

Responsiivisuus ja refleksiivisyys oikeudessa

Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunnan tutkimusseminaari
12.–14.3.2019

Samuli Hurri, luonnos 8.1.2019

Tiedekunnan tutkimusseminaarin kattoteemana tänä vuonna on *responsiivisuus ja refleksiivisyys oikeudessa*. Teema kytkeytyy Lapin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan pitkäjänteiseen profiloitumiseen tutkimusyhteisönä, jossa oikeusjärjestelmää tarkastellaan osana toimivaa yhteiskuntaa. Yhteisen seminaarin suunnittelussa ovat olleet vahvasti mukana tiedekunnan vastaperustetut tutkimusryhmät.

Tutkimusryhmissä oikeuden suhdetta toimivaan yhteiskuntaan tarkastellaan yhtäältä erityisesti ihmisten hyvinvointiin, luonnonvarojen käyttöön ja teknologiseen kehitykseen liittyvien ongelmien kautta. Toisaalta myös (oikeudellisiin) menettelyihin kiinnittyviin tutkimuksiin on oma ryhmänsä. Menettelyt pyrkivät takaamaan sen, että erilaiset yhteiskunnalliset tavoitteet toteutuvat yhteiskunnassa, mutta niihin itseensäkin sisältyy tärkeitä oikeudellisia arvoja, kuten kaikkien osapuolten tasapuolinen huomioon ottaminen.

Tässä paperissa esittelen omalta osaltani lyhyesti tämän vuoden seminaarin tematiikkaa oikeusteorian näkökulmasta. Sen taustalla vaikuttaa perusidea modernin *yhteiskunnan eriytymisestä*, joten ensin muutama sana siitä. Sitten käsittelen eriytymisen seurauksena syntyvää kokonaisperspektiivin katoamista ja sen tilalle tulevaa *lisääntyvää kompleksisuutta*. Tältä pohjalta päästään käsiksi *responsiivisuuden* ja *refleksiivisyyden* teemoihin, jotka ovat tämän esityksen pääaiheet. Lopuksi palaan vielä kysymykseen oikeuden tutkimisesta osana toimivaa yhteiskuntaa.

Oma esitykseni tarjoaa vain yhden näkökulman problematiikkaan. Olen iloinen, jos joku huomaa siinä aihetta keskusteluun, mutta valitsemani käsittelytavan ja näkökulman hedelmällisyydestä voi olla myös eri mieltä. Ei ole mitään yhtä, oikeaa tapaa käsitellä seminaarin taustalla vaikuttavaa kysymystä, oikeutta toimivassa yhteiskunnassa.

Eriytynyt yhteiskunta

Idea funktionaalisesti eriytyneestä yhteiskunnasta ei ole uusi. Yhteiskuntatutkimuksen klassikoiden mukaan modernia aikaa luonnehtii alati lisääntyvä työnjako. Kaikkien ei

tarvitse osata kaikkea, vaan kukin (ryhmä) erikoistuu hoitamaan yhä enemmän vain omaa tehtävänsä. Muodostuu ammattikuntia, joiden piirissä alkaa kehittyä kullekin ominaisia näkemyksiä, päämääriä ja arvoja. Tämän seurauksena yhteisen arvomaailman rinnalle kehittyy erityisiä arvomaailmoja: ihmiset alkavat katsoa maailmaa ja itseään tämän erityisen arvomaailman erillisestä näkökulmasta. Työnjaon tuottaman tehokkuuden huono puoli on se, että eri elämänpiireistä tulevat ihmiset ymmärtävät yhä vähemmän toisiaan.

Vastaava kehitys näkyy myös yhteiskunnallisten rakenteiden puolella. Jatkuvan erikoistumisen tuloksena moderni yhteiskunta jakautuu suhteellisen itsenäisiksi osajärjestelmiksi, joista kukin alkaa muodostua omaksi maailmakseen. Ne toimivat vain omalla rajatulla kentällään, oman järkensä ja näkökulmansa mukaan. Tietyille järjestelmälle ja sen käytännöille ominaisella ”rationaliteetilla” tarkoitetaan sen erityistä logiikkaa, joka sisältää myös järjestelmän kokoavan toiminta-ajatuksen. Tämä ilmaisee järjestelmän tehtävän yhteiskuntakokonaisuudessa ja siihen kiinnittyvät myös sen perusarvot ja päämäärät, joita sen piirissä toimivat pitävät itsestään selvinä. Voidaan puhua suhteellisen autonomisista (omalakisista, toisistaan riippumattomista) järjestelmistä.

Tämän esityksen tarpeita varten suhteellisen autonomisina järjestelminä voidaan (tutkimusyhteisömme painopistealueiden mukaisesti) pitää esimerkiksi seuraavia:

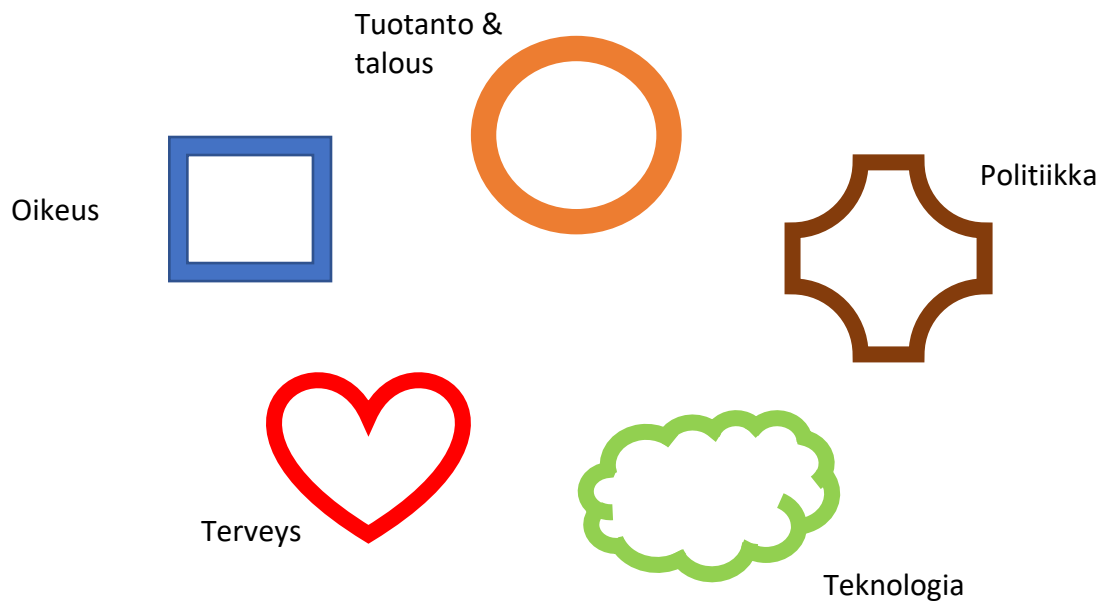
- ihmisten hyvinvoinnista ja kansanterveydestä huolehtimaan pyrkivää *terveydenhoitojärjestelmää*,
- luonnonvaroja kestäväällä tavalla käyttämään pyrkivää *tuotannollistaloudellista järjestelmää*, sekä
- ihmisten ja yritysten toimintaa helpottamaan ja tehostamaan pyrkivää *teknologista järjestelmää*.

Meidän tutkimusyhteisöllemme on tärkein luonnollisesti *oikeusjärjestelmä*, vaikka pyrimmekin tarkastelemaan sitä osana toimivan yhteiskunnan kokonaisuutta. Silti näkökulmamme sekä yhteiskuntakokonaisuuteen että sen yksittäisiin osajärjestelmiin on epäilemättä aina jollakin tavalla oikeusjärjestelmän näkökulma.

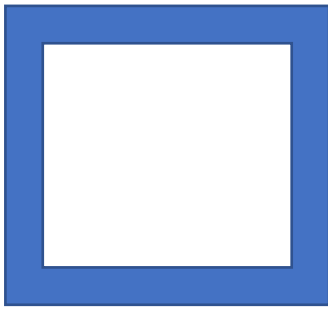
Pitkälle eriytyneessä yhteiskunnassa voidaan ainakin teoriassa ajatella, että aitoa kokonaisnäkökulmaa ei enää ole olemassa. Sen tilalle on tullut – yhtäältä osajärjestelmien keskinäisen vuorovaikutuksen johdosta ja toisaalta tästä vuorovaikutuksesta syntyvän itsereflektion johdosta – näkökulmien pluralismi, sekä sen myötä jotain, mitä voidaan kutsua vaikkapa *lisääntyväksi kompleksisuudeksi*. Mitä tarkoitan tällä? Seuraavat kuviot pyrkivät havainnollistamaan asiaa.

Lisääntyvä kompleksisuus

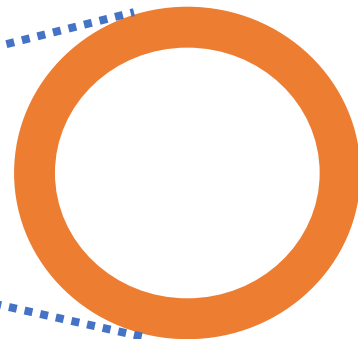
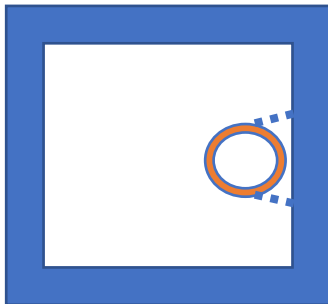
Ajatellaan aluksi yhteiskuntakokonaisuutta, jossa on useita suhteellisen itsenäisiä osajärjestelmiä:



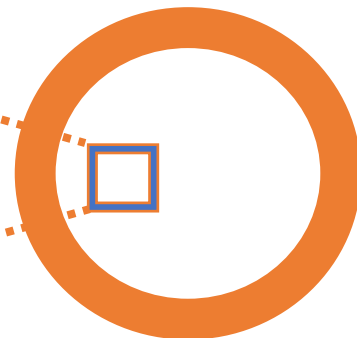
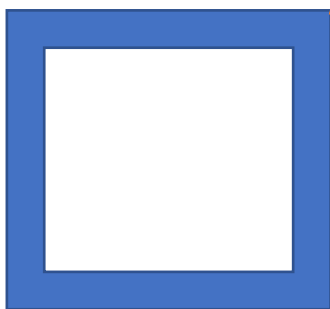
Ajatellaan sitten vain kahta järjestelmää, sanokaamme oikeusjärjestelmä (neliö) ja taloudellistuotannollinen järjestelmä (ympyrä):



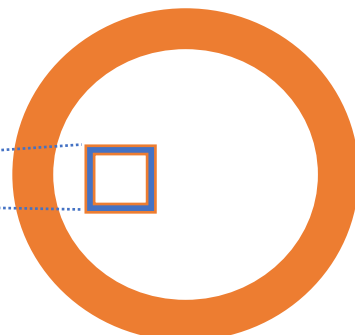
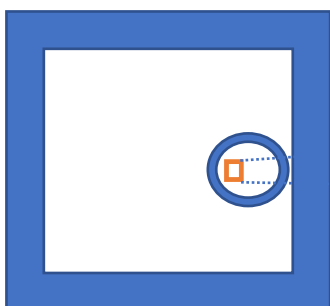
Ajatellaan, että yksi järjestelmä "havaitsee" toisen järjestelmän ympäristössään ja muodostaa siitä sisälleen kuvan tai käsityksen:



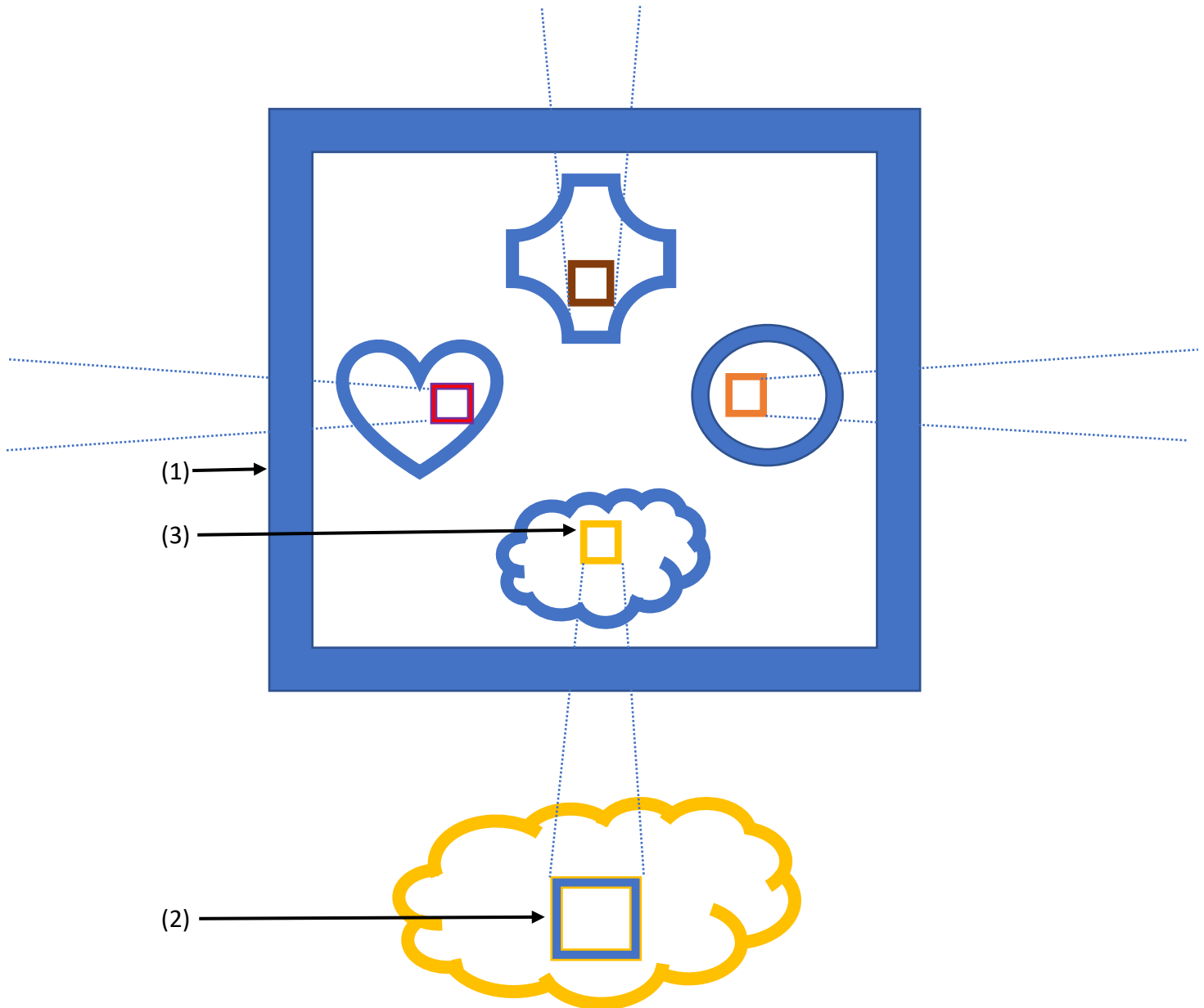
Myös toinen järjestelmä havaitsee ensimmäisen ja muodostaa siitä kuvan/käsityksen vastaavasti:



Ensimmäinen järjestelmä havaitsee, että toinen järjestelmä sisältää havainnon eli kuvan/käsityksen siitä itsestään, ja sisällyttää tämän "omakuvan" havaintoonsa toisesta:



Kun tietty järjestelmä ”tarkkailee” ympäristössään muita järjestelmiä, se havaitsee, että kaikilla niillä on siitä itsestään jokin kuva/käsitys. Järjestelmä siis saa eteensä koko ajan useita kuvia/käsityksiä itsestään toisten järjestelmien peileissä. Tällä tavalla alamme päästä kokonaiskäsityksen tilalle tulevan lisääntyvän kompleksisuuden jäljille: kaiken kattavaa representaatiota (”lintuperspektiiviä”) ei funktionaalisesti eriytyneessä yhteiskunnassa ole, sen sijaan kaikilla järjestelmillä on oma ja kokonainen representaationsa ympäröivästä maailmasta.



Lisääntyvä kompleksisuus vaikuttaa paitsi järjestelmien suhteeseen ympäristöönsä nähden, myös niiden ns. itsesuhteeseen. Voidaan sanoa, että näkökulmien pluralismin tullessa kokonaisnäkökulman tilalle, syntyy kertautuvien omakuvien sarja. Jokaisella järjestelmällä on ensinnäkin (1) käsitys itsestään. Jokaisella on toiseksi (2) myös oma käsityksensä toisista järjestelmistä, joka ei ole sama kuin näiden järjestelmien käsitys itsestään. Jokaisen järjestelmän käsitykseen toisesta järjestelmästä sisältyy kolmanneksi

(3) käsitys siitä, miten tämä toinen käsittää sen – eikä tämä käsitys (3) ole sama, kuin järjestelmän oma käsitys itsestään (1) tai toisen järjestelmän käsitys siitä (2).

Jos funktionaalisesti eriytynyt yhteiskunta pakottaa tutkijan luopumaan kokonaisnäkökulmasta, nousee esiin kysymys siitä, millä tavalla sen jälkeen tutkitaan *oikeutta osana toimivaa yhteiskuntaa*. Edellä on mainittu kolme käsitystä oikeudesta: oikeuden käsitys itsestään, muiden käsitykset oikeudesta ja oikeuden käsitys muiden oikeuskäsityksistä. Yksi vaihtoehto on tarkastella tällaisten oikeuskäsitysten vuorovaikutusta ja välityssuhteita. Juuri näitä suhteita voidaan avata responsiivisuuden ja refleksiivisuuden käsitteillä.

Responsiivisuus

Responsiivisuus tarkoittaa tässä yhteydessä jonkin suhteellisen itsenäisen järjestelmän kykyä vastata muualta yhteiskunnasta siihen kohdistuviin odotuksiin ja tarpeisiin. Näyttäisi järkevältä ajatella, että kukin järjestelmä on kokonaisyhteiskunnallisessa työnjaossa olemassa tyydyttääkseen juuri sen vastuulla olevia tarpeita. Toisaalta mielikuva jonkinlaisesta ”alus” tapahtuneesta järjestelmien välisestä tehtävien jaosta ei millään tavoin vastaa todellisuutta. Se, minkälaisiin odotuksiin ja tarpeisiin järjestelmä vastaa, on nimittäin suurelta osin seurausta järjestelmän omasta itseymmärryksestä. Järjestelmän piirissä ikään kuin tiedetään parhaiten, mitä siltä tarvitaan. Responsiivisuudella on tällä tavalla sekä järjestelmän ulkoinen että sisäinen puolensa.

Sekä sisäiseltä että ulkoiselta puolelta katsottuna voidaan joka tapauksessa puhua kunkin järjestelmän perustavasta tarpeellisuudesta. Tarpeellisuus ohjaa järjestelmien toimintaa ja selittää ja perustelee niiden olemassaolon. Lennokkaammin voidaan ehkä sanoa, että tarpeellisuus on yhteiskunnallisten järjestelmien molekyyli rakenne ja perustuslaki (konstituutio).

Periaatteessa ei ole kovin vaikeata hahmottaa, mitä tällaiset järjestelmäkohtaiset, niiden olemassaolon perustelevat tarpeet ja odotukset ovat. Esimerkiksi terveydenhoitojärjestelmä vastaa epäilemättä ihmisten tarpeeseen pysyä fyysisesti ja psyykkisesti kunnossa. Tuotannollistaloudellinen järjestelmä taas vastaa ns. materiaalsiin tarpeisiin, paitsi valmistamiensa hyödykkeiden myös luomiensa työpaikkojen kautta. Teknologinen järjestelmä tarjoaa välineitä mitä erilaisempien toiminnan tehostamistarpeiden tyydyttämiseen. Oikeusjärjestelmä puolestaan vastaa oikeudenmukaisuusodotuksiin ja tarpeeseen ratkaista riitoja. Esimerkiksi tällaisia järjestelmiin kohdistuvia tarpeita ja odotuksia on ihmisillä ja yrityksillä yksilöinä.

Tiettyyn järjestelmään kohdistuvia odotuksia ja tarpeita voidaan kuitenkin ajatella olevan paitsi yksilöillä, myös *toisilla järjestelmillä*. Esimerkiksi terveydenhuoltojärjestelmän sisältä käsin voidaan ja tuleekin tarkastella vaikkapa luonnonvarojen käyttöä tai teknologioiden kehittelyä ihmisten hyvinvoinnin näkökulmasta. Terveystuoltojärjestelmä pyrkii tätä tietä asettamaan tuotannollistaloudelliselle järjestelmälle ja teknologiselle järjestelmälle ihmisten hyvinvointiin liittyviä vaatimuksia.

Sellaisenaan hyvinvointivaatimukset ovat vieraita kahden muun järjestelmän – teknologisen ja tuotannollistaloudellisen – omille toiminta-ajatuksille. Työpaikkoja lisäävä kaivos tai tuotannon ketteryttä lisäävä ihmisresurssien hienokuormitusohjelmisto eivät aina välttämättä ole terveyden ja hyvinvoinnin kannalta pelkästään myönteisiä asioita. Responsiivisuus tässä esimerkissä tarkoittaisi tuotannollistaloudelliselta järjestelmältä ja teknologiselta järjestelmältä edellytettyä kykyä ottaa terveys- ja hyvinvointinäkökohdat huomioon.

Entä sitten oikeusjärjestelmä? Kun muita yhteiskunnallisia järjestelmiä tarkastellaan oikeusjärjestelmän erityisestä näkökulmasta, korostuvat oikeudenmukaisuusodotukset. Nämä odotukset lienevät enemmän tai vähemmän vieraita asioita muille järjestelmille. Ne suhtautuvat oikeudenmukaisuusodotuksiin kaiketi lähinnä välineelliseltä kannalta. Eli mikä on toteutuvan tai toteutumatta jäävän oikeudenmukaisuuden vaikutus järjestelmän oman toiminta-ajatuksen toteutumiseen.

(Esimerkiksi: Miten koetut vääryydet vaikuttavat terveyteen? Miten oikeudenmukaiseksi koettu palkka tai verotus vaikuttaa markkinoiden suorituskykyyn? Mitä uusia mahdollisuuksia tulee teknologian kehittämiseen, jos ihmiset saadaan joukkoina osallistumaan siihen tarjoamalla oikeudenmukaista osuutta syntyvästä lisäarvosta?)

Oikeusjärjestelmän omasta näkökulmasta terveys, markkinoiden suorituskyky ja toiminnan tehokkuus ovat vastaavalla tavalla sivuseikkoja. Oikeudenmukaisuus on pääasia. Sikäli kuin muiden regiimien puitteissa käytetään valtaa, oikeusjärjestelmä vaatii niiltä ihmisten tasapuolista ja ennakoitavaa kohtelua – tai päinvastoin erityisryhmiä suosivaa ja yksilöllisten tilanteiden mukaan kohtuullisia ratkaisuja.

Järjestelmien keskinäisten suhteiden tasolla taas voidaan sanoa, että juridiikka *suhteellistaa* muiden regiimien itsestäänselvyydet: yhden järjestelmän sisällä kyseenalaistamattomina vaikuttavat arvot ja tavoitteet asetetaan samaan puntariin toisten järjestelmien arvojen ja tavoitteiden kanssa. *Regiimikonflikteiksi* kutsutuissa järjestelmien keskinäisissä välienselvittelyissä kunkin järjestelmän niin sanotut *itseisarvot* ja niihin liittyvät itsestään selvät tavoitteet tippuvat rangissa *arvovalintojen* tasolle.

Ylisummaan responsiivisuus oikeudessa tarkoittaa epäilemättä oikeuden kykyä vastata jollakin tavalla yhteiskunnan muutoksiin. Responsiivinen oikeus ei kuitenkaan tarkoita esimerkiksi sitä, että kun jotakin asiaa – esimerkiksi kilpailua raaka-ainemarkkinoilla, digitaalisen teknologian kehitystä tai ikääntyneiden kykyä tulla toimeen kotona – halutaan edistää, oikeusjärjestelmän olisi uudistuttava tai tultava tulkituksi kautta linjan tämän tavoitteen mukaisesti. Oikeuden kentälle tullessaan nämä tavoitteet suhteellistuvat muihin tavoitteisiin.

Oikeusjärjestelmällä on oma rationaliteettinsa (tehtävä, arvot ja tavoitteet) ja viime kädessä se vastaa yhteiskunnallisiin tarpeisiin ja niiden muutoksiin toteuttamalla sitä. Tarvitsevatko muut yhteiskunnalliset järjestelmät oikeusjärjestelmää kertomaan, mitkä niiden omat arvot ja tavoitteet ovat, on oma kysymyksensä, johon palataan lopuksi.

Tässä vaiheessa voimme avata peliä siihen suuntaan, että responsiivisuus oikeudessa olisi sen kykyä tunnistaa muiden järjestelmien itsestäänselvyydet arvovalintoina ja sitä kautta nähdä niihin kätkeytynyt vallankäyttö. Vasta tämän jälkeen järjestelmien välillä voidaan ruveta hakemaan tasapainoa konflikti- ja neuvottelutilanteissa.

Refleksiivisyys

Kuten todettua, eriytyneessä yhteiskunnassa työnjako lisääntyy ja järjestelmien väliset erot syvenevät, mikä johtaa kokonaisperspektiivin häviämiseen ja lisääntyvään kompleksisuuteen edellä kuvatulla tavalla. Voidaan edelleen sanoa, ettei kaiken näkevää yhteiskunnallista arkkitehtiä eikä sen tahdon toteutumista valvovaa järjestyksenpitoakaan ole olemassa. Näissä oloissa voidaan esittää kysymys siitä, missä määrin suhteellisen itsenäisten osajärjestelmien keskinäistä suhdetta luonnehtii *kamppailu hegemoniasta*.

Tällaisessa kamppailussa kunkin järjestelmän ”molekyyli rakenne” ja ”perustuslaki” on jatkuvasti uhattuna toisten järjestelmien totalisoivien pyrkimysten takia. Näissä oloissa järjestelmien on kyettävä jatkuvasti perustelemaan oma tarpeellisuutensa ja samalla torjuttava toisten järjestelmien pyrkimykset päästä hallitsevaan asemaan. Siinä missä responsiivisuus tarkoittaa muuntautumiskykyä ja kehityksen matkassa pysymistä, refleksiivisyys tarkoittaa yleisellä tasolla yhteiskunnallisen järjestelmän kykyä säilyttää oma identiteettinsä muualta tulevien odotusten ja tarpeiden paineessa.

Tässä merkityksessä voidaan sanoa, että *refleksiivisyys* tarkoittaa järjestelmän toiminta-ajatuksen kirkkaana pysymistä ja sitä kautta syntyvää vastustuskykyä. Vastustuskykyinen järjestelmä ei niele ulkoisia vaikutteita purematta, vaan osaa muuttaa ne oman rationaliteettinsa kielelle. Tätä voidaan pitää refleksiivisyyden ensimmäisenä merkityksenä. Erityisesti oikeustieteen piirissä on kehittynyt myös toinen merkitys refleksiivisyyden käsitteelle, jolla on ollut merkitystä erityisesti niin sanotun sääntelyteorian piirissä. Palaamme tähän lopuksi.

Refleksiivisyys ensimmäisessä merkityksessään on siis jotain, mitä hegemoniakamppailussa menestyminen järjestelmältä edellyttää. Selventääksemme tätä voidaan ajatella esimerkiksi terveydenhuoltojärjestelmän ja tuotannollistaloudellisen järjestelmän suhdetta.

Aluksi on sanottava, että hegemoniakamppailujen tutkiminen ei välttämättä vaadi luopumista kokonaisyhteiskunnallisesta perspektiivistä. Voisimme aivan hyvin tutkijoina asettua siihen, ja koettaa kerätä havaintoja siitä, minkä järjestelmän (esimerkiksi terveydellisen vai tuotannollistaloudellisen) näkökulma on pääsemässä määräävään asemaan yhteiskunnan kokonaisuudessa. Voisimme seurata sitä, mitä tapahtuu konkreettisissa poliittisissa päätöksissä tai juridisissa jutuissa – sanokaamme esimerkiksi kaivoslupa-asioissa – ja selvittää, tulevatko niissä terveysnäkökohdat jyrätyiksi tuotannollistaloudellisilla näkökohdilla tai päinvastoin.

Jos kuitenkin luovumme kokonaisperspektiivistä ja otamme lisääntyvän kompleksisuuden teesit vakavasti, voimme yrittää jäljittää hegemoniakamppailun

draamaa toisaalta. Voimme nimittäin yrittää etsiä sen edistymistä *järjestelmien sisäisistä muutoksista*. Käyttämäämme kielikuvaa jatkaen voidaan jälleen puhua mutaatioista järjestelmien konstituutioissa: ”molekyylikirakenteessa” ja ”perustuslaissa”. Toisin sanoen siinä tavassa, jolla järjestelmät *itse ymmärtävät* oman tarpeellisuutensa.

Mainitun kaltaista sisäistä muutosta terveydenhuoltojärjestelmässä tarkoittaisi esimerkiksi se, jos sen piirissä alettaisiin pitää huollettavana olevaa väestöä kokonaan tai ensisijaisesti tuotannon tarpeita palvelevana työvoimana. Tämä olisi järjestelmien välisessä hegemoniakamppailussa suuri voitto tuotannollistaloudelliselle järjestelmälle. Terveydenhuoltojärjestelmä päättyisi omaksumaan *omaa toimintaansa* ohjaaviksi periaatteiksi jotakin *toisen järjestelmän* rationaliteetista: ihmisten pitämisen tuotannon palveluksessa ja heidän työtehonsa maksimoinnin.

Jotta terveydenhuoltojärjestelmä ei tällä tavalla alistuisi ajattelemaan ja toimimaan toisen järjestelmän arvojen ja tavoitteiden mukaan, sen refleksiivisen itseymmärryksen on oltava kunnossa. Sen on toisin sanoen kyettävä pitämään kiinni omasta näkökulmastaan. Omasta toiminta-ajatuksestaan käsin se tarkastelisi esimerkiksi työssä käymistä vain osana ihmisten kokonaishyvintä. Niin kauan kuin terveydenhuoltojärjestelmä osaa kiinnittää tarpeellisuutensa tähän, ja pitää toisten järjestelmien tarpeita vain huomioon otettavina näkökohtina, se pysyy vastustuskykyisenä.

Siirrytään sitten oikeusjärjestelmään. Kuten sanottua, oikeusjärjestelmässä refleksiivisyyttä voidaan tarkastella kahdessa eri merkityksessä. Ensinnäkin voidaan puhua oikeusjärjestelmän kyvystä säilyttää suhteellinen autonomiansa suhteessa muihin järjestelmiin. Oikeusjärjestelmän on kyettävä paitsi vastaamaan toisten järjestelmien tarpeisiin, myös kääntämään niiden piirissä syntyvät ongelmat juridiselle kielelle. Mikä sitten pohjimmiltaan luonnehtii juridista kieltä ja erottaa sen muiden järjestelmien kielistä?

Nykyajan yhteiskuntateorioita seuraten ehdotan, että ero liittyy kysymykseen tiedosta ja vallasta. Terveysjärjestelmän, tuotannollistaloudellisen järjestelmän ja teknologisen järjestelmän kieliä luonnehtii nähdäkseni kiinnittyminen objektiiviseen ja tieteelliseen tietoon, joka olisi arvojen suhteen neutraalia ja riippumatonta ihmisten valinnoista. Juridinen kieli taas kiinnittyy juuri poliittisiin arvovalintoihin sekä niitä toimeenpanemaan yhteiskunnalliseen vallankäyttöön. Lakien ei ole tarkoitus olla millään luonnontieteellisellä tavalla ”totta”, vaan ihmisten muodollisesti pätevällä ja sisällöllisesti perustellulla tavalla tekemiä päätöksiä. Oikeuspositivismin perusajatusten mukaisesti voidaan sanoa, että oikeus on yksien vallankäyttäjien tekemiä valintoja, joiden tulisi ohjata toisten vallankäyttäjien valintoja.

Jos oikeusjärjestyksen refleksiivisyyttä tarkastellaan järjestelmien välisen hegemoniakamppailun näkökulmasta, voidaan sanoa, että sen elinvoimaisuus riippuu siitä, miten hyvin se onnistuu pitämään esillä kysymystä vallasta ja arvovalinnoista. Ratkaisevaa tässä on, että oikeudellisella kysymyksenasettelulla on voimia nostaa vallankäyttönä ja arvovalintoina esiin myös niitä asioita, jotka muiden järjestelmien sisäisessä tarkastelussa näyttävät itsestään selviltä objektiivisilta totuuksilta (”tietenkin

haluamme olla terveitä”, ”tietenkin pyrimme täystyöllisyyteen”, ”tietenkin haluamme mahdollisimman tehokkaat välineet”).

Toisaalta on huomautettava, että sikäli kuin toisten järjestelmien itsestäänselvydet juridisessa tarkastelussa osoittautuisivatkin valinnoiksi, ei tämä kuitenkaan tarkoita sitä, että joku taho olisi varta vasten ja harkiten tällaiset valinnat tehnyt. Kiinnostavaa onkin juuri se, että valinnat, arvot ja valta ovat paremminkin rakentuneet yhteiskunnallisten osajärjestelmien toiminta-ajatusten eli rationaliteettien sisään. Tutkijan jännittävä tehtävä olisi pyrkiä tuomaan esiin sellaisia valintoja, valtaa ja arvoja, joita itse toimijat eivät ole edes ajatelleet tai ainakaan kyseenalaistaneet.

Rationaliteetin sisään rakentunut arvovalinta ei ole hirvittävän vaikea asia hahmottaa. Otetaan esimerkiksi terveydenhuoltojärjestelmä. Niin kauan kuin sen tarpeellisuuden perustava tehtävä on ihmisten hyvinvoinnista huolehtiminen, on tämän järjestelmän sisältä käsin koko lailla mahdotonta hahmottaa hyvinvointia arvovalintana, joka olisi voitu tehdä toisinkin. Vasta silloin, kun eri järjestelmien edustajat antautuvat aitoon keskusteluun, voivat niiden perustavat lähtökohdat suhteellistua. Voidaan ajatella, että juuri näin käy juridiikan kentällä, oikeusjutuissa tai lainvalmistelussa, jossa itsestäänselvydet muuttavat muotonsa valinnoiksi, jotka on nähtävä ja tehtävä arvojen välillä ja sellaisina perusteltava.

Tarkastellaan vielä lopuksi lyhyesti refleksiivisyyttä oikeudessa sen toisessa merkityksessä, eli länsimaisen oikeusjärjestelmän kehitysvaiheena, oikeustyyppinä tai paradigmana.

Refleksiivisen oikeuden paradigma kiinnittyy *toisten* järjestelmien itsetietoisuuden tuottamiseen. Refleksiivisyys ei ole oikeusjärjestelmän kykyä olla perillä omista fundamenteistaan ja varjella niitä vierailta vaikutteilta ja niiden aikaansaamilta mutaatioilta, vaan osallistumista toisten järjestelmien oman itsen määrittelyyn. Olennaista on, että refleksiivinen oikeustyyppi ei millään tavalla pyri omista lähtökohdistaan määräämään tai käskemään muita järjestelmiä sen osalta, mikä niiden tehtävä ja sitä kautta arvot ja tavoitteet yhteiskuntakokonaisuudessa ovat.

Sen sijaan refleksiivinen oikeus tarjoaa muille järjestelmille välineitä ja menettelymuotoja päästä itse perille siitä, mitkä niiden tehtävä, tavoitteet ja arvot ovat. Refleksiivinen oikeus siis kannustaa ja edesauttaa – ehkä jopa panee liikkeelle – prosesseja, joissa muut järjestelmät voivat syventää itseymmärrystään, asettaa sen pohjalta tavoitteita ja selvittää keinoja niiden saavuttamiseksi.

Refleksiivisen paradigman mukaisella oikeudellisella sääntelyllä ei siten kerrota esimerkiksi lääkäreille, kaivosmiehille ja digialustojen suunnittelijoille, mitä heidän tulee tehdä. Sen sijaan refleksiivinen oikeus tarjoaa rakenteita ja malleja, joissa kaikki nämä voivat päästä selvyteen ensinnäkin siitä, miksi he oikeastaan tekevät sitä mitä tekevät. Kun tämä tarpeisiin liittyvä tarkoitus on kirkastettu, voidaan järjestelmän sisälle luoda tapoja, joilla keinot valitaan ja toimeen ryhdytään.

Oikeus osana toimivaa yhteiskuntaa?

Palataan vielä lopuksi kysymykseen siitä, miten tutkia oikeutta osana toimivaa yhteiskuntaa lisääntyvän kompleksisuuden olosuhteissa. Tässä arvelen edellä esittämäni kertautuvan omakuvien sarjan voivan olla kokeilemisen arvoinen lähtökohta, vaikka se onkin vielä varsin varhaisella kehittelyn asteella. Kuten sanottua, oikeudesta voidaan ajatella syntyväksi kolme erilaista kuvaa tai käsitystä: oikeuden oma itseymmärrys, toisten järjestelmien käsitys oikeudesta ja oikeuden käsitys muiden järjestelmien oikeuskäsityksistä. Väitin, että responsiivisuuden ja refleksiivisyyden ideoilla voitaisiin selventää näiden kolmen vuorovaikutusta ja välityssuhteita. Miten siis on?

Sikäli kuin ajatus eriytynyttä yhteiskuntaa luonnehtivasta järjestelmien välisestä hegemoniakamppailusta hyväksytään, voidaan ajatella, että responsiivisuus ja refleksiivisyys peilaavat tuota kamppailua oikeuden sisäisessä elämässä. Ajattelen, että järjestelmien välistä kamppailua vastaa oikeusjärjestelmän sisäinen kamppailu omasta olemuksestaan. Jos responsiivisuus on oikeuden kykyä vastata ajan haasteisiin ja ulkoisiin odotuksiin, koettelee se samalla jatkuvasti oikeuden itseymmärrystä ja kutsuu kääntämään katsetta myös sitä ylläpitävään refleksiiviseen tasoon.

Voidaan sanoa, että sisäisessä kamppailussa itseymmärrys on jatkuvassa uusintamisen ja uusiutumisen tilassa juuri sitä kautta, että käsitystä itsestä koetellaan jatkuvasti. Tätä koettelemista tarkoittavat juuri muiden järjestelmien käsitykset oikeudesta ja niiden välittyminen oikeuden sisään. Näitä pureksiessaan oikeus saakin jatkuvasti miettiä, kuka oikeastaan on – kuten Raskolnikov Dostojevskin romaanissa *Rikos ja rangaistus*.