
Modernin oikeuden ongelma: Habermas, Kant vai Foucault?

Tässä *Tiede & edistyksen* numerossa julkaistaan Murikka-opistolla elokuussa 1988 järjestetyn modernin oikeuden legitimititeetti-ongelmia käsitelleen seminaarin satoa. Seminaarin pääalustuksen piti Jürgen Habermas oikeuden moraalin ja politiikan suhteista; Habermasin alustus julkaistaneen lähitulevaisuudessa T&E:ssä. *Ingeborg Mausin* ja *Håkan Hydénin* artikkeleita voi lukea Habermasin esittämiä näkökohtia vasten, niitä täydentävinä, osin myös problematisoivina. Niinpä Maus ja Hydén nostavat esiin ongelmia, jotka voi tulkita Habermasin kauniin rakennelman kyseenalaistamiseksi.

Habermas pyrki vastaamaan kahteen perustavaan ongelmaan. Ensinnäkin: mihin perustuu oikeuden ja poliittisen vallan funktionaalinen välttämättömyys rationaaliselle kollektiiviselle tahdonmuodostukselle ja minkälaisia funktioita oikeus ja poliittinen valta täyttävät toinen toisilleen? Rationaalista on hänen mukaansa sellainen toimintakonflikteja ratkaiseva ja kollektiivisia tavoitteita asettava yhteinen tahdonmuodostus, josta sosiaalisten toimijoiden ikään kuin luonnonvoimaisesti kehittyneet valtasuhteet on sulkeistettu. Toimintakonfliktien rationaalinen sääntely edellyttää puolueettomuuden ihanteen toteuttavia sosiaalisten normien justifikaatio- ja soveltamiskursseja. Moraalidiskursseihin kytkeytyy kuitenkin justifioitujen normien yleisen noudattamisen ongelma. Tämä ongelma voidaan Habermasin mukaan ratkaista vain siten, että justifioitavat normit muunnetaan oikeudellisesti sitoviksi. Pragmaattisissa diskursseissa tapahtuva rationaalinen tavoitteenasettelu puolestaan jättää vielä avoimeksi tehokkuuden ongelman. Jotta kollektiiviset tavoitteet ja ohjelmat voitaisiin panna täytäntöön, on tukeuduttava poliittiseen valtaan, jota diskurssit itse eivät voi synnyttää. Kun toimintakonfliktien rationaalinen sääntely edellyttää oikeutta, rationaalinen kollektiivinen tavoitteenasettelu vaatii täydennykseksen poliittista valtaa.

Samalla oikeus ja poliittinen valta edellyttävät toinen toistaan. Oikeuden perustavana funktiona poliittisen vallan kannalta on tarjota sille sellainen ”oikeudenmukaisuuden varanto”, josta se voi ammentaa legitimitettinsä. Poliittinen valta puolestaan tarjoaa oikeudelle ne pakotusvälineet, jotka varmistavat oikeuden sosiaalisen sitovuuden.

Toinen Habermasin alustuksessaan erittelemä perustava ongelma on modernille yhteiskunnalle spesifi ongelma: modernin oikeuden ja sen välityksellä myös poliittisen vallan legitimitetin ongelma. Moderni oikeus on olennaisesti positiivista, lainsäätäjän, siis poliittisen vallan, nimenomaisilla päätöksillään asettamaa oikeutta. Jos oikeus on poliittisen vallan mielin määrin muutettavissa, miten se voi enää toimia poliittisen vallan legitimitetin takaavana oikeudenmukaisuuden varantona?

Habermasin vastaus perustuu hänen ja K.-O. Apelin kehittämään diskursioteorian teoriaan, jossa moraalialia ei tarkastella muuttumattomina normisäilytöinä vaan normien justifioimisen ja soveltamisen menettelyinä. Myös moderni oikeus on hänen mukaansa yhteydessä moraalisiin tavalla, joka antaa sille mahdollisuuden toimia edelleenkin poliittisen vallan legitimitetin edellyttämänä oikeudenmukaisuuden varantona. Tämän yhteyden varmistavat positiivisen oi-

keuden itsensä sääntelemät menettelyt, jotka Habermasin mukaan ovat tulkittavissa moraalidiskurssien institutionaalistamiseksi. Näissä positiivisen oikeuden sääntelemissä menettelyissä positiivinen oikeus tavallaan viittaa itsensä tuolle puolen, oikeudenmukaisuuden täsmentävään moraaliiin.

Niinpä Habermas eritteli — oppilaansa Klaus Güntherin väitöskirjaan tukeutuen — tuomioistuinmenettelyä päätöksen puolueettomuutta silmämääränään pitävänä soveltamiskurssina. Tuomioistuinmenettelyssä voimassa olevat lait joudutaan olettamaan päteviksi. Lakien pätevyuden diskurssietiikan teorian vaativammassa mielessä, niiden justifioitavuuden, voi puolestaan taata vain demokraattinen lainsäätämismenettely. Siinä rationaaliseen kompromissinmuodostukseen ja hermeneuttista itseymmärrystä palveleviin eettis-poliittisiin diskursseihin kietoutuu normiehdotuksia ja poliittisia toimintaohjelmia oikeudenmukaisuuden näkökulmasta arvioivia moraalis-praktisia justifikaatiodiskurssija. Niinpä sellaiset demokraattisen oikeusvaltion normatiiviset peruseriaatteet kuin kansansuvereniteetti ja perusoikeudet ovat Habermasin näkökulmasta ymmärrettävissä käytännöllisen järjen mielessä rationaalisen poliittisen tahdonmuodostuksen takaavien menettelyjen institutionalisaatioiksi.

Habermasin tulkinnan mukaan oikeus ja moraalit ovat siis modernissakin yhteiskunnassa erottamattomasti yhteenkietoutuneet, eivät tosin määrättyinä normisisältöinä vaan oikeudellisesti säänneltyinä menettelyinä. Habermasin tutkijaryhmässä nykyisin työskentelevän Ingeborg Mausin kritiikin voi nähdä suuntautuvan osaltaan myös Habermasiin. Sen pääkohteena ovat tosin teoriat, jotka haluavat asettaa oikeudelle laadullisia ja määrällisiä rajoituksia nimenomaan sisällöllisistä moraalikäsitteistä käsin.

Maus vaatii artikkelissaan yhtäältä moraalien ja oikeuden sekä toisaalta oikeuden moraalisen justifikaation ja demokraattisen legitimaation erottamista toisistaan. Mausin lähtökohtana on Suomessakin ajankohtainen, lähinnä Ronald Dworkinin ja Robert Alexyn virittämä keskustelu oikeusnormien jakautumisesta sääntöihin ja periaatteisiin. Dworkinin ja Alexyn mukaan oikeusjärjestykseen kuuluu kiinteiden oikeussääntöjen ohella väistämättä myös tapausittain toisistaan vastaan punnittavia oikeuseriaatteita, jotka tekevät oikeudellisesta normistosta moraalien suuntaan avoimen järjestelmän. Mausin mukaan tällaisella ajattelutavalla saattaa olla kohtalokkaita seurauksia sekä oikeuden demokraattiselle legitimaatiolle, valtioelinten keskinäisuuksille että moraaliperusteisen oikeuskritiikin mahdollisuuksille; Saksan liittotasavallan valtiosääntötuomioistuimen käytännössä nämä seuraukset ovat hänen mielestään jo realisoituneet. Jos oikeuteen sisällytetään myös epämääräisiä moraaliperiaatteita, joiden sisällön oikeutta soveltavat viranomaiset täsmentävät kussakin yksittäistapauksessa, viranomaisille, ennen muuta tuomioistuimille, avautuu itselegitimaation mahdollisuus: viranomaiset voivat legitimoida ratkaisunsa moraaliperusteilla, joiden määrittäminen on niiden itsensä harkinnassa. Tällainen itselegitimaatio korvaa lainsäätämismenettelyn välittämän demokraattisen legitimaation ja samalla alistaa lainsäätäjän toimivallan tuomioistuinten täsmennettävissä oleville väljille

periaatteille. Ja kun moraalitulkinnat luovutetaan ”valtiolliselle oikeudenmukaisuuden asiantuntijavallalle”, samalla kielletään oikeutus kansalaisten ruohonjuuritasolta lähtevältä moraaliperusteiselta oikeuskritiikiltä.

Habermasin mukaan oikeuspositivismi ei ole kyennyt vastaamaan modernin yhteiskunnan oikeuden ja poliittisen vallan legitimaatio-ongelmaan. Sen sijaan Mausin vaatimuksena on eräänlainen paluu oikeuspositivismiin, täsmällisemmin sanottuna siihen oikeuspositivismiin suuntaukseen, jossa oikeudellista formalismia perustellaan kantilaisittain myös oikeuden demokraattisen legitimaation vaatimuksella. Näin tulkittu oikeuspositivismi pystyy hänen mukaansa paitsi lainsäätäjän toimivaltaa korostaessaan takaamaan oikeuden demokraattisen legitimaation myös asettamaan oikeudelle sellaisia laadullisia ja määrällisiä, oikeudellistumista hillitseviä pidäkkeitä, joita oikeusteoreettinen nykykeskustelu on turhaan etsinyt oikeuden kytkemisestä moraaliiin. Tässä Maus viittaa valistusajan oikeusajattelun klassikoihin (Rousseau, Kant), joilla demokraattisen lainsäädännön ala jo määritelmänmukaisesti rajoittui pelkästään yleisen intressin vaatimuksiin. Positivismi jättää oikeuden niin ikään avoimeksi ruohonjuuritason moraalikritiikille.

Mausin artikkeli sisältää monia suomalaisenkin nykykeskustelun kannalta terveellisiä muistutuksia muun muassa oikeusteorian implikaatioista poliittisen järjestelmän tasolla. On tosin syytä pitää mielessä seuraava Suomen ja Saksan liittotasavallan oikeusjärjestelmien välinen ero: Suomessa ei ole valtiosääntötuomioistuinta eikä myöskään yleisillä tuomioistuimilla ole oikeutta tutkia lakien perustuslain mukaisuutta. Silti niitä vaikutuksia, joita periaatteiden merkityksen korostamisella oikeudellisessa päätöksenteossa *saattaa* olla tuomioistuinlaitoksen aseman vahvistumiseen ennen kaikkea lainsäätäjään nähden samoin kuin kansalaisten oikeuskritiikin mahdollisuuksiin, ei suomalaisessakaan keskustelussa tulisi sivuuttaa.

Kansalaisten oikeuskritiikin mahdollisuuksissa on osaltaan kysymys kansalaistottelemattomuuden oikeutuksesta. Muun muassa näiltä osin Mausin artikkelia voi lukea Habermasin tulkinnan kritiikkinä. Jos oikeus on erottamattomasti kietoutunut moraaliiin, vaikkakin vain menettelyinä eikä niinkään määrättyinä normisäilytöinä, kansalaistottelemattomuuden oikeuttaminen käy ongelmalliseksi. Jos positiivinen oikeus takaa menettelyidensä avulla moraalisen justifioitavuutensa, miten positiiviseen oikeuteen kohdistuva kansalaistottelemattomuus voi enää olla moraalisesti oikeutettavissa?

Habermasilla on epäilemättä tähän kysymykseen vastaus; itse asiassa hän on käyttänyt Saksan liittotasavallan julkisessa keskustelussa moniakkin kansalaistottelemattomuuden oikeutusta puoltavia puheenvuoroja. Habermasin vastaus on luullakseni seuraavan suuntainen. Vaikka oikeudelliset menettelyt voitaisiinkin tulkita moraalidiskurssien institutionalisaatioksi, ne eivät voi koskaan taata moraalisesti ehdottoman oikeita lopputuloksia. Tämä johtuu jo niistä paikallisista, ajallisista ja sosiaalisista rajoituksista, joille institutionaalistaminen diskursi- alistaa. Uusien argumenttien valossa on mahdollista kyseenalaistaa oikeudel-

listen menettelyjen lopputulosten moraalinen pätevyys, ja näin myös kansalais-tottelemattomuudelle jää oma oikeutettu sijansa. Samalla Habermasin käsitys piirtää kuitenkin kansalaistottelemattomuudelle tiukat rajat: siinä ei saa turvautua väkivaltaan eikä se saa kohdistua niihin demokraattisen oikeusvaltion valtiosäännön peruseriaatteisiin, jotka vastaavat diskurssietiikan teoriassa kiistanalaisten moraalikysymysten ratkaisemiselle asetettuja menettelyllisiä ehtoja.

Oltakoonpa Habermasin vastauksesta mitä mieltä tahansa, Mausin kritiikki kuitenkin suuntaa huomion erääseen Habermasin 1980-luvun oikeustulkintojen pulmakohtaan. Se kriittinen viritys, joka leimasi esimerkiksi hänen habilitaatioväitöskirjaansa *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, on selvästikin vaimentunut. Voi väittää, että Habermas on viime vuosina ollut huomattavasti kiinnostuneempi modernin oikeuden ja diskurssietiikan teoriasta johdettujen normatiivisten ideaalien yhtäläisyyksistä kuin näitä ideaaleja mittapuunaan käyttävästä kritiikistä ja kritiikkiin pohjaavista uusista (institutionaalista) ehdotuksista. Habermasin viime vuosien tuotantoa on helppo lukea niin sanottujen länsimaisten demokratioiden olemassa olevien oikeusjärjestelmien legitimaationa. Tämä ei tosin ole ainoa mahdollinen lukutapa eikä varmaankaan edes Habermasin toivoma. Habermasin tulkintoja voi käyttää myös eräänlaisen immanentin oikeuskritiikin ohjelman mukaisesti: modernia oikeutta kritikoidaan sen itsensä tarjoamilla kriteereillä. Tällainen kritiikki edellyttää kuitenkin laskeutumista oikeusjärjestyksen normatiivisten peruseriaatteiden tasolta ”oikeustodellisuuden” maaperälle, sellaista analyysia, josta *Strukturwandel der Öffentlichkeit* tarjoaa erään esimerkin. Analyysi ja kritiikki vaativat vielä täydennyksekseen ehdotuksia uusiksi institutionaaliksi järjestelyiksi, joilla normatiiviset ideaalit voitaisiin toteuttaa. Suunnannäyttäjänä voi nyt käyttää vaikkapa Roberto Mangabeira Ungeria, USA:n Critical Legal Studies -liikkeen yhtä kuulakuvaa.

Kriittiselle oikeustutkimukselle esittämäni jälkimmäisen tehtävän osalta Mausin artikkelikaan ei täysin vakuuta. Pelkkä vaatimus ”paluusta Kantiin” tuskin voi tänä päivänä ratkaista oikeuden demokraattisen legitimaation tai sen laadullisen ja määrällisen rajoittamisen ongelmia ainakaan silloin, mikäli tämä vaatimus tulkitaan yksinomaan keskitetyn valtiollisen lainsäätäjän toimivallan korostukseksi. Vaatimusta tulisi vähintäänkin täsmentää sellaisilla norminannon desentralisoimisen ehdotuksilla, joita Maus on itsekin muissa yhteyksissä esittänyt eräänlaisen ”demokraattisen refleksiivisen oikeuden” mallia hahmotellessaan.

Kantiin palaamisen tunnus muun muassa sivuuttaa ne oikeudellisen sääntelyn logiikassa tapahtuneet muutokset, jotka ovat Håkan Hydénin artikkelin teemana; sama kritiikki voidaan suunnata myös Habermasin tulkintaan. Hydénin teesinä on, että oikeudellinen sääntely perustuu yhä vähemmän sellaisiin materiaalsiin sääntöihin, jotka välittömästi ohjaisivat säänneltävän toiminnan sisältöä; materiaaliset säännöt korvautuvat yhä enemmän konstitutiivisilla ja proseduraalisilla säännöillä. Materiaalisissa säännöissä puolestaan normatiiviselta sisällöltään väljät interventionormit ja tavoite — keino-normit valtaavat yhä enemmän alaa. Hydénin kuvaaman kehityskulun voi kytkeä Habermasin ja

Mausin erittelyihin. Interventionormien ja tavoite — keino-normien asettamisessa ja soveltamisessa Habermasin tarkoittamilla justifikaatio- ja soveltamiskursseilla näyttää olevan kovin vähän sijaa. Interventionormien asettaminen ja soveltaminen implikoi pikemminkin kompromissinmuodostukseen tähtävien neuvottelujen kaavaa, tavoite — keino-normien taas yksinomaan instrumentaalista rationaalisuutta silmämääränään pitävää päätöksentekoa. Tällaisessa päätöksenteossa oikeuden sisällöllisiä tai määrällisiä rajoja tuskin voi piirtää se demokraattisessa lainsäätämismenettelyssä tiivistyvä yleinen intressi, johon Maus Rousseauhin ja Kantiin viitaten näyttää asettavan toivonsa.

Hydén esittää paradoksaalisen tulkinnan: interventionormien ja tavoite — keino-normien välityksellä tapahtuva valtiollisen sääntelyn lisääntyminen ei itse asiassa ole oikeudellistumista vaan pikemminkin ei-oikeudellistumista. Uudentyyppiset normit hämärtävät sääntelyn aineellis-normatiivista sisältöä ja siirtävät päätöksenteon lakimiehiltä muiden alojen asiantuntijoille. Tällaisiin sääntelyihin tukeutuva oikeus ei voi enää toimia sellaisena normatiivisena järjestyksenä, joka joko itse rutinoi ja vakiinnuttaa arvorationaalisia arvostelmia tai tarjoaa niistä käytävän diskurssin näyttämön.

Hydénin tulkintaan nykyisen ”normitulvan” pikemminkin ei-oikeudellistavasta kuin oikeudellistavasta vaikutuksesta ei välttämättä tarvitse yhtyä. Se näyttää perustuvan eräänlaisille ylihistoriallisille oikeuden ja oikeudellisen sääntelyn tunnusmerkeille; se unohtaa, että ”oikean” oikeuden kriteerit muuttuvat sitä mukaa kuin oikeudellisen sääntelyn logiikka, oikeuden eräänlainen epistemologinen perusta, muuttuu. Olennaista sen sijaan on, että Hydénin artikkeli tarjoaa aineksia nimenomaan niiden, ilmeisestikin peruuttamattomien oikeudellisen sääntelyn logiikassa tapahtuneiden muutosten arvioimiselle, joita esimerkiksi ranskalainen Francois Ewald — Foucault’n assistentti muuten! — on eritellyt sosiaalioikeuden otsakkeen alla (*L’Etat-providence*. Bernard Grasset, Paris 1986). Ja juuri näitä muutoksia voi pitää niin Habermasin tulkinnan kuin Mausinkin ohjelmallisten lausumien eräinä olennaisina koetinkivinä!

Habermasin tulkinnan voi problematisoida monesta suunnasta; Mausin ja Hydénin artikkelit osoittavat vain eräitä mahdollisuuksia. Fundamentaalikritiikin voinee ounastella etenevän seuraavista lähtökohdista.

Habermasin tulkinta kytkeytyy valistuksen oikeus- ja valtiokonseptioon, jonka kriittinen kärki suuntautui absolutismin mielivaltaiseen vallankäyttöön. Habermasin seminaarialustuksessa kuten hänen ajattelussaan yleensäkin voi selvästi havaita Vallan ja Järjen vastakkainasettelun: kollektiivinen tahdonmuodostus on rationaalista vain silloin, kun valtasuhteet on sulkeistettu sen ulkopuolelle. Myös poliittisella alueella Järjen on määrä kesyttää Valta, ja tämä tapahtuu Vallan Legitimiteetin takaavan Oikeuden avulla; Oikeuden on määrä ruumiillistaa Järkeä. Vallan vastapainoksi saamme yhtälön Legitimiteetti = Oikeus = Järki. Foucaultlaisella pyssyllä räiskijälle voi tuskin kuvitella otollisempaa harjoittelutalua!