niin sanotusta *luonnontilasta*, jossa juuri edellä kuvatun kaltaiset ihmiset elävät ilman mitään yhteiskunnallisia instituutioita. Ihmiset toimivat luonnontilassa halujensa ohjaamina. Mutta haluttuja asioita ei riitä kaikille, eikä kukaan ei ole niin ylivertainen muihin nähden että kykenisi haalimaan kaiken haluamansa itselleen. Jos omaisuutta, valtaa ja kunniaa onnistuisikin hankkimaan, saisi koko ajan pelätä, että joku sieppaa ne pois. Tällaisessa luonnontilassa vallitsisi jatkuva kilpailutilanne ja epäluottamus muita kohtaan. Mitkään hankkeet, jotka vaativat yhteisiä ponnisteluja ja keskinäistä luottamusta, eivät onnistuisi – merenkulku, maanviljely, suurten rakennusten rakentaminen jne. olisivat mahdottomia. Hobbes uskoo että luonnontilassa ihmiset ajautuisivat "kaikkien sotaan kaikkia vastaan."

Luonnontila ei ole todellisuudessa vallitseva tila siitä syystä, että ihmiset haluavat yhtä asiaa enemmän kuin mitään muuta: he haluavat ennen kaikkea *säilyä hengissä*. Tähän haluun pohjautuu luonnontilassa kaikille ihmisille kuuluva *luonnollinen oikeus* tehdä mitä tahansa, mikä säilyttää hengen. Luonnollinen oikeus tarkoittaa Hobbesille kaikille kuuluvaa *vapautta* poistaa mitkä tahansa esteet, jotka ovat hengissä säilymisen tiellä. Hohfeldin erottelua käyttäen kyse ei siis ole oikeudesta esittää muille mitään *vaatimuksia*, vaan ainoastaan vapaudesta poistaa kaikki eloonjäämistä uhkaavat esteet. Ja koska periaatteessa kaikki muut ihmiset ovat tuollaisia esteitä, luonnontilassa oltaisiin jatkuvassa sodassa kaikkia vastaan. Mutta ihmiset ovat onneksi myös järjellisiä olentoja, jotka kykenevät pääsemään eroon sotaisasta luonnontilasta, koska ymmärtävät, että se ei parhaiten edistä heidän suurimman halunsa, hengissä pysymisen, toteutumista. Jos ei ole hengissä, ei voi

tavoitella mitään muitakaan asioita. Niinpä pysyäkseen hengissä ihmiset *luopuvat* rajoittamattomasta luonnollisesta oikeudestaan tehdä mitä tahansa. Järkeä kehottaa ihmisiä tekemään *sopimuksen*, jossa kaikki sitoutuvat elämään rauhaa ja turvattua elämää.

Hobbesin toisen kuuluisan fraasin mukaan ”sopimukset ilman miekkaa ovat pelkkiä sanoja”. Toisin sanoen, ihmisten ei ole järkevää tehdä sopimusta jossa he luopuvat rajoittamattomasta oikeudestaan (vapaudestaan) edistää hengissä säilymistään, elleivät he voi olla varmoja, että myös muut tekevät samoin. Sopimuksen takeeksi tarvitaan kaikkia muita voimakkaampi *suvereeni* joka valvoo sopimuksen noudattamista. Hobbesin mukaan valtion rationaalinen oikeutus on juuri siinä, että ihmiset ovat vapaaehtoisesti luovuttaneet itselleen kuuluvan luonnonoikeuden hallitsijalle, ja ovat tämän luovutuksen jälkeen täysin alisteisia suvereenin vallalle. He tekevät tämän oman järkensä ohjaamina, keinona edistää perimmäistä haluaan säilyä hengissä. Järjestäytynyt yhteiskunta, jossa on lakeja ja jossa lakien rikkomisesta rangaistaan, mahdollistaa ihmisten halujen toteuttamisen paremmin kuin sotaisa luonnontila.

Ihmisillä voi järjestäytyneessä yhteiskunnassa olla myös oikeuksia, mutta ne ovat täysin suvereenista riippuvaisia eivätkä mitenkään ”luonnollisia”, kaikille automaattisesti kuuluvia. Hobbesin mukaan millään moraalikäsitteellä – hyvällä ja pahalla, oikealla ja väärällä, oikeudenmukaisella ja epäoikeudenmukaisella – ei ole mitään objektiivista, ihmisistä riippumatonta merkitystä. Luonnontilassa jokaiselle on hyvää se mitä hän itse haluaa; yhteiskuntasopimuksen jälkeen hyvän ja oikean määrittelee suvereeni.

Hobbesin teoriassa oikeuksia on siis kahdentasoisia: (1) luonnontilassa kaikille kuuluu luonnollinen oikeus poistaa kaikki esteet hengissä säilymistä, ja (2) järjestäytyneen yhteiskunnan tilassa ihmisille kuuluvat ne oikeudet jotka suvereeni sattuu heille suomaan.

Suvereenin ei välttämättä tarvitse antaa alamaisilleen mitään oikeuksia. Toisaalta sellaista suvereenia, joka ei turvaisi ihmisille mahdollisuutta tavoitella haluamiaan asioita ilman jatkuvaa hengen menettämisen uhkaa, ei olisi *rationaalista* totella. Koko yhteiskuntasopimuksen idea on nimittäin saavuttaa luonnontilaa turvallisempi yhteiskuntatila. Ja Hobbesin ihmiskäsityksen mukaan ihmiset eivät todella tottelisikaan sellaista suvereenia joka uhkasi heidän henkeään. Halu säilyä

hengissä ohittaa kaikki muut toiminnan motiivit, ja vaikka ihmiset yhteiskuntasopimuksen tehdessään luopuvatkin heille luonnostaan kuuluvasta oikeudesta tehdä *mitä tahansa* mikä edistää hengissä säilymistä, he eivät luovu tästä *kokonaan*. Ihmisen perimmäisiin oikeuksiin kuuluu aina oikeus puolustautua silloin kun oma henki on uhattuna. Tämä siksi, että hengissä pysyminen on ihmisten kaikkein eniten haluama asia, ja tästä halusta Hobbes johtaa loogisesti koko kuuluisan yhteiskuntasopimusteoriaansa.

Miten Hobbesin avulla voisi oikeuttaa universaaleja ihmisoikeuksia? Hobbes antaa meille yhden konkreettisen esimerkin universaalista, kaikille ihmisille kuuluvasta perusoikeudesta: oikeuden pyrkiä turvaamaan oma eloonjääminen. Tämä universaali oikeus perustuu ihmisen luontoon: me vain yksinkertaisesti *haluamme* kaikkein eniten pysyä hengissä. Hobbesin teorian omituisuus on siinä, että tästä luonnollisesta oikeudesta pitää *luopua* jotta oikeuden taustalla oleva perimmäinen halu toteutuisi parhaiten. Luopumiseen kehottaa meidän *järkemme*. Vaikka Hobbesilla on kovin alhainen käsitys ihmisen perimmäisestä luonnosta, hän kuitenkin näkee ihmisen viime kädessä rationaalisena olentona. Hobbesin koko yhteiskuntasopimusteorian ongelmana pidetäänkin juuri sitä roolia jonka hän järjelle antaa. Yhtäältä ihminen on vain mekaanisesti halujansa seuraava materiaallinen olento, toisaalta hän kuitenkin kykenee ymmärtämään järkensä avulla että joistakin välittömistä haluista täytyy luopua säilyäkseen hengissä mahdollisimman pitkään.

9.2 Locken käsitys luonnollisista oikeuksista

John Locken teos *Two Treatises on Government* ilmestyi 1690, ja sen toisen tutkielman toinen luku on kenties kaikkein vaikutusvaltaisain oikeuksia koskeva kirjoitus. Se nimittäin näkyy selvästi niin USA:n itsenäisyysjulistuksen kuin Ranskan ihmis- ja kansalaisoikeuksien julistuksenkin taustalla. Hobbesin tavoin myös Locke pohtii, millaista ihmisten elämä olisi luonnontilassa, eli tilassa jossa virallisia yhteiskunnallisia instituutioita ei vielä ole olemassa. Hänenkin mukaansa ihmiset ovat tässä luonnontilassa tasa-arvoisia ja täydellisen *vapaista*. Mutta Locken ja Hobbesin välillä on silti huomattavia eroja. Hobbesille ihmisten tasa-arvoisuus oli empiirinen tosiseikka, joka johtuu heidän samankaltaisesta koostumuksestaan – kaikkia ihmisiä liikuttivat samat kausaaliset lait, jotka ovat Hobbesille ennen kaikkea *mekaniikan* lakeja. Lockelle ihmisten luontainen tasa-arvoisuus taas perustui

siihen, että kaikki ihmiset ovat *Jumalan luomia*. Tämä piirre luonnehtii jokaista ihmistä eikä tee ketään luonnostaan korkea-arvoisemmaksi kuin toista.

Locke eroaa Hobbesista myös siinä, että vapaus ei tarkoita Lockelle rajoittamatonta oikeutta raivata tieltään kaikkia esteitä. Vapaus ei tarkoita "lupaa tappaa", vaan luonnontilassakin ihmisiä sitoo *luonnollinen laki*. Ihmiset ovat vapaita suhteessa omaan ruumiiseensa ja omaisuuteensa, mutta eivät vapaita tuhoamaan omaa tai muiden elämää tai muiden omaisuutta. Locken mukaan ihmisen *järki* voi luonnontilassakin paljastaa tämän luonnollisen lain olemassaolon ja sisällön. Hobbesin ja Locken käsitykset siitä, millaista elämä luonnontilassa olisi, eroavat siis toisistaan melko paljon. Hobbesin mukaan luonnontilassa minkään ihmisen halun seuraaminen ei periaatteessa ole väärin; se on väärin vasta jos on olemassa laki joka kieltää sen. Lakeja taas ei ole olemassa ennen kuin ihmiset ovat niitä säätäneet; ja niitä ei voi säätää ennen kuin on sovittu, *kuka* niitä voi säätää. Locke taas puolestaan uskoo, että jo luonnontilassa ihmisiä sitoo luonnollinen laki tai oikeus (*a Law of Nature*). Sen saa selville järjen avulla, ja se kertoo, että koska kaikki ihmiset ovat tasa-arvoisia ja itsenäisiä, kenenkään henkeä, terveyttä, vapautta tai omaisuutta ei saa vahingoittaa ("no one ought to harm another in his life, health, liberty or possessions" (*Second treatise*, §63)).

Locken teorian mukaan ihmisillä on siis luonnontilassa tiettyjä *oikeuksia*: oikeus elämään, terveyteen, vapauteen ja omaisuuteen. Nämä oikeudet ovat olemassa vaikka minkäänlaista virallista valtiota ja oikeusjärjestystä ei olisi olemassa. Lisäksi ihmisillä on oikeus vaatia näiden luonnollisten oikeuksiensa kunnioittamista eli luonnollisen lain täytäntöönpanoa. Mutta koska ihmiset ovat lähtökohtaisesti tasa-arvoisia keskenään, luonnontilassa kukaan ei ole muita ylempi lain täytäntöönpanija ja sen noudattamisen valvoja. Jokainen saa siis itse rangaista lain rikkojia. Vaikka Locke uskookin että kaikkia ihmisiä ohjaa samalla tavalla universaali järki, hän kuitenkin tunnustaa, että käytännössä tämä jokaiselle kuuluva rangaistusoikeus johtaa hankaluuksiin. Ihmisillä on taipumus rakastaa itseään ja lähimmäisiään enemmän kuin muita ja täten katsoa heidän rikkomuksiaan läpi sormien. Toisaalta taas kiihkon ja kostonhimon vallassa toisia voidaan rangaista liian ankarasti. Lockenkin luonnontila on siis "pelontäyteinen ja jatkuvasti vaarallinen", vaikkei kenties yhtä sotaisa kuin Hobbesin kuvitelmassa. Siksi ihmisten on järkevää tehdä yhteiskuntasopimus jossa he luovuttavat rangaistusoikeutensa poliittiselle yhteisölle. Tuossa yhteisössä päättävä elin säätää kaikkia koskevat yhteiset lait, mutta lainsäätäjällä "ei koskaan voi olla oikeutta

tuhota, orjuuttaa tai tarkoituksella riistää alamaisiaan; luonnollisen lain vaatimukset eivät lakkaa olemasta voimassa valtiossa” (§135).

Kuten jo on ehkä epäsuorasti käynyt ilmi, kaikille ihmisille luonnostaan kuuluvat oikeudet ovat Locken mukaan viime kädessä lähtöisin *Jumalasta*. Jumalan luotuina olemme velvoitettuja pyrkimään säilymään hengissä ja kukoistamaan, sekä kunnioittamaan muiden vastaavia pyrkimyksiä. Hohfeldin erotteluja käyttäen, Locken luonnonoikeudet eivät ole pelkkiä vapauksia tai etuoikeuksia, vaan niihin liittyy myös velvollisuuksia: jokaisella on oikeus vaatia muita kunnioittamaan jokaiselle luonnostaan kuuluvia oikeuksia. Ajatus, että kaikkein perustavimmat lait (ja oikeudet) ovat jumalallista alkuperää, ei toki ole Locken oma, sillä jumalalliseen lakiin oikean ja väärän mittapuuna vetosi jo pyhä Augustinus 300-luvulla sekä ennen kaikkea Tuomas Akvinolainen 1200-luvulla. Mutta Locken teoriassa uutta oli se, että hän korosti kaikkien ihmisten olevan tasa-arvoisia: Jumala ei ole luonut ketään luontaiseksi hallitsijaksi ja muita alamaiseksi (kuten brittiläistä monarkiaa yritettiin perustella). Hallitsija-alamainen -suhteet syntyvät vasta ihmisten omien sopimusten myötä.

Locken argumentaatio ei filosofisessa mielessä ole kovin vakuuttavaa. Miten siitä, että ihmiset ovat Jumalan luotuja, seuraa, että meillä on joitakin velvollisuuksia itseämme ja toisiamme kohtaan? Locke ilmeisesti ajattelee, että se, mitä Jumala on luonut, on itsessään arvokasta eikä sitä saa tuhota, mutta tämä oletus ei ole mikään itsestään selvä totuus. Entä millä perusteella kaikilla on luonnollinen oikeus juuri elämään, terveyteen, vapauteen ja omaisuuteen? Hobbes voisi materialisminsa ja empirisminsa avulla perustella nämä oikeudet siten, että on kokemusperäinen tosiseikka, että kaikki ihmiset haluavat juuri näitä asioita; ja se, että kaikki haluavat näitä, selittyy puolestaan sillä, että kaikki ihmiset ovat samanlaisesta materiasta koostuvia olentoja. Mutta Locke ei halua pitää luettelemiensa oikeuksien olemassaoloa vain empiirisenä tosiseikkana. Oikeuksilla on pysyvämpi perusta: niiden alkuperä on siinä että olemme Jumalan luomia olentoja. Tämä ei kuitenkaan selitä miksi oikeudet ovat juuri ne mitkä ne ovat.

Huolimatta siitä, että Locken teoria oikeuksista on filosofisessa mielessä melko hataralla pohjalla, se on ollut äärimmäisen vaikutusvaltainen. Yhdysvaltain itsenäisyysjulistus vuodelta 1776 alkaa seuraavasti:

“We hold these Truths to be self-evident, that all Men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty, and the pursuit of Happiness. That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just Powers from the Consent of the Governed.”

Ranskan ihmisoikeuksien julistuksen (1789) kolme ensimmäistä pykälää puolestaan kuuluvat seuraavasti:

1. Ihmiset syntyvät ja elävät vapaina ja heillä on samanlaiset oikeudet. Yhteiskunnalliset erot voivat perustua vain yleiseen etuun.
2. Kaikkien yhteiskuntamuodostelmien tarkoituksena on ihmisen luonnollisten ja pysyvien oikeuksien suojeleminen. Näitä ovat oikeus vapauteen, omistukseen, henkilökohtaiseen turvallisuuteen ja sarron vastustamiseen.
3. Kaikki oikeus vallan käyttöön perustuu pohjimmaltaan kansaan.”

Jeremy Waldron huomauttaa, että samaan aikaan kun Locken teorian vaikutus politiikkaan oli mahtavimmillaan, sen filosofinen pohja oli jo lähes olematon. Kristinuskoon alettiin valistuksen ajalla suhtautua skeptisesti, ja ainakin ajatus, että kristinuskon avulla voidaan varmuudella määrittää mitkä spesifit oikeudet ihmisille kuuluvat, koettiin epäuskottavaksi. (*Nonsense Upon Stilts*, s. 13-4). Entäpä jos poistamme Jumalan Locken teoriasta kokonaan? Mitä silloin jää jäljelle, miten enää voimme oikeuttaa universaalit, kaikkia sitovat ihmisoikeudet? Tämä ongelma on akuutti modernissa sekularisoituneessa kulttuurissamme.

9.3 Benthamin kritiikki luonnollisia oikeuksia vastaan

Jeremy Bentham, joka eli keskellä Ranskan vallankumousta ja näki sen veriset seuraukset kansalle, hyökkäsi kiivaasti Ranskan ihmisoikeusjulistusta ja ylipäättään koko luonnollisten oikeuksien ideaa vastaan. Puhe luonnollisista oikeuksista oli Benthamin mukaan täyttä hölynpölyä (“nonsense upon stilts”) – eikä mitään harmitonta hölynpölyä, vaan vaarallista ja petollista mielettömyyttä.

Luonnollisten oikeuksien “mielettömyydellä” Bentham tarkoitti ensinnäkin sitä, että niitä vastaavilla kielellisillä ilmaisuilla ei ollut merkitystä: ne eivät viitanneet mihinkään konkreettiseen, havaittavissa olevaan asiaan. Sellaiset sanat kuten

"laki", "rangaistus" ja "suvereeni" viittasivat nähtävissä, kuultavissa ja koettavissa oleviin asioihin: laki tarkoitti käskyjä, suvereeni tarkoitti käskyn antajaa, ja rangaistus tarkoitti tarkoituksellista epämiellyttävän tunteen aiheuttamista. Jos puhe oikeuksista voitaisiin kääntää puheeksi laeista ja rangaistuksista, silloin se olisi merkityksellistä. Benthamin kuuluisa *parafraasin* metodi tarkoittaa sitä, että lause, joka sisältää merkitystä vailla olevan sanan, korvataan toisella lauseella joka sisältää ainoastaan merkityksellisiä sanoja eli sanoja jotka viittaavat ainoastaan empiirisesti havaittavissa oleviin asioihin. (Waldron, "Bentham's Anarchical Fallacies", *Nonsense Upon Stilts*, s.35). Bentham itse ymmärsi oikeudet suurin piirtein seuraavalla tavalla. Oikeutta perustavampi on *velvollisuuden* käsite. Velvollisuus tarkoittaa suvereenin rangaistuksen uhalla vaatimaa tekoa. Kielteessään varastamisen, suvereeni *samalla* myöntää oikeuden omaisuuteen. Se, että varastaminen on kielletty eli että ihmisillä on velvollisuus pidättyä varastamasta, on täsmälleen sama asia kuin se, että ihmisillä on omistusoikeus omaan omaisuuteensa. Omistusoikeus ja varastamisen kieltäminen ovat saman kolikon kaksi puolta: ei voi olla toista ilman toista. Ja ne voivat olla olemassa jonkin tietyn oikeusjärjestelmän sisällä, jossa ne perustuvat suvereenin käskyihin. Ja jos suvereeni on rationaalinen, hänen käskynsä hyödyttävät yhteisöä. Tässä ja vain tässä mielessä oikeudet perustuvat hyötyyn.

Puhe kaikista oikeusjärjestelmistä riippumattomista *luonnollisista* oikeuksista olisi Benthamin mukaan mielekästä vain mikäli olettaisimme, että on olemassa jokin jumalallinen, kaikista valtioista riippumattoman suvereeni, jonka käskyihin luonnolliset velvollisuudet ja niitä vastaavat oikeudet perustuvat. Mutta valistusajan vallankumoukselliset halusivat nimenomaan kieltää jumalallisten lakien ja jumalallisen lainsäätäjän olemassaolon. Ilman lainsäätäjää eli käskijää ei kuitenkaan voi olla oikeuksiakaan: "oikeus ja laki ovat korrelatiivisia termejä: kuten isä ja poika. Luonnollinen oikeus on poika, jolla ei koskaan ollut isää." (BAF, 73). Luonnollinen oikeus on siis samanlainen käsitteellinen mahdottomuus kuin isätön poika.

Luonnollisiin oikeuksiin kuitenkin vedottiin mielellään tuon ajan poliittisessa retoriikassa. Mutta jos luonnollisiin oikeuksiin viittaavat lauseet eivät ole mielekkäitä, miten niiden avulla voisi ratkaista poliittisia kiistoja? Ei ainakaan rationaalisen argumentaation keinoin, koska argumentaatio edellyttää mielekkäitä lauseita. Siksi ainoa keino saada joku puolelleen luonnollisia oikeuksia koskevassa kiistassa on Benthamin mukaan väkivalta. Hänen mukaansa luonnollisiin

oikeuksiin vedotaan silloin kun halutaan kiihkeästi jonkin poliittisen toiveen toteutumista, mutta ei keksitä mitään järkeviä perusteluja tuolle toiveelle. Argumenttien puutteessa huudetaan apuun oikeuksia, ja jos joku yrittää suhtautua tähän vakavana rationaalisen väitteenä ja etsiä sille vastaperusteluja, hän huomaa, ettei sellaisia ole, koska eihän mielettömiä lauseita voi rationaalisen argumentoinnin avulla kumota. Kun argumentit loppuvat, mutta into asian puolustamiseen säilyy, otetaan suostuttelun keinoksi nyrkit ja pahimmassa tapauksessa järeämmät aseet. (Waldron, BAF, s. 36-7.)

Bentham ei kiistänyt sitä, että joskus on sallittua ja toivottavaakin argumentoida jonkin *juridisen* oikeuden perustamisen puolesta. Juristi voi aivan hyvin sanoa, että sellaisen-ja-sellaisen lakiin perustuvan oikeuden *pitäisi* olla olemassa. Mutta tätä hän voi järkevästi perustella vain vetoamalla joihinkin konkreettisiin faktoihin, eli käytännössä oikeuden myöntämisestä yhteiskunnalle koituvaan hyötyyn. Hyötynäkökohdat ovat siis järkevä perustelu sille miksi lakiin pitäisi kirjata jonkin oikeuden olemassaolo, mutta jos perusteluksi laillisen oikeuden perustamiselle annetaan se, että vastaava *luonnollinen* oikeus on jo olemassa, silloin ajaudutaan taas Benthamin mukaan puhumaan täyttä hölynpölyä. (AF, 53)

Bentham siis kritisoi luonnollisiin oikeuksiin vetoamista ylipäättänsä, mutta hänen erityisen kritiikin kohteena oli nimenomaan Ranskan ihmis- ja kansalaisoikeuksien julistus vuodelta 1789. Tuo dokumentti oli hänen mukaansa täynnä epäselvyyksiä, merkityksen vaihteluja ja ristiriitoja. Siinä julistetaan ensin yleisellä tasolla absoluuttisilta näyttäviä oikeuksia. Julistuksessa puhutaan mm. kaikille kuuluvasta rajattomasta vapaudesta (vapaus on valtaa tehdä "mitä tahansa, mikä ei vahingoita muita"); absoluuttisesta demokratiasta ("kaikki oikeus vallan käyttöön perustuu pohjimmiltaan kansaan"); sekä "loukkaamattomasta ja pyhästä" omistusoikeudesta. Mutta Bentham huomauttaa että mitään poliittista järjestelmää ei voida perustaa jos näitä ihmisoikeuksia pidetään absoluuttisina ja loukkaamattomina. Esimerkiksi vapauten ja omistusoikeuteen on pakko asettaa joitakin rajoituksia jotta kaikille voidaan turvata yhtäläiset oikeudet. Julistuksessa tunnustetaankin joitakin rajoituksia, mutta niistä puhutaan kuitenkin vasta dokumentin lopussa. Sieltä ilmenee esimerkiksi että poliisilla on oikeus käyttää voimakeinoja (eli puuttua yksilöiden vapauteen) yleisen edun niin vaatiessa, tai että valtiolla on oikeus kerätä kansalaisiltaan veroja ja muutoinkin puuttua kansalaisten omaisuuteen jos jokin laissa täsmennetty "yleinen välttämättömyys" niin vaatii. Toisin sanoen "pyhä ja loukkaamaton omistusoikeus" ei olekaan täysin

pyhä ja loukkaamaton. Tämä tekee julistuksesta Benthamin mukaan ristiriitaisen: oikeuksien pyhyden ja loukkaamattomuuden luulisi tarkoittavan juuri sitä, että ihmisten itse säätämät lait eivät niihin voi vaikuttaa. (Waldron, BAF, 38-9)

Kuten alussa mainittiin, luonnollisiin oikeuksiin vetoaminen ei Benthamin mukaan ollut pelkästään harmitonta semanttista hölynpölyä, vaan vaarallista ja terrorismiin kiihottavaa hölynpölyä. Luonnollisiin oikeuksiin kuuluu Benthamin mukaan ikään kuin sisään rakennettuna ajattelutapa, että oikeuksia on sallittua puolustaa keinolla millä hyvänsä. Jos siis joku positiivinen (ihmisten itsensä asettama laki) olisi ristiriidassa luonnollisen lain kanssa, silloin tuskin tyydyttäisiin vain osoittamaan lainsäätäjille lain kelvottomuus, vaan ryhdyttäisiin helposti kapinoimaan ja vaatimaan koko oikeusjärjestyksen kumoamista. Koska luonnolliset oikeudet ovat absoluuttisia, kaikkia velvoittavia, lainsäätäjä joka ei tunnusta niiden olemassaoloa pitää vaikka vallankumouksen avulla vaihtaa.

Jos kuitenkin yritettäisiin perustaa jokin valtio pelkästään luonnollisten oikeuksien varaan, seurauksena olisi Benthamin mukaan katastrofi. Mikään todellinen poliittinen järjestelmä ei kykene ottamaan luonnollisia oikeuksia täydellisesti huomioon, niin että ne tosiaan pysyisivät absoluuttisina, loukkaamattomina oikeuksina. Vain utooppinen valtio, jonka jäsenet olisivat enkeleitä, voisi toteuttaa näitä oikeuksia täydellisesti. Esimerkiksi tasa-arvon ja demokraattisen osallistumisen oikeuksien väitetty yhtäläisyys – kuuluminen kaikille samalla tavalla – olivat Benthamin kritiikin kohteina:

”Oppipojalla on siis samat oikeudet kuin mestarilla; sama koskee huollettavan ja huoltajan suhdetta. Samoin kuin vaimon ja miehen välistä suhdetta. Hullulla on samanlainen oikeus sulkea kenet tahansa laitokseen, kuin muilla on oikeus sulkea hullu. Idiootilla on yhtäläinen oikeus hallita muita kuin muilla on hallita häntä.” (Waldron, BAF, 42)

Jos kyseisten ihmisten välillä ei tehtäisi minkäänlaisia erotteluja vaan pidettäisiin heitä kaikkia samassa mielessä vapaina päätöksentekijöinä, seurauksena olisi ”hulluuteen ajautunut demokratia”. Tosiasiassa kuitenkin haluamme tehdä eron esimerkiksi mieleltään terveiden ja sairaiden välillä; ja erojen tekemistä vaatii Benthamin mukaan nimenomaan yleinen hyöty, yhteisön etu.

Luonnollisten oikeuksien kiihkeät puolustajat eivät Benthamin kritiikin mukaan ota huomioon oikeuksien tunnustamisen seurauksia. Kysymys siitä, mitä lakiin perustuvia oikeuksia ihmisille pitäisi myöntää, riippuu ajasta, paikasta ja olosuhteista, joissa oikeuden on tarkoitus olla voimassa. Siksi siihen ei ole olemassa mitään yleistä, ennalta määrättyä vastausta. Lisäksi oikeuden pitää aina olla selkeästi ilmaistu ja tarkkarajainen, eikä sellainen epämääräinen oikeus kuin "omaisuus" tai "vapaus". Ylipäätään Benthamin mukaan poliittisessa ajattelussa pitäisi ensin perehtyä yksityiskohtiin, konkreettisiin olosuhteisiin ja lakien mahdollisiin vaikutuksiin, ja vasta sen jälkeen pitäisi ryhtyä muotoilemaan yleisempiä lakeja. Päinvastainen tapa, jossa omaksutaan tietyt yleiset periaatteet ja luonnonlait *ennen* niiden seurausten yksityiskohtaista tukimusta, on Benthamin mukaan täysin järjenvastaista. Sitä voidaan pitää jopa merkinä pahantahtoisuudesta ihmisiä kohtaan. Sellainen lainsäätävä, joka todella välittää kansalaisten onnellisuudesta ja hyvinvoinnista, on valmis muuttamaan lakejaan olosuhteiden muuttuessa. Ne taas jotka haluavat lakiensa olevan ikuisia ja muuttumattomia sitoutuvat siihen että olosuhteet eivät vaikuta millään lailla siihen mitä lakien pitäisi olla.

Vielä viimeisenä Benthamin esittämänä kritiikkinä mainittakoon luonnonoikeusretoriikan taipumus edistää ihmisten *itsekeskeisyyttä* yhteisöllisyyden vahvistamisen sijaan. Luonnolliset oikeudet olivat keino ajaa omia itsekkäitä pyrkimyksiä ja ne vahvistivat ihmisten epäsosiaalisia puolia. Samankaltaista kritiikkiä universaaleja ihmisoikeuksia kohtaan on esittänyt myös esimerkiksi Karl Marx, sekä eräät feministiset oikeusfilosofit. Bentham itse ei kiistänyt ihmisten olevan luonteeltaan itsekkäitä ja omaa etuaan tavoittelevia, mutta hän korosti että ihmisille elintärkeitä yhteisöt eivät olisi mahdollisia, ellei näitä luonteenpiirteitä pystyttäisi pitämään riittävästi kurissa (Waldron, BAF, 44). Sen sijaan esimerkiksi Marx katsoi ihmisten olevan luonnostaan yhteisöllisiä, ja feministisessä oikeuksien kritiikissä ajatellaan naisten toimivan mieluummin vastuun ja välittämisen kuin omien oikeuksien puolustamisen kautta.

9.4 Statuspohjaiset ja instrumentalistiset oikeutusteoriat

Hobbesin ja Locken teorioita luonnollisista oikeuksista ja luonnollisesta laista voidaan kutsua *statuspohjaisiksi*. Tällä tarkoitetaan sitä, että ihmisen statukseen, olemukseen, kuuluu luonnostaan tiettyjä piirteitä minkä takia heille kuuluvat tietyt

oikeudet. Näimme että Hobbesilla tuo piirre on ihmisen halu säilyä hengissä, Lockella se että ihminen on Jumalan luoma olento. Myös tahtoteorian esittelyn yhteydessä mainittu Immanuel Kantin käsitys ihmisistä vapaina ja rationaalisina olentoina tarjoaa statuspohjaisen oikeutuksen tietyille luonnollisille oikeuksille (ihmisen olemukseen kuuluvan arvokkuuden takia kaikilla on oikeus tulla kohdelluksi päämääränä sinänsä). Sen sijaan Benthamin käsitys oikeuksista on selvästi *instrumentaalinen*: siinä oikeudet nähdään *keinona* tietyn päämäärän (kokonaisuonnellisuuden maksimoinnin) tavoitteluun. Instrumentalistisissa teorioissa oikeuksien olemassaolo oikeutetaan siis niiden hyvien *seurausten* avulla. (Wenar, *Rights*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, s. 16-21.)

Statuspohjaisten teorioiden hyvä puoli on se, että oikeudet saadaan pysyvästi ankkuroitua johonkin – ihmisen muuttumattomaan perusluonteeseen. Oikeudet eivät vaihtele henkilöiden ja ajanjaksojen mukaan. Mutta voidaan kysyä, onko ihmisillä todella joitakin sellaisia piirteitä, jotka pysyvät ikuisesti samoina ja joiden varaan voidaan perustaa universaalit, aina ja kaikkialla pätevät ihmisoikeudet? Edes rationaalisuus, joka on antiikin filosofiasta asti nähty ihmisen ominaispiirteenä, ei välttämättä säily aina samanlaisena. Kenties ainoa pysyvä piirre on Hobbesin mainitsema halumme säilyä hengissä; mutta todistavatko esimerkiksi uskonnollisten lahkosten joukkoitsemurhat tämänkin piirteen pysyvyyttä vastaan?

Toinen ongelma statuspohjaisissa teorioissa on se, että niiden käsitys tietyistä oikeuksista absoluuttisina eli sellaisina, joista ei ole koskaan oikeutettua olla välittämättä, tuntuu liian jäykältä. Joskus seuraukset jonkin oikeuden kunnioittamisesta saattavat olla niin huonot, ja vastaavasti oikeuden loukkauksen seuraukset niin hyvät, että jälkimmäinen toimintatapa tuntuu oikeammalta. (On esimerkiksi kuviteltavissa tilanne, jossa yhden terroristiksi epäillyn kiduttaminen todennäköisesti pelastaisi satoja viattomia varmalta kuolemalta.) Lisäksi jos statuspohjaisten teorioiden pohjalta pitäisi laatia konkreettinen julistus kaikille kuuluvista oikeuksista, ei yksimielisyyteen päästäisi, tai sitten ainoa varsinainen luonnollinen oikeus olisi hyvin yleinen ja epämääräinen vapaus tai tasa-arvo, jota olisi käytäntöön sovellettaessa välttämätöntä täsmentää. Lyhyesti sanottuna, *joitakin* ihmisoikeuksia voidaan oikeuttaa luonnonoikeusajattelulla, mutta niistä ei mitenkään saa suoraan johdettua esimerkiksi koko YK:n ihmisoikeusjulistuksen listaa.

Jos taas yritämme oikeuttaa universaaleja ihmisoikeuksia instrumentaalisesti, oikeudet eivät vaikuta kovin turvatuilta. Haluttuun päämäärään, kuten yhteisön kokonaisuonnellisuuden maksimointiin, saatetaan joskus päästä paremmin muiden keinojen kuin oikeuksien kunnioittamisen avulla. Jos jonkun viattoman ihmisen lavastaminen syylliseksi estää väkivaltaiset mellakat, eikö niin pidä tehdä? Benthamin seuraaja John Stuart Mill yritti vastata tähän haasteeseen väittämällä, että kaikille kuuluvien tiettyjen perusoikeuksien kunnioittaminen on *pitkällä tähtäimellä* yhteisölle hyödyllisempää kuin niiden rikkominen lyhyen aikavälin edun takia. Nykyiset instrumentalistisesti oikeuksiin suhtautuvat teoreetikot ovat kiinnittäneet huomiota siihen, miten hyöty tai onnellisuus *jakautuu* eri ihmisten välillä. Oikeudet voidaan nähdä keinona edistää onnellisuuden mahdollisimman tasapuolista jakautumista. Mutta tästäkään ei voida tehdä mitään suoria johtopäätöksiä sen suhteen mitä nimenomaisia oikeuksia kullekin kuuluu. Ensin pitäisi määritellä, mikä tarkkaan ottaen on se asia joka oikeuksien avulla voidaan ihmisille turvata. Tässä päädyimme siis intressiteorian yhteydessä esiteltyyn ongelmaan siitä, mitkä ihmisten intressit ovat riittävän painavia vaatiakseen oikeuden suojaamaan niitä.

Yhteenvedon tälle opintomonisteen II-osalle voisi todeta, että vaikka (ihmis)oikeuksilla on nykyään valtava merkitys poliittisessa ja oikeudellisessa (ja moraalisisessa) argumentaatiossa, niiden filosofinen oikeutus on edelleen kiistanalainen ja epäselvä. Sen sijaan oikeuksien käsitteen formaali analyysi (jossa ei oteta kantaa siihen mitä oikeuksia meillä pitäisi olla ja miksi) on Hohfeldin erottelujen avulla edennyt varsin pitkälle.

OSA III OIKEUDENMUKAISUUS

Tässä osassa palataan oikeastaan ensimmäisen osan ongelmiin, koska nyt ryhdytään selvittämään, mitä oikeudenmukaisuus on ja mikä on sen suhde (positiiviseen) oikeuteen. 10. luvussa esitellään Platonin ja Aristoteleen näkemyksiä oikeudenmukaisuudesta ja ehdotetaan niiden perustalta oikeudenmukaisuuden käsitteen jakamista kolmeen osaan: formaaliseen, proseduraaliseen ja sisällölliseen. 11. luvussa tutustutaan 1900-luvun tärkeimpään (proseduraaliseen) oikeudenmukaisuusteoriaan, jonka on esittänyt John Rawls kirjassaan *Oikeudenmukaisuusteoria*. 12. luvussa yritetään osoittaa, että Rawlsin kritisoima utilitaristinen teoria oikeudenmukaisuudesta, jonka kiinnostavin klassinen versio löytyy John Stuart Millin kirjan *Utilitarismi* viimeisestä luvusta, on paljon uskottavampi kuin sen kriitikot väittävät – ainakin jos sitä lukiessa koko ajan muistetaan, että Mill oli myös liberalisti. 13. luvussa yritetään lopuksi vetää lankoja yhteen ja esittää spekulatiivinen yleiskuva moraalien ja oikeuden suhteesta käyttämällä hyväksi mm. G. H. von Wrightin ja Millin ideoita.

10 Platonin ja Aristoteleen näkemykset

10.1 Miksi olisin oikeudenmukainen?

Historioitsija Thukydides väittää kirjassaan *Peloponnesolaissodat*, että oikeudenmukaisuudesta voi olla puhe vain suurin piirtein yhtä vahvojen osapuolten välillä, kun taas erivahvuisten kiistoissa ratkaisee vain vahvemman tahto. Thukydides tukee käsitystään kertomalla, mitä ateenalaiset sanoivat taistelussa hävinneille Melos-saaren asukkaille: “[N]iin kauan kuin maailma on sellainen kuin se on, oikeudenmukaisuus tulee kyseeseen vain yhtä vahvojen välillä, kun taas vahvat tekevät mitä kykenevät ja heikot kärsivät mitä heidän täytyy.” (PS, V 17)

Pääteoksensa *Valtion* alussa Platon panee Glaukonin suuhun hienostuneen version Thukydideen ajatuksesta. Glaukon sanoo, että elleivät voimasi riitä parhaaseen vaihtoehtoon eli vääryyden tekemiseen ilman rangaistusta, turvaudu toiseksi parhaaseen vaihtoehtoon eli oikeudenmukaisuuteen, jotta käteesi ei jäisi huonoin

vaihtoehto eli muiden ihmisten vääryyden kohteeksi joutuminen. Näin Glaukon tiivistää ajatuksensa:

”[Oikeudenmukaisuus] on kahden äärimmäisyyden keskivaiheilla, kaikkein parhaimman – sen että saa rankaisematta tehdä vääryyttä – ja kaikkein pahimman, sen että ei pysty kostamaan kärsimäänsä vääryyttä. ... [Oikeudenmukaisuutta] pidetään arvossa, koska omat voimat eivät riitä vääryyden tekemiseen. (359a-b)

Glaukon perustelee näkemystään kertomuksella Gygesin sormuksesta, joka tekee kantajansa näkymättömäksi ja siirtää hänet siten muiden ihmisten rangaistuksen ja koston ulottumattomiin. Hän väittää, että Gygesin sormus sormessaan kaikkein hyveellisinkin ihminen toimisi täsmälleen samoin kuin paheellinen, sillä sormuksen kantajalla ei ole mitään syytä olla oikeudenmukainen. Hänhän voi olla varma siitä, ettei kukaan näe hänen vääryksiään.

Glaukonin kysymys, ”Miksi olisin oikeudenmukainen Gygesin sormus sormessani?”, on etiikan perustavin ja vaikein. Vastaukseksi siihen ei kelpaa mikään muunnelma teesistä ”Loppujen lopuksi oikeudenmukaisuus kannattaa”, koska oletuksen mukaan Gygesin sormus takaa sen, että pahe ja vääryys kannattavat aina hyvettä ja oikeutta paremmin. Länsimaisen käytännöllisen filosofian historia on sarja enemmän tai vähemmän epäonnistuneita vastauksia Glaukonin kysymykseen.

Platonkaan ei löytänyt uskottavaa ratkaisua Glaukonin ongelmaan. Hän kyllä väitti, että oikeus on parempi ratkaisu kuin vääryys. Dialogissa *Gorgias* hän jopa esitti, että on parempi tulla kohdelluksi epäoikeudenmukaisesti kuin olla itse epäoikeudenmukainen (474c). Jeesus Nasaretilainen esitti muutamaa vuosisataa myöhemmin saman suosituksen vaatiessaan kääntämään toisenkin posken pahantekijälle (Matt. 5: 39). Jos nämä kauniit ihanteet omaksutaan käytännön toimintaohjeiksi, tuloksena on katastrofi niin kauan kuin ihmiset ovat sellaisia kuin ovat. Vaikka moraalisesti voisikin olla *ihailtavaa* antautua ensimmäisen vastaantulijan roiston uhriksi, se ei varmasti ole *järkevää*.

Käytännöllinen järkevyys (kr. *fronesis*, lat. *prudencia*) on hyve, jonka avulla ihminen tekee hyviä ratkaisuja – itsensä kannalta hyviä ja järkeviä ratkaisuja. Antiikin ja keskiajan filosofit eivät pitäneet ”moraalista” ja ”prudentialista” toistensa

vastakohtina, kuten viimeistään Kantin jälkeen tehtiin, vaan heille prudentiaalisuus kuuluu moraalien ydinalueeseen.

Platon yritti kuitenkin todistaa, että moraalisesti paras vaihtoehto on aina myös prudentiaalisesti paras eli että toimimalla oikeudenmukaisesti ihminen toimii samalla myös omaksi edukseen. Tämä onnistui häneltä kuitenkin vain sillä lisäoletuksella, että tässä maailmassa kärsityistä vääryyksistä tulee pakkio kuoleman jälkeen:

” [J]os oikeamielistä miestä kohtaa köyhyys, sairaus tai jokin muu mitä pidetään pahana, se kääntyy lopulta hänen parhaakseen, joko hänen eläessään tai kuoltuaan. Jumalat eivät milloinkaan hylkää sitä, joka tietoisesti pyrkii oikeamielisyyteen ja tahtoo hyvettä harrastamalla kehittyä niin jumalan kaltaiseksi kuin ihmiselle on mahdollista.” (*Valtio* 613a-b)

Samaan epätyytyttävään ratkaisuun ovat turvautuneet monet uskonnolliset ajattelijat ja jopa Kant yli kaksi vuosituhatta myöhemmin. Glaukonin kysymys näyttää jäävän välttämättä vaille vastausta, ellei olla halukkaita lähtemään spekulatioihin Jumalan ja kuolemanjälkeisen elämän mahdollisuudesta. (Eikä sekään auta, jos on omaksuttu se protestanttinen käsitys, että sielun pelastusta ei ansaita hyvillä teoilla, vaan se tulee armosta – jos lainkaan.)

10.2 Glaukonin kysymys uudessa muodossa

Glaukonin mukaan oikeudenmukaisuus on keskiväli kahden äärimmäisyyden välillä: sen, että saa rankaisematta tehdä vääryyttä, ja sen, ettei pysty kostamaan kärsimäänsä vääryyttä. Tilanne on siis seuraava:

MINÄ toimin	MUUT toimivat
(1) Epäoikeudenmukaisesti	Oikeudenmukaisesti
(2) Oikeudenmukaisesti	Oikeudenmukaisesti
(3) Oikeudenmukaisesti	Epäoikeudenmukaisesti

Oikeudenmukaisuus vallitsee täydellisimpänä vaihtoehdossa (2), sillä kahdessa muussa on mukana myös epäoikeudenmukaisuutta. Kuitenkin järkevän (prudentiaalisen) toimijan näkökulmasta katsottuna (1) on aina parempi vaihtoehto kuin (2) tai (3).

On kiintoisaa huomata, että Glaukonilta unohtuu kokonaan neljäs looginen mahdollisuus eli se, jossa kaikki ovat epäoikeudenmukaisia:

(4) Epäoikeudenmukaisesti Epäoikeudenmukaisesti

Platon ilmeisesti jätti sen tarkoituksella pois, koska neljän tapauksen listassa oikeudenmukaisuus ei enää olisi se "keskiväli", joksi Platon halusi oikeudenmukaisuuden (muiden hyveiden tavoin) tulkita. Mutta jos unohtunutkin mahdollisuus otetaan huomioon, Glaukonin näkemys voidaan esittää peliteoriassa käytetyn kaavion muodossa.

Tällöin vastakkain eivät ole "minä" ja "muut" vaan kaksi yksilöä, A ja B. Molemmilla on tässä pelissä kaksi vaihtoehtoa: toimia oikeudenmukaisesti tai toimia epäoikeudenmukaisesti, ja molemmat joutuvat tekemään valintansa tietämättöminä toisen valinnasta. Näin muodostuu seuraava "vangin ongelmaksi" kutsuttu peli:

		B	
		on oikeuden- mukainen	ei ole oikeuden- mukainen
A	on oikeuden- mukainen	toiseksi paras molemmille	paras B:lle ja huonoin A:lle
	ei ole oikeu- denmukainen	paras A:lle ja huonoin B:lle	toiseksi huonoin molemmille

Kummankin pelaajan oman edun kannalta paras tilanne olisi se, jossa hän voisi käyttää hyväkseen toisen oikeudenmukaisuutta tarvitsematta olla itse oikeudenmukainen. Ja kummankin kannalta huonoin tilanne olisi se, jossa joutuisi toisen hyväksikäyttämäksi tällä tavalla. Lisäksi molemminpuolinen oikeudenmukaisuus olisi kummallekin parempi vaihtoehto kuin molemminpuolinen epäoikeudenmukaisuus. Kaavio paljastaa selvästi yhteistyön (eli molemminpuolisen oikeudenmukaisuuden) vaikeuden. Kummankin pelaajan oman edun kannalta on parasta valita epäoikeudenmukaisuus – tekipä toinen mitä tahansa.

Tämä johtopäätös voidaan todistaa asettumalla toisen pelaajan asemaan ja pohtimalla, kumpi vaihtoehto kannattaisi valita. Koska pelaaja ei tiedä, mitä vastustaja on valinnut, hän miettii vaihtoehtojaan näin:

- Jos vastustaja on valinnut oikeudenmukaisuuden, korjaan jättipotin valitsemalla epäoikeudenmukaisuuden.
- Mutta jos hän on valinnut epäoikeudenmukaisuuden, minimoin tappioni epäoikeudenmukaisuudella.

Tilanne on ikävä, koska kahden järkevästi toimivan pelaajan yhteispelin tuloksena syntyy tilanne, joka on kokonaisuuden kannalta kaikkea muuta kuin järkevä. Jos käytännöllisesti järkevät yksilöt joutuvat järkevästi omia päämääriään tavoitellessaan järjettömään tilanteeseen, jossain täytyy olla jotain vikaa. Mutta missä? Ja mitä vikaa?

Peliteoreettinen tarkastelu tukee johtopäätöstä, että oikeudenmukaisuuden yksilötason ongelmaan "Miksi olisin oikeudenmukainen?" ei ole prudentiaalista ratkaisua, koska yksilön kannalta epäoikeudenmukaisuus kannattaa aina. Mutta tilanne ei välttämättä ole sama yhteisön kannalta katsottuna. Yhteisölle oikeudenmukaisuus ("yhteiskuntarauha") on aina parempi vaihtoehto kuin epäoikeudenmukaisuus ("kaaos ja anarkia"). Yhteisötason ongelma kuuluukin: Miten taata tilanne, jossa oikeudenmukaisuus vallitsee, vaikka jokaisen rationaalisesti ajattelevan yksilön olisi edullisinta toimia epäoikeudenmukaisesti?

10.3 Aritmeettinen ja geometrinen tasa-arvo

Platonin *Valtiossa* keskustelu lähtee liikkeelle siitä, että Polemarkhos sanoo Simonideen väittäneen, että "Oikeudenmukaisuus on velan maksamista". Sokrates tutkii väitettä, ja päätyy siihen, että Simonides halusi todella sanoa, että *oikeudenmukaisuus on sitä, että kullekin annetaan se, mikä hänelle kuuluu* (331b). Myöhemmin tästä lauseesta sen latinankielisessä muodossa *cuique suum tribuere* eli "antaa kullekin omansa" tuli roomalaisten juristien "virallinen" oikeudenmukaisuuden määritelmä, jota on toistettu niin moneen kertaan erilaisissa tutkielmissa, että ihmiset luulevat tietävänsä, mitä se tarkkaan ottaen tarkoittaa.

Periaate "kullekin omansa" on *formaalinen* periaate siinä mielessä, että se ei kerro, mikä on kunkin "oma". Vasta sen jälkeen, kun sitä on jollakin tavoin "täydennetty",

saadaan sellaisia *sisällöllisiä* oikeudenmukaisuuden periaatteita, jotka kertovat, mitä asioita kullekin ihmiselle kuuluu. *Valtiossaan* Platon kertoo yksityiskohtaisesti, mitä kuuluu hallitsijoiden, vartijoiden ja "kolmannen säädyn" oikeuksiin, velvollisuuksiin ja tehtäviin. Tällaisia periaatteita voidaan pitää oikeudenmukaisuuden sisällöllisinä periaatteina.

Platon itse ei puhu formaalisesta oikeudenmukaisuudesta, mutta hän tekee perustavan erottelun, joka Aristoteleen käsissä johti hyvin lähelle formaalisen oikeudenmukaisuuden käsitteen keksimistä. Platon erottaa nimittäin *Lakien VI* kirjassa (757a-) yksinkertaisen eli *aritmeettisen* ja suhteellisen eli *geometrisen* tasa-arvon (vaikkei hän itse näitä nimityksiä käytäkään). Platon kirjoittaa:

"Orjat ja isännät eivät voi koskaan olla keskenään ystäviä, eivät liioin kelvottomat ja kunnolliset ... Erilaisten kohdalla näet tasa-arvoisuuskin muuttuu eriarvoisuudeksi, ellei tavoiteta kohtuutta. Näistä syistä valtiot ovat täynnä eripuraisuutta. Vanha tosi sanonta on, että tasa-arvoisuus luo ystävyyttä. ... On [kuitenkin] kahdenlaista tasa-arvoa; niiden nimi on sama mutta käytännössä ne ovat usein melkein toistensa vastakohtia[:] [1] Toinen on mittoihin, painoihin ja lukuihin perustuvaa tasa-arvoa, ja sitä pystyy jokainen valtio ja lainsäätävä noudattamaan arvonosoituksissaan, nimittäin suorittamalla jaot arpomalla. [2] Sen sijaan todellisinta ja parhainta tasa-arvoa kaikkien ei ole helppo tajuta. Sen näet ratkaisee Zeus, ja ... se saa aikaan kaikenlaista hyvää. Se antaa suuremmalle enemmän ja pienemmälle vähemmän suoden kummallekin hänen luontonsa mukaisesti kohtuullisen määrän; myöntämällä kunnokkaammille suuremmat arvonosoitukset, kunnoltaan ja kasvatukseltaan heikommalle taas pienemmät se jakaa sopivassa suhteessa kullekin. Juuri tämä oikeudenmukaisuus on itse asiassa myös samaa kuin yhteiskunnallinen tarkoituksenmukaisuus. ... [L]akeja sää[dettäessä] ei tule ajatella yhtä tai muutamaa hallitsijaa eikä kansanvaltaa vaan nimenomaan oikeudenmukaisuutta, siis sitä mistä juuri puhuimme: että eriarvoisille suodaan kullekin se mikä luonnonmukaisesti vastaa jokaisen arvoa. ... Jotta siis välttyttäisiin kansan tyytymättömyydeltä, on pakko soveltaa myös arvontaan perustuvaa tasa-arvoa ja rukoilla, että Jumala ja hyvä onni ohjaavat arvan oikeudenmukaisimpaan ratkaisuun. Näin täytyy pakostakin käyttää kumpaakin tasa-arvoisuuden lajia, mutta sattumaan perustuvaa mahdollisimman harvoin." (*Lait* 756e - 758a)

Lyhyesti sanottuna aritmeettisessa tasa-arvossa on kyse siitä, että kaikille annetaan *sama* asia tai *yhtä paljon* jaettavaa asiaa tai, jos sitä ei voi jakaa osiin, arpa määrää kuka saa sen omakseen. Geometrinen tasa-arvo on puolestaan sitä, että kullekin annetaan arvonsa tai *ansionsa mukaan*, esimerkiksi hyveellisille enemmän kuin paheellisille, helleeneille enemmän kuin barbaareille, vapaille enemmän kuin orjille, miehille enemmän kuin naisille, hallitsijoille enemmän kuin käsityöläisille ja niin edelleen.

Aritmeettisen ja geometrisen tasa-arvon ero oli myös yksi Aristoteleen oikeudenmukaisuusteorian kulmakivistä.

10.4 Jaon geometrinen oikeudenmukaisuus. Aristoteles hyväksyi Platonin ajatuksen, että oikeudenmukaisuus on sitä, että kukin saa, mitä hänelle kuuluu. Mutta hän yritti konkretisoida ja selventää tätä epämääräistä väitettä *Nikomakhoksen etiikassaan*, jonka V kirja sisältää hänen oikeudenmukaisuusteoriansa. Vaikka Aristoteles erottaa siinä monia oikeudenmukaisuuden lajeja, tässä otetaan esille niistä keskeisin, distributiivinen eli jakamisen oikeudenmukaisuus.

Distributiivisessa oikeudenmukaisuudessa on kysymys hyvien asioiden ja velvollisuuksien (esimerkiksi verojen) *jakamisesta*. Aristoteleen mukaan jako on oikeudenmukainen, jos se tapahtuu *ansion* mukaan: "oikeudenmukaisen jaon pitää tapahtua ansioiden mukaan" (NE V 3). Silloin jokainen saa sen, mikä hänelle kuuluu. Jos ihmiset ovat yhtä ansioituneita tai samanarvoisia, he saavat yhtä paljon, mutta: "Jos ihmiset eivät ole samanarvoisia, he eivät saa yhtä suuria osia" (NE V 3). Tästä käy selvästi ilmi, että Platonin geometrisen tasa-arvon käsite on Aristoteleen oikeudenmukaisuuskäsityksen perustana.

Tarkemmin sanottuna Aristoteleen käsitys on se, että jos jokin hyödykemäärä on jaettava A:n ja B:n kesken, oikeudenmukaista on jakaa se siten, että

$$A:n\ osuus / B:n\ osuus = A:n\ ansio / B:n\ ansio$$

Aristoteles sanookin, että "oikeudenmukaisuus on jotakin verrannollista" (NE V 3). "Matemaatikot kutsuvat tällaista verrantoa geometriseksi" (NE V 3). Tämä geometrisen verrannon mukainen oikeudenmukaisuus on aivan sama asia kuin Platonin mainitsema "jumalallinen" geometrinen oikeudenmukaisuus tai tasa-arvo.

Tuntematon Aristoteleen oppilas selittää teoksessaan *Magna Moralia* mainiosti, mitä distributiivisen oikeudenmukaisuuden verrannollisuus oikein tarkoittaa:

”Verrannossa on ainakin neljä jäsentä: $A / B = C / D$. Esimerkiksi on verrannollista [ja siksi oikeudenmukaista], että sen jolla on paljon pitää maksaa paljon ja että sen jolla on vähän pitää maksaa vähän. Ja samoin sen joka on tehnyt paljon työtä pitää saada paljon, ja sen joka on tehnyt vähän työtä pitää saada vähän.” (MM I 33.)

10.5 “Ansion” tulkinnat

Aristoteles huomaa, että hänen ratkaisuunsa, jonka mukaan oikeudenmukaisuus on ansion mukaan jakamista, sisältyy vaikea ongelma, nimittäin se, miten sana “ansio” pitää tulkita:

”Kaikki ovat yksimielisiä siitä, että oikeudenmukaisen jaon pitää jotenkin tapahtua ansioiden mukaan, mutta kaikki eivät ole yksimielisiä ansiosta: demokraattien mielestä se on sitä, että on vapaa, harvainvallan kannattajien mielestä rikkaus tai korkea syntyperä ja aristokraattien mielestä hyve” (NE V 3).

Toisin sanoen Aristoteleen distributiivisen oikeudenmukaisuuden verranto on puhtaasti formaalinen, koska se ei kerro, mitä asioita on pidettävä *ansioina* millaistenkin asioiden jakamisessa. Hänen oma esimerkkinsä on seuraava: “Kun jako esimerkiksi tapahtuu yhteisön varoista, sen on noudatettava niitä suhteita, joissa ihmiset ovat kartuttaneet tuota rahastoa.” (NE V 4)

Keskeinen distributiivisen oikeudenmukaisuuden ongelma on juuri jakoperusteen eli “ansion” määrittäminen. Kun jaetaan rahoja yhteisestä rahastosta, ihmisten panos rahaston kartuttamisessa tuntuu hyväksyttävältä jakoperusteelta. Mutta kun jaetaan äänioikeuksia, valtion rahaston kartuttaminen verotuksen muodossa ei tunnu hyväksyttävältä ansiolta. Sehän merkitsisi sitä, että köyhät eivät saisi lainkaan äänioikeutta, kun taas rikkaat saisivat käyttäen sitä useampia ääniä, mitä enemmän he ovat veroja maksaneet.

Joka tapauksessa näyttäisi siltä, että tasajako (Platonin aritmeettinen tasa-arvo) on vain oikeudenmukaisuuden (Platonin geometrisen tasa-arvon) erikoistapaus:

kaikille annetaan yhtä paljon jaettavana olevaa asiaa X:ää täsmälleen siinä tapauksessa, että he ovat samanarvoisia X:n jakoperusteena olevan ominaisuuden Y suhteen, toisin sanoen, että heillä on yhtä paljon Y:tä, joten he ovat ansainneet yhtä paljon myös X:ää. Esimerkkejä:

<u>Jaettava asia X</u>	<u>Jakoperuste Y</u>
Laulukilpailun palkinnot	Laulutaito
Oikeus äänestää	Täysi-ikäisyys / harkintakyky
Sosiaaliavustukset	Tarve
Verot	Maksukyky

Vaikka puhe "ansiosta" jaon perusteena onkin epätarkkaa, Aristoteles antaa kuitenkin paljon Platonia selvemman kriteerin sille, milloin hyvien asioiden tai velvollisuuksien jakaminen on oikeudenmukaista.

10.6 Monia oikeudenmukaisuuden käsiteitä

Platon väitti aikoinaan, että on olemassa vain yksi oikeudenmukaisuuden idea, jota katselemalla ihannevaltion filosofihallitsijat pystyvät ratkaisemaan visaisimmatkin oikeudenmukaisuusongelmat. Vuosisatojen kuluessa on kuitenkin ilmaantunut yhä uusia oikeudenmukaisuuden lajeja. Nykyisin voi kuulla puhuttavan muun muassa formaalisesta, horisontaalisesta, kommutatiivisesta, materiaalisesta, proseduraalisesta ja vertikaalisesta oikeudenmukaisuudesta. Ja kun eri kirjoittajat vielä käyttävät näitä käsitteitä eri tavoin, tuloksena on melkoinen käsitteellinen sekaannus.

Yritämme tämän luvun loppuosassa hahmotella yhden mahdollisen yleiskatsauksellisen tavan jakaa oikeudenmukaisuuden kenttä käsitteellisesti kolmeen osaan. Oikeudenmukaisuuden perusmuoto on se sisällötön idea, jota on edellä kutsuttu *formaaliseksi* oikeudenmukaisuudeksi ja joka voidaan ilmaista esimerkiksi teeseillä "kullekin omansa", "kullekin ansionsa mukaan" tai "samanlaisia on kohdeltava samalla tavalla ja erilaisia eri tavalla". Tästä ideasta e ole hyötyä käytännön ongelmien ratkaisemisessa, koska se on niin abstrakti ja sisällötön.

On kuitenkin olemassa toinen, yhtä abstrakti oikeudenmukaisuuteen olennaisesti liittyvä idea, joka ansaitsee oman nimityksensä. Siinä on karkeasti sanottuna

kysymys annetun säännön johdonmukaisesta soveltamisesta säännön sisältöön katsomatta. Kutsumme tätä *proseduraaliseksi* oikeudenmukaisuudeksi. (Käytännössä on usein vaikea erottaa formaalista ja proseduraalista näkemystä, vaikka periaatteessa ero on selvä.)

Kolmas oikeudenmukaisuuden muoto on *sisällöllinen* oikeudenmukaisuus. Se on näistä kolmesta kaikkein tärkein ja monimuotoisin. Siinä on nimittäin kysymys juuri niistä sisällöllisistä kysymyksistä, jotka jäävät (eri syistä) sekä formaalisen että proseduraalisen oikeudenmukaisuuden käsitteen ulkopuolelle. Esimerkiksi kysymykset siitä, mitkä asiat lasketaan "ansioksi" erilaisia hyviä asioita tai velvollisuuksia jaettaessa ovat tyypillisiä sisällöllisen oikeudenmukaisuuden kysymyksiä.

10.7 Formaalinen oikeudenmukaisuus

Varhaisin formaalisen oikeudenmukaisuuden idean ilmaus lienee Platonin *Valtion* alussa mainittu runoilija Simonideen käsitys, jonka mukaan "oikeudenmukaista on antaa kullekin se mikä hänelle kuuluu". Tämä periaate on formaalinen, koska se ei tarkenna, *mitä* kullekin kuuluu. Yleensäkin formaalisen oikeudenmukaisuuden periaatteen, tai tarkemmin sanottuna sen ilmaisun, tunnistaa siitä, että se "jättää auki" jotain olennaista. Formaalinen on myös Aristoteleen verranto, johon tiivistyy hänen käsityksensä distributiivisesta oikeudenmukaisuudesta:

$$A:n \text{ osuus} / A:n \text{ ansio} = B:n \text{ osuus} / B:n \text{ ansio}$$

Tämän verranto on siis formaalinen siksi, ettei se kerro, mikä on se "ansio", joka määrää jako-osan suuruuden.

Formaalisen oikeudenmukaisuuden käsite on perustavin oikeudenmukaisuuden käsite, koska kaikki sisällölliset periaatteet on johdettu siitä tarkentamalla (Tuomaan "determinaatiolla") sijoittamalla jokin vakio muuttujan "ansio" paikalle. Belgialainen oikeusfilosofi Chaim Perelman ilmaisi klassisessa artikkelissaan "De la justice" formaalisen oikeudenmukaisuuden perusidean lauseella "Samaan oleelliseen luokkaan kuuluvia olioita pitää kohdella samalla tavalla" – eli lyhyemmin "Samanlaisia samalla tavalla". Hänen mukaansa tämä on se perusidea, joka muodostaa yhteisen pohjan kaikille erilaisille sisällöllisille oikeudenmukaisuuden periaatteille, sellaisille kuin "Kullekin ansioidensa

mukaan”, “Kullekin työnsä mukaan”, “Kullekin tarpeensa mukaan”, “Kaikille yhtä paljon” jne. (Ks. *Retoriikan valtakunta*, 75-81). Koska Perelmanin periaate “Samanlaisia samalla tavalla” on formaalinen, se ei tarjoa kriteereitä, joilla tapaukset voitaisiin jakaa “samanlaisiin” ja “erilaisiin”. Siksi sille voidaankin antaa aivan millainen materiaallinen sisältö tahansa.

Tämä tarkoittaakin käytännössä sitä, että *sisällöllisesti millainen laki tahansa tyydyttää formaalisen oikeudenmukaisuuden vaatimuksen*, kunhan laki vain on formaalisesti korrekti eli ei sisällä ristiriitoja eikä epäselvyyksiä. Esimerkiksi Etelä-Afrikan apartheid-lainsäädäntö tyydytti täysin formaalisen oikeudenmukaisuuden vaatimuksen kohdellessaan samaan rotuun kuuluvia samalla tavalla ja eri rotuihin kuuluvia eri tavalla. Sen vika oli vai siinä, että se käytti väriä perusteita luokitellessaan ihmisiä “samanlaisiin” ja “erilaisiin”.

Myös regressiivinen verotus, jossa verorasitus vähenee tulojen kasvun myötä, tuntuu useimmista suomalaisista epäoikeudenmukaiselta. Se on kuitenkin täysin formaalisen oikeudenmukaisuuden periaatteen mukainen kohdellessaan kaikkia suurituloisia yhtä lempeästi ja kaikkia pienituloisia yhtä ankarasti.

Itse asiassa on äärimmäisen vaikea kuvitella *lakia*, joka rikkoisi formaalisen oikeudenmukaisuuden periaatetta, koska jo *lain* käsitteeseen kuuluu välttämättä se sama yleisyys, jonka formaalisen oikeudenmukaisuuden vaatimus pyrkii varmistamaan. Tarkemmin sanottuna mikä tahansa (positiivinen) laki on yleinen sääntö, joka jakaa mahdolliset tapaukset luokkiin, joita se määrää kohtelemaan eri tavoin. Laki täytyy aina olla muotoa:

Kaikista x :istä pätee: jos x kuuluu luokkaan L_n , sitä tulee kohdella tavalla T_n

Tässä kaavassa n on luokkien ja kohtelutapojen määrää osoittava positiivinen kokonaisluku. Jokainen laki siis (i) jakaa ihmiset tai tapaukset yhteen tai useampaan luokkaan ja (ii) määrää jokaiselle luokalle sille kuuluvan kohtelutavan.

Johtopäätöksenä voisikin sanoa, että mikä tahansa *yleinen, selvä ja ristiriidaton* laki täyttää välttämättä formaalisen oikeudenmukaisuuden vaatimuksen jo pelkästään siitä syystä, että se on muodoltaan yleinen. Lain sisällöllinen hyväksyttävyyys eli (a) se, millä perusteella luokat on muodostettu, ja (b) se, miten luokkia määrätään

kohdeltaviksi, on aivan toinen asia. Ja eri asia on myös lain täytäntöönpanon johdonmukaisuus, johon seuraavaksi siirrytään.

10.8 Proseduraalinen oikeudenmukaisuus

Proseduraalinen oikeudenmukaisuus on käsitteelliseen selvyyteen pyrittäessä ongelmatapaus, koska se sekoittuu valitettavan helposti milloin formaalisen, milloin sisällöllisen oikeudenmukaisuuden kanssa. Proseduraalisen ja kahden muun oikeudenmukaisuuden lajin peruseron voisi ilmaista lyhyesti sanomalla, että formaalinen ja sisällöllinen oikeudenmukaisuus ovat lain itsensä hyveitä, kun taas proseduraalinen oikeudenmukaisuus on lain toimeenpanon hyve. Proseduraalisessa oikeudenmukaisuudessa on nimittäin kysymyksessä ainoastaan *annetun lain johdonmukainen ja puolueeton täytäntöönpano*, ei sen sisältö (joka kuuluu sisällöllisen oikeudenmukaisuuden piiriin) eikä sen looginen muoto (joka kuuluu formaalisen oikeudenmukaisuuden piiriin).

Puhe lain "sisällön" ja "täytäntöönpanon" erosta on aivan paikallaan yritettäessä alustavasti rajata proseduraalisen oikeudenmukaisuuden käsitettä. Proseduraalisen oikeudenmukaisuuden idea on nimittäin lainattu juridiikan puolelta.

Amerikkalaisessa oikeusperinteessä "due process of law" (oikeudenmukainen oikeudenkäynti) on hyvin keskeinen käsite, joka mainitaan mm. perustuslain 5. ja 14. lisäyksissä. Niissä sanotaan, että ilman asianmukaista oikeudenkäyntiä keneltäkään kansalaiselta ei voi ottaa pois hänen perusoikeuksiaan eli "elämää, vapautta tai omaisuutta". Tämä tarkoittaa sitä, että kansalainen voi menettää asian, johon hänellä on "luovuttamaton" oikeus, jos hän itse tekee teon, jolla "luopuu" tuosta oikeudesta. Siksi tappaja useimmiten menettää vapautensa. Vaikka hän törkeästi toisen oikeutta loukkaavalla teollaan "luopuu" oikeudestaan vapauteen, häneltä ei voida ottaa pois hänen oikeuttaan oikeudenmukaiseen ja reiluun oikeudenkäyntiin. Se on siis vielä perustavampi oikeus kuin oikeus vapauteen, jota Hart piti perustavimpana oikeutena.

Proseduraalisen oikeudenmukaisuuden idean ymmärtämisen kannalta olennainen asia on myös ero "aineellisen" ja "prosessuaalisen" oikeuden ("substantive law" v. "adjective law" tai "substance" v. "procedure") välillä. Eroa on käytännössä hyvin vaikea tehdä, mutta teoriassa se on selvä. Edellisessä kohdassa esiteltyä lain yleistä kaavaa käyttäen se voidaan tehdä seuraavasti. Aineelliset eli substantiaaliset säännöt määräävät, (1) mitkä tapaukset kuuluvat luokkaan L_n (eli ovat keskenään

samanlaisia) ja (2) millä tavalla Tn niitä pitää kohdella. Prosessuaaliset eli proseduraaliset säännöt puolestaan määräävät, mitä "menetelmiä" käyttäen osoitetaan, että käsillä oleva tapaus kuuluu luokkaan Ln.

Esimerkiksi substantiaalisen rikosoikeuden sääntö määrää tappajat (luokan L_K) vankilaan x:ksi vuodeksi (kohdeltavaksi tavalla Tk). Rikosprosessioikeuden säännöt määräävät puolestaan ne keinot, joilla rikoksesta epäillyn syyllisyydestä (kuulumisesta luokkaan L_K) varmistutaan.

Idea oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä on tehnyt vaikutuksen moniin yhteiskuntafilosofoihin. Siksi he ovat yrittäneet siirtää sen filosofian puolelle. Tuloksena on se proseduraalisen oikeudenmukaisuuden käsite, joka löytyy esimerkiksi John Rawlsin kirjasta *Oikeudenmukaisuusteoria*.

10.9 Sisällöllinen oikeudenmukaisuus

Sisällöllinen oikeudenmukaisuus on oikeudenmukaisuusteorian keskeisin alue. Formaalin ja proseduraalisen oikeudenmukaisuus ovat ikään kuin sisällöllisestä oikeudenmukaisuudesta käytävän keskustelun reunaehdot eli asioita, joiden oletetaan olevan kunnossa, kun ryhdytään keskustelemaan varsinaisesta asiasta eli sisällöllistä. Toisin sanoen keskusteltaessa oikeusjärjestyksen hyvydestä tai oikeudenmukaisuudesta oletetaan, että lait ovat muodoltaan yleisiä (mitä vaatii formaalisen oikeudenmukaisuuden periaate) ja että niitä sovelletaan korrektisti (mitä vaatii puolestaan proseduraalisen oikeudenmukaisuuden periaate).

Sisällöllinen oikeudenmukaisuus eroaa kahdesta muusta monimuotoisuutensa vuoksi. Vaikka edellä esitetyn valossa tuntuisi aivan luontevalta sanoa, että on olemassa *yksi* formaalisen oikeudenmukaisuuden idea ja *yksi* proseduraalisen oikeudenmukaisuuden idea, tuntuisi hyvin oudolta väittää, että on olemassa vain yksi sisällöllisen oikeudenmukaisuuden idea. Pikemminkin tuntuu siltä, että on olemassa lukuisia erilaisia käsityksiä sisällöllisestä oikeudenmukaisuudesta. Samoilla linjoilla on Michael Walzer, joka menee pluralistisessa (aristoteelisessa) oikeudenmukaisuusteoriassaan niin pitkälle, että väittää, että jokainen hyvä asia tai rasite on jaettava eri perusteen mukaan kuin muut hyvät asiat tai rasitteet ja että kunkin jaettavan asian jakoperusteet vaihtelevat myös yhteiskunnasta toiseen.

Sisällölliset oikeudenmukaisuuden periaatteet voidaan jakaa karkeasti suoritus- ja tarveperustaisiin. Suoritusperustaisten käsitysten mukaan on oikeudenmukaista jakaa hyödykkeet ja rasitteet kunkin ihmisen *suorituksen* (esimerkiksi työpanoksen, yrityksen, itse hankitun aseman tms.) mukaan. Tarveperustaisten käsitysten mukaan taas on oikeudenmukaista jakaa hyödykkeet ja rasitteet kunkin ihmisen *tarpeen* mukaan. Tämän luokan tärkein edustaja on ehkä egalitaristinen (tasa-arvohakuinen) näkemys, jonka mukaan kaikkea pitää jakaa kaikille *yhtä paljon*, jolloin taustalla on tietysti ajatus, että kaikkien ihmisten tarpeet ovat samat. Tuntuu selvältä, ettei mitään näistä käsityksistä voida yksinään käyttää kaikkien oikeudenmukaisuusongelmien ratkaisemiseen, vaan eri asioiden jakamisen kohdalla pitää turvautua eri käsityksiin: esimerkiksi verot pitää jakaa eri perustein kuin äänioikeus ja että poliittista valtaa pitäisi jakaa eri perustein kuin mediajulkisuus nykyisin jakautuu. Tämä on jälleen Walzerin ajatus.

Sisällöllinen oikeudenmukaisuus eroaa formaalisesta siten, että formaalisen oikeudenmukaisuuden periaate asettaa sen "minimivaatimuksen", joka jokaisen järkevän sisällöllisen oikeudenmukaisuuskäsityksen on täytettävä, sillä ellei se täytä sitä, siitä ei voida edes keskustella järkevästi. Jos esimerkiksi tuomarin ei tarvitsisi perustella ratkaisuaan esittämättä yhtäkään yleistä lakia tai periaatetta, hän voisi kohdella kahta täsmälleen samanlaista tapausta täysin eri tavalla.

Formaalisen ja sisällöllisen oikeudenmukaisuuden periaatteiden suhteen voisi ilmaista sanomalla, että jokainen päätös siitä, mitkä tapaukset ovat "samanlaisia" tai "erilaisia", palauttaa keskustelun formaalisen oikeudenmukaisuuden tasolta konkreettisten sisällöllisten oikeudenmukaisuuden periaatteiden tasolle. Formaalisesta oikeudenmukaisuudesta on vaikea keskustella juuri siitä syystä, että jokainen yritys ilmaista se näyttää tuovan mukanaan jotakin sisällöllistä.

Sisällöllinen oikeudenmukaisuus eroaa proseduraalisesta taas siinä, että proseduraalisessa oikeudenmukaisuudessa ollaan kiinnostuneita vain annetun lain täytäntöönpanon (ja ehkä myös sen säätämisen) korrektiudesta, ei lain sisällöstä. Sen sijaan sisällöllisen oikeudenmukaisuuden periaatteita käytetään nimenomaan lain sisällön (moraaliseen) arviointiin. Koska monet teoreetikot haluavat sisällyttää jonkin proseduurin sisältöön, eroa niiden välillä ei ole helppo tehdä. Seuraavassa luvussa esitellään johtava uusi oikeudenmukaisuusteoria, joille on ominaista sitoutuminen proseduraaliseen oikeudenmukaisuuskäsitykseen.

11 John Rawls

11.1 Utilitarismin kritiikki

John Rawlsin kirjaa *A Theory of Justice* (1971) (suom. *Oikeudenmukaisuusteoria*; 1988) on modernin yhteiskuntafilosofian klassikko. Rawls näkee teoriansa vaihtoehdoksi utilitarismille eli hyödyn maksimointiin perustuvalle etiikalle ja yhteiskuntafilosofialle. Hän hylkää utilitarismin kahdesta (kantilaisesta) syystä: (1) se ei välitä yksilöistä, ja (2) se määrittelee "oikean" "hyvän" avulla.

(1) Rawlsin mukaan utilitarismi tekee virheen siirtäessään yksilön rationaalisen päätöksenteon mallin sellaisenaan yhteiskunnalliselle tasolle. Yksilö voi uhrata välittömän hyötynsä saadakseen myöhemmin suuremman hyödyn. Ihminen voi esimerkiksi mennä hammaslääkäriin ja kärsiä vähän aikaa, jotta hänen ei tulevaisuudessa tarvitsisi kärsiä hammassärystä. Näin rationaalinen yksilö punnitsee hyötyjä ja haittoja, ja valitsee pienemmän pahan välttääkseen suuremman.

Utilitaristit siirtävät tämän ajatuksen yhteisötasolle sanoessaan, että tietylle yhteisön osalle (orjanomistajille) tuotettu hyöty voi korvata toiselle osalle (orjille) aiheutetun haitan. Siksi orjuutta voidaan vastustaa utilitaristisesti vain argumentoimalla, että orjanomistajien saama hyöty on pienempi kuin orjien kokema haitta. Orjuudessa sinänsä ei ole utilitaristin mielestä mitään väärää; se on vain irrationaalinen ja tehoton tapa maksimoida yhteiskunnan kokonaisuonnellisuutta. Rawlsin mukaan taas meidän ei pitäisi edes ruveta laskemaan orjanomistajien hyötyjä, koska orjuus on *itsessään* paha ja epäoikeudenmukainen instituutio.

Lyhyesti sanottuna *yksilö* voi ostaa oman tulevan hyvinvointinsa nykyhetken kärsimyksen avulla, mutta *yhteiskunta* ei saa ostaa yhden ryhmän – ei edes enemmistön – onnellisuutta toisen ryhmän kustannuksella.

(2) Utilitaristit määrittelevät oikean (*right*) hyvän (*good*) avulla. Utilitaristit aloittavat kertomalla, mikä asiointila on *hyvä*, nimittäin se, jossa yhteenlaskettu onnellisuus tai hyvinvointi on maksimoitu. Sen jälkeen he sanovat, että keinot (teot) tuon päämäärän saavuttamiseksi ovat *oikein*, ovat *velvollisuuksia*. Karkeasti sanottuna tämä tarkoittaa sitä, että utilitarismissa päämäärä pyhittää keinot.

Kriitikoiden mielestä utilitaristien menettelytapa – ensin hyvän asiointilan määrittely ja sitten sen rationaalinen ja tehokas toteuttaminen – johtaa moraalisesti arveluttaviin ratkaisuihin. Kriitikojen mielestä *oikeaa* ei voi määritellä *hyvän* avulla, vaan ensin on ratkaistava mikä on *oikein* (oikeudenmukaista), ja vasta sitten voidaan ryhtyä tavoittelemaan hyötyä, onnellisuutta, hyvinvointia tai mitä nyt kukin tavoittelee.

Utilitarismin kriitikoiden mukaan utilitaristille oikeudenmukaisuuskysymykset ovat aina palautettavissa hyötykysymyksiin. Kriitikoiden mielestä taas oikeudenmukaisuus ei palaudu hyötyyn, vaan se tulee aina ennen hyötyä: oikeudenmukaisuus asettaa ne *puitteet*, joissa kukin yksilö voi tavoitella omaa hyötyään ja yhteiskunta kokonaisuutena omaa hyötyään. Näiden puitteiden hyödyllisyydestä ei keskustella. Rawlsin tunnetuin kriitikko Robert Nozick kutsuu oikeudenmukaisuuden sääntöjä kuvaavasti ”sivurajoittimiksi” (*side-constraints*). Ne rajoittavat siksi, että niiden vaatimukset on täytettävä ennen kuin ryhdytään hyödyn tavoitteluun.

Kysymys näiden sivurajoittimien sisällöstä on oikeudenmukaisuusteorian ensisijainen kysymys. Se on kysymys *proseduurista* itsestään. Vasta sen jälkeen, kun on varmistuttu siitä, että proseduuri on kunnossa, voidaan ryhtyä tarkastelemaan, millaisia tuloksia se tuottaa. Tärkeää on huomata, että *proseduuria ei saa oikeuttaa hyvien seuraustensa avulla*. Tällainen seurausten avulla oikeuttaminen olisi utilitarismia. Ja sitä Rawls vastustaa.

Rawlsin ehdottama ”proseduuri” koostuu kahdesta säännöstä, joita päästään tutkimaan heti niiden valintatilanteen kuvauksen jälkeen.

11.2 Alkutila ja tietämättömyyden verho

Rawlsin tavoitteena on ”esittää oikeudenmukaisuuskäsitys, joka yleistää ja kohottaa korkeammalle abstraktitasolle tunnetun yhteiskuntasopimusteorian sellaisena kuin se esiintyy mm. Lockella, Rousseauilla ja Kantilla” (TJ § 3). Aluksi Rawls pyytää lukijoitaan kuvittelemaan joukon rationaalisia, oikeudenmukaisuuden tajun omaavia yksilöitä, joiden on sovittava heidän yhteiskuntansa perusrakenteet ja -instituutiot määräävistä periaatteista. Näiden

valitsijoiden lähtökohtana on rationaalinen oman edun tavoittelu, ja he tietävät, että heidän valitsemansa periaatteet tulevat sitomaan kaikkia.

Jotta ihmiset eivät valitsisi pelkästään omaa itseään hyödyttäviä sääntöjä, Rawls asettaa valitsijat tietämättömyyden verhon taakse. Verhon vuoksi valitsijat eivät tiedä ikäänsä, sukupuoltaan, rotuaan, lahjakkuuttaan, arvoasenteitaan eivätkä edes sitä, mihin aikaan he elävät. Rawls kutsuu tätä tilannetta "alkutilaksi", ja se vastaa klassisen sopimusteorian luonnontilan käsitettä.

Vaikka valitsijat eivät tiedä, mikä nimenomainen käsitys hyvästä elämästä heillä on, he tietävät, että heillä on *jokin* sellainen heidän toimintaansa ohjaava käsitys. Ja he tietävät myös, että se saattaa poiketa melkoisesti muiden ihmisten käsityksistä. Ja vaikka nämä ihmiset eivät tiedä mitään omasta persoonastaan, he tietävät sellaisia inhimillisen käyttäytymisen "yleisiä lainalaisuuksia", joita psykologia ja yhteiskuntatieteet ovat löytäneet.

Tietämättömyyden verhon tarkoituksena on selvästi tehdä tehottomiksi egoistiset intressit eli intressit, jotka perustuvat vain siihen, että valitsija tietää olevansa tietynlainen ihminen, kuuluvansa tiettyyn yhteiskuntaluokkaan tms. Näin tietämättömyyden verhon takaa syntyy puolueeton kollektiivinen intressi, jota voisi verrata Rousseau'n yleistähtoon. Sen ilmentymiä ovat valitut oikeudenmukaisuuden periaatteet.

Tietämättömyyden verho tekee yhteisymmärryksen oikeudenmukaisuuden sääntöjen valinnassa mahdolliseksi. Olisi hyvin epätodennäköistä, että ilman sitä valitsijajoukko päätyisi konsensukseen, koska kaikki yrittäisivät maksimoida omaa yksityisetuaan kätkemällä sen yleisien yleisten periaatteiden taakse.

Rawls pitää omaa ratkaisuaan utilitarismia parempana, koska hän uskoo pääsevänsä puolueettomuuteen pelkästään tietämättömyyden verhon avulla. Hänen ei tarvitse alentaa yksilöiden intressejä kauppatavaraksi, kuten utilitarismi tekee saavuttaakseen edes jonkinlaisen puolueettomuuden.

11.3 Rawlsin kaksi periaatetta

Rawlsin oikeudenmukaisuusteorian tarkoituksena on laatia yhteiskuntaan oikeudenmukaiset perusrakenteet. Hän ei ole kiinnostunut yksittäisten tekojen

oikeudenmukaisuudesta, vaan ainoastaan yhteiskunnan perusrakenteiden ja -instituutioiden oikeudenmukaisuudesta. Ja hänen oikeudenmukaisuusteoriaansa periaatteet määräävät, mitkä järjestelyt ja rakenteet ovat oikeudenmukaisia. Näiden periaatteiden tulee olla yhteensopivia kahden Rawlsin utilitarismin kritiikistä tutun periaatteen kanssa: (i) jokainen ihminen on erillinen yksilö, jota ei voi uhrata yhteisen edun nimissä, ja (ii) oikeudenmukaisuus tulee ennen hyötyä.

Rawls väittää, että tietämättömyyden verhon takaa valittaisiin seuraavat kaksi periaatetta:

(1) Jokaisella yksilöllä pitää olla oikeus suurimpaan mahdolliseen perusvapauksien systeemiin, joka on yhteensopiva muiden ihmisten vastaavien vapauksien kanssa.

(2) Yhteiskunnalliset ja taloudelliset erot ovat oikeutettuja vain silloin, kun niiden olemassaolosta on etua kaikkein huonoimmassa asemassa oleville.

Ensimmäinen periaate perustuu ajatukseen, että koska ihminen ei verhon takana tiedä omia ominaisuuksiaan eikä erityisesti omia arvostuksiaan, hänen on edullista valita tilanne, jossa eri ihmiset saavat vapaasti toteuttaa omia ihanteitaan ja omaa käsitystään hyvästä elämästä. Tämä periaate on Rawlsin teorian liberalistinen osa. Sitä voitaisiin kutsua (vaikkei Rawls itse teekään niin) *vapauseriaatteen*.

Toinen periaate, jota Rawls kutsuu *eroperiaatteen*, sisältää Rawlsin teorian "sosialistisen" osan. Se ei vaadi täydellistä sosiaalista (esimerkiksi koulutuksellista) ja taloudellista (esimerkiksi palkkojen) yhdenmukaisuutta tai tasajakoa, mutta se vaatii, että poikkeamat tasajaosta on aina perusteltava. Ja ainoa hyväksyttävä perustelu eri ihmisten erilaiselle kohtelulle on se, että erilaisesta kohtelusta on hyötyä kaikille ja erityisesti huonoimmassa asemassa oleville. Näin esimerkiksi verouudistus, joka lisää kansantuotetta ja kokonaishyvintia mutta huonontaa ammattitaidottomien työläisten tai pitkäaikaistyöttömien asemaa, ei ole Rawlsin mukaan oikeudenmukainen.

Rawlsin mukaan ensimmäinen periaate edeltää toista siinä mielessä, että sen on oltava täydellisesti täytetty ennen kuin ryhdytään pohtimaan sosiaalisten erojen oikeutusta.

11.4 Eroperiaate

Oikeastaan Rawlsin toinen periaate on kompleksisempi kuin edellä on esitetty. Tarkkaan ottaen sen muoto on tämä:

- (2) Sosiaaliset ja taloudelliset erot ovat oikeutettuja vain jos
 - (a) ne maksimoivat kaikkien, erityisesti huonoimmassa asemassa olevien, edun ja
 - (b) ne liittyvät kaikille avoinna oleviin asemiin ja tehtäviin.

Näistä (b) edeltää (a):ta. Toisin sanoen sellaiset taloudelliset ja sosiaaliset erot, jotka maksimoivat huonoimmassa olevien edun mutta jotka eivät liity kaikille avoinna oleviin asemiin ja tehtäviin, eivät ole oikeudenmukaisia. Näin ollen esimerkiksi laajamittainen almujen jakaminen köyhälistökortteleissa ei ole kohderyhmän sattumanvaraisuuden vuoksi oikeudenmukainen sosiaalipoliittinen toimi, vaikka se ehkä sattumalta maksimoisikin huonoimmassa asemassa olevien hyödyn (koska järjestelmällisemmän avustusten jaon hallinnointikustannukset ovat suuremmat). Sitä vastoin negatiiviset verot, työttömyysavustukset ja perinteiset sosiaalipoliittiset keinot ovat (ehkä) oikeudenmukaisia tämän kriteerin mukaan.

Rawls tarkoittaa periaatetta (2)(a) sanomalla, että se on *maximin*-periaatteen sovellutus. Tämä periaate käskee *maksimoimaan minimin* eli valitsemaan vaihtoehdon, jossa huonoin mahdollinen tulos on paras muihin vaihtoehtoihin verrattuna. Oletetaan, että meidän on tehtävä valinta kahden sosiaalipoliittisen toimintavaihtoehdon, A:n ja B:n, välillä. Oletetaan että I, II ja III ovat yhteiskunnan kolme luokkaa ja että arabialaiset numerot ilmaisevat luokan keksimääräiset vuositulot.

		LUOKAT		
		I	II	III
TOIMINTA- VAIHTOEHDOT	A	6	4	3
	B	9	5	2

Maximin sääntö vaatii valitsemaan toimintavaihtoehdon A, koska sen huonoin lopputulos (eli 3) on parempi kuin kilpailevan toimintavaihtoehdon B huonoin

lopputulokset (eli 2). Maximin on siis varovaisen pelaajan strategia. Ja Rawls lienee oikeassa sanoessaan, että tietämättömyyden verhon takana olevat valitsijat ovat varovaisia: he haluavat turvata siedettävät olosuhteet, koska he saattavat joutua tietämättömyyden verhon avautuessa huonoimpaan asemaan.

Sen sijaan utilitaristi olisi velvollinen valitsemaan vaihtoehdon B, koska siinä kokonaistulos (16) on parempi kuin A:ssa (13), vaikka huonoimmassa asemassa olevien tilanne on B:ssä huonompi kuin A:ssa.

Perusteluksi maximin-tulkinnalleen Rawls sanoo, ettei ole oikeudenmukaista, että vahvat saavat vapaasti tavoitella omaa hyötyään heikkojen kustannuksella. Kaikille on tietysti annettava sama mahdollisuus toteuttaa omia kykyjään, mutta tästä ei seuraa, että vahvat ja lahjakkaat saisivat itse pitää *kaiken* hyödyn, minkä he toiminnallaan tuottavat. Lahjakkaat eivät ole nimittäin Rawlsin mukaan mitenkään *ansainneet* lahjojaan. Ihmisten erityislahjakkuudet ovatkin Rawlsin mukaan rinnastettavissa luonnonvaroihin, jotka ovat kaikkien yhteistä omaisuutta. Tietysti erityislahjakkuuksien kehittämisestä ja käyttämisestä on palkittava myös lahjojen omistajaa itseään, sillä ellei niin tehtäisi, hän ei viitsisi kehittää ja käyttää niitä. Mutta hän ei saa pitää kaikkea hyötyä lahjoistaan, kuten liberalistit vaativat, vaan hyöty on jaettava kaikille tavalla, joka on kaikille edullinen ja suosii erityisesti huonoimmassa asemassa olevia.

11.5 Vapausperiaate

Rawlsin vapausperiaate, jonka mukaan kaikilla on oikeus samanlaiseen mahdollisimman laajaan vapauksien systeemiin, sekoitetaan helposti perinteiseen liberalistiseen periaatteeseen, jonka mukaan ihmisen vapautta saadaan rajoittaa vain, jos se on välttämätöntä muiden ihmisten vapauden turvaamiseksi. Uusliberalistisen käsityksen mukaan valtion ainoa tehtävä on yhtäläisen vapauden tai "lain ja järjestyksen" ylläpito – eikä mikään muu. Rawlsin mukaan taas valtiolla on muitakin tehtäviä, esimerkiksi juuri vähäosaisista huolehtiminen, joka taas uusliberalistien mukaan kuuluu vapaaehtoisille hyväntekeväisyysjärjestöille.

Rawlsin ja uusliberalistien välillä on olennainen ero: Rawls täydentää vapausperiaatettaan eroperiaatteella, kun taas uusliberalistit haluavat tulla toimeen pelkällä vapausperiaatteella. Uusliberalistit uskovat, että mitään *korjausperiaatetta* ei tarvita. Rawlsin eroperiaatehan pyrkii nimenomaan korjaamaan olemassa olevan

epäoikeudenmukaisuuden jakamalla omaisuutta uudestaan verotuksen ja sosiaaliturvan avulla.

Rawlsin vapausperiaate eroaa uusliberalistisesta periaatteesta myös siinä, että Rawls pyrkii turvaamaan *tietyt vapaudet*, kun taas uusliberalistit pyrkivän turvaamaan *vapauden* ilman lisämääreitä. Ne vapaudet, joita Rawls puolustaa, ovat ns. kansalaisvapauksia: ilmaisuvapaus, omantunnonvapaus, kokoontumisvapaus, vapaus mielivaltaisilta pidätyksiltä, vapaus henkilökohtaiseen omistukseen jne. Perusvapaudet ovat tärkeitä asioita tietämättömyyden verhon takana olijoille, koska ne mahdollistavat oman elämänsuunnitelman toteuttamisen, vaikka se olisikin erilainen kuin enemmistön suunnitelmat. Rawlsin omistusoikeudelle antama suoja ei ole täydellinen, koska hänen mukaansa on oikeudenmukaista, että ihmisten tuloja ja omaisuutta verotetaan sosiaalipalvelujen rahoittamiseksi. Sen sijaan ainakin uusliberaalit pitävät *tällaista* verotusta ryöstönä, valtion epäoikeudenmukaisena puuttumisena ihmisen oikeuteen tehdä omalla omaisuudellaan mitä itse haluaa. (Poliisin ja armeijan rahoittamiseen verorahoja saa heidänkin mielestään käyttää.)

Miksi Rawls sitten pitää omantunnonvapautta ja ilmaisuvapautta tärkeimpinä kuin ehdotonta vapautta hallita omaa omaisuuttaan? Miksi juuri nämä vapaudet? Tähän kysymykseen ei ehkä löydy muuta vastausta kuin se, että nämä arvot muodostavat Rawlsin oman käsityksen mukaan hyvän ja arvokkaan elämän perustan. Hän arvostaa enemmän osallistumista yhteiskuntaelämään kuin omaisuuden keräämistä. Mutta tämä on hänen oma henkilökohtainen valintansa.

Toiset, esimerkiksi Nozick, pitävät materiaalistien hyödykkeiden keräämistä ihmiselämän perustavimpana päämääränä. Heidän valinnastaan voidaan olla montaa mieltä, mutta Rawls näyttää kieltävän näiltä ihmisiltä täysipainoisen omistautumisen oman elämänsä tärkeimpään tehtävään myöntäessään valtiolle rajoitetun varallisuuden uudelleenjako-oikeuden verotuksen muodossa. Jos Rawls on liberalisti, miten hän voi kieltää materialistisesti suuntautuneilta ihmisiltä heidän ykköspreferenssinsä vapaan toteuttamisen?

Muutenkin Rawlsin teoriaan liittyy se vaikeus, että se näyttää perustuvan *ennalta asetettuun käsitykseen hyvästä elämästä*. Tietämättömyyden verho suodatti kyllä pois ihmisten egoistiset käsitykset ja synnytti rationaalisen "yleistahdon", mutta miten voidaan selittää se, että sen takaa nousee esiin Rawlsin oma arvomaailma? Se tulee

erityisen hyvin esille myös hänen tekemässään primaaristen ja sekundaaristen sosiaalisten hyödykkeiden erossa. Hänen mukaansa primaarihyödykkeet ovat sellaisia, joita kaikki ihmiset haluavat jo tietämättömyyden verhon takaa, koska ihminen tarvitsee niitä joka tapauksessa, olkoon hänen käsityksensä hyvästä elämästä mikä tahansa. Näihin kuuluvat vapaus, mahdollisuudet, vauraus ja itsekunnioitus (*liberty, opportunity, wealth & self-respect*).

Tämä lista hyvistä asioista kuulostaa hieman liian amerikkalaiselta ollakseen universaalisti pätevä. Voiko Rawls vakavissaan väittää, että tietämättömyyden verhon takaa valittaisiin juuri nämä "primaarihyödykkeet", jos verhon taakse pantaisiin edustava otos nälkää nähneitä, sodasta kärsimään joutuneita, keskitysleirin kauhut kokeneita ja suurkaupungin slummeissa asuneita ihmisiä? Heidän laatimansa lista voisi olla kovasti erilainen. Rawlsilta löytyy yllättäen vastaus tähän kysymykseen. Hän nimittäin näyttää myöntävän seuraavassa lainauksessa, että hänen oikeudenmukaisuusteoriaansa ei ehkä toimisi kehitysmaaolosuhteissa:

"Oletan, että jos ihmiset alkuasemassa uskovat, että he voivat käyttää tehokkaasti perusvapauksiaan, he eivät suostu vähentämään vapauttaan saadakseen lisää taloudellista hyvinvointia, *ei ainakaan silloin, kun tietty vaurauden taso on saavutettu*. ... Kaikille samanlaisesta vapaudesta voidaan luopua vain, jos se on tarpeen sivilisaation laadun parantamiseksi, jotta aikanaan kaikki voisivat nauttia samanlaisista vapauksista." (TJ 542; kurs. lis.)

On ehkä totta, että Rawlsin kaksi oikeudenmukaisuusperiaatetta seuraavat hänen ehdottamastaan primaarihyödykkeiden listasta. Mutta jos sen sijasta valittaisiin jokin toinen lista, siitä saattaisi seurata erilaiset oikeudenmukaisuuden periaatteet.

Myöhemmin, esimerkiksi kirjassaan *Political Liberalism* (1993), Rawls onkin muuttanut teoriaansa tämän kritiikin valossa. Hän ei enää väitä, että se on universaalisesti pätevä vaan että se on se lista, jonka poliittisen liberalismiin ihanteet omaksuneet ihmiset valitsisivat.

11.6 Onko se sittenkään proseduraalinen teoria?

Kirjassaan *Oikeudenmukaisuusteoria* Rawls sanoo kannattavansa proseduraalista käsitystä oikeudenmukaisuudesta. Se vaatii vain sitä, että jokin toiminta tapahtuu

oikean proseduurin (toimintatavan) mukaisesti, ei sitä, että se päättyy johonkin tiettyyn lopputulokseen. Esimerkiksi virkamiehen oikeudenmukaisuus on proseduraalista: hän käsittelee kaikkia ratkaistavakseen tulevia tapauksia saman proseduurin mukaisesti. Hän ei ajattele, miten maksimoisi yleisen onnellisuuden vaan miten soveltaa puolueettomasti annettuja sääntöjä eteenpäin tuleviin tapauksiin.

Tavallisesti kun arkielämässä puhutaan jaon oikeudenmukaisuudesta, tarkoitetaan vain jaon *tuloksen* oikeudenmukaisuutta. Mutta yhtä hyvin voitaisiin puhua myös *jakomenetelmien* oikeudenmukaisuudesta. Lopputuloksen oikeudenmukaisuuden ja proseduurin oikeudenmukaisuuden välinen ero vastaa suurin piirtein utilitarismin ja Kantin etiikan eroa: utilitarismi on kiinnostunut lopputilasta, Kantin etiikka proseduurista eli itsessään hyvien sääntöjen noudattamisesta.

Onko Rawlsin oikeudenmukaisuusteoria proseduraalinen? Se on proseduraalinen siinä mielessä, että jos jotakin ongelmaa ratkaistaessa on noudatettu Rawlsin kahta periaatetta, lopputulos on (ainakin teorian mukaan) oikeudenmukainen, olkoon se sisällöllisesti millainen tahansa. Mutta toisaalta se ei ole *puhtaasti* proseduraalinen, koska Rawlsin kaksi periaatetta sisältävät vahvasti sisällöllisiä (lopputuloksen sisältöä määrittäviä) elementtejä. Tällainen on esimerkiksi eroperiaatteeseen sisältyvä vaatimus huonoimmassa asemassa olevien tilanteen parantamisesta. Tämä vaatimus koskee ilmiselvästi lopputilaa. Näin ollen ajatus, että "Rawlsin proseduuuri" voi johtaa sisällöllisesti aivan millaiseen tahansa lopputulokseen, ei ole uskottava. Se ei voi johtaa yhteiskunnalliseen järjestelyyn, jossa huonoimmassa asemassa olevien tilanne koko ajan huononee. Esimerkiksi regressiivistä verotusta ei voida oikeuttaa Rawlsin teorian avulla. Kysymykseen, millaisen verotuksen Rawlsin teoria sallii tai vaatii, palaamme utilitaristisen oikeudenmukaisuusteorian esittelyn jälkeen.

12 John Stuart Mill

12.1 Utilitarismin idea

Utilitarismin varsinaisena perustajana voidaan pitää Jeremy Benthamia. Kuten edellä näimme, Benthamin mielestä puhe luonnollisesta laista ja luonnollisista oikeuksista (ihmisoikeuksista) ei selitä yhtään mitään, koska ei ole olemassa mitään keinoa saada selville, mitä luonnolliset lait ja oikeudet tarkkaan ottaen ovat. Yksi teoreetikko on yhtä mieltä ja toinen toista, mutta molemmat väittävät omien mielipiteidensä perustuvan luontoon tai olevan universaalisen järjen ikuisia periaatteita. Mitään keinoa ratkaista heidän riitaansa ei ole – paitsi hyödyn periaate. Sen mukaan laki on hyvä, jos se edistää ihmisten onnellisuutta, ja huono, jos se tuottaa heille onnettomuutta. Onnellisuus on hyvin konkreettinen asia luonnonoikeuden abstrakteihin periaatteisiin verrattuna. Bentham uskoi, että se on myös mitattavissa. Näin tieteellisyyden ihanne voitiin siirtää luonnontieteistä ihmistieteisiin, myös oikeustieteeseen.

Myös Benthamin oppilaan ja utilitarismin tärkeimmän edustajan, John Stuart Millin (1806-73) mukaan moraalin ainoana perustana on *hyödyn periaate*, joka sanoo, että teon moraalisen arvon määräävät sen seuraukset. Millin omin sanoin:

”Käsitys, joka hyväksyy moraalin perustaksi hyödyn tai suurimman onnellisuuden periaatteen, väittää että *teot ovat oikeita siinä määrin kuin niillä on taipumus edistää onnellisuutta*. Onnellisuudella tarkoitetaan nautintoa ja tuskan puuttumista, onnettomuudella tuskaa ja nautinnon puuttumista.” (*Utilitarismi* luku II; kurs. lis.)

Utilitarismin mukaan kaiken yhteiskuntapolitiikan perustana ja ohjenuorana tulee olla yleisen hyödyn maksimointi. Utilitarismin tunnettu vaikeus on kuitenkin siinä, että hyödyn maksimointi on usein ristiriidassa oikeudenmukaisuuden kanssa.

12.2 Utilitarismi, oikeudenmukaisuus ja oikeudet

Oikeudenmukaisuus tuottaa vaikeuksia utilitarismille siksi, että on eri asia *maksimoida* onnellisuuden kokonaismäärä kuin *jaka* se tasapuolisesti kaikille. Hyvin suoraviivaisen ja karkean utilitarismin mukaan olisi esimerkiksi aivan oikein, että kymmenen sadistia kiduttaa yhtä viatonta uhria, *jos* heidän siitä

saamansa nautinnon kokonaismäärä on suurempi kuin uhrin kärsimyksen määrä – ja sitä se on, jos uhrille annetaan huumaavia aineita.

Ihmisoikeudet ovat yleisemminkin ongelma utilitarismille, koska oikeuksien tehtävänä on estää yksilöiden epäoikeudenmukainen kohtelu myös silloin, kun siitä olisi hyötyä yhteiskunnalle. Näin ollen ihmisten oikeudet asettavat tiukat rajat sille, missä määrin heitä voidaan käyttää yleisen hyödyn tai onnellisuuden edistämisen välineinä. Utilitaristin on vaikea puolustaa oikeuksia siksi, että oikeudet ovat nimenomaan utilitaristisen hyödyntavoittelun *rajoittajia*.

Mill oli tietoinen näistä vaikeuksista ja hän yritti vastata kriitikoilleen *Utilitarismin* viidennessä luvussa, tosin valitettavan lyhyesti eikä kovin selvästi. Itse asiassa vastauksia näyttää olevan kaksi. Ensimmäisessä vastauksessaan Mill tyytyy vain toteamaan, että utilitarismin ja oikeudenmukaisuuden välillä ei voi olla ristiriitaa, koska oikeudenmukaisuuden periaatteet voidaan johtaa hyödyn periaatteesta:

”[Oikeudenmukaisuus] on välitön seuraus (*emanation*) moraalien ensimmäisestä periaatteesta; se sisältyy Hyödyn Periaatteen merkitykseen. Tuo periaate on pelkkää sanahelinää vailla järkevää merkitystä, ellei yhden ihmisen onnellisuutta pidetä täsmälleen samanarvoisena kuin toisen.” (U V; 580-1.)

Siksi Millin mielestä oikeudenmukaisuuden periaatteen ilmaiseva Benthamin sanonta ”Jokainen lasketaan yhdeksi, eikä ketään enemmäksi kuin yhdeksi” voitaisiin ”kirjoittaa hyödyn periaatteen alle selittäväksi kommentiksi” (U V, 581). Mill näyttää siis uskovan, että jos jokaisen ihmisen intresseille annettaisiin sama paino, minkäänlaista oikeudenmukaisuuden ja hyödyn ristiriitaa ei voisi syntyä. Mutta onko Mill oikeassa? Takaako se, että kaikki ihmiset *otetaan huomioon laskuissa*, myös sen, että he todella *saavat* oikeudenmukaisen osan jaettavasta hyvästä asiasta? Eikö ole ajateltavissa, että yhden ihmisen onnellisuus voitaisiin tuhota, jos siten saataisiin suuri määrä onnellisuutta kymmenelle ihmiselle? Entä kymmenelle tuhannelle?

Mill itsekkin väittää tähän kohtaan liittyvässä huomautuksessaan, että ”yhtä suuret määrät onnellisuutta ovat yhtä haluamisenarvoisia koki ne sitten sama ihminen tai eri ihmiset”. Jos näin on, mikään ei estä kymmentä sadistia räykkäämästä yhtä uhria, kunhan he saavat yhteenlaskettuna enemmän nautintoa kuin uhri

kärsimystä. Ja tämä on varmasti epäoikeudenmukaista. Millin ensimmäistä vastausta ei siten voida pitää tyydyttävänä.

Hänen toinen vastauksensa on paljon parempi. Sen ymmärtämiseksi on huomattava, että Mill ymmärsi oikeudenmukaisuuden käsitteen hieman omalaatuisella tavalla. Hänen mukaansa oikeudenmukaisuus on osa moraalialia, mutta ei koko moraalialia. Ero oikeudenmukaisuuden ja muun moraalialin, "hyvän tekemisen", välillä on mm. siinä, että ihminen voidaan *pakottaa* täyttämään oikeudenmukaisuuden velvollisuudet, mutta ei muita, vähäisempiä moraalivelvollisuuksia: "Velvollisuus on asia, joka voidaan ulosmitata [*exact*] ihmiseltä, aivan kuten velkakin ulosmitataan" (U V, 571).

Kaikki velvollisuudet eivät ole "ulosmittauskelpoisia" oikeudenmukaisuuden (justice) piiriin kuuluvia velvollisuuksia, koska on olemassa myös vähemmän velvoittavia "hyvän tekemisen" (beneficence) velvollisuuksia. Ne liittyvät asioihin, "joita toivoisimme ihmisten tekevän tai joiden tekemisen vuoksi ihailisimme heitä tai joiden tekemättä jättämisen vuoksi inhoaisimme tai halveksisimme heitä" (U V, 571).

Millin tekemä ero oikeudenmukaisuuden ja korkeamman moraalialin välillä muistuttaa hyvin paljon edellä esiteltyä Lon Fullerin tekemää velvollisuusmoraalialin ja täydellisyysmoraalialin eroa. Mill sanoo myös, että ero oikeudenmukaisuuden ja hyvän tekemisen välillä vastaa oikeusfilosofien perinteistä eroa *täydellisten* ja *epätäydellisten* velvollisuuksien välillä. Hän luonnehtii tätä eroa seuraavasti:

"Epätäydellisiä velvollisuuksia ovat ne, joissa teon pakollisuudesta huolimatta sen suorittamisen yksittäiset tilanteet on jätetty meidän valittavaksemme, kuten esimerkiksi hyväntekeväisyydessä [*charity or beneficence*], jota meillä on tosin velvollisuus harjoittaa, mutta ei ketään tiettyä henkilöä kohtaan eikä minään määrättynä aikana." (U V, 571.)

Tärkein erokriteeri on kuitenkin se, että *täydellistä* velvollisuutta vastaa jollakin toisella ihmisellä oleva *oikeus*, kun taas epätäydellistä velvollisuutta vastaavaa oikeutta ei synny kenellekään:

"[T]äydelliset velvollisuudet ovat niitä velvollisuuksia, joita vastaava oikeus on jollakin henkilöllä tai joillakin henkilöillä; epätäydelliset velvollisuudet

ovat taas niitä moraalisia velvollisuuksia, jotka eivät synnytä mitään oikeutta. Uskon, että tämän eron huomataan lankeavan täsmälleen yhteen oikeudenmukaisuuden velvollisuuksien ja muiden moraalien velvollisuuksien eron kanssa.” (U V, 571)

Ja jos jollakulla on *oikeus* johonkin asiaan, hän voi Millin mukaan vaatia yhteiskuntaa tai valtiota *huolehtimaan* siitä, että hän saa (tai saa pitää) sen asian, johon hänellä on oikeus: “[S]e, että minulla on oikeus johonkin, tarkoittaa mielestäni sitä, että yhteiskunnan pitäisi puolustaa minua sen omistuksessa” (U V, 574).

Johtopäätöksenä Mill sanookin, että “*oikeudenmukaisuus* on nimi niille moraalisäännöille, jotka koskevat ihmisten hyvinvointia läheisemmin kuin muut säännöt ja siksi ne velvoittavat ehdottomammin kuin mitkään muut elämää ohjaavat säännöt” (U V, 578). Ja kaikkein tärkeimpiä oikeudenmukaisuuden säännöistä ovat hänen mukaansa ne, jotka kieltävät vahingoittamasta muita, toisin sanoen ne, jotka suojaavat ihmisten perusoikeuksia.

Koska näin ymmärretty epäoikeudenmukaisuus on *vahingon* aiheuttamista muille, oikeudenmukaisuus on ihmisten suojelemista vahingolta. Ja se onkin valtion ensisijainen tehtävä. Millin mukaan valtio saa mennä tehtävässään niin pitkälle kuin vahinkoperiaate sallii: *muille aiheutuvan vahingon estäminen on ainoa hyväksyttävä peruste ihmisten pakottamiselle* eli heidän vapautensa rajoittamiselle. Tämä on Millin liberalismien perusteeksi, jota hän puolustaa kirjassaan *Vapaudesta* (*On Liberty*). (Kirjan suomennos onnistuu valitettavasti sotkemaan tämän periaatteen täysin tunnistamattomaksi.)

12.3 Utilitarismin ja liberalismien ristiriita?

Voidaan kuitenkin kysyä, joutuuko Mill ristiriitaan itsensä kanssa kahdessa roolissaan, utilitaristina ja liberalistina. Uhkaava ristiriita syntyy nimittäin siitä, että utilitaristina Mill käskee ihmistä toimimaan tavalla, joka maksimoi yleisen onnellisuuden, mutta liberalistina hän vaatii, ettei ihmistä pidä estää tekemästä, mitä hän itse haluaa, vaikka se ei maksimoisikaan yleistä onnellisuutta. Mitä on tehtävä ihmiselle, joka viis veisaa yleisestä hyödystä ja tavoittelee omaa etuaan ja nautintoaan?

Mill ei olisi luultavasti hyväksynyt tätä vastakkainasettelua. Hän näyttää ajatelleen, että jos jokaisella ihmisellä on oikeus vapaasti tavoitella haluamiaan asioita eli toteuttaa omaa hyvän elämän ihannettaan (tietysti samalla muiden vastaavaa oikeutta kunnioittaen), myös hyödyn periaatteen vaatima yleinen onnellisuus lisääntyy parhaalla mahdollisella tavalla. Mill näyttää tosin sanoen uskovan Adam Smithin "näkymättömään käteen": kun jokainen tavoittelee omaa etuaan, myös yleinen etu maksimoituu, vaikka kukaan ei tietoisesti pyri siihen. Hän nimittäin sanoo aivan selvästi, ettei hän utilitaristina vaadi, että ihmisten pitäisi toiminnassaan pyrkiä yleisen edun edistämiseen:

"Etiikan tehtävänä on kertoa meille, mitkä meidän velvollisuutemme ovat tai millä testillä voimme tietää ne. Mutta mikään etiikan systeemi ei vaadi, että kaikkien tekojemme ainoana motiivina olisi oltava velvollisuudentunne. Päinvastoin, me teemme 99 % teoistamme muista motiiveista ja me toimimme oikein, ellei velvollisuuden sääntö tuomitse tekojamme." (U V, 548)

Millin vastaus näyttää siis olevan seuraava: On erotettava teon sisäinen *motiivi* ja teon moraalisen arvon ulkoinen *kriteeri*. Niin kauan kuin tekomme tyydyttävät moraalisuuden kriteerin, on aivan samantekevää, mistä motiivista ne on tehty. On kuitenkin kokemukseen perustuva tosiasia, että kaikki ne teot, jotka herättävät puolueettomassa tarkkailijassa moraalisen hyväksymisen tunteen, lisäävät myös onnellisuutta maailmassa. Toisin sanoen, mitä enemmän yleistä onnellisuutta jokin teko lisää, sitä vahvemman moraalisen hyväksymisen tunteen se meissä herättää – olkoon sen motiivi mikä tahansa.

Utilitaristia eivät kiinnosta tekojen pohjimmaiset vaikuttimet, koska niitä ei voi mitenkään havaita. Hän keskittyy tekoihin ja niiden havaittavissa oleviin seurauksiin. Tekojen motiivit jäävät näin tekijän yksityisasioiksi! Jos ihminen tekee tekoja, jotka herättävät meissä moraalisen hyväksymisen tunteen, on erittäin todennäköistä, että ne edistävät yleistä onnellisuutta. Miksi meidän pitäisi välittää ihmisten motiiveista?

Sitä paitsi ainakin valtion ja lainsäätäjän kannalta katsottuna tilanne on se, että motiivit *pitää* jättää yksityisasioiksi. Valtiota ei kiinnosta, maksaako kansalainen veronsa mielellään vai hammasta purren. Sille riittää, että hän maksaa ne. Jos valtio yrittäisi palkita iloisesti veronsa maksavat kansalaiset 10 % veronalennuksella,

seurauksena olisivat ennen näkemättömät tekopyhyiden ja teeskentelyn markkinat.

Teon todellinen moraalinen arvo saattaa perustua teon motiiviin, mutta se on yhteiskunnallisten järjestelyjen tasolla (lainsäädännössä) pakko jättää yksityisasiaksi. Valtion on keskityttävä ulkoisiin tekoihin – jotka kyllä nekin ovat *pitkällä aikavälillä* erittäin hyviä indikaattoreita ihmisten sisäisistä motiiveista. Valtion kiinnostuksen tulee kohdistua niihin ulkoisiin tekoihin, jotka vaikuttavat muiden ihmisten hyvinvointiin ja elintärkeisiin intresseihin. Ja tällöin on tärkeämpää estää pahaa kuin edistää hyvää.

12.4 Hyvään pakottaminen?

Valtion yritykset *pakottaa* ihmisiä aktiivisesti edistämään toistensa onnellisuutta on tuomittu epäonnistumaan. Vain totalitaarinen valtio, jolla on tehokas hyvepoliisi, pystyisi tehokkaasti valvomaan, että hyvän tekemisen *täydellistä* velvollisuutta todella noudatetaan. Lisäksi jos hyvän tekeminen olisi täydellinen velvollisuus, jokainen ihminen voisi vaatia toiselta hyviä tekoja, ja valtion olisi tuettava hänen vaatimustaan. Voi vain kuvitella, mitä kaikkea siitä seuraisi. Yksi seuraus olisi varmasti se, että ihmisten vapaus vähenisi radikaalisti ja että *sen vuoksi* myös ihmisten onnellisuus vähenisi dramaattisesti.

Siksi yritykset pakottaa ihmisiä *hyvän tekemiseen* tuottavat enemmän pahaa kuin hyvää. Ja siksi ihmisten pakottaminen *pahanteosta pidättymiseen* on paljon järkevämpi ja realistisempi yhteiskunnallinen tavoite. Siihen valtio pyrkiikin rikoslain avulla – ja muiden milliläisen ”oikeudenmukaisuuden” sääntöjen avulla.

Oikeudenmukaisuuden toteutuminen merkitsee käytännössä sitä, että valtio turvaa ihmisten perusoikeudet. Ihmiset hyötyvät enemmän perusoikeuksien turvaamisesta kuin valtion yrityksestä pakottaa ihmiset tekemään toisilleen hyvää. Mutta heti oikeudenmukaisuuden toteutumisen mahdollistaman perustarpeiden tyydyttämisen jälkeen vapaus on tärkein ja eniten onnellisuutta tuottava asia ihmisille, sanoo Mill teoksessaan *Principles of Political Economy* (360). Kirjoituksessaan *Vapaudesta* hän ilmaisee saman ajatuksen hieman toisin:

”Ihmiskunta voittaa enemmän antamalla kunkin elää haluamallaan tavalla kuin pakottamalla jokaisen elämään niin kuin muut haluaisivat.” (OL luku I)

Näin ollen vapautta korostava liberalismi ja onnellisuuden määrää korostava utilitarismi eivät ole keskenään ristiriidassa, vaan päinvastoin hyöty, vapaus ja oikeudenmukaisuus kuuluvat kiinteästi yhteen. Näin ymmärrettynä Millin utilitarismin ensimmäinen käsky ei olekaan onnellisuuden määrän maksimointi vaan muille tuotetun vahingon määrän minimointi. Vaikka vahingon estäminen on *epäsuora* onnellisuuden tavoittelun keino, se on silti tehokkaampi kuin *suora* yritykseen lisätä yleistä onnellisuutta pakottamalla ihmiset hyvän tekoon.

12.5 Oikeudenmukainen verotus

Yleinen hyöty voidaan valtiossa maksimoida parhaiten (1) huolehtimalla oikeudenmukaisuuden toteutumisesta eli takaamalla ihmisten perusoikeudet ja turvallisuus; (2) antamalla ihmisten itse päättää muista asioistaan, koska vapaus maksimoi onnellisuuden tehokkaimmin sen jälkeen, kun perustarpeet on tyydytetty; ja (3) rajoittamalla kansalaisen vapautta vain vahinkoperiaatteen (*harm principle*) nojalla eli estämällä vain sellaiset teot, josta olisi vahinkoa muille ihmisille. (Vaikka kohta (3) ehkä seuraakin suoraan kohdista (1) ja (2), se kannattaa selvyyden vuoksi mainita vielä erikseen.)

Mitä tämä kolmen kohdan ohjelma merkitsee käytännössä? Ensinnäkin sitä, että turvallisuuspalvelujen ("oikeudenmukaisuuden") takaaminen on valtion kannalta ensisijaisen tärkeää. On kuitenkin vaikea sanoa tarkasti, missä kulkevat valtion oikeutetun toimivallan rajat (PPE 151). Sen sijaan on helppo sanoa yleisesti, että sen määrää hyödyn periaate. Millia ei vakuuta se utilitarismin kriitikkojen väite, että "Hyöty on epävarma standardi, jonka jokainen eri ihminen tulkitsee eri tavalla, eikä ... turvallisuutta ole muualla kuin muuttumattomissa, katoamattomissa ja erehtymättömissä *oikeudenmukaisuuden* käskyissä" (U V, 575). Tämä ei hänen mukaansa pidä paikkaansa, koska oikeudenmukaisuuskysymyksissä on yhtä paljon mielipide-eroja kuin yhteiskunnallisen hyödyn kysymyksissäkin (U V, 575).

Otetaan esimerkiksi verotuksen oikeudenmukaisuus. Millin mukaan on olemassa ainakin kolme eri näkemystä oikeudenmukaisesta verotuksesta, ja ne kaikki tuntuvat järkeviltä:

"Yhden mielipiteen mukaan maksujen valtiolle pitäisi olla suorassa suhteessa verovelvollisen rahavaroihin. Toisten mielestä oikeudenmukaisuus vaatii niin

sanotun progressiivisen verotuksen, jossa maksukykyisiltä otetaan korkeampi prosentti. [Kolmansien mielestä] varakkuus voitaisiin jättää kokonaan huomioimatta, jolloin kaikilta otettaisiin sama absoluuttinen rahasumma, kuten esimerkiksi joukkoruokailuun osallistuvat tai kerhon jäsenet maksavat kaikki saman hinnan samasta edusta siihen katsomatta, onko heillä varaa siihen.” (U V, 578.)

Ensimmäistä näkemystä, kaikille prosentuaalisesti yhtä suurta veroa (suhteellista verotusta), voitaisiin puolustaa sillä, että rikkaalla on enemmän maksukykyä kuin köyhällä, joten on oikeudenmukaista, että kukin maksaa ”kykyjensä mukaan”.

Toista näkemystä voitaisiin puolustaa sillä, että suhteellinen vero ei riitä oikeudenmukaisuuden takaamiseksi, koska kaikilla ihmisillä on samat perustarpeet, joiden tyydyttäminen maksaa saman verran. Ja koska vähätuloiselta menee näihin välttämättömiin menoihin suurempi prosentti tuloista kuin rikkaalta, on vain oikeudenmukaista soveltaa progressiivista verotusta eli ottaa suurempi prosentti rikkaiden tuloista kuin köyhien.

Kolmatta näkemystä voitaisiin taas puolustaa sillä, että koska valtio tuottaa kaikille samat turvallisuuspalvelut, kaikkien pitäisi maksaa niistä sama korvaus, tasasuuruinen henkivero. Jos kauppias ei määrää hintojaan asiakkaan maksukykyyn mukaan, niin miksi valtion pitäisi ottaa kansalaisen maksukyky huomioon hinnoitellessaan palvelujaan?

Millin mukaan ”näistä sekaannuksista ei ole muuta tietä ulos kuin utilitarismi” (U V, 578). Mill itse kannatti sitä Benthamin ehdotusta, jonka mukaan tuloveron tulee olla suhteellinen ja lisäksi perustoimeentuloon vaadittavan määrän tuloista on oltava kokonaan vapaa veroista. Tätä ratkaisua hän ei johtanut ikuisista ja muuttumattomista oikeudenmukaisuuden periaatteista vaan arkisista hyötylaskelmista.

12.6 Mitä Rawls sanoisi?

Jos kysymystä oikeudenmukaisesta verotuksesta lähestytään Rawlsin teorian näkökulmasta, ratkaisussa on tietysti ensin sovellettava vapausperiaatetta ja sen jälkeen eroperiaatetta. Vapausperiaate vaatii, että kaikille annetaan yhtä paljon ja mahdollisimman paljon vapautta tehdä mielestään arvokkaita asioita *omien*

tulojensa puitteissa. Se ei suinkaan vaadi, että jokaiselle annetaan rajaton vapaus tehdä itsessään arvokkaita asioita verovaroin tuettuna eli käytännössä muiden kustannuksella.

Eroperiaate vaatii puolestaan pitämään huolta kaikkein huonoimmassa asemassa olevista. Näin ollen se rajoittaa radikaalisti vapausperiaatetta. Ja tämä on Rawlsin mukaan aivan oikein. Mutta kuinka paljon se saa rajoittaa sitä? Tähän kysymykseen Rawlsin teoriasta ei löydy muuta vastausta kuin se, että kaikki yhtäläisen vapauden rajoitukset pitää oikeuttaa huonoimmassa asemassa olevien hyödyn avulla.

Oikeutettua on kaikki se, mikä hyödyttää huonoimmassa asemassa olevia. Eikö tässä yhtä yhteiskunnallista luokkaa (veron maksajia) käytetä välineenä toisen luokan (huonoimmassa asemassa olevien) hyvinvoinnin lisäämiseen?

Uusliberalistien mukaan näin tehdään, ja se on väärin. Meistä se on oikein, mutta ihmettelemme vain, kannattiko Rawlsin lähteä ristiretkelle utilitarismia vastaan, kun lopulta sortui itsekin samaan syntiin.

13 Oikeudenmukaisuuden paikka

Tässä varsin spekulatiivisessa luvussa yritetään von Wrightin ajatuksiin tukeutuen osoittaa, että jos oikeudenmukaisuus ymmärretään Millin esittämällä tavalla moraalien perustavaksi osaksi, Fullerin velvollisuusmoraaliksi, niin sille löytyy luonteva paikka moraalien ja oikeuden leikkauspisteessä, jossa sen rajapyykkeinä ovat H. L. A. Hartin viisi ihmisluontoa koskevaa faktaa.

13.1 Moraalisen hyvän johdannaisuus

Teoksensa *Hyvän muunnelmat* (2001, alkup. *Varieties of Goodness*, 1963) esipuheessa G. H. von Wright kertoo halunneensa antaa kirjalleen nimeksi *Prolegomena to Ethics*, mutta nimi oli jo varattu, koska brittiläinen hegeliläinen filosofi T. H. Green oli 1880-luvulla kirjoittanut sennimisen kirjan. Von Wright olisi voinut antaa teokselleen nimeksi myös *Prolegomena to Law*, koska sen sisältämien ajatusten avulla saadaan paljon selvyyttä myös oikeuden periaatekysymyksiin.

Von Wrightin kirjan ehkä omaperäisin ja kestävin ajatus on se, että *moraaliset arvot eivät ole perustavia*. Ne eivät edes kuulu kirjassa esiteltyjen ”hyvän viiden perusmuunnelman” joukkoon. Sen huomaa heti sisällysluettelo silmäillessään. Kirjassa nimeltä *Hyvän muunnelmat* ei ole lainkaan lukua nimeltä ”Moraalinen hyvä”. Ajatus hyvän johdannaisuudesta on muuten *ainoa* teoreettinen ajatus, jonka von Wright nostaa esiin suomennoksen esipuheessa, melkein 40 vuotta alkuperäisteoksen ilmestymisen jälkeen. Annetaan von Wrightin ensin itse kertoa, suomenkielisen laitoksen esipuheessa, mitä hyvän johdannaisuus (termi jota hän ei itse käytä) tarkoittaa:

”Hyvän muunnelmat muodostavat valtavan kokonaisuuden. Siihen sisältyvät keinojen tehokkuus suhteessa päämääriin (’hyvä veitsi’), suorituskyvyn paremmuus (’hyvä shakinpelaaja’), ruumiimme elinten kuntoisuus (’hyvät silmät’, ’hyvät keuhkot’), nautinnon mielihyvä (’maistuu hyvältä’), viihtyvyys (’hyvä olla’), mukavuus, onnellisuus, hyväntekeväisyys, hyveellisyys ja niin edespäin. Kuten huomaamme, monia näistä hyvyyden muunnelmista voidaan kutsua nimillä, jotka eivät ole sanan ’hyvä’ johdannaisia.” (HM 7.)

Silmiinpistävästi edellisestä luettelosta puuttuu *moraalisen hyvän* käsite. Tämä johtuu siitä, että käsitykseni mukaan *moraalinen hyvyys ei ole itsenäinen hyvyyden laji*

vaan / useampien, tapauskohtaisesti vaihtelevien lajien yhdistelmä. Siihen sisältyvät niin eudaimonistinen (onnellisuutta tähdentävä) aristoteelinen osatekijä kuin hedonistilutilitaristinen Bentham-Mill-tyylinen [kuin] velvollisuutta korostava deontologinen kantilainenkin aines. Näiden ainesten yhdistelmää ei voida *määritellä* yleispätevästi, mutta yksittäistapauksissa sitä voidaan kyllä *kuvata*. (HM 7-8; kurs. lis.)

13.2 Moraalisten arvojen ylivertaisuus

Ajatus hyvän johdannaisuudesta tuntuu radikaalilta, koska yleensä ajatellaan, että moraaliset arvot ovat kaikkein perustavimpia arvoja. Yksi tyypillinen ilmaus tälle ajatukselle on Richard M. Haren näkemys, että moraaliset periaatteet ovat *ylivertaisia* (overriding) siinä mielessä, että periaatteiden ristiriitatilanteessa moraaliset periaatteet *ohittavat* tai *ylittävät* (override) muut periaatteet. (Airaksinen selittää asiaa kirjassaan *Moraalifilosofia*, luku II, jakso 2.)

Vaikka Hare puhuukin moraalisten *periaatteiden* eikä moraalisten *arvojen* ylivertaisuudesta, askel moraaliperiaatteiden ylivertaisuudesta moraaliarvojen ylivertaisuuteen näyttää olevan niin lyhyt, että sen voi turvallisesti tehdä. Väite "moraaliarvot ovat ylivertaisia" tarkoittaa sitä, että arvojen konfliktitilanteessa eli tilanteessa, jossa kaikkia arvoja ei voida toteuttaa vaan ainakin yhtä arvoa on loukattava, pitäisi aina loukata jotain muuta kuin moraalista arvoa. "Arvon loukkaaminen" voi puolestaan lievimmillään tarkoittaa vain sitä, että arvolle luonteenomaista toteutumispyrkimystä ei tueta.

Von Wrightin ajatteluun ajatus moraaliarvojen ylivertaisuudesta tuntuu sopivan erittäin huonosti. Miten *johdannaiset* arvot voisivat olla *ylivertaisia*? Ehkä ne voivat. Mutta ennen kuin paljastuu, miten ylivertaisuus ja johdannaisuus voidaan sovittaa yhteen, on katsottava hieman tarkemmin von Wrightin näkemystä moraalisen hyvän luonteesta.

3 Moraalinen hyvä toisen tason arvona. Von Wrightin kirjan luvuissa II-IV käsitellyt hyvän lajit – välineellinen, tekninen, utilitaarinen, terveydellinen ja hedoninen – ovat hyvän perusmuodot. Koska ne ovat hyviä, on myös (melkein pä määritelmän mukaan) hyvä, että niitä on olemassa. Ja ilmeisesti on vielä niin, että mitä enemmän näitä perushyviä on olemassa, sitä parempi.

Von Wrightin perushyvien listasta voidaan olla montaa mieltä. Listan sisältö ei kuitenkaan ole lainkaan tärkeä. Tärkeää on vain se, että moraalinen hyvä ei esiinny siinä. Moraalinen hyvä on siinä mielessä toissijainen tai johdannainen arvo, että se rakentuu näiden ensisijaisten tai perustavien hyvien varaan – olkoot ne mitä tahansa. Ja kaiken lisäksi moraalinen hyvä kiinnittyy aivan eri asioihin kuin perushyvät: *moraalinen hyvä on teon ominaisuus, kun taas perushyvät ovat teon kohteina olevien olioiden ominaisuuksia.*

Vaikka moraalinen hyvä on toissijainen tai johdannainen arvo, olisi täysin väärin väittää, että se on *välinearvo*, joka tähtää *itseisarvoisten* hyvien toteutumiseen. Koska von Wright itse selvin sanoin hylkää koko itseisarvon käsitteen (HM 38), muidenkaan ei pidä omistaa hänelle ajatusta, että hyvän perusmuodot olisivat "itseisarvoja" ja että niiden varaan rakentuva moraalinen hyvä olisi "välinearvo".

Von Wright näyttää pitävän ajatusta moraalisen hyvän perustumisesta ei-moraalisiin perushyviin tärkeänä, koska se esiintyy alkuperäisessäkin kirjassa kolmessa kohdassa (HM 47-8, 196-7 ja 200). Ne ovat seuraavat:

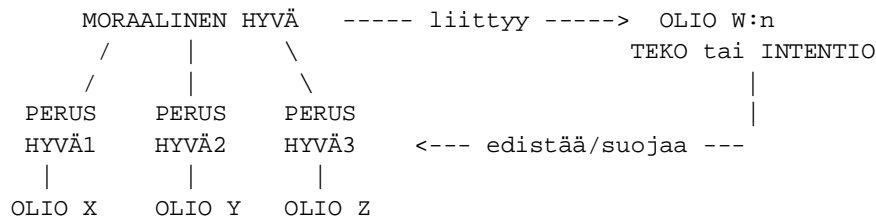
"Joidenkin filosofien mielestä ... moraalinen hyvä *ei* ole määriteltävissä, vaan se on *sui generis*, redusoitumaton hyvän muoto. Oma kantani on aivan päinvastainen. Aion myöhemmin ... määritellä sen 'hyväatekevän' [avulla]."
(HM 47-8.)

"Teon moraalinen hyvyys tai [pahuus] riippuu siitä, onko se luonteeltaan hyväatekevä vai haitallinen, toisin sanoen se riippuu siitä tavasta, miten se vaikuttaa eri olentojen hyvään." (HM 197.)

"Teko on moraalisesti hyvä, jos ja vain jos se tekee hyvää ainakin yhdelle olenolle eikä tee pahaa yhdellekään olenolle (haittaa yhtäkään olentoa)."
(HM 200.)

Von Wright sanoo selvästi, että moraalinen hyvä ei edes liity samanlaisiin objekteihin kuin perustavat hyvän lajit. Moraalinen hyvä on nimittäin "tekojen ja intentioiden attribuutti" (HM 48).

Von Wrightin ajatus siitä, että moraalinen hyvä (1) on ihmisen teon tai intention ominaisuus mutta (2) perustuu muiden olioiden primaarihyviin, voidaan ilmaista kuvan muodossa:



Moraaliset arvot ovat siis eri tasolla kuin muut arvot. Moraaliset arvot ovat *toisen tason* arvoja siinä mielessä, että ne rakentuvat ensimmäisen tason arvojen (perushyviin) varaan. Siksi voidaankin sanoa, että *moraalisesti hyvä teko on teko, joka edistää tai suojaa elollisten olentojen ei-moraalista hyvää*. Ja tämä edistettävä ei-moraalinen hyvä voi koostua eri tapauksissa erilaisista asioista.

Me saamme selville teon *moraalisen* arvon katsomalla, miten paljon tai vähän se edistää *muita* arvoja – elollisten olentojen onnellisuutta tai hyvää elämää. Moraalisen arvon havaitsemiseen ei siksi tarvita hienoa moraalista intuitiota, jollainen tarvitaan australialaisen cabernet'n erottamiseen chileläisestä. Moraalisen arvon havaitsemiseen riittää maalaisjärki ja vähäinen määrä tietoa elollisten olentojen hyvän elämän edellytyksistä.

Moraalisen hyvän toissijaisuus tarkoittaa myös sitä, että moraalista hyvästä voidaan puhua vasta muiden hyvän lajien punnitsemisen – ihmiselle lajityypillisen “harkinnan” – jälkeen. Eläinten toimintaan ei siksi voi liittyä moraalista arvoa. Susi ei tee väärin syödessään lampaista eikä HIV-virus tappaessaan ihmisiä, koska ne eivät pysty harkintaan ja valintaan.

Von Wrightin teorian näkökulmasta katsottuna myös nykyisin hyvin tavallinen puhe “eläinten moraalista arvosta” on harhaanjohtavaa, koska eläimet eivät kerta kaikkiaan ole sellaisia asioita, joihin moraalinen arvo voisi kiinnittyä. Se kiinnittyy von Wrightin mukaan vain ihmisten tekoihin ja intentioihin.

Moraalisen hyvän “toissijaisuus” tai “johdannaisuus” ei siis tarkoita missään nimessä sitä, että moraalinen hyvä olisi jotenkin mitätön asia, kuten joku voisi

hätäisesti päätellä termeistä "toissijainen" ja "johdannainen". Von Wrightin ajatuksen voi ilmaista abstraktimmin sanomalla, että moraalinen hyvä on toissijainen ainoastaan "ontologiselta" rakentumistavaltaan, mutta ensisijainen koetulta "fenomenologiselta" painoarvoltaan.

Näin erimielisyys von Wrightin ja Haren välillä häviää. Von Wrightin ajatus moraalisen arvon ontologisesta toissijaisuudesta ("johdannaisuudesta") sopii ehkä täysin yhteen moraalisen arvon fenomenologisen ensisijaisuuden ("ylivertaisuuden") kanssa. Emme lähde kehittämään tätä ajatusta, koska se veisi tämän esityksen pahasti sivuraiteelle.

13.4 "Oikeushyvä" ja "moraalihyvä"

Tähän mennessä on käynyt ilmi, että von Wright pitää moraalista arvoa toisen tason arvona, joka liittyy ensimmäisen tason arvoja edistäviin tai suojaaviin tekoihin ja intentioihin. Pitääkö sama paikkansa myös oikeudellisista arvoista? Soveltuuko von Wrightin moraalisen hyvän analyysi myös oikeudelliseen arvoon? Ratkaiseva kysymys on tämä: Onko oikeudellinen arvo on *toisen* tason arvo, joka liittyy tekoihin, jotka suojelevat joitakin perustavampia ei-oikeudellisia arvoja? Vai onko oikeudellinen arvo itse se *ensimmäisen* tason arvo, jota on suojeltava?

Oikeustieteessä on vakiintunut toisenlainen puhetapa. Siellä puhutaan useammin "oikeushyvästä" kuin "oikeudellisesta arvosta" (asiasta voi varmistua tekemällä nettihaun). Sanalla "oikeushyvä" ei kuitenkaan tarkoiteta – analogisesti von Wrightin "hyvän" analyysin kanssa – toisen tason arvoa, vaan aivan yksinkertaisesti ensimmäisen tason arvoa (tai oikeastaan sen kantajaa). Esimerkiksi Saksan Siviililakikirjan BGB § 823:n vahingonkorvaussäännös luettelee esimerkkejä suojaamistaan oikeushyvistä: elämä, ruumis, terveys, vapaus ja omistus:

" § 823 Schadensersatzpflicht. Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet."

Avain oikeudellisen ja moraalisen arvon suhteen ongelmaan kätkeytyy oikeushyvän käsitteeseen – ja sen laajennukseen. Jos omaksumme oikeustieteilijöiden puhettavan ja sovellamme sitä moraalin puolelle, voimme puhua oikeushyvien lisäksi ”moraalihyvistä”. Samalla tavalla kuin oikeushyviä ovat ne asiat, joita oikeusjärjestys suojelee, moraalihyviä ovat analogisesti ne asiat, joita moraalilla suojelee. Kun asia ilmaistaan näin, on helppo huomata, että moraalihyvien luokka ja oikeushyvien luokka menevät suurelta osin päällekkäin. Tämän näkee siitä, jos vertaa esimerkiksi Raamatun moraalisääntöjä ja Suomen rikoslakia. Molemmat normistot kieltävät tappamisen, varastamisen, petoksen ja monet muut asiat. Mutta on myös olemassa monia asioita, jotka kuuluvat vain toisen normiston piiriin. Suomen rikoslaki ei esimerkiksi puhu mitään polttouhrien oikeasta suorittamisesta, ja Raamattu puolestaan vaikenee täysin tieliikennerikoksista.

Ainoa vika uudistermissä ”moraalihyvä” on se, että se sekoittuu liian helposti ”moraalisen hyvän” käsitteen kanssa. Moraalihyvä ei nimittäin ole sama asia kuin moraalinen hyvä. Niiden paradoksaalisen suhteen voisi ilmaista sanomalla, että (von Wrightin analyysin mukaan) moraalinen hyvyys on moraalihyvää suojelevan teon tai intention eikä suojellun moraalihyvän ominaisuus. (Tämän väitteen sekavuuden vuoksi olisi parempi puhua moraalihyvistä ja moraalisesta arvosta.)

13.5 Oikeuspositivismin ja luonnonoikeuden näkökulmat

Oikeushyvän ja moraalihyvien käsitteiden avulla voidaan saada lisävalaistusta myös luonnonoikeuden ja positivismin hämärään kiistaan oikeuden ja moraalien suhteesta. Oikeushyvän ja moraalihyvän käsitteiden avulla ilmaistuna positivismin ja luonnonoikeusteorian kiista oikeuden ja moraalien suhteesta voidaan ilmaista seuraavasti:

Oikeuspositivistin mukaan oikeushyvän asema voidaan antaa mille tahansa intressille, ja juristin tehtävä on vain selvittää voimassa olevan oikeuden oikeushyvien listaa eikä esittää kannanottoja sen ”hyvyydestä” tai ”huonoudesta”. Luonnonoikeusteoreetikon mukaan oikeushyvän asema voidaan antaa vain niille intresseille, jotka ovat samalla myös moraalihyviä. Juristin tehtävä on arvioida, miten hyvin voimassa olevan oikeuden oikeushyvien lista vastaa tätä luonnollisten moraalihyvien listaa. Oikeuspositivismin ja luonnonoikeusteorian kompromissia puolustava konstruktivistit taas ehdottaa, että oikeushyvän asema voitaisiin periaatteessa antaa mille tahansa intresseille, mutta missä tahansa elinkelpoisessa

yhteisössä oikeushyvien ja moraalihyvien listojen on välttämättä sisällettävä tiettyjä samoja asioita. Teesien muodossa ilmaistuna positivismiin, luonnonoikeuden ja niiden kompromissin, paremman puutteessa "konstruktivismiksi" kutsutun opin, näkemykset oikeus- ja moraalihyvistä ovat seuraavat:

Luonnonoikeus: Oikeushyvien lista on kiinteä ja yleispätevä. Kaikki oikeushyvät ovat välttämättä samalla myös moraalihyviä.

Positivismi: Oikeushyvien lista on täysin mielivaltainen. Oikeushyvät voivat olla moraalihyviä, mutta niiden ei tarvitse olla. Kaikki riippuu lainsäätäjän tahdosta.

Konstruktivismi: Oikeushyvien lista vaihtelee hieman yhteisöstä toiseen, mutta kaikissa elinkelpoisissa yhteisöissä sillä on oltava sama kiinteä ydin. Siksi osan oikeushyvistä on välttämättä oltava moraalihyviä, mutta ei kaikkien.

Näitä kolmea näkemystä on mahdotonta esittää staattisen kuvan muodossa. Koska emme osaa tehdä dynaamista mallia, joudumme pyytämään, että kuvittelette joukko-opista tutun suorakaiteen, jonka sisällä on kaksi ympyrää, O ja M. Suorakaide sisältää kaikki mahdolliset suojakohteet, O sisältää oikeushyvät ja M sisältää moraalihyvät.

Luonnonoikeusteorian mallissa on liikkumaton ja kiinteä M-ympyrä, jonka sisällä liikkuu ja pullistelee irtonainen O-ympyrä. Huonoimmillaankin O-ympyrä kattaa aina suuren osan M:stä. Parhaimmillaan O täyttää koko M:n. Mutta O ei voi milloinkaan ulottua M:n ulkopuolelle.

Positivismiin mallissa sekä O että M muuttavat kokoaan ja asemaansa loogisten mahdollisuuksien suorakulmiossa. Joskus ne eivät kosketa toisiaan lainkaan, joskus ne leikkaavat toisiaan, joskus toinen sisältää toisen, ja joskus ne saattavat yhtyä täysin. Kaikki mahdollisuudet ovat avoimia ja etukäteen ajatellen yhtä todennäköisiä.

Konstruktivismiin mallissa O ja M liikkuvat jonkin verran ja leikkaavat koko ajan toisiaan jonkin verran, joskus enemmän, joskus vähemmän. Mutta irti toisistaan ne eivät pääse, koska niiden leikkaukseen sisältyy aina välttämättä kolmas liikkumaton ympyrä H5. Nimensä se on saanut Hartin viidestä faktasta, jotka takaavat minimisisällön positiiviselle laille.

On selvää, että tässä hahmotellut kolme oppia ovat vain ideaalityyppejä. Monet itseään positivistiksi kutsuvat teoretikot, esimerkiksi H. L. A. Hart, ovat tämän luokittelun mukaan konstruktivisteja. Hartin "viisi faktaa joilla on moraalista merkitystä" estävät hänen luokittelemisena positivistiksi.

13.6 Oikeudenmukaisuuden paikka

Tähän mennessä sanottu voidaan tiivistää seuraavasti. Jos lähdetään liikkeelle "oikeudellisen arvon" käsitteestä, ollaan välittömästi tekemisissä "oikeushyvän" eli "oikeudellisesti suojatun intressin" käsitteen kanssa. Ja koska oikeusnormien lisäksi on olemassa moraalinormeja, on aivan järkevää puhua myös "moraalisesti suojatusta intressistä" eli "moraalihyvästä". (On syytä muistaa, että "moraalihyvä" on eri käsite kuin "moraalinen hyvä". *Moraalihyvä itse ei ole moraalisesti hyvä.* Moraalisesti hyvä voi olla vain moraalihyvän suojelija: teko, intentio, normi, instituutio tms. Tämä on von Wrightin arvoteoreettisen näkemyksen ydin ilmaistuna "moraalihyvän" kielellä.)

Kuvasta puuttuu vielä yksi olennainen asia: jonkinlainen kriteeri, jolla ratkaistaan, kuuluuko jokin hyvä asia tai suojeltava intressi (1) oikeushyvien O-ympyrän vai (2) moraalihyvien M-ympyrän vai ehkä (3) niiden leikkauksen eli H5-ympyrän alaan. Tällainen kriteeri on onneksi olemassa, joten sitä ei tarvitse ryhtyä keksimään uudestaan.

Kuten edellä näimme John Stuart Mill erottaa moraalissa kaksi osaa, hyvän tekemisen (beneficence) ja oikeudenmukaisuuden (justice). Tämä ero vastaa täsmälleen perinteisten oikeusfilosofien eroa *täydellisten ja epätäydellisten* velvollisuuksien välillä ja Fullerin eroa velvollisuusmoraalin ja täydellisyysmoraalin välillä.

Mutta miten tämä Millin tekemä ero kahden moraalialueen, hyvän tekemisen ja oikeudenmukaisuuden (tai epätäydellisten ja täydellisten velvollisuuksien) välillä voi auttaa oikeuden ja moraalien suhteen rajanvedossa? Vastaus on ilmeinen. Mill on kaikesta päätellen konstruktivisti, jonka mukaan oikeuden ja moraalien alat välttämättä leikkaavat toisiaan. Ympyröiden O ja M (välttämätöntä) leikkausalue, joka sisältää H5:n, Mill kutsuu nimellä "oikeudenmukaisuus". Leikkausalueeseen kuulumatonta M:n aluetta hän kutsuu "hyvän tekemiseksi".

Näiden lisäksi on kolmaskin alue, jolle Mill ei anna nimeä, mutta johon kuuluvia normeja hän luonnehtii "maksimeiksi jotka osoittavat vain parhaan tavan hoitaa joitakin asioita" (U 5, 579). Tällaisia voisivat olla liikennesäännöt ja monet muut säännöt, jotka voisivat olla toisinkin.

Näin ollen moraalin ja oikeuden alueella voidaan erottaa kolmentyyppisiä asioita, jotka saavat normatiivista suojaa.

Puhtaat moraalihyvät. Pelkästään moraalin alueelle kuuluvat asiat ("hyvän tekeminen")

Sekahyvät. Sekä moraalin että oikeuden alueelle kuuluvat asiat ("oikeudenmukaisuus")

Puhtaat oikeushyvät. Pelkästään oikeuden alueelle kuuluvat asiat ("asioiden järkevä hoito")

13.7 Ohjeita lainsäätäjälle

Alue (1) sisältää ne moraalihyvät, joiden suojaaminen on järkevää pitää oikeuden ulkopuolella jo siitä syystä, että hyvän tekemiseen pakottaminen on kontraproduktiivista. Erilaiset perfektionistit ovat yrittäneet sitä – ja aina yhtä huonoin tuloksin. Yksittäiset ihmiset saavat toki kilvoitella kohti moraalista täydellisyyttä itsekseen tai yhdessä samanmielisten kanssa. Mutta muita heillä ei ole oikeus vaatia väkisin mukaan omiin seuroihinsa. Ja jos he yrittävät sitä, ollaan jo seuraavalla alueella.

Mitä asioita puhtaiden moraalihyvien alueelle (täydellisyysmoraaliin) kuuluu, vaihtelee ilmeisesti ajasta ja yhteisöstä toiseen, mutta luultavaa on, ettei moraalihyvien luokka ole missään yhteisössä täysin tyhjä. Tätä aluetta suojaavat normit ovat tyypillisesti pelkkiä suosituksia. Ja usein on niin, että mitä epäkäytännöllisempiä suositukset ovat, sitä enemmän niitä ihailaan. "Käännä toinenkin poski pahantekijälle" on yksi tällainen normi, jonka varaan yhteiskuntaa ei voi rakentaa. Sen mainitseminen on silti hyvä tunnelman nostattamisen keino hartaus- ja juhlapuheissa.

Kaiken lisäksi perfektionismia edistävää lakitekstiä on äärimmäisen vaikea kirjoittaa. Syy on yksinkertaisesti se, että esimerkiksi tapon tunnusmerkistön määrittäminen on lastenleikkiä verrattuna Nobelin rauhanpalkinnon arvoisen toiminnan tunnusmerkistön laadintaan – ainakin ilman norjalaisapua.

Alue (2) eli sekahyvien joukko sisältää kaikkein tärkeimmät oikeus- ja moraalihyvät. Ne ansaitsevat tuplasuojan, ja siksi ne kannattaa suojata sekä moraalin pehmein että oikeuden kovin keinoin. Joka tapauksessa niitä suojataan normein, jotka on luontevampaa ilmaista pahan tekemisen kielloin kuin hyvän tekemisen käskyin. Perinteiset moraalissäännöt, esimerkiksi juutalaisten 10 käskyä, keskittyvät normeillaan pikemmin vahingon estämiseen kuin hyveeseen pakottamiseen. Ja nykyisinkin on järkevämpää kohdistaa poliisin rajalliset resurssit karkean pahanteon torjuntaan kuin velvollisuuden ylittävän hyveen tarmokkaaseen edistämiseen.

Tällä alueella lainsäätäjä usein vain kirjaa muistiin vallitsevaa valistunutta käytäntöä. Ei edes Mooses keksinyt tappamisen ja varastamisen kieltoja. Eikä edes lähimmäisen nautakarjan tai puolison himoitsemisen kieltoa. Nämä säännöt olivat jo olemassa moraaliksi kutsutussa yhteisöllisessä käytännössä. Koska niitä ei noudatettu riittävän tarkasti, niille pyrittiin saamaan lisää velvoittavuutta. Koska pelkkä moraalinen paheksunta ei riitä öykkäreitä vastaan, kutsuttiin Jahve apuun. Vastaavasti nykyisin kansalaisille pitää turvata mahdollisuus pyytää poliisia avuksi, jos naapurien paheksunta ei riitä pitämään häiriköitä ruodussa.

Alue (3) sisältää ehkä kaikkein vaikeimmin nähtävissä olevat oikeushyvät. Koska ne eivät ole samalla moraalihyviä, ne eivät yleensä herätä suuria tunteita – ainakin niin kauan kuin asiat menevät suhteellisen hyvin. Näiden puhtaiden oikeushyvien suojelemisesta koituva hyöty ei ole yhtä ilmeistä kuin esimerkiksi sekahyviä suojelevasta rikoslaista saatava hyöty. Silti näitä oikeushyviä suojaavat normit eivät ole hyödyttömiä; niistä koituva hyöty vain on niin epäsuoraa ja niin montaa pientä puroa pitkin virtaavaa, ettei sitä heti huomaa.

Usein tällä alueella tilanne on se, että yksittäistapauksessa oikeushyvää turvaavan säännön hyödyllisyyttä ei voi luotettavasti arvioida. Se kuitenkin tiedetään, että jokin yhtenäinen ja yleisesti tunnettu proseduurin kannattaa omaksua, koska ilman sitä asioiden järkevä hoitaminen olisi mahdotonta. Tämä pätee niin liike-elämästä

kuin julkishallinnostakin. Siksi voidaan sanoa, että tällä alueella toimivat sekä yksityisoikeudellinen että hallinto-oikeudellinen paradigma.

Tämän alueen oikeushyvien suojelun sääntelyssä on usein hyvin monia mahdollisuuksia, joista mikään ei ole muita parempi. Koska asiat pitää kuitenkin hoitaa järjestyneesti ja ennustettavasti (samalla tavalla, oikeudenmukaisesti), voidaan valita mikä tahansa mahdollisista normeista.

Tästä seuraa vaikeus: jonkin asian sääntelemättä jättäminen voi aiheuttaa vakavaa haittaa, mutta hyötyargumentein ei pystytä valitsemaan "parasta" sääntelymallia. Silti niillä voidaan osoittaa, että *jokin* malli on omaksuttava.

OSA IV SOPIMUKSISTA JA TULKINNASTA

14 Sopimusoikeuden ongelmia

14.1 Von Wrightin *lupaamisen* käsitteen analyysi

Sopimusoikeuden filosofian ensimmäinen (vaikkei ehkä syvällisin) kysymys on *sopimuksen* käsitteen määrittely. Koska sopimukset ovat lupauksia, on aloitettava *lupaamisen* käsitteen analyysillä. Erinomainen lähtökohta on G. H. von Wrightin artikkeli "On Promises", joka ilmestyi 1962 *Theoria*ssa. Sen suomenkielinen versio "Lupaamisesta" löytyy 1970-luvulla julkaistusta kirjasta Nyberg (toim): *Ajatus ja analyysi*. Kaikki viittaukset ovat siihen.

"Lupaukset kuuluvat samaan kategoriaan kuin *sopimukset*" (VW 190). (Monien mielestä sopimukset *ovat* lupauksia – sellaisia lupauksia, joiden täytäntöönpanoon valtio tai muu auktoriteetti on sitoutunut.) "[Lupaamisen] tekoa ei voi suorittaa yksin. Se vaatii kaksi osapuolta: lupauksen antajan ja lupauksen saajan." (VW 190) Sama pätee itsestään selvästi sopimuksistakin.

"Sitä asiaa, joka luvataan, kutsun lupauksen *kohteeksi*. Lupauksen kohteena on yksi tai useampi lupauksen antajan tulevaisuudessa suorittama teko[.] Lupaukset kohdistuvat välttämättä tulevaisuuteen." (VW 191-2) Sama pätee sopimuksistakin.

"Suorittaessaan lupausaktin lupauksen antaja luo itselleen [velvoitteen]* lupauksen saajaa kohtaan. ... Kun X:llä on [tällainen velvoite] Y:tä kohtaan, niin Y:llä voidaan sanoa olevan oikeus X:ää kohtaan." (VW 192) Sama pätee sopimuksistakin.

* Jostain syystä von Wright ei erota *velvoitteen* ja *velvollisuuden* (englanniksi *obligation & duty*) käsitteitä. Niiden ero on siinä, että ihminen omaksuu itse velvoitteet, kun taas velvollisuudet tulevat ulkopuolelta: hänellä aina jo on tiettyjä velvollisuuksia (sekä moraalisia että juridisia) – halusi hän sitä tai ei. Hän tulee hieman myöhemmin hyvin lähelle tämän eron tekemistä sanoessaan: "[Velvoite, jonka lupaaaja omaksuu luvatessaan,] ei ole *yleinen* velvollisuus pitää lupaukset. Tämä ei ole sellainen velvollisuus, jonka alaiseksi ihminen voi joutua tai josta hän voi vapautua. Hän on tavallaan aina tämän velvollisuuden sitoma." (VW 203)

Sama pätee tiettyyn pisteeseen asti sopimuksistakin. Meillä on yleinen *velvollisuus* pitää sopimuksemme (lupauksemme), mutta olemme vapaita päättämään, mitä sopimuksia (lupauksia) teemme eli mitä *velvoitteita* omaksumme.

Sopimusoikeudessa puhutaan *sopimusvapaudesta*. Sillä on kaksi ulottuvuutta, joista englannissa käytetään nimityksiä "freedom to contract" ja "freedom from contract". Edellinen sisältää vapauden päättää sopimuksen kohteesta (sisällöstä), jälkimmäinen vapauden päättää, tekeekö sopimuksen vai ei (ja kenen kanssa sen tekee).

"Lupauksen kohteen täytyy olla sellainen, josta lupauksen saaja on *kiinnostunut*, josta hänelle on *etua*, joka on hänelle *tärkeä* tai *hyvä*, jota hän *tahtoo* tai joka on hänelle *mieluisa*" (VW 195). Tästä syystä lupaukselta näyttävä ilmaus "Ellet maksa velkaasi kuun loppuun mennessä, lupaan tehdä elämästäsi helvetin!" ei ole lupaus, vaan uhkaus.

Miksi lupaukset ja sopimukset pitäisi sitten pitää? Tähän perustavaan kysymykseen on olemassa kahdentyypisiä vastauksia: toinen korostaa lupauksen ja sopimuksen itseisarvoa; toinen taas niistä (ihannetapauksessa molemmille) koituvaa hyötyä. Näitä voisi kutsua kantilaiseksi ja utilitaristiseksi perusteluksi. Törmäämme näiden kahden näkemyksen eri muunnelmiin monta kertaa jatkossa.

Von Wright omaksuu selkeän utilitaristisen kannan:

"Koska lupauksen antaminen ja vastaanottaminen on ihmisille hyvä asia, heistä on tärkeää *saada toiset pitämään* sanansa. ... Sitä etua, joka koituu ihmisille siitä, että he saavat toiset pitämään sanansa, kutsun lupauksen täyttämistä koskevan velvollisuuden *perustaksi*." (VW 210)

Kantilaiset eivät hyväksy tällaista perustelua. He puhuvat mielellään sopimuksen pyhyydestä (*sanctity of contract*), osapuolten autonomian kunnioittamisesta tms. Jatkossa tutustumme tarkemmin yhteen sellaiseen teoriaan, Charles Friedin teoriaan sopimuksesta lupauksena (*contract as promise*). Sitä ennen katsomme vielä kysymyksiä sopimuksen olemuksesta (määritelmästä) ja sopimusten olemassaolon maanläheisemmästä perustelusta.

14.2 Sopimuksen määritelmä

Sopimusta on erittäin vaikea määritellä vedenpitävästi. Ensimmäinen vaikeus on siinä, että arkikielen sana "sopimus" voi tarkoittaa joko faktista yksimielisyyttä / yhteisymmärrystä (agreement) tai oikeudellisesti sitovaa sopimusta (contract).

Von Wrightin artikkelin suomentaja törmäsi tähän vaikeuteen. Alkuperäisessä artikkelissa sanottiin: "Promises belong to the same category as *agreements and contracts*". Suomalaisesta versiosta oli pakko pudottaa pois "agreements": "Lupaukset kuuluvat samaan kategoriaan kuin *sopimukset*" (VW 190). "Yhteisymmärrykset" olisi ollut hyvin omituinen käännös.

Vaikka sovittaisiin siitä, että "sopimus" tarkoittaa vain *oikeudellisesti sitovaa* sopimusta, vaikeudet jatkuvat. Sanaa "sopimus" voi amerikkalaisen Arthur L. Corbinin mukaan käyttää kolmella tavalla, joista jokainen on "oikea": se voi tarkoittaa (i) sopimusasiakirjaa, (ii) sopijapuolten tosiasiallista yhteisymmärrystä (sosiaalipsykologista tosiasiaa) tai (iii) oikeudellisesti sitovaa yhteisymmärrystä. Jokainen niistä on "oikea" sopimus (*Corbin on Contracts*, 1952, p. 4).

Sopimus on siis Wittgensteinin "perheyhtäläisyyskäsite", jolle ei voi antaa tarkkaa määritelmää riittävien ja välttämättömien ehtojen avulla.

Roomalaisessa oikeudessa ei ollut edes sopimuksen yleiskäsitettä; oli vain sen erityistapaukset: *mutuum*, *commodatum*, *depositum*, *pignus* ja *contractus*. *Mutuum* on elintarvikkeiden lainaamisen, *commodatum* työkalun tai muun esineen lainaamisen, *depositum* esineen säilytykseen antamisen, *pignus* esineen panttaamisen sopimus, ja *contractus litteris* oli sopimuksen / yhteisymmärryksen kirjoitettu versio. "Contractus" vakiintui vasta myöhemmin näiden kattokäsitteeksi.

"Sopimuksesta" puhuttaessa on syytä erottaa sanan tavanomainen ja oikeudellinen merkitys. Tavanomainen sopimus (eli lupaus) velvoittaa vain moraalisesti, oikeudellisesti pätevä sopimus velvoittaa myös oikeudellisesti.

Sopimus on epäilemättä eräänlainen lupaus, mutta lupauksen ja sopimuksen välillä on se ero, että lupaus velvoittaa yksipuolisesti, sopimus kaksipuolisesti. (Velvoite voi syntyä paitsi sopimuksesta (*ex contractu*) myös vahingonteosta (*ex delicto*), josta tekijä joutuu korvausvelvolliseksi.)

Mitään sopimuksen platonista ideaa on turha etsiä. Mutta sopimuksen prototyyppiä (Rosch) kannattaa etsiä. Prototyyppi on tyypillinen tapaus, jonka avulla ymmärretään epätyypillisiä. Ks.:

<http://www.staff.city.ac.uk/~sc318/PDF%20files/Concepts%20as%20prototypes%202006.pdf>

Thomas Hobbesin *Leviathanista* löytyy hieno "prototyyppinen" määritelmä:

Sopimus on molemminpuolinen oikeuksien vaihto. ("The mutual transferring of right is that which men call contract" (Leviathan xiv).).

Sopimuksessa on todella aina kysymys *oikeuksien vastavuoroisesta luovuttamisesta*. Rautakaupassa kauppiaan omistama tavara vaihtuu ostajan omistamaan rahaan. Kyseessä on todellakin "oikeuksien vastavuoroinen luovutus", koska kauppias siirtää omistusoikeutensa vasaraan ostajalle sillä ehdolla, että ostaja samanaikaisesti siirtää omistusoikeutensa kahdenkymmenen euron seteliinsä kauppiaalle. Myös bussilipun osto on sopimus, vaikka siinä myydäänkin kuljetuspalvelus eikä tavaraa ja vaikka oston välineenä ei olisikaan raha vaan seutulippu.

Hobbesin määritelmän ongelma on toki se, että se edellyttää *oikeuden* käsitteen. Oikeuden (right) prototyyppi on taas omistusoikeus esineeseen. Muut oikeudet (rights) ovat sen muunnelmia. Mutta mikään ei yleensä estä muiden kuin "luovuttamattomien" perusoikeuksien siirtoa.

Lyhyesti sanottuna: sopimusoikeus on oikeuksiensiiro-oikeutta. Sopimusoikeus edellyttää siis siirrettävät oikeudet (yleensä omistusoikeudet). Siksi voidaan sanoa: *contract law presupposes property law*. (Väite on mahdollista kääntää juristisuomeksi, mutta tulos on niin vaikeaselkoinen, että se kannattaa jättää väliin.)

14.3 Miksi sopimuksia tehdään?

Väliotsikon kysymystä ei yleensä esitetä sopimusoikeudessa. Vastaus on ilmeinen: sopimukset mahdollistavat ihmisten yhteistyön. Von Wright sanoo saman lupauksista: "Sangen usein lupauksiin sisältyy *palvelusten* vaihtoa. ... Joku pyytää toista auttamaan häntä tietyn tehtävän suorittamisessa. Toinen suostuu, mutta vain sillä ehdolla, että edellinen lupaa suorittaa jossain muussa tilanteessa vastapalveluksen." (VW 196)

Jo Platon oli huomannut, että sopimukset mahdollistavat yhteistyön, ja yhteistyö mahdollistaa ihmisten elämän (erityisesti hyvän elämän):

"[V]altion syntyminen johtuu käsittääkseni siitä, että meistä kukaan ei tule toimeen omin voimin, vaan jokainen on monenlaisten asioiden tarpeessa. ... Kun meillä on monenlaisia tarpeita, niin yksi kutsuu lähelleen yhden jotakin tarkoitusta varten, toinen taas jonkun toisen jotakin muuta varten, ja näin samoille asuinsijoille kertyy paljon väkeä yrittämään yhdessä, toisiaan auttaen. Tällaiselle yhteisasutukselle olemme antaneet nimeksi 'valtio' ... Kun ihmiset antavat toisilleen ja saavat toisiltaan ... he harjoit[tavat] tätä vaihtoa siksi että pitävät sitä edullisena[.] ... [Valtion] perustajina ovat kaikesta päättäen siis meidän tarpeemme. ... Mutta ensimmäinen ja tärkein tarve on ravinnon hankkiminen, sillä koko olemassaolomme ja elämämme on sen varassa. ... Toisena on asunnon hankkiminen, kolmantena vaatetuksen ja muun sellaisen. ... [V]altio pystyy tuottamaan tämän kaiken ... siten, että yksi toimii maanviljelijänä, toinen rakentajana, kolmas kankurina. ... [Ihmisen on siis vaikeaa] huolehtia itse omista asioistaan ilman että hänen tarvitsee nähdä vaivaa yhteistoiminnassa muiden kanssa. ... [Me emme kuitenkaan] ole luonostamme ... läheskään samanlaisia. Meillä on erilaiset taipumukset, yksi sopii yhteen ja toinen toiseen tehtävään. ... [K]aikkea saadaan aikaan enemmän, parempaa ja helpommin, jos kukin tekee vain yhtä työtä, taipumustensa mukaan ja oikealla ajalla, vapaana muista töistä." (*Valtio*, 369b-370c)

Platonin kolmiluokkainen valtio on saman hienon idean ilmaus. Ihmiset ovat erilaisia; heillä on *jossain määrin* eri tarpeet ja eri kyvyt; on *kaikille* hyödyllistä, jos *kukin* erikoistuu siihen, missä hän on (suhteellisesti) paras. Tässä konkretisoituu *vaihdon* idea. Ja missä on vaihtoa, on sopimuksia.

On huomattava, ettei kaikkien sopimusten tarvitse olla paperille kirjoitettuja eikä välttämättä edes ääneen lausuttuja. Perinteisissä yhteisöissä työnjakoon liittyvä vaihto tapahtui vuosisatojen tai -tuhansien kuluessa vakiintuneita periaatteita noudattaen. Hieman liioitellen voisi sanoa, että suutarin esi-isä teki sopimuksen muiden ammattien harjoittajien esi-isien kanssa ja että jälkeläiset pitivät sopimuksen yllä toimimalla sen mukaisesti. Heidän ei tarvitse enää neuvotella kenkien ja vehnän vaihtosuhteesta, koska ikimuistoinen perinne määrää sen. (Keskiajalla perinteen

korvasivat kiltojen eli järjestäytyneiden ammattikuntien väliset sopimukset. Nykyiset yleissitovat työehtosopimuksetkin voi nähdä tässä valossa.)

Adam Smith todisti kirjassaan *Kansojen varallisuus*, että yhteistyöstä, erikoistumisesta ja vaihdosta hyötyvät kaikki. Työnjako ei hänen mielestään ole viisaan hallitsijan suunnittelun, vaan "sokean" historiallisen kehityksen tulos:

"Tämä työnjako, joka tuottaa niin monia etuja, ei ole alun perin seuraustamista sellaisen inhimillisestä viisaudesta, joka näkee ennakolta sen aiheuttaman yleisen varakkuuden. Se on välttämätön, vaikkakin hyvin hidas ja asteittainen seuraus tietystä ihmisluonnon taipumuksesta, joka ei tähtää mihinkään sellaiseen laajaan hyötyyn, nimittäin taipumuksesta vaihtaa tavaroita toisiin." (WN, I 2)

Esimerkiksi kaupungin ja maaseudun välinen työnjako on edullista molemmille (WN III 1). Itse asiassa vapaa, pakoton ja luonnollinen kauppa on *aina* hyödyllistä molemmille, vaikka ei aina yhtä hyödyllistä molemmille (WN IV 3). Smith keksi *absoluuttisen edun* (absolute advantage) periaatteen, jonka mukaan maan kannattaa erikoistua niiden tavaroiden tuottamiseen, jotka se pystyy tekemään halvemmalla kuin muut.

Kirjailija George Bernard Shaw esitti valaisevan esimerkin absoluuttisen edun periaatteesta:

"Mies kaataa puita paremmin kuin nainen. Nainen kutoo sukkaa paremmin kuin mies. Oletetaan, että mies kaataa kaksi puuta samassa ajassa kuin nainen yhden ja että nainen kutoo kahdet sukat samassa ajassa kuin mies yhden. Oletetaan vielä, että mieheltä kuluu tunti kahden puun kaatamiseen ja naiseltakin tunti kahden sukkaparin kutomiseen. Jos kumpikin tuottaa vain itseään varten, niin naisen halutessa puun poltettavaksi ja sukat jalkaansa hän tarvitsee tunnin kaataakseen puun ja puoli tuntia kutoakseen sukat – yhteensä puolitoista tuntia. Ja mies, jolla on samat tarpeet, käyttää puoli tuntia puun kaatoon ja tunnin sukien kutomiseen – hänkin yhteensä puolitoista tuntia. He molemmat tarvitsevat siis yhteensä kolmen tunnin työn hankkiakseen itselleen polttopuut ja sukat. Mutta he voivat säästää tunnin tekemällä työtä toisilleen. Mies voi kaataa kaksi puuta tunnissa ja nainen kutoa kahdet sukat tunnissa. Jos he tekevät niin ja vaihtavat tuotteita keskenään, molemmilla on samat

hyödykkeet kuin jos he olisivat kumpikin tehneet työtä vain itselleen. Ja he ovat kuluttaneet vain kaksi tuntia aikaa kolmen sijasta. Molemmat ovat ansainneet puoli tuntia vapaa-aikaa, eikä kumpikaan ole hankkinut sitä toisen kustannuksella. Nainen on työskennellyt tunnin miehen hyväksi ja mies tunnin naisen hyväksi." (*Our Lost Honesty*, GT 11.5.47)

David Ricardon esittämän, edellistä vahvemman *suhteellisen edun* periaatteen mukaan kahden maan (kaupungin, ihmisen jne.) kannattaa käydä kauppaa, vaikka toinen pystyisi tuottamaan kaikkia hyödykkeitä halvemmalla kuin toinen. Sen mukaan esimerkiksi Suomen kannattaa viedä paperia Espanjaan ja tuoda sieltä viiniä – vaikka espanjalaiset tekevät sekä paperia että viiniä halvemmalla kuin suomalaiset. Tämä periaate ylittää Trumpin ymmärryksen, vaikka sen voi todistaa yksinkertaisesti muuttamalla Shaw'n esimerkkiä siten, että nainen – tai mies – on parempi sekä halkojen hakkaamisessa että sukkiin kutomisessa. Trump on sikäli oikeassa, että mitä ylivoimaisempi toinen osapuoli on, sitä vähemmän se hyötyy yhteistyöstä – ja sitä todennäköisemmin katsoo karsaasti heikomman osapuolen yhteistyöstä saamaa suurempaa hyötyä.

Näin tulee samalla todistettua epäsuorasti myös sopimusten hyödyllisyys. Elleivät nainen ja mies pääse sopimukseen polttopuiden ja sukkiin vaihtosuhteesta, vaihtoa ei tapahdu ja molemmat tekevät tarpeetonta työtä – ei tarpeetonta siinä mielessä, etteivät he tarvitse työn tuloksia, vaan tarpeetonta siinä mielessä, että kieltäytyessään yhteistyöstä molemmat menettävät mahdollisuutensa levätä työteon sijasta.

Siksi voitaisiin sanoa hobbesilaisittain: *sopimusoikeus = tehokkaat oikeuksiensiirron säännöt*.

14.4 Friedin teoria sopimuksesta lupauksena

Charles Friedin kirja *Contract as Promise* (1981) oli ilmestyessään merkkitapaus. Tämä "tahtoteorian uusi mestari" (Anthony T. Kronmanin kirja-arviossaan käyttämä nimitys) elvytti siinä 1800-luvun ajatuskulttuuria. Mutta mitä tahtoteoria tarkoittaa sopimusoikeuden yhteydessä? Mika Hemmo selittää kirjassaan *Sopimusoikeus* (2005):

"Tahtoteorian perusajatus on, että sopimusvelvoitteen saavat aikaan tahto sitoutua ja tämän sitoutumistahdon ilmaus toiselle. Tahto on kuitenkin

ilmaisuun nähden primaari niin, että todellisesta tahdosta poikkeava ilmaus ei voi velvoittaa. Tämän opin vallitessa tahdonilmaisun antajalla on siten vapaa oikeus vetäytyä sitoumuksestaan, jos se on saanut erehdyksen, virhekirjoituksen tai muun sellaisen syyn vuoksi todellista tahtoa vastaamattoman sisällön.” (H 31.)

”Tahtopainotteisen sopimuskäsityksen ongelmana on se, että toinen osapuoli jää huomiotta. ... Luottamusteoria sen sijaan korottaa ratkaisevaksi kriteeriksi ilmaisuuden objektiivisesti havaittavaan asuun perustuvan käsityksen, jolloin huolellisesti toimivan sopimuskumppanin ei tarvitse epäillä, että ilmaisu voi olla sitomaton jostain hänelle tuntemattomasta syystä.” (H 32.)

Tahtoteorian ja luottamusteorian sijasta puhutaan – varsinkin sopimusten tulkinnan yhteydessä – subjektiivisesta ja objektiivisesta (tulkinta)teoriasta. Sopimustekstin subjektiivisen ja objektiivisen tulkinnan erossa on kyse siitä, *kenen* merkitystä ollaan etsimässä:

- *Subjektiivisen* tulkinnan mukaan sopimustekstin merkitys on se, mitä sopijapuolet tarkoittivat tehdessään sopimuksen. Jos kumpikin osapuoli tarkoitti eri asioita, vaikka molemmat luulivat tarkoittavansa samaa, niin sopimustekstillä puuttuu merkitys – eikä sopimusta syntynyt.
- *Objektiivisen* tulkinnan mukaan sopimustekstin merkitys on se, mikä sopimustekstillä näyttää olleen järkevän, asiantuntevan, sopimuksenteon kontekstin tuntevan ja puolueettoman tarkkailijan mielestä.

Fried on vanhan tahtoteorian ja subjektiivisen tulkinnan kannattaja. Hänen näkemyksensä voidaan tiivistää sanomalla, että sopimuksen ja sopimusteorian ydin on *lupausperiaate* (the promise principle), jonka mukaan ”ihmiset voivat omaksua velvoitteita, joita heillä ei ollut aiemmin” (“persons may impose on themselves obligations where none existed before”) (F 1). Tämä periaate on ”sopimusoikeuden moraalinen perusta” (“the moral basis of contract law”) (F 1).

Friediä elähdytti erityisesti Immanuel Kantin ajatus autonomisesta ihmisestä sellaisena moraalilain säätäjänä, joka on samalla itsekin säätämänsä lain alainen – ja juuri siksi ylevä ja kunnioituksen arvoinen. Friedin kantilainen perusasenne käy selvästi ilmi seuraavista lainauksista.

(1) "Velvoite pitää lupaus ei perustu hyötyargumentteihin vaan yksityisautonomian kunnioitukseen ja luottamukseen" (F 16).

(2) "[S]opimus täytyy pitää, koska lupaus täytyy pitää. ... [O]n moraalisesti väärin turvautua [lupaamisen] käytäntöön (convention) lupauksen tekemiseksi ja sitten rikkoa se" (F 17).

(3) "Yksilö on moraalisesti velvollinen (bound) pitämään lupauksensa, koska hän on tarkoituksellisesti vedonnut (invoked) konventioon, jonka tarkoituksena on antaa toiselle ihmiselle perusteita – moraalisia perusteita – odottaa, että luvattu suoritus tehdään" (F 16).

Lainauksessa (1) Fried torjuu esikuvansa tavoin yksiselitteisesti kaikki hyötytarkastelut. Lainauksessa (2) hän sanoo selkokielelle käännettynä, että lupauksen rikkoja on vapaamatkustaja, joka aikoo korjata hyödyn lupausinstituutiosta maksamatta siihen osallistumisen hintaa. (Näin suoran utilitaristista kieltä hän ei tietysti voinut käyttää, koska hän vastustaa hyötyperusteluita.) Lainauksessa (3) hän selittää hieman tarkemmin, mitä "lupaamisen konventioon osallistuminen" tarkoittaa. Kun ihminen lupaa jotain, hän synnyttää lupauksen saajassa *oikeutetun odotuksen* tai *luottamuksen* siihen, että hän myös tekee lupaamansa asian. Koska Friedin mukaan sopimus on lupaus, sama pätee sopimuksistakin – ja vielä vahvemmassa muodossa, koska valtio asettuu sopimuksen pitämisen takuumieheksi: sopimusrikkomuksen uhri voi, toisin kuin lupauksen rikkomisen uhri, haastaa rikkojan oikeuteen. (Tätä pientä mutta tärkeää eroa Fried ei valitettavasti korosta riittävästi.)

Velvoitteen omaksuminen (velvoittuminen) on Friedille *tahdon* akti, jolla ihminen ilmaisee omaa vapauttaan ja autonomisuuttaan. Siksi sillä on itseisarvo ja siksi sitä pitää kunnioittaa. Mutta miksi ihmeessä ihmiset ottaisivat vapaaehtoisesti "velvoitteita, joita heillä ei aiemmin ollut"? Friedin kantilainen selitys on se, että sopimus lisää lupaajan omaa vapautta:

"Jotta olisin mahdollisimman vapaa eli jotta tahdollani olisi mahdollisimman suuri laajuus (*range*), joka on yhteensopiva muiden ihmisten samanlaisen tahdon [laajuuden] kanssa, on oltava tapa, jolla voin velvoittaa itseni" (F 13).

Taustalla tässä on tietysti se (jälleen varsin epäkantilaiselta kuulostava) ajatus, että ihmisten yhteistyö edellyttää sopimuksia, jotka perustuvat periaatteeseen "Jos sinä autat minua, minä autan sinua". Roomalaisessa oikeudessa periaate "*do ut des*" eli "annan jotta antaisit" ilmaisi tämän ajatuksen. Fried ei korosta tätä ajatusta, koska hän kantilaisena haluaa puhua mieluummin puhua sopimuksesta ihmisen yleistyden, autonomian tai vapauden ilmauksena kuin yksilöllisen ja yhteiskunnallisen hyödyn tavoittelemisen välineenä.

Friedin tahtoteoria eroaa klassisesta (1800-luvun juristien Savignyn ja Windscheidin kehittämästä) tahtoteoriasta siinä, että Fried ei väittänyt, että *koko* sopimusoikeus seuraisi suoraan tahtoteoriasta tai että lupausperiaate olisi sopimusteorian *ainoa* periaate. Hän myöntää avoimesti, että sopimusoikeudessa on tahtoteorian vastaisiakin elementtejä, jotka keskittyvät *luottamuksen*, *hyödyn* ja *jakamisen* käsitteiden ympärille. Suuri osa Friedin kirjasta onkin omistettu sen osoittamiselle, miten nämä lupaukseen perustumattomat osat (*non-promissory elements*) voivat toimia sopimusoikeudessa syöksemättä kuitenkaan itse lupausperiaatetta valtaistuimelta (ks. Kronman 405).

Fried yrittää siis pelastaa tahtoteorian terveen ytimen omaksumatta 1800-luvun teoreetikkojen äärimmäisiä individualistisia näkemyksiä. Nuo muinaiset sopimusvapauden ritarit suhtautuivat kielteisesti sellaisiin nykyisiin itsestänselvyyksinä pidettyihin asioihin kuin kuluttajansuojaan tai työsuojeluun, koska ne loukkasivat pyhää sopimusvapauden periaatetta.

Vaikka Fried ei mene tällaisiin äärimmäisyyksiin, hänen lupausperiaatteensakin on individualismin ilmaus. Sopimusoikeudessa individualismi merkitsee sellaisten periaatteiden vastustamista, jotka ovat ilmeisen "kollektiivisia alkuperältään ja siksi helposti muunnettavissa kollektiivisiksi päämääriksi" (F 5). Tällaisia periaatteita ovat ennen muuta luottamus ja hyöty (reliance & benefit).

1900-luvun puoliväliin mennessä nuo periaatteet olivat melkein syrjäyttäneet perinteisen liberalistisen lupausperiaatteen, erityisesti kahden teoreetikon ansiosta. He olivat Grant Gilmore (USA) and Patrick Atiyah (UK). Karkeasti sanottuna Gilmore ja Atiyah puolustivat luottamusteoriaa, kun taas Fried nousi puolustamaan epäsuosioon joutunutta tahtoteoriaa, jolle hän antoi oman leimansa kutsumalla sitä "lupausteoriaksi".

Gilmoren kirjan *The Death of Contract* (1974) raflaava teesi on, että sopimusoikeus itsenäisenä oikeudenalana on (ansaitusti) häviämässä, koska sopimusoikeudellisen vastuun katsotaan – niin tuomioistuinten käytännössä kuin teoreetikkojen pohdinnoissa – perustuvan enemmän luottamukseen kuin lupaukseen. Näin sopimusoikeudesta tulee lopulta pelkkä vahingonkorvausoikeuden haara.

Kun niin on tapahtunut, tuomioistuimia ei enää kiinnosta, mitä osapuolet todella tarkoittivat sopimustekstillään. Alkuperäisen yhteisen intention etsinnän sijasta silloin tutkitaan vain, miten järkevä ulkopuolinen tarkkailija ymmärtäisi tilanteen. On siis siirrytty subjektiivisesta objektiiviseen tulkintaan.

Totuuden nimessä on sanottava, ettei Gilmore esittänyt ennustetta, vaan kuvauksen siitä, mitä oli jo tapahtunut. Wendell Oliver Holmes oli esittänyt jo 1800-luvun lopussa ankaraa kritiikkiä subjektiivista teoriaa vastaan kirjassaan *The Common Law* (1881). Sen teesi oli, että subjektiivinen ”tekijän näkökulma” on korvattava objektiivisellä ”puolueettoman tarkkailijan näkökulmalla” niin rikos-, vahingonkorvaus- kuin sopimusoikeudessakin.

Fried vastustaa tätä ”uutta” objektiivista suuntausta. Sopimusoikeudessa kiinnostuksen kohteena pitäisi hänen mukaansa edelleenkin olla osapuolten tosiasiallinen yhteinen tahto sopimuksen tekemisen hetkellä eikä jälkeinpäin rekonstruoitu ”rationaalisen ihmisen käsitys” siitä, millaisen sopimuksen rationaaliset toimijat tuossa tilanteessa olisivat laatineet. Tuomioistuimen ei subjektiivisen teorian kannattajien mukaan pidä kirjoittaa uutta sopimusta osapuolille, vaan ottaa selville, mitä he tarkoittivat sopimuksen solmiessaan.

Koko keskustelu palautuu lopulta kysymykseksi sopimusoikeudellisen velvoittavuuden perustasta. Sopimusoikeuden teorian perustavin kysymys on siksi ”Mihin sopimuksen velvoittavuus perustuu?”

Mahdollisia vastauksia on Friedin mukaan kolme: *luottamus*, *hyöty* ja *lupaus* (reliance, benefit, promise). Näistä luottamus ja hyöty ovat kollektiivisia, lupaus individualistinen. Ja lupaus on siksi hänen mielestään ainoa hyväksyttävä vastaus. Kronman (s. 408) selittää ja tiivistää ymmärrettävästi Friedin argumentin:

(1) *Luottamus* ei yksinään voi koskaan synnyttää sopimus- eikä muutakaan velvoitetta. Jotta se synnyttäisi, siihen pitäisi välttämättä liittyä lupaus. Voin

nauttia suunnattomasti naapurini puutarhan kukkaloistosta ja luottaa sen jatkuvuuteen, mutta naapurilla ei ole – ilman hänen itsensä antamaa lupausta – mitään *velvoitetta* pitää huolta puutarhastaan jatkossakin. (Hänellä on tosin *velvollisuus* estää puutarhansa muuttuminen tunkioksi.)

(2) *Hyöty* ilman lupausta ei myöskään synnytä velvoitetta. A:lle voisi olla hyötyä B:n teosta X. Silti A:lla ei (yleensä) ole oikeutta vaatia B:tä tekemään X:ää. Vain jos A on luvannut maksaa B:lle siitä hyödystä, joka A:lle koituu X:stä, on A:lla oikeus saada korvausta (ja B:llä velvoite maksaa), jos B ei tee X:ää.

(3) Entä *lupaus* ilman luottamusta ja hyötyä? Oletetaan, että A on luvannut naapurilleen B:lle, että B:n ollessa kesälomamatkalla A kastelee korvausta vastaan B:n puutarhaa säiden niin vaatiessa. Loppukeväästä käy ilmi, että myös A:n on lähdettävä työmatkalle heinäkuuksi ja ettei A siksi voi pitää kiinni sopimuksesta. Tekeekö A väärin, kun hän ilmoittaa hyvissä ajoin, ettei voi pitää sopimusta? B ei ole (sanan teknisessä merkityksessä) luottanut sopimukseen (ja kärsinyt siksi vahinkoa), eikä B ole vielä hyötynyt sopimuksesta senttiäkään.

Vaikka esimerkki ei ole Friedin, hänen olisi ilmeisesti pakko sanoa, että A tekee väärin sekä moraalisesti että juridisesti, koska sopimukset ja lupaukset on pidettävä.

Käytännössä Fried ei varmaankaan sanoisi näin, vaan alkaisi kiemurrellen selittää, ettei hän koskaan väittänytkaan, että lupausperiaate on sopimusoikeuden *ainoa* periaate. Kasteluesimerkissä lupaukseen perustumattomat periaatteet – hyöty ja luottamus – ohittavat lupausperiaatteen, vaikka yleisesti ottaen lupausperiaate antaakin sopimusoikeudelle sen luonteenomaisen ilmeen ja ryhdin.

Kronmanin mukaan Fried on väärässä. Pidämme lupauksen rikkojaa korvausvelvollisena vain niissä tapauksissa, joissa lupauksen saaja on luottanut lupaukseen ja sen vuoksi kärsinyt taloudellista tai muuta vahinkoa. Esimerkiksi jos A ei olisi kertonut B:lle työmatkastaan ja sen tuottamasta mahdottomuudesta kastella B:n puutarhaa, A olisi sekä moraalisesti että oikeudellisesti vastuussa vaikenemisellaan aiheuttamastaan B:n kukkatarhan tuhosta.

Kronman ihmettelee oikeutetusti, miten Fried voi toisaalta vastustaa kiivaasti luottamusperiaatetta (*reliance*) mutta toisaalta päästää luottamustarkastelut teoriansa ytimeen saman asian toisen nimen, "*trust*", suojassa (K 412). Fried näet perustelee

lupaamiskäytännön tai -instituution vetoamalla luottamukseen (*trust*). Friedille lupaamisen käytäntö on "väline, jonka vapaat moraaliset yksilöt ovat muokanneet keskinäisen luottamuksen (*mutual trust*) lähtökohdan varaan ja joka saa moraalisen voimansa tuosta lähtökohdasta" (F 17).

Kronman jatkaa iskemällä Friedin herkkään kantilaiseen kohtaan:

"Persoonan kunnioitus ei ole sama asia kuin sokea velvoittuminen lupauksen pitämiseen. On täysin mahdollista rakentaa Kantin persoonan kunnioittamisen yleistä periaatetta ilmaiseva luottamusperustainen lupauksen pitämisen velvoitteen teoria. ... Ei ole mitään syytä ajatella, että tiukka sääntö 'Älä koskaan riko lupauksiasi' edistäisi yksilön vapautta enemmän kuin löysempi sääntö 'Pidä lupauksesi vain jos lupauksen saaja on luottanut lupaukseesi'." (K 412-3)

Friedin teoria saattaa kuulostaa houkuttelevalta jo valmiiksi kantilaiseen etiikkaan sitoutuneen korvissa. Teorian heikkoudet ovat kuitenkin selvät ja kiistattomat:

(i) Fried ei erota (a) lupauksia ja sopimuksia eikä (b) moraalista ja oikeutta. Moraalifilosofiaa – olkoon se miten ylevää tahansa – ei pitäisi tuoda kritiikittömästi oikeusfilosofiaan, koska moraalit ja oikeus ovat eri asioita. Vaikka ne molemmat ovat normatiivisia järjestelmiä ja vaikka niillä on paljon yhteistä, niillä on kiistattomia eroja. Jos esimerkiksi yritetään oikeuden keinoin pakottaa ihmisiä olemaan moraalisia, seuraukset ovat huonot. Jonkin oikeudenalan yleisiä oppejakaan ei pitäisi rakentaa suoraan ylevänkään moraalifilosofian varaan. Se, mikä toimii individuaalisen moraalitason tasolla, ei välttämättä toimi oikeuden kollektiivisella tasolla. Ei Buddhan, Jeesuksen tai Gandhin ylevistä moraaliopeistakaan voi johtaa raadollisessa maailmassa toimivaa rikoslakia.

(ii) Käsitellessään sopimuksen pitämisen velvoitteen perusteita Fried nosti esiin kolmikokson *luottamus*, *hyöty* ja *lupaus*. Lupaus on aivan turha jäsen tässä triossa. Sopimusten perustelemiseen riittäisivät aivan hyvin luottamus ja hyöty.

(iii) Fried lupauksen perustaksi hyväksymä ja ylistämä "luottamus" (*trust*) muistuttaa huolestuttavasti hänen ankarasti kritisoimaansa "luottamuksen" (*reliance*) käsitettä. Niiden samuus paljastuu jo siitä, että suomessa molemmat pitää ilmaista sanalla "luottamus". On tietysti sallittua käyttää kahta arkikielessä

samaa tarkoittavaa sanaa teknisinä termeinä, joilla on eri tekninen merkitys. Esimerkiksi Frege erottaa kahdentyyppistä merkitystä, joita hän käyttää sanoja "Sinn" (sanan abstrakti käsitteellinen merkitys) ja "Bedeutung" (sanan konkreettinen viittauskohde). Fried ei edes näytä huomaavan, että paha "reliance" ja hyvä "trust" määritellään sankirjoissa samalla tavalla.

14.5 Testitapaus: *Raffles v. Wichelhaus*

Seuraavaksi katsomme, miten tahto- ja luottamusteorioiden abstraktit opit ilmenevät käytännössä. Friedin keskustelu 1800-luvun sopimusoikeuden klassikotapauksesta *Raffles v. Wichelhaus* on hyvin valaiseva. Tapauksen faktat ovat seuraavat. Wichelhaus oli sitoutunut ostamaan Rafflesilta lastin puuvilla, jonka oli sopimustekstin mukaan määrä tulla "Peerlessillä Bombaysta" ("ex Peerless from Bombay"). Kumpikaan heistä ei tiennyt, että Bombaysta oli tulossa kaksi Peerless-nimistä laivaa, joista vain toisen lastin Raffles omisti. Kun Rafflesin omistama lasti saapui joulukuussa lähteneellä Peerlessillä, Wichelhaus kieltäytyi ottamasta sitä vastaan ja väitti, ettei hän ollut alun perinkään halunnut tätä lastia vaan lokakuussa lähteneellä Peerlessillä tulleen puuvillaerän.

Raffles halusi nyt saada vahingonkorvausta Wichelhausilta sopimusrikkomuksesta. Tuomioistuimien päätöksinä päätettiin, ettei Wichelhaus ole korvausvelvollinen, koska mitään sopimusta ei ollut koskaan syntynyt. Perustelu oli se, että ostajan ja myyjän "mielet eivät olleet kohdanneet". Siksi Raffles ei ollut oikeutettu korvaukseen.

Mielten kohtaaminen (*meeting of the minds*) tai yksimielisyys sopimuksen kohteesta (*consensus ad idem*) on Englannin sopimusoikeudessa yksi sopimuksen pätevyyden edellytys. Koska Peerlessin tapauksessa ostaja ja myyjä olivat ajatelleet eri laivoja, heidän aikomuksensa eivät olleet identtiset eli heidän mielensä eivät kohdanneet. Koska yhteistä intentiota ei ollut, sitovaa sopimustakaan ei ollut syntynyt. Näin siis tuomioistuimien päätettiin.

Fried hyväksyy täysin tuomioistuimen ratkaisun. Hänen mukaansa jutussa ei ollut kyse riskin jaosta (kuten jotkut ovat väittäneet) vaan yhteisymmärryksen puuttumisesta: "Riskin ongelmista puhuminen on [*Raffles v. Wichelhausin* tapauksessa] kaukaa haettua. Kyse oli yksinkertaisesti siitä, että vaikka osapuolet näyttivät sopineen, he eivät tosiasiallisesti olleet sopineet. Ja se on [tämän tapauksen] ydin." (F 59)

Fried myöntää kuitenkin, että *Raffles v. Wichelhaus* on tapaus, "jota ei voi ratkaista yhteisymmärryksen (*agreement*) perusteella – eli sopimus lupauksena -periaatteen perusteella" (F 60). Juttua ei voi ratkaista yhteisen tahdon perusteella, koska mitään yhteistä tahtoa ei ole: yksi tarkoitti lokakuun Peerlessin lastia, toinen joulukuun Peerlessin lastia. Mitään mielten kohtaamista ei kerta kaikkiaan ollut tapahtunut.

Gilmore esittää kirjassaan *The Death of Contract* armotonta kritiikkiä *Peerlessin* tapauksen ratkaisua kohtaan. Hän pitää sitä esimerkkinä subjektiivisen tulkintateorian vararikosta. Hänen mielestään tapaus ratkaistiin väärin, tuomarit olivat typeriä, ja kanteen nostamisen todellista syytä – puuvillan markkinahinnan romahdusta – ei otettu huomioon tapausta ratkaistaessa. Ratkaisusta käy Gilmoren mukaan ilmi, että *Rafflesin* asianajaja Milward yritti turhaan saada tuomareita tajuamaan, että "sopimusehdon 'Peerlessillä saapuvan' kannalta oli yhdentekevää, kummalla *Peerlessillä* puuvilla tulisi, kunhan laivan nimi vain olisi *Peerless*" (DC 41).

A. W. Brian Simpson kertoo kirjassaan *Leading Cases in the Common Law*, että *Rafflesin* ja *Wichelhausin* sopimuksen solmimisen jälkeen puuvillan hinta oli yllättäen romahtanut, koska New Orleansin satamasta voitiin taas USA:n sisällissodan loputtua viedä puuvillaa maailmalle. *Wichelhaus* oli ymmärrettävästi haluton ostamaan kallista intialaista puuvillaa, kun halvempaa amerikkalaistakin oli saatavilla. Hänen onnekseen Bombaysta sattui olemaan tulossa kaksi *Peerless*-nimistä laivaa, joista vain toisen lastin *Raffles* omisti. *Wichelhaus* pystyi siksi (lähes) uskottavasti väittämään, ettei hän ollut alun perinkään halunnut joulukuun *Peerlessin* vaan lokakuun *Peerlessin* lastia. Koska ostajan ja myyjän aiomukset eivät olleet yhtyneet, sopimusta ei ollut syntynyt. Näin *Wichelhaus* argumentoi ja vakuutti tuomioistuimen – ja myös Friedin.

Huono ratkaisu olisi Gilmoren mukaan vältetty omaksumalla objektiivinen tulkintateoria ja kysymällä, miten asiantunteva ja puolueeton tarkkailija olisi ymmärtänyt *Peerlessin* tapauksessa tehdyn sopimuksen. Niin ei kuitenkaan tehty.

Friedin harmiksi subjektiivinen tulkinta on nykyisin väistymässä objektiivisen tieltä. Hyvä esimerkki objektiivisesta tulkinnasta on *Frigalimentin* tapaus (*Frigaliment Imp. Co. v. B.N.S. Inter. Sales Corp.*, 1960), jossa sveitsiläisyhtiö tilasi amerikkalaiselta tuottajalta siipikarjan lihaa nimikkeellä "chicken". Amerikkalainen myyjä ymmärsi

sopimustekstissä olevan sanan "chicken" tarkoittavan omaa tuotettaan, jota kutsutaan nimellä "stewing chicken", eikä suinkaan tilaajan tarkoittamaa tuotetta, josta Amerikassa käytetään nimityksiä "broiler" ja "fryer". Sveitsiläiset hävisivät juttunsa, koska oikeuden mielestä asiantunteva ulkopuolinen tarkkailija olisi ilman muuta tulkinut sanan "chicken" samalla tavalla kuin amerikkalaisyritys – ja USA:n maatalousministeriö – sen tulkitsivat. Tuomioistuinta ei kiinnostanut ottaa selville, mitä sveitsiläiset tarkoittivat sanalla "chicken". Puolueettoman tarkkailijan näkökulmasta katsottuna sopimus oli syntynyt ja Frigaliment oli saanut, mitä oli tilannut, joten kanne kaatui.

Mielenkiintoinen kysymys tahtoteorialle on myös se, saako sopimusta täydentää – eli sen aukot täyttää – jos siitä ilmiselvästi puuttuu jotain olennaista. Fried vastaa näennäisen tylysti: "Aukkoja ei voi täyttää eikä hienosäätöä tehdä lupausperiaatteella" (F 69). Tarkemmin katsoen hän sanoo kuitenkin vain, että vaikka lupausperiaatetta ei voi soveltaa aukkojen täyttöön, sen voi tehdä muilla periaatteilla, esimerkiksi vahingonkorvausperiaatteella (tort principle), jolla korvataan aiheutuneita vahinkoja ja palautusperiaatteella (restitution principle), jolla palautetaan ansioton hyöty. Friedin lupausperiaatteeseen näyttää siis sisältyvän ajatus, että siitä saa poiketa aina silloin, kun se ei sovi käsillä olevaan tapaukseen. Mutta mitä järkeä on kiivailla näin läpikotaisin vesitetyn periaatteen puolesta? Friedin sankarillisessa taistelussa tahtoteorian puolesta on vaikea olla näkemättä samoja piirteitä kuin Don Quijoten taistelussa ritariajan ihanteiden puolesta.

14.6 Sopimusten tulkinnasta

Lopuksi on syytä katsoa, miten sopimusoikeuden suuret opit, lupausperiaate ja luottamusperiaate ilmenevät sopimusten tulkinnan alueella. Tuolle alueelle olemme jo edellisissä jaksoissa pikku hiljaa ajautuneet, mutta nyt on aika ottaa härkää sarvista.

Sopimusten tulkinta on aihe, jota klassinen sopimusteoria ei Friedin mukaan ole käsitellyt kunnolla. Tähän mielipiteeseen on helppo yhtyä, koska monissa sopimusoikeuden klassisissa teoksissa ei ole lainkaan sopimusten tulkinnalle omistettua lukua. Esimerkiksi Guenter Treitelin moderni klassikko, tuhatsivuinen *Treitel on Contracts* on tällainen teos. Siinä käsitellään kyllä sopimusten tulkintaa, mutta käsittely tapahtuu aina jonkin spesifimmän otsikon alla.

Sopimusten tulkinta on Suomessakin *lainsäädännöllisesti* sääntelemätön alue. Tulkintasääntöjä on toki olemassa, mutta ne perustuvat oikeuskäytäntöön. Mika Hemmon *Sopimusoikeuden oppikirja* (2006) pyrkii esittämillään säännöillä systematisoimaan Suomen sopimustentulkintakäytännön.

Hän erottaa kahdentyyppistä tulkintaa, (1) osapuolissuuntautunutta ja (2) tavoitteellista. Näiden (luultavasti Ruotsista Ramberg & Rambergilta lainattujen) termien takaa paljastuvat vanhat tutut: subjektiivinen ja objektiivinen tulkinta (tai niiden doppelgängerit tahto- ja luottamusperiaate). Osapuolissuuntautunutta tulkintaa Hemmo kuvaa nimittäin sanomalla, että siinä ”pyritään vahvistamaan sopimukselle osapuolten tarkoitusta vastaava sisältö” (H 315). Tavoitteellinen tulkinta on puolestaan ”oikeuspoliittisesti värittyä ja sopimuksen sisältöä ohjaavaa” (H 315). Nämä luonnehdinnat sopivat hyvin kuvaamaan edellä mainittuja subjektiivista ja objektiivista tulkintaa.

Oikeastaan osapuolissuuntautuneen ja tavoitteellisen tulkinnan rinnalle pitäisi täydellisyyden vuoksi nostaa kolmanneksi *sanamuodon mukainen tulkinta*. Näin kannattaa tehdä siksi, että Hemmo itsekin asettaa sen tulkinnan yhdeksi lähtökohdaksi tulkintaa käsittelevän luvun alussa (vain hakasuluissa olevat numerot on lisätty):

”Ellei sopimuksen [i] ulkoiseen muotoon ja [ii] osapuolten tarkoituksista saatavaan selvitykseen perustuva tulkinta ratkaise sopimuksen sisältöä, joudutaan *jäljelle jäänyt tulkinnanvaraisuus* poistamaan [iii] tavoitteellisen tulkinnan keinoin” (H 329, kurs. lis.).

Näyttäisi siis siltä, että Hemmon mallissa lähtökohtana on kirjaimellinen eli sanamuodon mukainen tulkinta (jota on vaikea sovittaa subjektiivinen / objektiivinen -akselille, koska se näyttää olevan molempia*). Mikäli sitä ei voida käyttää, turvaudutaan (subjektiiviseen) osapuolissuuntautuneeseen tulkintaan. Ja jos sekään ei toimi, käytetään jotakin tavoitteellisen tulkinnan (objektiivista) normia.

* Sanamuodon mukainen tulkinta on ”objektiivista” siinä mielessä, että sen kohde – sopimusteksti – on olemassa objektiivisesti, riippumatta sopijapuolten psyykkisistä tiloista. Se voi olla myös ”subjektiivista” siinä ei niinkään harvinaisessa tapauksessa, että sopimusteksti ilmaisee osapuolten yhteisen aikomuksen.

Hemmon sääntöjen takaa löytyvät siten täysin maalaisjärjen mukaiset normit ja vielä järkevässä järjestyksessä:

- *ensin* katsotaan sopimustekstiä, ja jos se ei anna selvää tulosta,
- *seuraavaksi* katsotaan osapuolten aikomuksia, ja jos niistä ei saada selvää,
- *lopuksi* pohditaan, miten järkevä puolueeton tarkkailija voisi asian ymmärtää.

Jos tämä Hemmo-tulkinta pitää paikkansa, sopimusten tulkintaa ohjaavat säännöt ovat, soveltamisjärjestyksessä seuraavat kolme:

- (S1) seuraa sopimustekstin *sanamuotoa*,
- (S2) seuraa sopijoiden *yhteistä aikomusta* ja
- (S3) seuraa *järkevän ihmisen tulkintaa*.

Neljänneksi normiksi voidaan vielä ottaa seuraava Peerlessin tapauksesta tuttu sääntö:

- (S4) Jos (S1)-(S3) eivät sovellu, sopimusta ei ole syntynyt.

Monet eivät hyväksyisi (S4):ta *tulkintanormiksi*, koska he haluavat erottaa kysymykset sopimuksen *synnystä* ja sen *tulkinnasta* eri kysymyksiksi. Heidän mielestään on ensin kysyttävä, *onko* sopimus syntynyt, ja vasta sitten kysyttävä, *mikä* on sopimuksen merkitys tai sisältö. Vaikka tällainen ero voidaan teoriassa tehdä, käytännössä sen tekeminen voi olla hyvin vaikeaa, koska kysymykset sopimuksen olemassaolosta voidaan useimmiten ratkaista vasta sopimustekstin tulkinnan jälkeen. Tulkitsija voi tuskin aloittaa tehtävänsä sanomalla: "Tämä on pätevä sopimus, vaikken saakaan selvää sen sisällöstä".

Kielifilosofiassa on tapana sanoa, että "merkitys edeltää totuutta". Se tarkoittaa, että lausetta ei voi sanoa todeksi tai epätodeksi, ennen kuin tiedetään, mitä se merkitsee. Vastaavasti on mahdotonta sanoa, onko sopimus syntynyt, ennen kuin tiedetään, mitä sopimusteksti pitää sisällään. Siksi kysymys sopimuksen merkityksestä edeltää kysymystä sen synnystä: "Merkitys edeltää pätevyyttä". Tämän ajatuksen voisi ilmaista myös sanomalla: "Saat käyttää sääntöä (S4) vasta yritettyäsi turhaan käyttää sääntöjä (S1)-(S3)."

Steven J. Burton on kirjassaan *Elements of Contract Interpretation* (OUP USA, 2008) päätynyt aivan samaan kolmikkoon. Tosin hänen listassaan (S2) ja (S3) ovat vaihtaneet paikkaa. Ehkä se on kumarrus objektiivisen teorian suuntaan. Euroopassa korostetaan (S2):ta, ehkä nostalgiasyistä. Roomalainen juristi Papinianus sanoi: "Sopimuksissa pitää katsoa pikemmin osapuolten tahtoa kuin sanoja." ("In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit." Digesta 50, 16, 219.) Tämä ohje löytyy melkein sellaisenaan mm. Saksan ja Ranskan siviililakikirjoista (BGB 133, CC 1188). Myös subjektiivisen tulkinnan ensisijaisuuteen (eli "spirituaaliseen periaatteeseen") sitoutunut Espanjan siviililakikirja, Código Civil, on samoilla linjoilla:

Art. 1281: Jos sopimuksen sanamuoto on selvä eikä jätä epäilystä sopijoiden aikomuksesta, pitäydyttäkään sopimuksen lausekkeiden kirjaimellisessa merkityksessä.

Jos sanat näyttävät olevan sopijoiden ilmeisen aikomuksen vastaisia, seurattakoon aikomusta eikä sanoja.

Annettu ohje on selvä: on seurattava sopimustekstiä, jos se vastaa sopijapuolten yhteistä tahtoa, mutta jos teksti ei vastaa yhteistä aikomusta, on seurattava aikomusta eikä tekstiä. Ongelma on vain siinä, miten kukaan voi tietää, että teksti ja yhteinen intentio eivät vastaa toisiaan (tai että ne vastaavat toisiaan).

Teoriassa lujasti subjektivismiin (josta käytetään juhlavaa nimitystä *principio espiritualista*) sitoutunut Espanjan sopimusoikeuskaan ei käytännössä pysty olemaan johdonmukainen. Heti edellä lainatun pykälän jälkeen se näet luopuu subjektiivisesta opistaan ja omaksuu objektiivisen näkökulman:

Art. 1282: Sopijoiden aikomusten arvioimiseksi katsottakoon ensi sijassa heidän sopimuksen aikaisia tai sen jälkeisiä tekojaan.

On vaikea välttää johtopäätöstä, että jos pidetään kiinni ankarasta subjektivismista, ei voida ratkaista *ensimmäistäkään* sopimusoikeudellista ongelmaa.

"Yhteisymmärrys" eli "mielten kohtaaminen" on nimittäin puhtaasti hypoteettinen asia, jonka olemassaoloa koskeva evidenssi on aina luonteeltaan ei-subjektiivista – tyypillisesti raportteja sopijoiden sanoista ja teoista.

Espanjalainen subjektivistisesti vastaisi varmasti sanomalla Friedin tavoin, ettei hän ole koskaan väittänyt, että sääntö (S2), "seuraa yhteistä aikomusta", olisi *ainoa* tulkintasääntö; hän sanoo vain, että se on *tärkein*.

Tulkintasäännöt kertovat, miten sopimusta tulee tulkita tai pitäisi *järkevästi* tulkita. Sääntöjä on paljon ja eri kirjoissa erilaisia, mutta niiden perusjako subjektiiviseen ja objektiiviseen tulkintaan tuntuu lujalta ja kestävältä. Samoin niiden pelkistäminen säännöiksi (S1)-(S3) (tai (S1)-(S4)).

On kuitenkin muistettava, että tulkintasäännöt eivät ole kakkureseptejä, joita orjallisesti seuraamalla saataisiin haluttu tulos, "ainoa oikea tulkinta". Kun otetaan tarkasteltavaksi yksinkertaisin mahdollinen tulkintasäännöstö (S1)-(S3), huomataan, että jo sen soveltamiseen liittyy monia ongelmia:

(1) Säännöt (S1)-(S3) eivät sulje toisiaan pois. Kersantin komennot "Käännös oikeaan päin!", ja "Taakse poistu!" sulkevat toisensa pois siinä mielessä, ettei niitä molempia voi seurata (eikä järkevasti antaa) samalla kertaa. Sen sijaan sääntöjä (S1) "Seuraa tekstin kirjaimellista merkitystä" ja (S2) "Seuraa osapuolten yhteistä aikomusta" voi seurata samalla kertaa siinä tapauksessa, että osapuolet ovat onnistuneet ilmaisemaan yhteisen aikomuksensa sopimustekstissä, mikä ei ole lainkaan harvinaista. (Voi tosin olla vaikea selittää, miksi he ovat käräjillä, jos he kerran ovat onnistuneet.)

(2) Säännön (S1) "Seuraa tekstin kirjaimellista merkitystä" voi olla hankala soveltaa suullisiin sopimuksiin, jotka ovat nekin aivan sitovia sopimuksia – kunhan vain tuomioistuin saadaan vakuutettua niiden sisällöstä ja olemassaolosta.

(3) Säännön (S2) "Seuraa osapuolten yhteistä aikomusta" edellyttämää "yhteistä aikomusta" ei aina ole. Sitä ei ole silloin, kun osapuolet ovat jo käräjillä. Tuomarin tehtävänä on silloin löytää tai pikemminkin *rekonstruoida* "alkuperäinen yhteinen aikomus" riitelevien osapuolten ristiriitaisten kertomusten ja heidän esittämänsä todistusaineiston perusteella. (Tällöin ollaan jo menossa vauhdilla säännön (S3) "Seuraa järkevän ihmisen tulkintaa" käyttöalueelle.) Saksalainen oikeusfilosofi Gustav Radbruch on sanonut mainiosti, ettei "lainsäätäjän tahto" ole laintulkinnan keino vaan sen päämäärä. Vastaavaa voidaan sanoa osapuolten yhteisestä intentiosta: sitä ei ole annettu ennen tulkintaprosessia, vaan se syntyy –

jos on syntyäkseen – vasta tulkintaprosessin aikana. Toki sopimusteksti ja osapuolten lausunnot pyrkivät ilmaisemaan alkuperäisen yhteisen aikomuksen, mutta tuomarin tehtäväksi jää kokonaiskuvan muodostaminen noista palasista. Yhteinen intentio ei siis ole tulkinnan lähtökohta (premissi) vaan sen lopputulos (johtopäätös).

(4) Säännön (S3) ”Seuraa järkevä ihmisen tulkintaa” edellyttämää järkevää ihmistä ei ole olemassa. Järkevä ihminen tai puolueeton tarkkailija voi pahimmillaan olla pelkkä fiktio, tuomarin alter ego. Parhaimmillaan järkevä ihminen on yhteisössä vallitsevien käsitysten ja arvostusten henkilöitymä – sellaisina kuin tuomari näkee ne.

Vaikka tulkintasääntöihin liittyy suuria ongelmia, niiden olemassaolo voidaan oikeuttaa sillä, että ne lisäävät oikeusvarmuutta: niiden ansiosta kansalaiset voivat luottaa siihen, että tuomarit eivät voi tulkita eteensä tulevia sopimusriitoja aivan miten tahansa. Säännöt ohjaavat heidän toimintaansa ja tekevät sen helpommin ennakoitavaksi.

15. Laintulkinnan teoriaa

Tämän opintomonisteen alkuosassa esiteltiin Fullerin kuvitteellinen kuningas Rex, joka epäonnistui pahasti uuden oikeusjärjestelmän luomisessa. Yksi epäonnistuminen oli se, että kirjoitettujen lakien ja niiden soveltamisen välillä ei näyttänyt olevan mitään järjellistä yhteyttä. Toisin sanoen, Rex näytti *tulkitsevan* lakeja miten sattuu. Kirjoitettujen lakien tulkinta ei ole pelkästään fiktiivinen, vaan, voisi sanoa, oikeuteen sisäänrakennettu ongelma. Ja näimme edellisessä luvussa, että tulkintaongelmiin ei ajauduta pelkästään kirjoitettujen lakien, vaan myös sopimustekstien kanssa. Edellisessä luvussa esiteltiin myös lyhyesti erilaisia tapoja tulkita sopimuksia. Tässä viimeisessä luvussa käsitellään erilaisia tulkintasääntöjä hieman tarkemmin, ja taustana on nimenomaan kirjoitetut lait, eli lainsäätäjän tuottamat, oikeussubjekteja sitovat säännöt. Tämä konteksti tuo laintulkinnan teoriaan mukaan myös pohdintaa vallanjako-opista ja tuomareiden roolista oikeusvaltiossa.

”Tulkinta” tarkoittaa jonkin asian – tässä tapauksessa lakitekstin – *merkityksen* selvittämistä. Mutta miksi lakitekstin merkitys vaatii erillistä selvittämistä – eikö merkitys näy suoraan itse tekstistä? Oikeusteoreetikot kiistelevät siitä, tarvitaanko tulkintaa tosiaan *joka ikisessä* soveltamistilanteessa, vai pelkästään vain ns. hankalissa tapauksissa. Tässä ei ole tarpeen juuttua tähän kiistaan, sillä selvää joka tapauksessa on, että lakeja pitää ainakin *joskus* tulkita: niiden merkitys ei aina ole itsestään selvä.

Yksi syy sille, miksi lakeja on pakko joskus tulkita (eli selvittää, mitä ne oikeastaan tarkoittavat), on se, että lait ovat luonteeltaan *yleisiä*. Jokin oikeussääntö voi esimerkiksi kieltää ”ajoneuvojen” tuomisen puistoon, mikä tarkoittaa *kaikkia* ajoneuvoja, ei vain esimerkiksi yhtä tiettyä punaista Volvo-henkilöautoa. Yleinen sääntö täytyy ilmaista yleiskäsitteellä kuten ”ajoneuvo”; mutta yleiskäsitteet ovat väistämättä jossain määrin epämääräisiä. Ne eivät pysty etukäteen täysin yksiselitteisesti rajaamaan kaikkia mahdollisia olioita ajoneuvoihin ja ei-ajoneuvoihin. Kuten Hart asian ilmaisi, käyttämillämme käsitteillä on yleensä vakiintuneet ”ydinmerkitykset” jotka kaikki kieltä hallitsevat tuntevat (ja jotka yleensä on taltioitu sanakirjoihin). Jos joku esimerkiksi kaahaa puistossa henkilöautolla, lainsoveltajan ei tarvitse miettiä onko ajoneuvokieltä rikottu, sillä autot kuuluvat käsitteen ”ajoneuvo” ydinmerkitykseen ja tapaus on selvä. Mutta entäpä jos joku tulee puistoon rullaluistimilla, tai haluaa tuoda sinne jalustalla seisovan panssarivaunun sotaveteraanien muistoksi? Tällaisissa tapauksissa ei

liikuta käsitteen merkityksen ytimessä vaan epämääräisellä reuna-alueella, ja Hartin mukaan lainsoveltajan täytyy vain päättää itse mihin hän vetää rajan ajoneuvojen ja ei-ajoneuvojen välille (mikä tietysti vähentää huomattavasti ratkaisujen ennakoitavuutta). Kieleen kuuluu väistämättä tietty määrä tällaista epämääräisyyttä. (Hart ja Fuller kävivät kuuluisan kiistan ajoneuvojen tuomisesta puistoon – ja vähän muustakin – *Harvard Law Review*ssa (Vol. 71, No. 4, Feb., 1958).)

Lainsoveltajat ajautuvat siis väistämättä joskus tilanteisiin, jossa lakitekstin merkitys ei ole itsestään selvä, vaan tekstiä täytyy tulkita. Miten lainsoveltaja silloin etenee – mistä hän lähtee etsimään tekstin merkitystä? Joskus puhutaan *tulkintakaanoneista*, joilla tarkoitetaan sääntöjä tai apuvälineitä tekstin merkityksen etsimiseen. Eri oikeusteoreetikot ovat tunnistaneet ja nimenneet eri määrän kaanoneita, mutta kenties yleisimmät niistä ovat *tekstualistinen*, *systemaattinen*, *intentionaalinen* ja *teleologinen* kaanon. Esittelemme tämän opintomonisteen lopuksi lyhyesti näitä eri kaanoneita ja niihin liittyviä kiistoja.

15.1. Tekstuaalinen kaanon (tekstualismi)

Teoreettista kiistaa laintulkinnasta käydään etenkin USA:ssa. Yksi syy tähän on se, että siellä korkeimman oikeuden tuomareiden tavalla tulkita kirjoitettua lakia – etenkin perustuslakia – on huomattava merkitys: heillä on valta kumota demokraattisesti valittujen lainsäätäjien säätämät lait perustuslainvastaisina (ns. *judicial review* -periaate). Kiistassa osapuolet voidaan karkeasti ottaen jakaa kahteen leiriin: tekstualisteihin ja intentionalisteihin. Tekstualistien mukaan lakeja pitää tulkita kirjaimellisesti, niiden sanamuodon mukaan, kun taas intentionalistien mukaan tuomareiden täytyy lakeja tulkitessaan ottaa huomioon ennen kaikkea lainsäätäjän tarkoitus (ja tämä tarkoitus ei välttämättä löydy itse lakitekstistä vaan esimerkiksi lainvalmisteluprosessiin liittyvistä dokumenteista).

Kuuluisa oikeustapaus, joka havainnollistaa kiistaa tekstualistien ja intentionalistien välillä, on *Church of the Holy Trinity vs. United States* vuodelta 1892. Kiistassa oli kyse siitä, saako New Yorkissa sijaitseva Holy Trinityn kirkko palkata englantilaisen pastorin. Tuohon aikaan oli voimassa laki, joka selväsanaisesti kielsi yhdysvaltalaisia yksityishenkilöitä, yrityksiä ja yhdistyksiä palkkaamasta ketään ulkomaalaisia tekemään minkäänlaista työtä Yhdysvalloissa. Korkeimman oikeuden tuomarit myönsivät, että kirjaimellisen tulkinnan mukaan Holy Trinity- kirkko olisi velvoitettu lain rikkomisesta määrättyihin sanktioihin: siitä tosiseikasta, että

englantilainen pastori oli ulkomaalainen ja että kirkko oli palkannut hänet tekemään työtä Yhdysvalloissa (ja avustanut häntä maahanmuutossa), ei vallinnut minkäänlaista epäselvyyttä. Mutta tuomarit erottivat tässä kuuluisassa tapauksessa lain "hengen" sen kirjaimesta, ja päättelivät erilaisten lainvalmisteluprosessiin liittyvien dokumenttien perusteella, että lainsäätäjien todellinen tarkoitus ei ollut estää arvokasta henkistä työtä tekevien henkilöiden maahanmuuttoa. Lain tarkoitus oli sen sijaan estää halvan, manuaalista työtä tekevän työväen virtaaminen amerikkalaisille työmarkkinoille. Juttu ratkaistiin Holy Trinityn eduksi lainsäätäjien intentioon, mieluummin kuin itse lakitekstiin, nojaamalla; ja tähän erotteluun lain kirjaimen ja hengen välillä on sittemmin vedottu useissa muissakin oikeusjutuissa (esim. *United States v. American Trucking Assns., Inc.* (1940)).

Tekstualistisen laintulkinnan kuuluisimman puolestapuhujan Antonin Scalian mukaan korkein oikeus teki Trinity-jutussa väärän ratkaisun. Tuomareiden pitää noudattaa kirjoitettua lakia eikä lainsäätäjien intentioita tai tarkoituksia. Kuten hän toteaa, "[i]hmiset voivat tarkoittaa mitä lystävät; mutta vain se, mitä lakeja he säätävät, sitoo meitä." (Scalia 1997, 17.) Scalian mielestä tekstualismi on ainoa laintulkinnan tapa, joka on yhteensopiva *demokraattisen hallinnon* ja *oikeusvaltion* ideaalien kanssa. Oikeusvaltiossa lainsäätäjän ja tuomiovallan tehtävät ovat erillisiä: lakien säätäminen kuuluu demokraattisesti valitulle parlamentille, kun taas lakien soveltaminen ja tuomiovalta kuuluu puolueettomille tuomareille. Mutta jos tuomarit eivät pitäydy lakien kirjaimellisessa, sanamuodon mukaisessa tulkinnassa, vaan yrittävät tulkita lakeja lainsäätäjän intentioiden avulla, silloin he tekstualistien mukaan väistämättä ottavat itselleen lainsäätäjälle kuuluvaa valtaa.

Miksi tekstin ulkopuolelle meneminen johtaa lainsäätäjän ja lainsoveltajan roolien sekoittumiseen? Tekstualistit vetoavat siihen, että ensinnäkin lainsäätäjän intention selvittäminen on mahdoton tehtävä: se vaatisi jonkinlaista ajatusten lukemisen taitoa ("mind-reading"), mutta sellaisia kykyjä tuomareilla ei ole. (Ks. esim. Scalia & Garner, *Reading Law*, 92) Oletuksena tässä siis on, että intentiot ovat intentioijan mielessä olevia yksityisiä mentaalisia tiloja, joista muut voivat esittää vain arvauksia. Tällöin lakitekstin merkityksen selvittäminen intentioihin vetoamalla tarkoittaisi sitä, että tuomarit arvailevat mitä lainsäätäjän mielessä on ollut. Tämä puolestaan tarkoittaisi sitä, että tuomarit voivat käytännössä antaa lakitekstille minkä tulkinnan itse haluavat (sillä he eivät koskaan voi varmuudella tietää mitä lainsäätäjän mielessä liikkui). Näin ei kuitenkaan oikeusvaltiossa pitäisi toimia.

Toisekseen, vaikka yksittäisen lainsäätäjän intentio saataisiinkin selville, se ei auttaisi lain tulkinnassa, sillä lait ovat yleensä monien – jopa satojen – yksittäisten lainsäätäjien kompromissin tulos. Heidän erillisistä pyrkimyksistään ja tarkoituksistaan ei muodostu yhtenäistä, kollektiivista lain takana olevaa tarkoitusta; jokaisella lainsäätäjällä on erilaiset syynsä äänestää lain hyväksymisen puolesta, ja monilla heistä ei luultavasti edes ole minkäänlaista ajatusta lain tarkoituksesta, sillä he eivät tunne koko lakitekstiä kunnolla. (*Reading Law*, 392.) Lakien tulkitseminen "lainsäätäjien yhteiseen intentioon" vetoamalla mahdollistaa siis jälleen sen, että tuomarit voivat antaa lakitekstille omien mieltymystensä mukaisen merkityksen, sillä tuota "yhteistä intentiota" ei ole olemassakaan.

Tässä kohdassa voitaisiin huomauttaa, että kyllähän lainsäätäjien tarkoituksista usein on olemassa konkreettista todistusaineistoa: lainsäätäjät käyvät lakialoitteista julkisia keskusteluja, ministeriöt (tai muut lainvalmisteluelimet) tuottavat erilaisia raportteja ja taustatietoa lain tavoitteista ja oletetuista vaikutuksista, jne. Mutta tekstualistit vastustavat jyrkästi kaiken tällaisen varsinaisen lakitekstin *ulkoisen* materiaalin käyttöä lain tulkinnassa. Nämä erilaiset lainvalmisteluasiakirjat eivät ole se, mistä lainsäätäjät äänestävät ja minkä he hylkäävät tai hyväksyvät voimassaolevaksi laiksi. Äänestyksen kohde on itse lakiteksti eikä mikään muu. (*Reading Law*, 393.) Ja lakiteksti on demokraattisen prosessin lopputulos – kompromissi, jossa erilaiset intressit on saatu sovitettua yhteen enemmistöä tyydyttävällä tavalla. Sen sijaan lainvalmistelun aikana tuotetut erilaiset raportit edustavat yleensä vain jonkin tietyn intressiryhmän näkemystä. Tuomareiden ja muiden lainsoveltajien tehtävä on kunnioittaa tätä demokraattista kompromissia eikä antaa liikaa painoa millekään yksittäiselle intressiryhmälle (kuten on vaarassa tapahtua jos lainulkinnassa nojaututaan itse lakitekstin ulkoiseen materiaaliin).

Lyhyesti sanottuna, tekstualistien mielestä heidän tapansa tulkita lakeja lisää oikeusvarmuutta ja lainsoveltamisen ennustettavuutta, ja näin kunnioitusta oikeusvaltion ideaalia kohtaan.

15.2. Tekstualismin käsitys kielestä

On huomattava, että tekstualistinen tapa tulkita lakeja perustuu tietynlaiseen käsitykseen *kielen* luonteesta: lainsoveltajat voivat tulkita lakeja sanamuodon mukaisesti vain, jos oletetaan, että sanoilla on löydettävissä olevat, pysyvät merkitykset (ja että lainsoveltaja pitäytyy näissä merkityksissä). Mistä nämä

lakiteksteissä tai muissa sääntöilmauksissa käytettyjen sanojen pysyvät merkitykset sitten löytyvät? Tekstualistit samaistavat pysyvän merkityksen yleensä sanan *tavanomaiseen* (*ordinary*) merkitykseen. Scalia ja Garnerin mukaan "tavanomaisen merkityksen kaanon", jonka mukaan "sanat tulee ymmärtää niiden tavallisessa, jokapäiväisessä merkityksessään" on "kaikkein fundamentaalisin semanttinen tulkintasääntö" (*Reading Law*, 69). Tuomareiden pitää siis tulkita lakitekstin sanoja ensisijaisesti niiden arkikielen mukaisissa merkityksissä. Ja jos on epäselvää, mikä jonkin sanan – esimerkiksi "ajoneuvo" – arkikielen merkitys on, silloin tuomareiden pitäisi Scalia ja Garnerin mukaan turvautua sanakirjaan eli konsultoida leksikografeja: "[h]e ovat sentään tutkineet tusinoittain ellei sadoittain konkreettisia kielenkäyttötilanteita määrittäessään, mikä sanan *ajoneuvo* ydinmerkitys on" (*Reading Law*, 31). Sanakirjojen käyttämisessä on omat vaaransa jos ei esimerkiksi tiedä minkä periaatteen mukaan sanojen merkitykset on kirjassa järjestetty (esitelläänkö ne yleisimmästä harvinaisimpaan vai vanhimmasta uusimpaan, jne.), mutta hyvän sanakirjan avulla saa ainakin selville jonkin tietyn sanan *sallitut* merkitykset (*permissible meanings*). Yksi tekstualismin keskeisiä oletuksia on, että (lakitekstin) sanalle ei voi antaa sellaista merkitystä jota se ei "kykene kantamaan", eli joka menee sallittujen merkitysten joukon ulkopuolelle: "ilman sallittujen merkitysten ideaa tekstiuskollinen laintulkinta on mahdotonta" (*ibid.*, 31).

Kiperissä tapauksissa tuomari ei siis saa alkaa pohtia lainsäätäjien tarkoituksia tai ratkaista tapausta omien moraalisten tai poliittisten vakaumustensa perusteella. Sen sijaan hän voi turvautua sanakirjoihin ja ns. tavallisen kielenpuhujan intuitioihin hankalan säännön merkitystä selventääkseen. Scalia uskoo ratkaisseensa tämän metodin avulla Hartin ja Fullerin välisen kiistan siitä, miten sääntöä "Ei ajoneuvoja puistoon" pitää soveltaa. Scalia päätyi sanakirjoja tutkimalla siihen, että ajoneuvot ovat kookkaita, renkailla kulkevia, moottorikäyttöisiä kuljetusvälineitä. Tällöin sääntö "Ei ajoneuvoja puistoon" ei koskisi esimerkiksi lentokoneita, polkupyöriä, rullaluistimia tai leikkiautoja. (*Reading Law*, 36-38) Se, että säännön kirjaimellinen soveltaminen saattaa joskus johtaa absurdeihin tilanteisiin (kuten lentokoneiden rajaamiseen ajoneuvokiellon ulkopuolelle) ei Scalia mukaan ole syy olla noudattamatta sitä. Sananmuodon sivuuttaminen ja säännön taustalla olevien tarkoitusten pohtiminen kun tekee tuomareista enemmän lainsäätäjiä kuin lainsoveltajia (eli rikkoo yhtä keskeistä demokraattisen hallinnon periaatetta). Jos laki johtaa absurdeihin lopputuloksiin, sen muuttaminen on lainsäätäjien, eikä tuomareiden tehtävä.

Mutta mitä tehdään silloin, jos yhdellä sanalla on useampia sallittuja merkityksiä? Mikä tuomarin pitäisi niiden joukosta valita? Tässä kohdassa Scalia ja Garner suosittelivat ns. "reilun luennan" metodia (*the fair reading method*). Sen mukaan pitäisi miettiä, kuinka "järkevä (*reasonable*) lukija, joka hallitsee kielen, olisi ymmärtänyt tekstin sen ilmestyessä" (*Reading Law*, 33). Tuomarin pitää siis yrittää asettua oletetun "järkevän lukijan" asemaan. Tämä vaatii tuomarilta tietynlaista kielellistä herkkyyttä, omien henkilökohtaisten (oikeusjutun lopputulosta koskevien) preferenssien syrjään asettamista, ja vanhojen lakitekstien kohdalla myös historiallis-kielitieteellistä tutkimusta. (ibid). Reilun luennan metodia soveltamalla tuomareiden pitäisi löytää sallittujen merkitysten joukosta se oikea (arkikielen mukainen) merkitys.

Oleellinen osa tuomareilta vaadittavaa kielellistä herkkyyttä on ymmärtää *kontekstin* ja erilaisten konventioiden tärkeys sanojen merkitysten muodostumisessa. Tekstualistit ovat korostaneet tätä etenkin viime aikoina (saatuaan paljon kritiikkiä liiallisesta sanakirjoihin luottamisesta). Sanakirja toimii pikemminkin tulkinnan lähtöpisteenä: jos lakitekstissä on jokin epäselvä termi, sen sallitut merkitykset voi ensin haarukoida sanakirjasta, ja sitten niiden joukosta haarukoidaan edelleen yksi oikea merkitys reilun luennan metodilla – eli asettumalla järkevän, kielellisesti kompetentin lukijan asemaan, joka hallitsee erilaiset kielenkäyttöä ohjaavat konventiot, ja joka osaa ottaa huomioon kontekstin (niin että hän ymmärtää että esimerkiksi englannin sana *nail* tarkoittaa eri asioita kauneushoitoloiden toimintaa ja talonrakentamista säätelevissä laeissa) (*Reading Law*, 20).

Tekstualismia on kritisoitu jäykäksi, formalistiseksi tulkintametodiksi, joka voi johtaa epäoikeudenmukaisiin lopputuloksiin (jos esimerkiksi tuomari ei saa korjata edes selvää lainsäätäjän tekemää ajatusvirhettä vaan hänen pitää soveltaa virhettäkin kirjaimellisesti). Mutta tietyissä mielessä tekstualismin perusolettamuksista on mahdotonta päästä eroon: kaikkien muidenkin tulkintakaanoneiden edustajat joutuvat *aloittamaan* lakitekstistä, ja he joutuvat (viimeistään jossakin vaiheessa tulkintaa) ottamaan jonkin tekstin merkityksen itsestäänselvyytenä – eli tekstinä, jota ei enää tarvitse tulkita minkään itsensä ulkopuolisen avulla. Tämä käy selväksi kun siirrymme intentionalismin käsittelyyn.

15.3. Systemaattinen kaanon

Ennen intentionalismiin siirtymistä esittelemme lyhyesti ns. systemaattisen

kaanonin perusidean. Äsken mainittu tekstualismien sallima *kontekstiin* tukeutuminen on tavallaan jo siirtymistä systemaattisen kaanonin käyttöön. Systemaattisen kaanonin perusidea on nimittäin se, että jonkin tekstin (x) merkitys selvitetään *muiden* tekstien (y, z, jne.) avulla. (Ja päinvastoin, tekstien y ja z merkitys selvitetään x:n avulla). Taustalla on siis ajatus, että kirjoitetut laitteet muodostavat järkevän, eheän *kokonaisuuden*, eikä yksittäisen pykälän merkitys (välttämättä) aukea ellei tätä kokonaisuutta oteta huomioon.

Systemaattisen kaanoninkin käyttö alkaa välttämättä ensin tekstualismista: lainsoveltaja lukee jonkin tekstin ja yrittää ensin ymmärtää sen kirjaimellisesti. Hän kuitenkin huomaa, että tekstissä on jokin epäselvä kohta (esimerkiksi sana, jolla on useampia arkikielen merkityksiä, kuten englannin *nail*), tai hän sattuu tietämään, että jokin toinen lakiteksti (oikeuslähde) on ristiriidassa nyt käsillä olevan tekstin kanssa. Tällöin epäselvyys pyritään poistamaan etsimällä evidenssiä sanan merkitykselle ympäröivästä tekstistä, tai ratkaisemalla tekstien välinen ristiriita niin, että vahinko on mahdollisimman pieni (eli valitsemalla se tulkinta, joka tuottaa eniten koherenssia tekstien kokonaisuuteen). (Usein tuomareiden työkalupakkiin kuuluu valmiita sääntöjä siitä miten ristiriitatilanteet tulee ratkaista, esim. uudempi laki korvaa vanhemman, erityissäännös yleissäännöksen, jne. Näitä sääntöjä voi pitää systemaattisen kaanonin tarkempina ilmentyminä.)

”Systemaattisuus”, joka on tämän tulkintakaanonin tähtäimessä, tarkoittaa siis lakitekstien joukon *loogista ristiriidattomuutta* ja kokonaisuuden eri osien välistä *koherenssia*. On huomattava, että pelkkä ristiriidattomuuden vaatimus ei välttämättä tee jostakin tekstikokoelmasta mielekästä kokonaisuutta. Esimerkiksi seuraavat lauseet eivät ole keskenään ristiriidassa, mutta ovat silti irrallisen tuntuisia:

Ajoneuvojen tuominen puistoon on kielletty.

Pluto on kääpiöplaneetta.

Riitta ihmetteli, miksi Pekka on hänelle vihainen.

Koherenssi vaatii tekstijoukolta enemmän, mikäli se ymmärretään *positiivisen* koherenssin mielessä. Koherenssi voidaan nimittäin ymmärtää kahdella tavalla: negatiivisena ja positiivisena. Negatiivinen koherenssi on oikeastaan yhtä väljä vaatimus kuin ristiriidattomuus – riittää, että tekstit ovat loogisesti yhteensopivia keskenään (eli tekstijoukko on *konsistentti* (*consistent*)). Positiivinen koherenssi sen sijaan vaatii tämän lisäksi, että eri tekstit jollakin tavalla positiivisesti tukevat

toisiaan. Tämä tarkoittaa esimerkiksi sitä, että kun tekstin eri osissa esiintyy jokin sama sana, sen merkitys säilyy samana; tai että asiat etenevät järkevissä järjestyksessä (vaikkapa niin, että ensin esitellään lain yleiset tavoitteet, sitten pääsääntö, ja sitten poikkeukset); tai että tekstiin ei jää aukkoja (niin että yhtäkkiä siirrytään toiseen aiheeseen, ja sitten taas palataan alkuperäiseen aiheeseen ilman mitään selityksiä).

Systemaattisen kaanonin käyttö johtaa tulkitsijan helposti varsinaisen tekstin *ulkopuolelle*, sillä tekstin tulkitseminen koherenttina kokonaisuutena vaatii usein jonkin tekstijoukon taustalla olevan *idean* joka tuo siihen yhtenäisyyttä.

Havainnollistetaan asiaa Dworkinin avulla. Dworkin kuvasi lainsoveltajan ratkaisutoimintaa (teoksessaan *Law's Empire*) siten, että kun tuomari ratkaisee jotakin kiperää tapausta, hän miettii koko oikeusjärjestelmän kokonaisuutta. Minkä yleisten poliittis-moraalisten ideaalien ilmentymä tämä kokonaisuus on? Mikä yleinen periaate saa olemassa olevat lait ja ennakkoratkaisut ja muut oikeuslähteet näyttämään mahdollisimman koherentilta (ja moraalisesti hyväksyttävältä) kokonaisuudelta? Mikä taustaperiaate *sopii (fits)* niihin parhaiten? Tällaisen pohdinnan avulla tuomari voi löytää ratkaisun, joka sopii olemassa olevaan oikeuteen yhtä saumattomasti kuin ketjuromaanin uusi osa sopii edelliseen (eli tarina muodostaa eheän jatkumon).

Systemaattisen tulkintametodin käyttö näyttää siis johtavan lakien taustalla olevien yleisten ideaalien, tai suppeammin, jonkin lain taustalla olevan *tarkoituksen* pohdintaan: kun tiedämme, mitä tarkoitusta varten laki on laadittu, tai mitä ideaalia sen on tarkoitus ilmentää, voimme tulkinnallamme tuottaa enemmän koherenssia ja systemaattisuutta tekstien välille. Mutta lakitekstien taustalla piilevät "tarkoitukset" voidaan ymmärtää kahdella tavalla: subjektiivisella ja objektiivisella. Subjektiivisten tarkoitusten etsiminen tarkoittaa (tässä monisteessa) intentionaalisen kaanonin käyttöä, objektiivisten tarkoitusten etsiminen puolestaan teleologisen kaanonin käyttöä.

15.4. Intentionaalinen kaanon

Kuten nimestä voi päätellä, intentionaalisen kaanonin mukaan lakeja pitäisi tulkita lainsäätäjän intentioiden kautta. Käsittelemme tässä tämän kaanonin radikaaleja amerikkalaisia edustajia (johtotähtenään Stanley Fish), jotka esittävät vielä jyrkemmän (ja filosofisesti mielenkiintoisemman) väitteen: intentionalismi ei heidän

mukaansa ole pelkästään muita kaanoneita parempi tai suositeltavampi tapa tulkita pykälää, vaan *ainoa mahdollinen* tapa. Intentionalistien mukaan laintulkitsijat eivät siis todellisuudessa voi tehdä valintaa erilaisten tulkitsemistapojen välillä, vaan kaikki tekstin tulkinta on aina tekstin kirjoittajan intention etsimistä. Niinpä intentionalistit ovat todenneet mm. että "intentioneihin viittaamaton tulkinta on käsitteellinen mahdottomuus" (Alexander & Prakash 2004, 969) ja että "tekstualistista positiota ei ole olemassakaan" (Fish 2005, 649).

Intentionalismi tässä muodossaan on erottamattomasti kietoutunut tietynlaiseen käsitykseen kielen luonteesta, joka täytyy esitellä ensin. Intentionalistien mukaan millään tekstillä tai muulla kielellisellä ilmauksella ei ole lainkaan merkitystä ellei jonkin kirjoittajan tai puhujan intentio "elävöitä" sitä. Toisin sanoen, pelkät kirjaimet paperilla ovat tyhjiä, kuolleita, vailla merkitystä: ne eivät ole sanoja tai kieltä eivätkä muodosta tekstiä (vaikka merkit muistuttaisivatkin tuttuja sanoja):

pelkillä sanoilla, ilman elävöittävää intentiota, ei ole voimaa eikä semanttista muotoa eivätkä ne vielä ole kieltä [. . .] Pelkällä kirjaimista ja tyhjiä väleistä muodostuvalla sarjalla, kuten "Aja liikennevalojen läpi", ei ole mitään sisäistä tai kirjaimellista tai tavallista merkitystä; sillä on vain ne merkitykset (ja niitä on lukemattomia) jotka muodostuvat kun oletamme sen taustalle erilaisia intentioita. (Fish 2005, 632-3)

Tämä tarkoittaa sitä, että intentionalistit eivät tee eroa sen välillä, mikä *sanojen* merkitys on ja mitä *puhuja* tarkoittaa niillä. Sanalla on vain se merkitys minkä puhuja sille antaa; ja hän voi periaatteessa antaa sille minkä tahansa merkityksen – ei ole olemassa mitään "sallittujen merkitysten" joukkoa joka häntä rajoittaisi. Fish toteaaakin, että "sanat eivät voi kieltäytyä niille annetusta intentiosta [. . .] Teoriassa mikään ei estä mitä tahansa sanajonoa muuttumasta minkä tahansa intention kantajaksi (Fish 2005, 634). Tekstin tuottajan (puhujan tai kirjoittajan) rooli on siis merkityksen kannalta ratkaiseva: hän on kuin kaikkivoipa jumala joka voi tehdä sanoilla mitä haluaa – antaa niille minkä merkityksen tahansa. Sillä ei ole väliä, ymmärtävätkö muut häntä, eli tajuavatko he mitä hän sanoillaan tarkoittaa. Toisin sanoen, intentionalistien mukaan "kysymys sanan merkityksestä ja kysymys kommunikaatiosta ovat kaksi eri asiaa" (Knapp & Michaels 2005, 659).

Mitä intentionalismi tarkoittaa laintulkinnan kannalta? Pitäisikö tuomareiden muuttaa toimintatapojaan jollakin tavalla jos he omaksuvat tällaisen käsityksen

kielen luonteesta? Fishin mukaan intentionalismin tehtävä ei ole vastata tähän kysymykseen. Intentionalismi on Fishille käsitteellinen totuus siitä mitä tulkinta (ja merkitys) on: tekstillä on se merkitys minkä puhuja tai kirjoittaja sille antaa, ja tämä on väistämätön lähtökohta kaikessa tulkinnassa. Kyse ei siis ole varsinaisesta metodista, joka kertoo *miten* lakeja (tai muita tekstejä) tulkitaan, vaan apriorisesta totuudesta siitä, *mitä* tulkinta on.

Toisaalta Fish yrittää myös argumentoida intentionalismin puolesta (eikä vain totea sitä itsestäänselvyytenä). Hän nimittäin väittää, että intentionalismi on ainoa teoria tulkinnasta, joka asettaa *rajoituksia* tulkitsijan toiminnalle. Kirjoittajan intentio on Fishin mukaan se mittapuu, johon eri tulkintojen oikeellisuutta verrataan, ja jonka perusteella jotkut tulkinnat voidaan hylätä järjettöminä. Tekstualismi ei hänen mukaansa tarjoa mitään pidäkkeitä tulkinnalle, jos siinä luovutaan kirjoittajan intention etsimisestä, sillä vain intentio saa tekstin ylipäätään tarkoittamaan jotakin. Fish siis kääntää tekstualismin pääkriitikin intentionalismia vastaan päälaelleen: ei ole niin, että intention vetoaminen mahdollistaa mitkä tahansa tulkinnat (kuten Scalia väittää), vaan päinvastoin, kun tekstualistit irrottavat tekstistä kirjoittajan intentiot, he samalla avaavat tulkitsijalle mahdollisuuden herättää kuolleet merkit henkiin millä tahansa itse valitsemallaan intentiolla.

Tässä kohden herää kysymys, mistä kirjoittajan (tässä tapauksessa lainsäätäjän) intentio sitten löytyy, jos pelkkään tekstiin ei voi luottaa (teksti itsessään on, kuten muistamme, pelkkiä kuolleita merkkejä)? Ainoa konkreettinen vihje, jonka Fish intention etsimiseen antaa, on se, että tekstiä tulisi lukea – tai oikeastaan sitä automaattisesti luetaan – tietyn ”institutionaalisen linssin” läpi. Tulkinnassa ei Fishin mukaan päästä alkuun jos ei oleteta taustalla olevan systeemin arvojen ja tavoitteiden olevan voimassa. Lakitekstin tulkinnassa ei siis koskaan lähdetä liikkeelle täysin puhtaalta pöydältä ja ihmetellä, että mitähän tässä ollaan tekemässä – onko tarkoitus laittaa ruokaa ohjeen mukaan vai lukea satukirjaa jne. – vaan oletuksena on, että lakitekstin on kirjoittanut tietystä institutionaalisessa asemassa oleva henkilö joka on omaksunut tuon instituution arvot ja tavoitteet. Fishin mukaan tulkinnan akti vaatii siis ”kirjoittajan institutionaalisen roolin ymmärtämistä (ja spesifioimista)” (Fish 2008, 1131); lakitekstin tulkinnan tapauksessa siis jonkinlaista ymmärrystä siitä mikä on lainsäätäjän tehtävä, mihin laeilla yleensä pyritään, jne. Mutta tämän enempää tulkinnasta ei voi sanoa yleisellä tasolla, vaan kussakin yksittäisessä tulkintatilanteessa kirjoittajan (tarkemman) intention etsiminen vaatii ”vanhaa kunnan empiiristä tutkimusta, jossa etsitään todistusaineistoa, sovitellaan

sitä yhteen, ja muodostetaan sen perusteella käsitys kirjoittajan intentiosta ja täten hänen tekstinsä merkityksestä.” (Fish 2008, 1141)

Tämä kuulostaa periaatteessa aivan uskottavalta ja järkevältä kuvaukselta aktuaalisesta laintulkinnan prosessista. Mutta se ei näytä oikein sopivan yhteen intentionalistien merkitysteorian kanssa. Jos tekstillä on merkitys vain jonkun sille antaman intention kautta – kuten intentionalistit väittävät – ja jos intentiota etsitään empiirisen evidenssin avulla, mitä muuta tuo evidenssi voi olla kuin muita tekstejä – asiakirjoja, raportteja, kirjeitä, puhetta, jne.? Mutta jos intentiota pitää etsiä toisista teksteistä, mistä tiedämme, mitä nuo toiset tekstit tarkoittavat? Eikö meidän pitä varmistua myös niiden takana olevasta intentiosta uusien tekstien avulla? Ja eikö tämä johda loputtomaan teksti-intentio-teksti-regressioon? Miten tulkinnassa päästään siis eteenpäin? Mikä on kriteeri sille että kirjoittajan intentio on selvitetty? Intentionalistin on pakko myöntää, että jossakin vaiheessa tulkintaa jonkin tekstin merkitys täytyy vain ottaa annettuna ilman että sitä tulkitaan taas uuden intention kautta (mikäli prosessi halutaan joskus saada päätökseen).

Intentionalistista merkitysteoriaa ei välttämättä tarvitse kokonaan hylätä, vaan ainoastaan kiistää sen radikaali versio. Vähemmän radikaali versio intentionalismista tunnustaa, että totta kai kielen puhujien intentioilla on rooli sanojen merkitysten muotoutumisessa siinä mielessä, että kieli merkityksineen ei ole olemassa itsekseen, riippumatta siitä mitä kielen käyttäjät kielellä tekevät. Mutta radikaali versio menee pieleen olettaessaan merkitykseen vaikuttavan intention olevan *yksisuuntainen*, täysin puhujan tai kirjoittajan määrittämä asia. Järkevämmän version mukaan sanojen merkitykset määräytyvät kielenkäyttäjien *kollektiivisesta* intentiosta: jotta kommunikaatio ihmisten välillä on mahdollista, merkitysten täytyy olla *jaettuja*. Tietysti joku voi päättää olla huomioimatta sanojen jaettuina, vakiintuneisiin konventioihin perustuvia merkityksiä, ja keksiä tutuille sanoille täysin uudet merkitykset. Mutta tällöin hänen on turha yrittää saada mitään viestiä perille muille, eikä hän voi vedota tähän omaan salakieleensä, jos häntä syytetään esimerkiksi lupauksen rikkomisesta (lupauksen rikkomiselle hyväksyttävä peruste ei ole se, että väittää, että tarkoitti ”velan maksamisella huomenna” itse asiassa ”omenan syömistä ensi vuonna”).

Radikaalin intentionalistisen merkitysteorian omaksuminen olisi huolestuttavaa myös oikeussubjektien kannalta. Lakitekstien merkitys määräytyisi täysin pelkästään lainsäätäjän intentioiden perusteella, ja nuo intentiot voisivat olla mitä

tahansa; lainsäätäjän ei tarvitsisi ottaa lainkaan huomioon tavallisen kansalaisen kielellistä kompetenssia ja sanojen vakiintuneita, arkikielisiä merkityksiä. Mutta tällöin tavallisten kansalaisten olisi vaikea tietää, mitä lait heiltä tarkkaan ottaen vaativat: vaikka tekstissä esiintyisi tuttuja sanoja, ne saattaisivat tarkoittaa mitä tahansa. Ja vaikka lainsäätäjän intentiot olisikin mahdollista selvittää lakitekstien ulkopuolisista asiakirjoista, tämä olisi hankala ja aikaa vievä tehtävä muille kuin asiaan vihkiytyneille oppineille. Kuten Fullerin teorian esittelyn yhteydessä näimme, yksi lain sisäisen moraalien (tai oikeusvaltion) vaatimus liittyi lakien ymmärrettävyyteen. Ymmärrettävyys vaatii lainsäätäjiä käyttämään, niin paljon kuin mahdollista, tavallista arkikieltä yhteisine, julkisine merkityksineen, ja hylkäämään radikaalin intentionalistisen merkitysteorian.

Jos ajattelemme intentionalismia tulkintametodina (mieluummin kuin teoriana sanojen merkityksestä), niin huomaamme, että se ei oikeastaan ole itsenäinen kaanon, sillä intention selvittäminen tapahtuu väistämättä muiden kaanoneiden avulla. Suurin osa kommunikaatiosta – myös lainsäätäjän ja lainsoveltajan (ja lakialamaisten) välillä – on ns. helppoja tapauksia siinä mielessä, että puhujan tai kirjoittajan intentio näkyy suoraan sanoista, joita hän käyttää. Teksti ja intentio kietoutuvat siis yhteen: puhuja/kirjoittaja tarkoittaa juuri sitä mitä hän sanoo. Jos laki vaatii esimerkiksi päteville testamentille kolme todistajaa, ei tätä yleensä tarvitse tulkita ja arvuutella, onko lainsäätäjä tarkoittanut sanoilla ”kolme” tai ”todistaja” aivan eri asioita kuin niillä yleensä tarkoitetaan. Jos tällaisen säännön kohdalla halutaan puhua tulkinnasta, niin tulkintakaanon on silloin yleensä pelkkä tekstualismi (eli tavallisen kielenkäyttäjän normaali lukutaito riittää). Kuten näimme, joskus lakiteksti sisältää monitulkintaisia käsitteitä, tai vastaan tulee uusi ja yllättävä tapaus, joka sijoittuu jonkin yleiskäsitteen reuna-alueelle. Tällöin tulkitsija voi hakea apua ympäröivästä tekstistä ja laajemminkin oikeusjärjestelmän kokonaisuudesta (eli käyttää systemaattista kaanonia). Ja lainsoveltaja joutuu usein samalla pohtimaan kyseisen lakitekstin, tai jonkin laajemman oikeusjärjestelmän osa-alueen, tarkoitusta. Mutta lain tarkoitusta ei tarvitse ymmärtää radikaalien intentionalistien tapaan (eli lainsäätäjän subjektiivisena intoimisen aktina, joka puhaltaa henkiin kuolleet merkit), vaan asiana, jonka järkevä tulkitsija voi konstruoida lainsäätämisen kontekstista (jos hän olettaa myös lainsäätäjän olevan käytännöllisesti järkevä päätöksentekijä).

15.5. Teleologinen kaanon

Lain tarkoituksen tulkintaa yllämainitulla tavalla kutsutaan yleensä *teleologiseksi* laintulkinnaksi. Teleologista kaanonina voi olla hankala erottaa intentionaalisesta kaanonista (eikä eroa välttämättä aina edes tehdä), sillä molemmissa kehoitetaan irtautumaan pelkästä lakitekstistä ja pohtimaan tekstin tuottamisen taustalla olevia tarkoituksia ja tavoitteita. Tässä monisteessa tarkoitamme teleologisella kaanonilla lain *objektiivisen*, mieluummin kuin subjektiivisen tarkoituksen etsimistä.

Teleologisen kaanonin käyttäjä ei siis ole kiinnostunut siitä, mitä subjektiivisia intentioita lainsäätäjän mielessä mahdollisesti oli kun se tuotti tulkittavana olevan tekstin, vaan siitä, mitä lainsäätäjän on *täytynyt* tarkoittaa, jos sitä pidetään rationaalisenä toimijana ja otetaan huomioon tarkoituksesta kertova evidenssi (eli esimerkiksi lakien esityöt) ja lainsäätämisaikojen yhteiskunnallinen ja poliittinen konteksti.

Tällainen tulkintatapa ei välttämättä eroa tekstualismista: jos pidämme lainsäätäjää rationaalisenä olentona, ja oletamme sen yleiseksi tavoitteeksi saada kansalaiset käyttäytymään tietyllä tavalla, silloin lainsäätäjän on järkevää ilmaista asiat mahdollisimman selkeästi ja yksiselitteisesti ja käyttää sanoja niiden arkikielissä merkityksissään, jotta oikeussubjektit voivat ymmärtää, mitä heidän pitää tehdä (tai mitä he eivät saa tehdä). Toisin sanoen, tämän yleisen tavoitteen saavuttamiseksi ei olisi järkevää kirjoittaa lakeja esimerkiksi jollakin hankalalla koodikielellä, tai käyttämällä pelkästään vertauskuvia. Tätä yleistä, koko oikeusjärjestelmän perimmäistä tavoitetta vasten, tekstualismi on järkevä *default*-tulkintametsodi josta poiketaan vain, jos siihen on erityisiä syitä.

Erityisiä syitä toki ilmaantuu usein: kuten jo on todettu moneen kertaan, lait ovat välttämättä luonteeltaan yleisiä (itse asiassa lainsäätäjien yksi yleinen tarkoitus on se, että jokaista yksittäistä tapausta varten ei ole järkevä säätää omaa lakia, vaan asioita pyritään säätämään etukäteen yleisluontoisesti). Yleiset lait eivät kykene ennakoimaan kaikkia lain soveltamistilanteita, ja tällöin lainsoveltaja saattaa joutua pohtimaan säätelyn tarkempia tarkoituksia. Otetaan taas esimerkiksi sääntö "Ei ajoneuvoja puistoon", ja oletetaan, että joku haluaisi tulla puistoon sähkökäyttöisellä pyörätuolilla. Säännön sanamuoto ei erikseen täsmennä, mitkä kaikki lasketaan "ajoneuvoiksi", ja tavallisten kielenkäyttäjien intuitiot eivät auta ratkaisemaan asiaa. Tällöin tulkitsijan on järkevää kysyä, mihin ongelmaan ajoneuvokiellolla on pyritty vastaamaan. Oliko tarkoitus parantaa puiston ilmanlaatua? Vai puistossa leikkivien

lasten turvallisuutta? Vai suojella puiston vanhoja, arvokkaita mukulakivikatuja? Vai antaa kaupunkilaisten saavuttaa kokemuksia "luonnosta sinänsä", ilman että siellä on mitään teknologiaa?

Tarkemman tarkoituksen selvittely vaatii tietysti erilaisten lainvalmisteluasiakirjojen ja muiden tekstien tutkimista, sekä yleistä tuntemusta lainsäätämiskokouksen poliittisesta ja yhteiskunnallisesta kontekstista. Mutta missään vaiheessa ei tarvitse miettiä, mitä lainsäätäjän *mielessä* liikkui; teleologista tulkitsijaa kiinnostaa vain, minkälaisista *dokumentaatioista* lainsäätäjän mielenliikkeistä löytyy (ja tämän dokumentaation tulkinta tapahtuu tekstuaalisesti). Kun lain tarkoitus on erilaisen evidenssin avulla pystytty päättämään, lainsoveltaja voi vertailla erilaisia ratkaisuvaihtoehtoja ja pohtia, mikä niistä parhaiten toteuttaa tuon tavoitteen. Jos esimerkiksi säännön tavoite on parantaa puiston ilmanlaatua, silloin sähkökäyttöisen pyörätuolin käyttöä ei tarvitsisi kieltää. Sen sijaan pyörätuoli voidaan katsoa "ajoneuvoksi", jos lain tarkoitus on suojella vanhoja arvokkaita katuja.

Tämän lyhyen tulkintakaanonien esittelyn lopuksi voidaan todeta, että käytännössä niitä on mahdoton erottaa toisistaan. Kaikki tulkinta ensinnäkin vaatii tekstien lukemista ja ymmärtämistä ilman, että tekstin merkitys kyseenalaistetaan aina uudestaan ja uudestaan (eli tekstualismia). Toisaalta tekstin normaali sanamuodon mukainen ymmärtäminen vaatii systemaattisen kaanonin käyttöä vähintäänkin siinä minimaalisessa mielessä, että yksittäiset sanat saavat täsmällisen merkityksensä *lauseyhteydessä*: me ymmärrämme kokonaisia lauseita (käskyjä, kieltoja, neuvoja jne.), emmekä erillisiä, irrallisia sanoja. Edelleen: yksiselitteisenkin lakitekstin ymmärtämiseen voidaan katsoa kuuluvan myös ymmärrys lakien yleisestä tarkoituksesta (ne eivät esimerkiksi ole vitsejä, tai runoutta, tai koodikieltä joka on tarkoitettu murrettavaksi, vaan niiden tarkoitus on säädellä ja koordinoita ihmisten käyttäytymistä). Eikä puhetta lainsäätäjien intentioistakaan tarvitse hylätä, jos sillä tarkoitetaan tulkinnan *lopputulosta*, eikä jotakin mystistä tapahtumaa, joka edeltää kaikkea merkityksellistä kielenkäyttöä. Voidaan siis sanoa, että lainsäätäjän intentio on se, mikä voidaan konstruoida erilaisista relevanteista teksteistä kun oletamme, että lainsäätäjä on käytännöllisesti järkevä toimija.